



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**NÚCLEO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

**JOANA SCHMIDT ARTES**

**PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA  
ANÁLISE FOCADA NA ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO  
PROCESSO REGULATÓRIO**

São Paulo  
2022

**JOANA SCHMIDT ARTES**

**PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA  
ANÁLISE FOCADA NA ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO  
PROCESSO REGULATÓRIO**

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico de  
Direito, Núcleo de Direito Administrativo, da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, como requisito para  
obtenção do grau de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Zockun.

São Paulo  
2022

Artes, Joana Schmidt

Participação social nas agências reguladoras: uma análise focada na atuação da sociedade civil no processo regulatório / Joana Schmidt Artes. -- São Paulo: [s.n.], 2022.

118p. ; cm.

Orientador: Maurício Zockun.

Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. participação popular. 2. participação social. 3. agências reguladoras. 4. sociedade civil. I. Zockun, Maurício. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

**JOANA SCHMIDT ARTES**

**PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA  
ANÁLISE FOCADA NA ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO  
PROCESSO REGULATÓRIO**

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico de Direito, Núcleo de Direito Administrativo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para obtenção do grau de Mestra em Direito.

São Paulo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

Banca Examinadora

---

---

---

## AGRADECIMENTOS

Faltam-me palavras para agradecer a todos aqueles que contribuíram para a conclusão desta dissertação de mestrado. Meu orientador Maurício Zockun que dedicou muitos momentos ao longo de toda essa jornada que foi o mestrado acadêmico para esclarecer minhas dúvidas, me sugerir novos caminhos e, sempre com muita gentileza, me tranquilizar quanto a pressão que coloquei em mim mesma. Eu agradeço de verdade, professor.

Também agradeço a meus companheiros de trabalho, sem quem o aval eu sequer poderia ter iniciado este curso: Dra. Ana Paula Cerqueira Maciel, Dra. Ana Paula de Albuquerque Grillo e Pde. José Rodolpho Perazzolo. Muito obrigada pela oportunidade concedida.

Meus colegas de mestrado, especialmente os da turma de Regulação e de Contratações Públicas, que animaram minhas noites pandêmicas com discussões tão interessantes que até ficava difícil dormir depois.

Ao professor Jacintho Arruda Câmara, que durante seu curso me inspirou a realizar pesquisas jurídicas de uma forma que nunca tinha considerado antes. Muito obrigada pela paciência, palavras de incentivo e gentileza de sempre.

Meus amigos João, Gabriel, Felipe, Isabelle, Sofia, Ana Paula, Ana Lúcia, Samira, Yandra, Marcela, Julia, Caroline e muitos outros que provavelmente vou esquecer de mencionar aqui. Obrigada por segurarem minha mão durante todo o percurso, sempre me lembrando que eu era capaz (o que eu só tinha certeza quando me lembrava dos amigos maravilhosos que tenho).

Minha família Laura, Kátia, Jefferson (e Túlio) dedico este trabalho a vocês como a primeira da linha Schmidt Artes a perseguir um título de mestrado.

E por último (mas não menos importante) Rodrigo, pela paciência, pelo carinho, compreensão e companhia na reta final desse processo. Já disse antes que eu realmente acho que você é um dos maiores presentes que a vida me deu e eu tenho certeza de que não estou enganada.

Obrigada a todos.

ARTES, Joana Schmidt Artes. **Participação social nas agências reguladoras: uma análise focada na atuação da sociedade civil no processo regulatório**. 2022. Orientador: Prof. Dr. Maurício Zockun. 118 f. il. Dissertação (Mestrado Acadêmico de Direito) – Núcleo de Direito Administrativo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

## RESUMO

A dissertação tem como objetivo estudar a participação social nas agências reguladoras federais brasileiras, com foco na participação da sociedade civil no processo regulatório. O enfoque se justifica na medida em que o regulador brasileiro possui maior aproximação com os agentes econômicos, como decorrência do fenômeno da captura das agências. Desta forma, expõe-se que a participação da sociedade civil, muitas vezes, é subsidiária durante a edição de atos normativos pelas agências reguladoras, até mesmo pela dificuldade que a população em geral tem para realizar contribuições técnicas. A necessidade de se assegurar a participação popular nas atividades desempenhadas pelas agências decorre não do suposto déficit democrático que estas autarquias sofreriam, mas de a Constituição garantir a participação social como um princípio implícito que rege todas as atividades estatais. Passa-se, então, à análise da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) para comentar como foi positivada a participação da sociedade civil no processo regulatório. Nota-se que a Lei das Agências, em concordância com a Constituição, prescreve a obrigatoriedade da participação popular nos processos decisórios destas autarquias. Todavia, a Lei é permeada termos excessivamente vagos para definir quais seriam as situações em que a adoção de mecanismos de participação social seria cabível. Apresenta-se, então, uma possível interpretação a estes dispositivos, discutindo limites e extensões à participação nas atividades das agências. Como limites, pode-se mencionar as situações de urgência que dispensariam a adoção de institutos de participação. Por outro lado, como extensão menciona-se a possibilidade de realização de consultas e audiências públicas não somente na edição de atos normativos, mas também durante o processo de elaboração de instrumentos de planejamento das agências. Tendo em vista que pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro diferencia a participação social entre consumidores, usuários de serviços públicos e agentes econômicos, passa-se a apresentar soluções para assegurar a maior participação destes dois primeiros grupos, os quais compõe a sociedade civil. Pontua-se, dentre estas soluções, o convite a interessados, de preferência associações representativas de usuários e consumidores ou, ainda, de organizações sociais, para se manifestarem antes das decisões das agências, já que se enxerga a maior possibilidade de, por meio da representação, a sociedade civil apresentar contribuições melhor embasadas cientificamente em debates técnicos. Além disso, pontua-se a necessidade de as agências melhorarem algumas práticas internas. Dentre estas, a necessidade de as agências se manifestarem com maior frequência acerca das contribuições recebidas, o que deve ser feito no prazo determinado pela lei; de buscarem novos mecanismos de participação que leve em conta tanto os avanços tecnológicos, principalmente no setor de comunicação, bem como a vulnerabilidade dos consumidores e usuários. A necessidade de consolidação dos instrumentos de participação social nas agências reguladoras, portanto, decorre não somente de uma imposição constitucional e infraconstitucional, mas também de uma readaptação destas autarquias à atual realidade brasileira e às novas tendências do Direito Administrativo, sendo a principal delas o consensualismo.

**Palavras-chave:** Participação Popular. Participação Social. Agências Reguladoras. Sociedade Civil.

ARTES, Joana Schmidt Artes. **Social participation in Brazilian federal regulatory agencies: an analysis focused on the role of civil society in the regulatory process.** 2022. Masters dissertation advisor: Prof. Dr. Maurício Zockun. 118 f. il. Masters dissertation in Law – Administrative Law, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

## ABSTRACT

This dissertation aims to study social participation in Brazilian federal regulatory agencies, focusing on the participation of civil society in the regulatory process. The focus is justified as it is understood that the Brazilian regulator is closer to economic agents, as a result of the capture problem of regulatory agencies. With that, it is exposed that the participation of civil society is generally subsidiary during the edition of normative acts by the regulatory agencies, even due to the difficulty that the general population has in making technical contributions. The need to ensure popular participation in the activities carried out by the agencies does not come from the supposed democratic deficit that these agencies would suffer, but from the Constitution guaranteeing social participation as an implicit principle that governs all state activities. In analysis of the Regulatory Agencies Law (Federal Law No. 13,848/2019) it is observed how civil society's participation in the regulatory process has had a positive impact. It is noted that the Regulatory Agencies Law, in accordance with the Constitution, prescribes the obligation of popular participation in the decision-making processes of these autarchies. However, the Law is permeated with excessively vague terms to define in which situations the adoption of social participation mechanisms would be appropriate. A possible interpretation of these devices is then presented, discussing limits and extensions to participation in agency activities. As limits, one can mention the urgent situations that would dispense with the adoption of participation institutes. On the other hand, as an extension, the possibility of carrying out public consultations and public hearings is mentioned, not only in the rule making process, but also during the process of elaboration of planning instruments of the agencies. Bearing in mind that, for the first time in the Brazilian legal system, social participation is differentiated between consumers, users of public services and economic agents, solutions are presented to ensure greater participation of these first two groups, which make up civil society. Among these solutions, it stands out the invitation to interested parties, preferably associations representing users and consumers or, even, social organizations, to manifest themselves before the agencies' decisions, since there is a greater possibility that, through the representation, civil society can present contributions better scientifically grounded in technical debates. In addition, there is a need for agencies to improve some internal practices. Among these, the need for agencies to manifest more frequently about the contributions received, which must be done within the period determined by law; to seek new participation mechanisms that take into account both technological advances, mainly in the communication sector, as well as the vulnerability of consumers and users. The need to consolidate social participation instruments in regulatory agencies, therefore, stems not only from a constitutional and infraconstitutional imposition, but also from a readaptation of these autarchies to the current Brazilian reality and to the new trends of Administrative Law, the main one being consensualism.

**Keywords:** Popular participation. Social Participation. Regulatory agencies. Civil society.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	Administrative Procedure Act
ARR	Análise de Resultado Regulatório
ARSESP	Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo
ARTESP	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal de 1988
FGV-Rio	Faculdade Getúlio Vargas do Rio de Janeiro
IBRAC	Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
LAI	Lei de Acesso à Informação
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
1.1	METODOLOGIA EMPREGADA NA DISSERTAÇÃO.....	13
<b>2.</b>	<b>CAPÍTULO 1 – A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO PRINCÍPIO IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....</b>	<b>14</b>
2.1	INSTITUTOS PARTICIPATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
2.2	NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO.....	20
<b>3.</b>	<b>CAPÍTULO 2 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS.....</b>	<b>33</b>
3.1	O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS NO BRASIL..	33
3.2	OS IMPASSES DA ADOÇÃO DO MODELO DE AGÊNCIAS NO BRASIL.....	36
<b>3.2.1</b>	<b>A crise de legitimidade das agências reguladoras e o desejo de redução do suposto déficit democrático.....</b>	<b>36</b>
<b>3.2.2</b>	<b>A teoria da captura e a defesa de uma regulação social.....</b>	<b>46</b>
<b>4.</b>	<b>CAPÍTULO 3 – A LEI DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS.....</b>	<b>53</b>
4.2	A INCORPORAÇÃO DE TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO.....	53
4.3	PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA REGULAÇÃO: ATO VINCULADO OU DISCRICIONÁRIO?.....	59
4.4	OS LIMITES E EXTENSÕES DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS.....	67
<b>5.</b>	<b>CAPÍTULO 4– A DEFESA DOS INTERESSES DA SOCIEDADE CIVIL NO PROCESSO REGULATÓRIO.....</b>	<b>76</b>
5.1	A SOCIEDADE CIVIL REPRESENTADA POR USUÁRIOS E CONSUMIDORES NA LEI DAS AGÊNCIAS.....	76
5.2	A SOCIEDADE CIVIL É CAPAZ DE REALIZAR CONTRIBUIÇÕES TÉCNICAS?.....	88
5.3	POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA APRIMORAR A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	97
<b>6.</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>100</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>110</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo esmiuçar o tema da participação popular nas agências reguladoras federais brasileiras. Todavia, a dissertação pretende ter como foco na participação da sociedade civil no processo regulatório, ou seja, no processo administrativo de produção de atos normativos pelas agências reguladoras.

Cumprido desde já apresentar alguns esclarecimentos quanto ao recorte pretendido nesta dissertação. Marcos Perez (2009), estudioso sobre o assunto da participação popular, cujo trabalho será mencionado algumas vezes nesta dissertação, expõe o entendimento de que não caberia ao intérprete do Direito distinguir entre a participação realizada entre as classes populares ou as elites econômicas, já que o ordenamento não faz esta diferenciação. No entanto, prossegue afirmando que:

Se o instituto participativo em um determinado caso não representar verdadeira abertura da Administração à participação de todos os segmentos sociais igualmente interessados na política pública, que ele se direcionaria acompanhar, executar ou deliberar, não se tratará de um verdadeiro instituto de participação popular na Administração Pública, pois inviabilizará, em boa medida, a busca de consentimento, adesão e consenso dos administradores, requisitos essenciais para sua caracterização (PEREZ, 2009, p. 93).

Primeiramente, quanto a afirmação cabe o apontamento inicial de que a Lei das Agências ao tratar da realização de consultas públicas (e também da análise de impacto regulatório) prescreve a disponibilização ao debate público de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços públicos prestados. À época da publicação do livro de Perez (2009), a Lei das Agências com esta diferenciação ainda não havia sido promulgada. Entende-se que os “agentes econômicos” ou, como outrora denominados nesta dissertação “mercado regulado”, seriam aqueles que exploram economicamente os setores econômicos ou serviços públicos regulados pelas agências<sup>1</sup>. Ademais, defende-se uma análise com o foco na defesa dos interesses da

---

<sup>1</sup> É título de esclarecimento, no que esta dissertação se referir a “atividades reguladas” pelas agências, ou ainda “setores econômicos ou serviços públicos regulados pelas agências”, tem-se em vista os ensinamentos de Odete Medauar quanto às competências das agências reguladoras: “às agências compete, em essência, a regulação setorial, que no Brasil abrange: implementar a política para o setor, fixada pelo Presidente da República ou Ministro da área; expedir normas para o setor em que atuam; fiscalizar o cumprimento dessas normas pelos agentes a que se destinam; aplicar sanções pelo descumprimento das normas; dirimir conflitos entre usuários e prestadores

sociedade civil perante as agências, os quais entende ter sido representados na Lei pelos consumidores e usuários de serviço público, pois os administrativistas há muito indicam a existência do fenômeno da captura<sup>2</sup>, que expõe a exacerbada proximidade entre os reguladores e os agentes econômicos. Além disso, a ausência de regulamentação do *lobby* no país também esconde a forte influência que a elite econômica exerce sobre o regulador, em contraposição ao afastamento que sempre existiu entre os reguladores e as demais camadas da sociedade civil.

O que vale ressaltar desde esta introdução é que se entende que os mecanismos de participação podem sim, na linha do que defende Perez (2009), ser exercidos tanto pela elite econômica como pelas classes populares. Todavia, o que ocorre nas agências é que os mecanismos de participação social, conforme previstos hoje pelo ordenamento jurídico brasileiro, são incapazes de gerar adesão e consenso dos administrados, já que boa parte deles não os exerce. Neste caso, Perez (2009) defende até mesmo que não é apropriado adotar a expressão “instituto de participação popular” se somente parte dos interesses sociais envolvidos na atividade administrativa estão ali representados. Para Perez (2009), a essência do instituto da participação popular é a participação de todos os indivíduos ou grupos interessados na atuação da Administração em dado caso concreto. A ausência de todas as partes, portanto, desnatura o instituto para Perez (2009). Adota-se aqui uma visão não diferente, mas de certa maneira complementar: em razão da captura, é válido o foco na adoção de mecanismos de participação popular nas agências reguladoras que visem a contribuição da sociedade civil como forma de não se desnaturar o propósito destes institutos.

Para cumprir com o objetivo exposto acima, a dissertação perpassa inicialmente levantamento bibliográfico acerca dos mecanismos de participação democrática, atualmente presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será realizada uma análise da

---

de serviços, entre prestadores de serviços, entre consumidores e fornecedores e outros, conforme seu âmbito de atuação; celebrar termo de compromisso de ajustamento de conduta e fiscalizar o seu cumprimento; solicitar informações aos agentes regulados; se for o caso, pedir e instruir pedidos para fins de declaração expropriatória ou de instituição de servidão administrativa; fixar critérios de controle de qualidade de serviços e produtos; interpretar dispositivos ou termos ou conceitos presentes na legislação do setor.” MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 20 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95. Quando, esta dissertação, portanto, se referir a “mercado regulado” ou a “agente econômico” entende-se que são as pessoas jurídicas que possuem interesses econômicos no setor regulado pelas agências e que os interesses gerais (para adotar a nomenclatura presente na Lei das Agências) que possuem frente às competências das agências são de natureza estritamente econômica e, portanto, visam ao lucro.

<sup>2</sup> Dentre alguns administrativistas que já mencionaram o problema da captura têm-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013, p. 365; SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23; JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.262, dentre outros que serão mencionados em tópico sobre o assunto nesta dissertação.

Constituição Federal Brasileira, a qual prevê a participação popular em todas as funções estatais (judiciária, legislativa e administrativa). Conclui-se que a participação popular é um princípio implícito que orienta a organização do Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser considerada na realização de todas as atividades estatais, inclusive a função normativa e reguladora do Estado na economia, que fundamenta o processo regulatório das agências reguladoras.

O segundo capítulo da dissertação tecerá brevemente sobre o contexto de surgimento das agências reguladoras federais no ordenamento jurídico brasileiro. Este contexto é necessário para introduzir o assunto do suposto déficit democrático nestas autarquias, que veio a impulsionar a utilização de mecanismos de participação popular nas agências. Da mesma forma, serão feitas considerações acerca da teoria da captura, fenômeno que, como pontuado anteriormente, por aproximar excessivamente o regulador dos agentes econômicos, acaba, de certa forma, afastando os interesses da sociedade civil na atividade regulatória.

O terceiro capítulo passa a discutir a recente Lei das Agências Reguladoras Federais (Lei nº 13.848/2019) que traz, em linha com as novas tendências do Direito Administrativo brasileiro, como um dos pilares do processo decisório destas autarquias a adoção de mecanismos de participação social. Neste capítulo serão debatidas as escolhas do legislador, analisando se a participação é cabível em todos os processos decisórios das agências, se ela foi positivada em lei como um ato vinculado ou discricionário para o regulador e as consequências jurídicas destas previsões.

No quarto capítulo, capítulo final, será desenvolvido alguns apontamentos sobre como a Lei das Agências trata da defesa dos interesses da sociedade civil em seus dispositivos. Como já dito anteriormente, adianta-se que estes interesses são, em suma, garantidos pela participação social de usuários de serviços públicos e consumidores em casos em que o ato normativo a ser redigido afete o “interesse geral” destas categorias. Por fim, discute-se a possibilidade de a sociedade civil realizar contribuições em assuntos técnicos. Apresenta-se, finalmente, soluções possíveis para uma efetiva participação popular nas agências reguladoras, participação esta que leve em conta os interesses da sociedade civil.

## 1.1 METODOLOGIA EMPREGADA NA DISSERTAÇÃO

Entende-se que a descrição e análise legislativa é essencial para o desenrolar da presente dissertação. Isto pois, à luz do construtivismo lógico-semântico, parte-se da premissa de que, subsumindo-se determinada hipótese, ou antecedente, implica-se no surgimento de um vínculo estipulado no conseqüente normativo. Ou seja, as hipóteses presentes na legislação geram conseqüentes. E isso implica também na concepção de que todo o ordenamento jurídico brasileiro é uma construção conjunta. Portanto, nesta dissertação, sempre que possível, serão correlacionadas as previsões constitucionais com as de legislação infraconstitucional, seja aquelas promulgadas antes ou após a vigência da Lei das Agências, como a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, a Lei de Processo Administrativo Federal e até mesmo as previsões de cada uma das leis criadoras da Lei das Agências. Posteriormente, quando se fala em participação social com ênfase na defesa de interesses da sociedade, também há uma breve análise do Código de Defesa do Consumidor e Lei dos Usuários de Serviços Públicos. Assim, buscou-se na análise legislativa um norte para direcionar a presente dissertação às questões jurídicas e como o Direito pode se propor a resolvê-las. Isto pois, como será percebido em alguns momentos, o tema da participação social envolve diversas concepções que escapam à análise jurídica, aproximando-se de ciências políticas ou sociais.

Seria insuficiente, no entanto, uma análise exclusiva do texto normativo. Desta forma, pretende-se complementá-la tanto com levantamento bibliográfico de doutrina do direito administrativo, com a ressalva aqui que, buscou-se em alguns momentos focar em publicações mais recentes, sempre que possível, dado que a Lei das Agências é bastante nova no ordenamento jurídico brasileiro (tendo sido promulgada em 2019). Em alguns pontos também se viu necessário uma complementação com pesquisa jurisprudencial, inclusive de Súmulas Vinculantes, especialmente do Supremo Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF. E, por fim, em algumas circunstâncias, foi realizada pesquisa empírica principalmente nos documentos jurídicos que instruíram a motivação dos senadores e deputados no processo legislativo de determinado normativo, em sites das agências reguladoras federais ou do Conselho de Usuários. Isto sem mencionar eventual consulta a outras pesquisas empíricas realizadas por outros pesquisadores de renome, como do grupo Regulação em Números da Faculdade Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-Rio), e do Comitê de Regulação do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

## 2. CAPÍTULO 1 – A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO PRINCÍPIO IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Ao estudar formas de participação social na Administração Pública brasileira, Perez (2009) menciona a relevância desta dissertação pois o mesmo se associa ao debate de democratização do Estado e das relações sociais, considerando ser a participação popular uma característica essencial do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993, p. 26) entende o tema da participação popular como “o exercício privado da função pública” ou, ainda, “a colaboração do particular com a Administração Pública” por meio da qual se diminuem as barreiras entre o Estado e a sociedade, representando uma aspiração do particular em participar da defesa de interesses públicos, os quais o Estado sozinho não consegue proteger.

O tema também se relaciona, como será pontuado ao longo desta dissertação, à reforma administrativa do Estado brasileiro, promovida na legislação, principalmente pela Emenda Constitucional nº19/1998. Isto pois esta pretendeu promover a construção de um novo modelo de relacionamento entre a Administração e o particular, pautado na colaboração, informação, transparência, simplificação, acesso e qualidade dos serviços públicos e garantia de direitos dos administrados (PEREZ, 2009). Mais do que a colaboração, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993), os mecanismos de participação popular permitem a atuação direta do particular na Administração Pública, sem a necessidade de, para tanto, se associarem em grupos para tanto ou, ainda, fazê-lo mediante um representante eleito. Neste sentido, Maria Sylvia (1993) menciona a participação direta do cidadão individualmente considerado na Administração, como decorrência dos artigos 5º, XX, CF, que explicita que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, e o 8º, V, CF, que expõe que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato, da Constituição Federal. Por outro lado, Perez (2009, p. 96) entende que os institutos jurídicos de participação popular na Administração são

[...] instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, **ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim**, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios.

Nota-se que Perez (2009), portanto, não exclui da participação popular a representatividade por organizações ou associações. O que seria importante é que o instituto de participação social garanta a oitiva de todos aqueles que tenham interesse na atividade pública que será realizada, como pontuado na introdução desta dissertação. Este ponto sobre representatividade na participação popular será comentado com mais profundidade quando tratado sobre a possibilidade de a sociedade civil realizar contribuições técnicas no processo regulatório das agências.

O que cabe pontuar no presente momento é que os mecanismos de participação social surgiram como uma forma de resolver os problemas enfrentados pela democracia representativa, reforçando os controles sobre a atuação estatal (PEREZ, 2009). Dentre os problemas enfrentados pela democracia representativa, Perez (2009) pontua que o mero exercício do direito de voto, dentre outros problemas político-sociais que a democracia representativa ainda passa pela atualidade (como crise de representatividade política, personalização exacerbada do processo eleitoral, influência dos meios de comunicação de massas, dentre outros) é incapaz de assegurar a representação dos interesses da sociedade civil em todas as atividades do Estado brasileiro. Além disso, ao contrapor-se a noção de democracia representativa com a democracia participativa cabe mencionar que o exercício da democracia representativa é quase singular: o voto. Por outro lado, como será desenvolvido adiante, a democracia participativa exige um exercício contínuo de debate sobre determinado assunto que compreende a elaboração de considerações, apresentação das mesmas ao órgão público e o acesso às respostas a estas contribuições, sendo este um dos motivos pelo qual ela é ainda mais difícil de se concretizar. Entende-se, portanto, que a democracia representativa é incapaz de garantir o pleno desenvolvimento do regime democrático no país e, portanto, a plena configuração do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a democracia participativa surge como uma maneira de intensificar a participação popular nos processos decisórios da Administração, reduzindo deficiências da democracia representativa. Mais ainda, Perez (2009) conclui que a democracia é um princípio constitucional normativo não só informador do Estado, mas também um princípio de organização. Ou seja, que possibilita a estruturação de processos que permitam aos cidadãos efetivas possibilidades de participação nos processos decisórios, especialmente naqueles em que estejam em debate seus direitos econômicos, sociais e culturais. Se para Perez (2009), o então estágio de desenvolvimento político da democracia brasileira favorecia a adoção pelo

ordenamento jurídico de instrumentos participativos (lembrando que o livro de Perez foi publicado há mais de dez anos atrás), hoje, em 2022, o processo de desenvolvimento da democracia brasileira (mas não só) está passando por alguns percalços.

Para elucidar esta afirmação cabe mencionar que partir de 2013, verificou-se uma ruptura do padrão político que vinha se estabelecendo no Brasil desde cerca de 1995, com o início da primeira gestão de governo do Fernando Henrique Cardoso, período que coincide com a criação das primeiras agências reguladoras brasileiras. Marcos Nobre (2022) explica que a partir de 2013 estabeleceu-se uma mudança da polarização política que até então se distribuía em dois polos, PT e PSDB, no presidencialismo de coalizão. Neste, o partido que era gestão acabava negociando apoio parlamentar com os partidos de centro o que contribuía para a fragmentação partidária. Após os protestos brasileiros de junho de 2013, no entanto, é possível verificar uma mudança de perspectiva da população em relação ao próprio regime democrático que regia na nação desde 1988. O cume desta escalada foi a eleição, em 2018, de um presidente que abertamente defende o regime de ditadura militar de 1964. Entende-se que este foi o maior percalço que a democracia brasileira atualmente vive e seus reflexos serão apontados oportunamente nesta dissertação, principalmente quando for discutido a vocação ou não da sociedade civil para realizar contribuições técnicas às agências.

No momento, vale comentar que em 2013 os brasileiros foram às ruas exigir diversas ações do poder público nas mais variadas instâncias públicas (saúde, educação, transporte e inúmeros outros) o que demonstrou um descontentamento generalizado com o funcionamento das instituições públicas brasileiras e a prestação dos serviços públicos. Esta mudança de concepção em relação às instituições públicas brasileiras se manifesta no Projeto de Lei do Senado nº 52/2013 que depois originou a Lei nº 13.848/2019, a Lei das Agências Reguladoras Federais. Esta Lei representou a positivação de um assunto que era muito caro aos juristas brasileiros que era o estabelecimento de um regramento geral a todas estas autarquias de regime especial. Mas, mais ainda, foi dedicado um capítulo na Lei com prescrições relacionadas ao processo decisório destas autarquias. Neste, nota-se uma ênfase aos mecanismos de participação social e a medidas que reforcem o dever de motivação e transparência por estas autarquias. A adoção de mecanismos de participação popular, como dito acima, tem a intenção de reduzir o distanciamento entre as agências e os administrados, cumprindo, assim, algumas das funções das agências reguladoras: a redução de assimetrias informacionais e a aproximação entre a burocracia e a sociedade. Desta forma, pode-se inferir que o conteúdo desta Lei, de certa forma, abarcou algumas das insatisfações apresentadas nos protestos de 2013. Considerando a importância ainda contemporânea dos instrumentos de participação popular para a consolidação

da democracia participativa no país, comenta-se, a seguir, como alguns mecanismos de participação popular são disciplinados no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.1 INSTITUTOS PARTICIPATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Segundo Marcos Perez (2009, p. 98), pode-se nomear que os institutos participativos mais frequentes no ordenamento jurídico brasileiro são: (I) os conselhos, comitês ou comitês participativos; (II) as audiências públicas; (III) as consultas públicas; (IV) orçamento participativo; (V) a ouvidoria pública; (VI) o *referendum* e o plebiscito administrativo; e (VII) as organizações sociais.

Cabe tecer alguns breves comentários sobre cada um dos institutos citados. Os conselhos, como será pontuado a seguir no tópico 2.2 são, dentre os listados acima, segundo Perez (2009, p. 98), os mais comuns no ordenamento brasileiro<sup>3</sup>. Em suma, são órgãos colegiados, ora com função consultiva, ora deliberativa, que reúnem tanto representantes da Administração quanto da sociedade, não necessariamente com paridade de representação, que participam do processo decisório de determinado órgão da Administração (PEREZ, 2009, p. 98). As decisões dos conselhos deliberativos são vinculantes. Estes são subordinados à estrutura hierárquica da Administração Pública, portanto, cabe recurso hierárquico de suas decisões, bem como trata-se de decisão passível de controle jurisdicional (PEREZ, 2009, p. 141-153).

As audiências públicas têm origem no direito anglo-saxão, nas *public hearings* (MOREIRA NETO, 1992, p. 128), e se trata de uma sessão pública aberta a interessados na

---

<sup>3</sup> Como será destacado no subtópico 2.2, na Constituição Federal verifica-se menção a órgãos colegiados no caso dos arts. 10; art. 194, parágrafo único, VII; art. 204, II e art. 79, parágrafo único, do ADCT, todos da CF. Todavia, Marcos Perez (2019) comprova esta afirmação empírica de que os conselhos são os meios mais comuns no ordenamento jurídico citando a existência de vinte e nove conselhos federais. Em pesquisa empírica realizada em novembro de 2022 notou-se que, dentre todas as leis criadoras destes vinte e nove conselhos federais listados por PEREZ (2009, p. 98-104), todos ainda existem. Em alguns casos, como o Conselho Deliberativo da Amazônia (Sudam), Conselho Monetário Nacional, Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa), Conselho Deliberativo da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), Conselho de Alimentação Escolar (que foi substituído pelo Conselho do FNDE), Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), Conselho Deliberativo da Política do Café, as leis indicadas por Perez foram revogadas, no entanto, foram substituídas por outras que mantém a atividade destes conselhos. A afirmação de Perez, bem como a pesquisa empírica realizada em 2022, desconsidera, todavia, os conselhos e comitês estaduais e municipais.

qual estes podem apresentar contribuições, sugestões, críticas ou elogios a respeito de uma decisão a ser tomada pela Administração. A Lei das Agências define audiência pública em seu art. 10, §2<sup>o</sup>.

As consultas públicas, que parecem ter sido inspiradas nas *ênquetes* do direito francês (PEREZ, 2009, p. 176), são procedimentos, em que são divulgados previamente minutas de atos normativos para as considerações dos interessados as quais são recebidas, em geral, por escrito. Segundo Perez (2009), as consultas públicas ofereceriam maiores possibilidades de os interessados interferirem na decisão administrativa que pode afetá-los. Isto pois, nas consultas públicas tende-se a realizar um debate mais aprofundado, tanto da perspectiva técnica como política. É de se notar, no entanto, que a Lei das Agências prescreve que em caso de audiência pública as propostas de ato normativo também devem ser previamente disponibilizadas aos participantes da sessão pública, vide art. 10, §3<sup>o</sup>. Logo, entende-se não ser possível firmar que as consultas asseguram maiores possibilidades de os interessados interferirem na decisão administrativa, ainda mais considerando, como se verá adiante, que nem as contribuições recebidas em consultas nem as recebidas em audiências possuem caráter vinculante.

Entende-se, na verdade, que a principal diferença entre as audiências e as consultas públicas, conforme aponta José Santos Carvalho Filho<sup>6</sup> (2001), no mesmo sentido do que disciplina a Lei das Agências, é que a primeira é realizada por meio de debates orais e, a segunda, por contribuições escritas.

Segundo os comentários sobre os institutos participativos, o orçamento participativo se refere à uma modalidade bastante específica de participação<sup>7</sup>, por meio da qual em um procedimento administrativo de elaboração de projeto de leis orçamentárias (enviado do Executivo para o Legislativo) são realizadas diversas audiências públicas, as vezes acompanhadas da eleição de representantes para diferentes conselhos deliberativos. O

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848/2019**. Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante. § 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848/2019**. Art. 10 § 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis do início do período de audiência pública, os seguintes documentos: I - para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

<sup>6</sup> “(...) na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim” (CARVALHO FILHO, José dos Santos., 2001, p. 186).

<sup>7</sup> Autorizada pelo art. 48 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade fiscal.

orçamento participativo costuma estar presente na legislação de Estados e Municípios e contribui para que haja maior transparência no processo de elaboração da lei orçamentária, podendo a população informar por meio dele suas necessidades prioritárias e também, posteriormente, cobrar melhor funcionamento da gestão pública.

A ouvidoria pública, em suma, trata da figura de um ouvidor, podendo este ser representante popular eleito ou indicado pelo Legislativo ou Executivo pra fiscalizar a atuação da Administração. No caso das agências reguladoras federais, os ouvidores serão escolhidos pelo Presidente da República<sup>8</sup>, após prévia aprovação do Senado Federal. Cada agência reguladora terá um ouvidor<sup>9</sup>, e este deve ter “notório conhecimento em Administração Pública ou em regulação de setores econômicos, ou no campo específico de atuação da agência reguladora”, conforme consta no art. 23.

Por fim, o plebiscito e *referendum*<sup>10</sup>, são mecanismos vinculantes nos quais uma decisão da Administração é submetida ao crivo popular, sendo o resultado uma condição para sua vigência. Perez (2009) também considera que as organizações sociais são formas de participação popular. Estas últimas são pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, que assumem em regime de cogestão a execução de algumas atividades administrativas. Atualmente, parcerias firmadas entre organizações sociais e a Administração são disciplinadas pela Lei nº 13.019/2014.

---

<sup>8</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848/2019**. Art. 23. O ouvidor será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado, após prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, devendo não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e ter notório conhecimento em administração pública ou em regulação de setores econômicos, ou no campo específico de atuação da agência reguladora.

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848/2019**. Art. 22. Haverá, em cada agência reguladora, 1 (um) ouvidor, que atuará sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições sem acumulação com outras funções. § 1º São atribuições do ouvidor: I - zelar pela qualidade e pela tempestividade dos serviços prestados pela agência; II - acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação da agência; III - elaborar relatório anual de ouvidoria sobre as atividades da agência.

<sup>10</sup> “Ambos estão previstos no art. 14 da Constituição Federal e regulamentados pela Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Essa lei, entre outras coisas, estabelece que, nas questões de relevância nacional e nas previstas no § 3º do art. 18 da Constituição – incorporação, subdivisão ou desmembramento dos estados –, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo. Nas demais questões, de competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados em conformidade, respectivamente, com a Constituição estadual e com a Lei Orgânica”. Informação disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em 2 de maio 2022.

## 2.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Diversos princípios constitucionais se relacionam à garantia da participação popular do administrado. O primeiro princípio que cabe ser mencionado, ainda mais tendo-se em vista a participação popular nas agências reguladoras, é o da eficiência, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/1998, no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o qual “reflete a execução de certa atividade administrativa de modo a alcançar o melhor resultado para o interesse público e mediante menores recursos e meios mais adequados para atingir as metas perseguidas pelo Estado” (CARVALHO FILHO, 2018). Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2000), o princípio da eficiência implicaria numa responsabilização da Administração pelo êxito. Ou seja, o princípio da eficiência, segundo Ferraz Júnior (2000), não disciplinaria somente sobre a consistência interna da atividade administrativa como o faz o princípio da impessoalidade e da moralidade, por exemplo, mas a transcende, se reproduzindo nos resultados das atividades realizadas pelo poder público. O poder público, assim, à luz do princípio da eficiência, passa a ser responsável pelo êxito de suas atividades.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2000), seguindo este entendimento de que o princípio gera este dever de responsabilização do Estado pelo correto andamento de suas atividades, relaciona o princípio da eficiência à delegação normativa às agências reguladoras, vendo na delegação regulatória a estas autarquias uma forma de o Estado cumprir com o princípio da eficiência.

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. **Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia.** Isto é, é impossível exigir-se eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência (FERRAZ JUNIOR, 2000, p. 149).

Evidentemente, no entanto, que a aplicação da eficiência à Administração Pública não se impôs somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998. Pode-se entender que o Estado, em decorrência do princípio republicano, sempre teve o dever de optar pela

melhor solução possível para que o interesse público fosse atingido. Segundo Maurício Zockun (2008, p. 261), a Constituição da República ao proclamar em seu art. 1º que todo o poder emana do povo (princípio republicano) assegura que o curador do interesse público (Estado) observe o interesse do curado (sociedade). Prossegue Maurício Zockun (2008, p. 261), reafirmando o posicionamento de Geraldo Ataliba (1998), de que “não se imagina que o povo, titular do Poder, tenha transferido o seu exercício a outrem senão para que os seus interesses sejam perseguidos do melhor modo possível”.

A participação popular na Administração Pública (e, principalmente, nas agências reguladoras federais), portanto, reflete uma forma de cumprimento ao princípio republicano (atendimento ao interesse público) à luz do princípio da eficiência (da melhor e mais econômica maneira possível). Para tanto, considerando a tripartição de poderes, entende-se que o exercício das atividades do Estado é manifestado na Constituição Federal quando tratadas as três funções públicas: legislativa, jurisdicional e administrativa, sendo a participação popular cabível em todas elas.

Adentrando a discussão acerca da participação popular no exercício das funções públicas cabe um adendo inicial: há uma diferença entre o direito de participação popular e a realidade da participação popular. Em obra, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992), parece querer resolver o problema do distanciamento entre o Estado e a sociedade civil, por meio da defesa de uma representação política legítima que decorra da participação direta dos cidadãos nas atividades estatais. Para tanto, pontua os fundamentos jurídicos da participação da sociedade civil nas três funções estatais, como também será realizado abaixo. Todavia, o ponto que se pretende destacar no momento é que, na conclusão de seu livro, Moreira Neto (1992) traz uma interessante ponderação: muitas vezes, no estudo jurídico, confunde-se o “Estado” com o “Governo”. O “Estado” seria uma abstração, ao passo que o “Governo” é uma realidade visível. Enquanto o primeiro permanece, o segundo sofre alternância de poder de acordo com o processo eleitoral democrático. Da mesma forma, confunde-se o “direito” enquanto abstração, ou seja, como “permissão legal para que algo aconteça”, com os “fatos”, que é “o que de fato acontece”. Tudo isto dito para pontuar que muito se confunde o “direito de participação” com a “realidade” da participação nas funções estatais. Moreira Neto (1992) conclui que a admissibilidade de um direito de participação, em qualquer uma das modalidades que se apresente, seja nas funções legislativa, judiciária ou administrativa, “não implica, necessariamente, nem que o povo passe a se interessar pelo político nem, muito menos, que a qualidade dessa participação seja satisfatória” (p. 202).

Logo, o que se busca salientar com este adendo é que, na verdade, o estudo do direito da participação social busca demonstrar a aptidão da democracia participativa para superar o distanciamento entre a sociedade civil e o governo por meio da aproximação colaborativa entre ambos. Infelizmente, não necessariamente este esforço é refletido na realidade.

Retomando às considerações anteriores, conforme pontua Maurício Zockun (2008), a Constituição vigente, ao adotar um Estado Republicano, permite a participação dos cidadãos no exercício de todas as três funções estatais (legislativa, jurisdicional e administrativa), sendo que as formas de realização dessa participação compreendem os institutos mencionados no tópico anterior e até os diversificam.

A participação na função legislativa, por exemplo, tem como um de seus fundamentos constitucionais o art. 61, §2º, que permite a apresentação de projeto de lei por iniciativa popular<sup>11</sup>. Isto sem mencionar o exercício da soberania popular mediante sufrágio universal, como reflexo da democracia representativa (art. 14, CF<sup>12</sup>), e também a competência das comissões do Congresso Nacional e suas Casas para realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil para debater temas que a estas tenham relevância (art. 58, §2º, II, CF<sup>13</sup>).

Quanto à participação social no exercício da função jurisdicional, o art. 96, I, “e”, da Constituição<sup>14</sup>, assegura aos tribunais competência para prover, por concurso público de provas (ou de provas e títulos) os cargos necessários à administração da Justiça, excetuando-se os de confiança. A Constituição também prevê em seu art. 98, incisos I e II<sup>15</sup>, a possibilidade de serem nomeados juízes leigos nos juizados especiais, bem como a criação da justiça de paz, a qual é composta por cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto.

---

<sup>11</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 61 § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

<sup>12</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante.

<sup>13</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

<sup>14</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 96 Compete privativamente: I - aos tribunais: e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei.

<sup>15</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Perez (2009) menciona, quanto à participação na função jurisdicional, que o processo possui diversos escopos voltados a consagração do acesso à justiça. Dentre estes a instituição do júri, institutos como a notícia crime, queixa, representação, além de mencionar também a ação civil pública, mandados de segurança individual e coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade.

Em se tratando da função administrativa, que é a que interessa a esta dissertação, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 32), esta seria

**a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.**

De acordo com a definição descrita acima, evidente que, em regra, são os agentes e servidores públicos os responsáveis pelo exercício da função administrativa. Todavia, a Constituição prevê hipóteses em que quem a exerce é a sociedade. Paulo Modesto (2005, p.2), neste sentido, pontua que

A participação administrativa, ou a participação no âmbito da administração pública, considerando este sentido amplo, **corresponde a todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado.** Mas a participação popular na administração pública é conceito necessariamente mais restritivo: **trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor e interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo.**

Dentre estas, vale destacar as seguintes: art.10<sup>16</sup>; art. 194, parágrafo único, VII<sup>17</sup>; art.

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

<sup>17</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

198, III<sup>18</sup>; art. 204, II<sup>19</sup>; art. 206, VI<sup>20</sup>; art. 216, § 1º<sup>21</sup>; art. 216-A, § 1º, X<sup>22</sup>; e até art. 79, parágrafo único, do ADCT<sup>23</sup>.

Em análise dos mesmos, nota-se que a Constituição em alguns casos pretende destacar a obrigatoriedade da participação popular na função administrativa, reforçando principalmente o caráter democrático como uma diretriz a ser adotada pela gestão pública (como se nota nos artigos 198, III; art. 206, VI; art. 216, § 1º; art. 216-A, § 1º, X), em concordância com o princípio republicano. Já em outras situações, fala-se em participação direta da sociedade civil na Administração, seja por meio de representação em associação ou por participação direta, com integrantes da sociedade civil compondo os órgãos públicos colegiados, de forma a auxiliá-los em seu processo decisório (como no caso dos arts. 10; art. 194, parágrafo único, VII; art. 204, II e art. 79, parágrafo único, do ADCT), formando assim conselhos deliberativos ou consultivos da forma como mencionado acima.

Nota-se também que as previsões constitucionais supramencionadas apenas sinalizam como a participação dos particulares no exercício da função administrativa se dará, abrindo margem para posterior regulamentação infraconstitucional (o que se verifica, por exemplo, no art. 206, VI, CF). Isto fica ainda mais evidente quando se analisa o art. 37, § 3º da Constituição Federal, sendo esta uma das previsões constitucionais de maior relevância para introduzir o

---

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III - participação da comunidade.

<sup>19</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social;

<sup>23</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei.

assunto que pretende se tratar nesta dissertação: a participação social no processo decisório das agências reguladoras.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

(...)

§ 3º **A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Nota-se, portanto, que a participação popular na gestão pública, especificamente no que se refere à prestação de serviços públicos, conforme descrito no artigo 37, §3º, somente será fixada por meio de lei. Isto autoriza que o Legislativo regule o modo de participação nestes casos. Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2002), o art. 37, §3º, da Constituição, estabelece um conjunto mínimo de regras que deve ser seguido de forma a constituir o direito de participação do usuário, de forma a viabilizar o exercício da cidadania. Em primeiro lugar, Grotti (2002) traz que o direito de reclamação do usuário deve ser garantido. Desta forma, deve existir na Administração um serviço de atendimento ao usuário e de avaliação periódica da qualidade dos serviços. Ademais, a fiscalização ou controle que o usuário pode exercer sobre a Administração se dá por via do acesso deste usuário a registros administrativos e informações sobre atos de governo. Por fim, deve haver disciplina sobre a possibilidade de representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública.

Outra colocação importante de Grotti (2002) sobre o art. 37, §3º é que, em razão do advérbio “especialmente” as previsões de seus incisos não são taxativas, mas exemplificativas das prioridades que devem ter as leis que regulamentarem a participação dos usuários na Administração. As previsões dos incisos devem obrigatoriamente serem regulamentadas, como

ocorreu. No entanto, isto não exige que a lei prescreva outras formas de participação dos usuários.

Em outra obra, alguns anos depois, Zockun (2015) traz uma conclusão com a qual se concorda na presente dissertação: apesar de a Constituição condicionar a participação democrática no exercício das funções públicas (mais especificamente, na função administrativa) à produção normativa ulterior, tanto o princípio da eficiência quanto o da participação democrática são providos de densidade normativa. Mais ainda, Zockun (2015) os entende como cláusulas pétreas. Assim, ambos teriam aplicação imediata, conforme previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição<sup>24</sup>, independentemente de lei que posteriormente viesse regulamentar esta forma de participação social. Ou seja, esses direitos não são aplicáveis a partir de lei que fixe seus limites, mas a própria Constituição lhes assegura autoaplicabilidade. Isto implica, para ele, no dever de o Estado garantir esta participação, seja por meio do oferecimento de resposta motivada (e em prazo razoável) aos questionamentos que lhe forem formulados pelos particulares, seja tornando públicas todas as informações que motivaram a produção de atos administrativos discricionários<sup>25</sup> (desde que estes não contenham dados sigilosos que possam colocar em risco o interesse público).

Vale aqui abrir mais um adendo. A presente dissertação, como já dito, tratará da participação social nos atos decisórios das agências reguladoras. Dentre as três funções públicas, legislativa, jurisdicional e administrativa, entende-se que o tema se aproxima mais da última. Neste sentido, tem-se o entendimento de Ricardo Marcondes Martins (2011, p. 104),

O núcleo essencial da função legislativa é efetuar ponderações autônomas no plano abstrato; **o núcleo essencial da função administrativa é realizar ponderações no plano concreto - edição de normas jurídicas concretizadoras das ponderações constitucionais e legislativas**; e o núcleo essencial da função jurisdicional é verificar o acerto das ponderações legislativas e administrativas. As três, portanto, dizem respeito à edição de normas jurídicas. Assim, num sentido amplo, a **regulação administrativa consiste na edição de normas administrativas e é sinônimo de exercício de função administrativa**.

---

<sup>24</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>25</sup> Aqui Zockun (2015) faz um adendo comentando a redundância na participação popular em atos administrativos vinculados. Isto porque para estes a lei já prevê uma única solução possível, não havendo, portanto, margem para aprimoramento dos mesmos com a contribuição dos particulares.

Ricardo Marcondes Martins (2011) entende que o art. 174, da Constituição Federal<sup>26</sup> traz um conceito técnico de regulação administrativa. Explica que a função administrativa se caracteriza pela realização de ponderações no plano concreto (e em alguns casos, ponderações instrumentais ou não autônomas no plano abstrato)<sup>27</sup>. Segundo o Martins (2011), portanto, a regulação administrativa prevista no art. 174 se refere à possibilidade de edição de normas administrativas concretas. No entanto, para Marcondes Martins (2011), a regulação administrativa seria uma atividade externa, na medida em que trata de “um mecanismo que age sobre um sistema, jamais sobre si próprio” (p. 115). Prossegue Marcondes Martins (2011) afirmando, então, que seria uma contradição em termos se falar de regulação de serviço público. Na verdade, para ele, haveria dois tipos de regulação administrativa: a que decorre de uma supremacia geral da Administração (caracterizada pela ingerência do Estado sobre **todos** os particulares enquanto agentes econômicos) e outra que decorreria de uma relação de sujeição especial (de **certos** agentes econômicos que se sujeitam à ingerência administrativa em razão do interesse social que envolve as atividades que prestam, ou seja, em razão de realizarem alguma atividade relacionada a um valor protegido constitucionalmente)<sup>28</sup>.

Partindo do ponto de vista do Marcondes Martins (2011), poder-se-ia concluir que o chamado “poder normativo” das agências reguladoras decorre da regulação administrativa, sinônima da função administrativa. No caso específico das agências reguladoras, tem-se o exercício da função administrativa por órgãos da Administração indireta, dado que as agências têm natureza jurídica de autarquias especiais. Chega-se a esta conclusão também pela afirmação de Marcondes (2011) de que a regulação administrativa, por realizar ponderações no plano concreto, estaria intrinsecamente relacionada à atividade de fiscalização das agências, a qual pressupõe, para além do exercício de competências no plano concreto, uma função normativa (ou seja, para Marcondes Martins (2011), também implica na possibilidade de fixar regras no plano abstrato). Deve-se considerar, ainda, que a regulação administrativa das agências decorre de uma relação de sujeição especial.

Muitos outros administrativistas também entendem que a possibilidade das agências reguladoras emitir regras no plano abstrato decorre de uma relação de sujeição especial, na qual

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

<sup>27</sup> Há, porém, que se esclarecer: nos termos do inciso IV do art. 84 da CF e do inciso 1 do art. 25 do ADCT, a Administração é permitido efetuar ponderações no plano abstrato apenas e tão somente para concretizar as ponderações legislativas e constitucionais (MARTINS, 2011, p. 106).

<sup>28</sup> Neste trecho, Marcondes Martins (2011) cita educação (art. 209, CF), saúde (art. 197, CF), assistência social, previdência social, atividade financeira (art. 192, CF), produção e comercialização de tabaco (art. 220, §4º, CF), dentre outros.

o particular voluntariamente se submete a um regime específico da Administração Pública. Dentre estes, podemos mencionar Alexandre Aragão<sup>29</sup> e, novamente, Maurício Zockun e Carolina Zancaner Zockun<sup>30</sup>.

Em entendimento diverso, o Supremo Tribunal Federal firmou em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.874/DF) o posicionamento de que o poder normativo das agências decorre do poder de polícia da Administração, não sendo estranho a este último tanto a prática de atos específicos, de efeito concreto, mas também a edição de atos normativos abstratos, de alcance generalizado. Todavia, para o Supremo, quando as agências emitem normativos que atinjam todos os administrados (por um vínculo de sujeição geral, portanto), sua competência normativa estaria subordinada necessariamente àquilo que dispõe suas leis criadoras.

Outros atores, como é o caso de Marçal Justen Filho (2011)<sup>31</sup>, entendem que as agências reguladoras se valem de critérios técnicos como um parâmetro para sua atuação. Desta forma, estas se norteariam por princípios diferentes daqueles que qualificam a essência da função administrativa. Para Marçal (2011), o que orienta a função administrativa é, principalmente, a vontade, ou, em termos jurídicos, a discricionariedade. Neste ponto, pode-se mencionar o debate doutrinário acerca da existência ou não de uma discricionariedade técnica na atuação das agências reguladoras. Ou seja, resumindo brevemente as concepções tecnicistas, estas

---

<sup>29</sup> “Assim, ao receber determinada concessão ou permissão de serviço público, o particular, por se inserir em campo específico da Administração, passa a submeter-se a poderes administrativos mais intensos, decorrentes da titularidade ou da natureza da atividade a ser desempenhada. Por meio deles a Administração poderá realizar injunções, estipular obrigações, criar deveres, que sejam necessários ao cumprimento da finalidade a que serve a atividade, restritos, porém, ao âmbito da referida relação, sem, todavia, ofender o cânone da legalidade. Ao contrário, nesta seara temos implícita autorização legal para a criação de outras regras jurídicas necessárias ao desenvolvimento da relação jurídica que, acrescentaríamos são decorrentes, na maioria das vezes, da adesão consensual do particular a determinado ordenamento setorial por meio de autorização, permissão ou concessão.” (ARAGÃO, 2013. p. 143).

<sup>30</sup> “As manifestações da sujeição especial, por exemplo, materializam-se no denominado poder normativo ou função normativa das agências reguladoras. É que, nesses casos, os concessionários e permissionários se colocaram debaixo da estrutura da administração voluntariamente, submetendo-se à disciplina normativa fixada por essas autarquias, editada para dispor sobre a adequada prestação de serviço público dado em concessão, permissão ou delegação. É certo que o Legislativo poderia legislar sobre a matéria, mas não com a mesma velocidade e eficiência que a boa e moderna prestação indireta desses serviços exige.” (ZOCKUN; ZANCANER ZOCKUN, 2019, p. 132).

<sup>31</sup> “(...) a atuação das agências obedece a princípios diversos daqueles que norteariam e qualificam a função administrativa e, mesmo a função governativa exercitada pelo Executivo central. O parâmetro fundamental norteador das decisões das agências não é a vontade, mas sim a racionalidade. Sob esse prisma é que se pode diferenciar a dita discricionariedade técnica própria das agências daquela comum, generalizada no âmbito da atividade administrativa do Estado. Toda e qualquer decisão produzida pela agência está sujeita a um requisito de racionalidade técnico-científica. Ainda quando se possa (e deva) reconhecer margem de autonomia de escolha, a seleção por uma alternativa dentre várias somente se justifica como válida em face de um juízo de racionalidade. Segue-se a impossibilidade de justificar ato decisório, no âmbito das agências, fundado na mera invocação da conveniência e oportunidade. Para exercício de competência dessa ordem, seria desnecessária a existência de agências independentes: bastaria remeter o exercício dessa competência a alguma repartição da Administração dita tradicional” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 244).

pontuam que toda e qualquer decisão de uma agência está sujeita exclusivamente a uma racionalidade técnica-científica. Assim, mesmo quando há uma margem de autonomia de escolha na atuação de uma agência, esta deve se justificar em face de um juízo de racionalidade, jamais sendo possível que a decisão desta agência seja fundada em mera invocação de oportunidade ou conveniência. Aqui abre-se, respeitosamente, uma discordância. Apesar Marçal (2011) reconhecer que boa parte da doutrina já afastou a ideia de discricionariedade técnica na atuação das agências, pontuando a insuficiência das concepções tecnicistas<sup>32</sup>, estas concepções ainda acabam sendo um argumento para dissociar a função administrativa dessas autarquias especiais.

Quanto à tecnicidade que envolve as agências, entende-se que pode haver, na verdade, dois cenários. O primeiro cenário é de univocidade técnica, ou seja, somente há uma opção cientificamente viável, caso em que não se observa margem para uma atuação discricionária da agência. Ou, então, um segundo cenário, onde há viabilidade de mais de uma possibilidade técnica, situação em que a agência pode optar por uma das decisões, baseando-se em conveniência e oportunidade. No entanto, não se vê necessidade de qualificar este último cenário como uma escolha de discricionariedade técnica, já que esta em nada se diferencia de uma situação de discricionariedade.

Entende-se, portanto, da leitura de Marçal Justen Filho (2011) que, por esta última escolha se basear em critérios de racionalidade, a atuação das agências se afastaria da ideia do núcleo essencial da função administrativa. Vale fazer jus a Marçal (2011) e pontuar que este também reconhece o perigo de reduzir a atuação das agências ao argumento da tecnicidade e cientificidade, já que isto pode, inclusive, gerar um argumento de deferência de órgãos de controle às suas decisões. Ainda, a discordância se fundamenta no fato de que as funções estatais não são friamente realizadas nos termos em que são definidas doutrinariamente. Faz parte do próprio sistema de freios e contrapesos que as funções sejam “corrompidas” por outras nuances, até para a garantia do exercício eficiente da gestão pública. Estas “outras nuances”, no caso das agências reguladoras, são, basicamente, a racionalidade científica que envolve a regulação das atividades econômicas que fiscalizam. Verdade é que, mesmo que pautadas em critérios técnicos-científicos, as decisões das agências reguladoras também podem ser eminentemente políticas, de forma que deve se abrir margem para um debate democrático para a escolha dentre as opções possíveis nestes casos.

---

<sup>32</sup> Marçal (2011) também reconhece em outra parte do texto que as agências tomam decisões que não são exclusivamente científicas.

Independentemente, porém, da concepção que se adote para a fundamentação jurídica da atuação das agências reguladoras brasileiras, se baseada exclusivamente em critérios técnicos, se associada ou não à função administrativa ou se decorre de uma relação de sujeição especial ou geral, entende-se que a participação popular fixada na Constituição se aplica ao exercício de todas as funções estatais<sup>33</sup>. Isto porque a participação social no exercício das funções públicas decorre diretamente de princípios constitucionais autoaplicáveis.

O princípio da publicidade aplicável à Administração por força do *caput* do art. 37 da Constituição impõe ao Estado o dever de transparência em sua atuação, ressalvados os casos de sigilo expressamente disciplinados em legislação infraconstitucional. Assim, o particular, conforme disciplina o art. 5º, XXXIII<sup>34</sup>, têm o direito (classificado como fundamental pela Constituição) de requerer dos órgãos públicos informações de seu interesse, as quais devem ser prestadas em prazo razoável. Logo, entende-se que, mesmo nos casos onde a Constituição delega a regulação a maneira de participação popular no exercício das funções públicas (como no caso do art. 37, §3º), ou, mais ainda, se a Constituição ou qualquer outra lei até mesmo deixar de prever essa possibilidade, ao particular é reservado o direito de requerer informações ao órgão público. Este requerimento do particular se estende desde o pedido de informações de seu interesse próprio até de interesses coletivos, como, por exemplo, o motivo pelo qual o órgão público se omitiu a consultar a sociedade civil na tomada de decisões sobre determinado assunto.

Neste sentido, Perez (2009) aponta que os institutos de caráter não vinculante de consulta ou meramente opinativos, como as consultas e audiências públicas<sup>35</sup>, surgem como uma ampliação do alcance jurídico do direito de informação e do direito de petição do administrado, em sua dimensão coletiva. Para Perez (2009), em suma, o fato de o administrado possuir o direito individual constitucional de requerer informações de órgãos públicos (art. 5º, XIV, CF<sup>36</sup>) bem como de direito de petição (art. 5º, XXIV, CF<sup>37</sup>) em uma dimensão coletiva, estes princípios se desdobrariam na possibilidade de todos os administrados participarem da tomada de decisões da Administração Pública. Neste último caso, os administrados,

---

<sup>33</sup> Nos capítulos a seguir, no entanto, serão discutidos os limites desta participação, à luz da Lei das Agências Reguladoras.

<sup>34</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º. XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

<sup>35</sup> Não somente, mas também o orçamento participativo, a participação em comitês consultivos e a atuação do ouvidor.

<sup>36</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

<sup>37</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

coletivamente, teriam o direito de receber informações de interesse coletivo, apresentar críticas ou sugestões de interesse geral e, não somente, mas de receber respostas devidamente motivadas da Administração sobre estes protestos.

Evidentemente que a participação social nas funções estatais não é ilimitada, vez que, caso o fosse, seria completamente maculada a celeridade de qualquer atividade pública. No entanto, quando se trata da atuação das agências reguladoras onde já se discutiu na edição de atos normativos a existência de um suposto déficit democrático, conforme será melhor desenvolvido adiante, é importante reforçar que a participação social tem fundamento constitucional.

Isto sem mencionar, novamente, que a participação social se sustenta no princípio republicano, conforme já exposto acima. Logo, segundo Zockun (2015, p. 132), “A participação popular no desempenho das atividades estatais não é uma faculdade outorgada aos titulares do poder, senão que uma garantia constitucional, nos limites por ela assinalados. E por delimitar os direitos e garantias fundamentais, a democracia é cláusula pétrea”.

No mesmo seguimento, Perez (2009) conclui que a participação social ou participação popular, por ter mecanismos cuja matriz decorre do princípio democrático, acaba por ser, por si só, um princípio constitucional implícito e derivado, já que, como já defendido, orienta toda a atuação do Estado brasileiro. Ainda, Perez (2009) afirma a participação popular ser um princípio de organização na medida em que “importa na estruturação de processos formais de divisão de tarefas ou competências para tomada de decisões” (p. 83).

Neste seguimento, também vale citar Alexandre Aragão (2013a, p. 471), quando trata da legitimação democrática nas agências reguladoras

Entendemos que mesmo nos casos em que a realização de audiências ou consultas públicas não tiver sido cogentemente estabelecida, sendo, portanto, discricionárias, se algum agente econômico ou entidade interessada requerer a sua realização, **a recusa da Administração deverá ser satisfatoriamente motivada face aos princípios e valores constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas** (art. 1º, caput e inciso I; art. 5º, XXXIII e XXXIV; 37, caput e § 3º; e 175, II, Constituição Federal).

Também cabe mencionar que o fato de se considerar que a atuação das agências reguladoras federais decorre de uma relação de sujeição especial, em nada prejudica a conclusão acima pontuada. Isto porque, apesar de os particulares se sujeitarem a poderes administrativos mais intensos ou a regras específicas impostas pela Administração, isto não implica numa

subversão dos princípios constitucionais. Estes últimos seguem sendo autoaplicáveis. Novamente, vale citar Alexandre Aragão (2013a), quando este menciona a visão de Diego José Vera Jurado (1991),

**As chamadas relações de sujeição especial não são um âmbito em que os sujeitos ficam despojados dos seus direitos fundamentais ou em que a Administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia.** Estas relações não se dão à margem do direito, mas dentro dele e portanto também nelas têm vigência os direitos fundamentais, de forma que a Administração não goza nestas relações de sujeição especial de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esta possa ser outorgada em termos que não seriam aceitáveis em relações de sujeição geral. (2013a, p.143)

Da mesma forma, Maurício Zockun e Carolina Zancaner (2019) colocam como condicionantes positivas para o válido exercício da sujeição especial a “aferição de legitimidade dos comandos normativos editados a esse propósito se dê como base nos princípios que informam o exercício da atividade administrativa” (p. 133).

### 3. CAPÍTULO 2 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

Solidificado o entendimento de que a participação social é uma garantia constitucional na realização de todas as atividades estatais, incluindo-se a regulação exercida pelas agências reguladoras federais, podendo ela até mesmo ser considerada um princípio implícito na Constituição Federal, passa-se a refinar o objeto da presente dissertação. Para tanto, a seguir, serão levantadas algumas questões que se relacionam mais especificamente ao surgimento das agências reguladoras no cenário jurídico brasileiro para que, então, seja possível discutir com maior embasamento a participação social nestes órgãos à luz do que disciplinou a recente Lei das Agências.

#### 3.1 O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS NO BRASIL

Segundo Egon (2014), até meados de 1990 não havia no Brasil uma grande preocupação quanto ao papel do Estado enquanto regulador da economia. O papel do Estado brasileiro até esta época,

era ou de atuação empresarial nas atividades econômicas (o que ocorria por diversos motivos, dentre a falta de interesse da iniciativa privada para fazê-lo até a necessidade de integração nacional, dentre outros), ou ainda de prestador de serviços públicos e detentor do poder de polícia administrativa face aos demais agentes de mercado. Neste sentido, Egon (2014), como outros autores<sup>38</sup> tratam a atuação do Estado brasileiro pré anos 90 como paternalista: a ideia era que, de forma geral, o Estado se comportava como superior em relação aos administrados. Em alguns momentos o Estado concedia-lhes os benefícios e em outros aplicava-lhes sanções.

A atuação paternalista do Estado até a década de 1990 se comprova quando da análise das Constituições brasileiras anteriores. As Constituições de 1934 (Art. 116)<sup>39</sup>, 1937 (Art.

---

<sup>38</sup> Neste sentido: NETO, Cario Mario da Silva Pereira; LANCIERI, Fillipo Maria; ADAMI, Mateus Piva. “O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: uma proposta de sistematização”. In: Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. Malheiros Editores, São Paulo, 2014. E também FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. “Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos**. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003.

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil de 16 de Julho de 1934. Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

135<sup>40</sup>), 1946 (Art. 146<sup>41</sup>) e 1967 (Art. 157, §8<sup>42</sup>) reforçavam esta postura paternalista, atribuindo a intervenção do Estado na atividade econômica como uma exceção e reafirmando sempre que possível a possibilidade de monopolização da União em algumas destas atividades. Todavia, apesar de estas Constituições anteriores não atribuírem competências normativo-regulamentares ao Estado para tratar as atividades econômicas privadas, ainda havia previsões que atribuíam competência presidencial para emanar regulamentos administrativos. Estes regulamentos, todavia, não se aplicavam aos particulares, mas tão somente permitiam a edição de normas para estabelecer deveres e obrigações à própria Administração Pública, o que englobava tão somente a regulamentação da atividade econômica por ela praticada.

A Constituição de 1988, desta forma, foi inédita ao apresentar nos arts. 173 e 174, como pontuado no capítulo inicial desta dissertação, o Estado brasileiro como agente normativo e regulador da economia. A partir da promulgação da Constituição de 1988, o Estado passou a assumir diversos papéis face às atividades econômicas exercida no país, tanto àquela exercida por sujeitos públicos quanto privados. Dentre estes papéis, o de convivência, regulação, interação, integração, fiscalização, incentivo, entre outros. Os anos seguintes à promulgação da Constituição atual foram essenciais para a sedimentação deste novo papel do Estado na economia. Com a Emenda Constitucional nº 8/1995, a Constituição passou a prever a existência de um órgão regulador para o setor de telecomunicações (art. 21, XI) e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 9/1995, de um órgão regulador do monopólio da União no setor de petróleo (art. 177, §2º, III). Estas mudanças foram impulsionadas pela legislação infraconstitucional que inaugurou no Estado brasileiro diversas autarquias federais destinadas a criar as agências reguladoras:

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937**. Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

<sup>41</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946**. Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

<sup>42</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de Janeiro de 1967**. Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: § 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

**Quadro I – Relação das agências reguladoras federais**

<b>Agência</b>	<b>Principal matéria regulada</b>	<b>Lei de criação</b>
ANEEL	Energia elétrica	Lei nº 9.427/1996
ANATEL	Telecomunicações	Lei nº 9.472/1997
ANP	Petróleo e derivados	Lei nº 9.478/1997
ANVISA	Vigilância sanitária	Lei nº 9.782/1999
ANA	Recursos hídricos	Lei nº 9.984/2000
ANS	Planos de saúde	Lei nº 9.961/2000
ANTAQ	Transportes aquaviários	Lei nº 10.233/2001
ANTT	Transportes terrestres	Lei nº 20.233/2001
ANCINE	Cinema	MP nº 2.228/2001
ANAC	Aviação civil	Lei nº 11.182/2005
ANM	Mineração	Lei nº 13.575/2017

Este movimento influenciou também outros entes federados a constituir órgãos reguladores com as mesmas atribuições das agências federais. À título de exemplificação, vale mencionar a criação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (“ARTESP”) em 2002<sup>43</sup> e da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (“ARSESP”) em 2007<sup>44</sup>.

Nota-se, portanto, que a criação das agências reguladoras reestruturou importantes setores da economia nacional. Mais ainda, no que diz respeito à temática desta dissertação, cumpre pontuar que esta reestruturação da Administração Pública, com a criação de novas autarquias vocacionadas a regular sobre setores de grande interesse social, seja por sua relevância econômica ou para a implementação de políticas públicas, subverteu a antiga posição do Estado no que se refere à tomada de decisões. Neste sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto (2002) aponta que houve a esta época, alinhado ao fenômeno de privatização e liberalização dos setores econômicos reservado ao Estado, uma maior expressividade da regulação pública, principalmente no caso de setores de prestação de serviços públicos. Menciona, como exemplo, a reestruturação da regulação estatal sobre setores como saúde suplementar (ANS), vigilância sanitária (ANVISA), uso e exploração de recursos hídricos (ANA), transportes (ANTAQ, ANTT, ANAC), entre outros. Portanto, esta época não pode se

<sup>43</sup> A ARTESP foi instituída através da Lei Estadual nº 914, de 14 de janeiro de 2002, e, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 46.708, de 22 de abril de 2002.

<sup>44</sup> A ARSESP foi criada pela Lei Complementar nº 1.025, de 07 de dezembro de 2007, e regulamentada pelo Decreto nº 52.455, de 07 de dezembro de 2007.

verificar somente uma transformação em importantes setores econômicos, mas também, como será pontuado nos próximos capítulos desta dissertação, uma transformação na noção de serviço público, gerando uma centralidade na figura do usuário.

O que vale destacar no presente momento é que o estabelecimento de autarquias como as agências no regime jurídico brasileiro fez com que surgissem algumas crises iniciais relacionadas justamente à sua organização estrutural. Isto pois, enquanto o Brasil se inspirava no modelo de intervenção econômica do direito europeu, a intervenção regulatória, por outro lado, em muito corresponde à experiência norte-americana (MARQUES NETO, 2011).

Assim, houve um estranhamento jurídico quando as agências foram constituídas como autarquias em regime especial, dotadas de autonomia decisória e financeira. Não bastasse esta organização ser alheia à composição ministerial da época, elas também foram dotadas de competência normativa. Logo, estes atributos das agências reguladoras geraram alguns questionamentos, principalmente quanto à legitimidade democrática das decisões e normativos das agências, conforme será mais detalhadamente exposto a seguir.

## **3.2 OS IMPASSES DA ADOÇÃO DO MODELO DE AGÊNCIAS NO BRASIL**

### **3.2.1 A crise de legitimidade das agências reguladoras e o desejo de redução do suposto déficit democrático**

Para explicar onde, a princípio, se enxergaria o déficit democrático das agências, faz-se uma comparação com a composição dos tribunais judiciais brasileiros. O clássico argumento utilizado para fundamentar o déficit democrático de ambos os casos é que seus “dirigentes” (no caso, os diretores das agências e os juízes) não são eleitos diretamente, em sufrágio universal, pela população. Assim, a ausência de eleição de seus membros faria com que a atuação destes órgãos restasse prejudicada. Desde já se reforça a discordância desta concepção, mas, a título elucidativo, segue a comparação. No caso do Judiciário, poderia se pensar que os juízes são empossados de seus cargos por meio de participação em concurso, o que, supostamente, reduziria o déficit democrático, já que, desde que cumpridos certos requisitos, a população teria acesso à função jurisdicional. Além disso, no caso do Judiciário, há diversas outras obrigações que contribuíram para a redução do déficit democrático quando do exercício desta função, como, por exemplo, o direito constitucional das partes de petição, contraditório e até mesmo o

dever legal de observância a precedentes pelos juízes, estabelecido pelo Código de Processo Civil<sup>45</sup>. Quando se compara, portanto, o suposto déficit democrático do Judiciário com o das agências reguladoras, aparentemente, no caso destas últimas, o déficit parece ser ainda maior. Isto porque, em relação a sua composição, os diretores das agências são exclusivamente indicados pelo chefe do Executivo. Estes diretores indicados pelo Presidente da República e depois sabatinados pelo Senado Federal (da mesma forma que é feito com os novos ministros do Supremo Federal). Além disso, um atributo das agências reguladoras brasileiras, como mencionado anteriormente, é sua autonomia em relação aos demais órgãos do Poder Público. Logo, às decisões (colegiadas) das agências, não cabe recurso hierárquico administrativo. Ou seja, não há uma instância superior à diretoria de uma agência reguladora que permita a reconsideração de alguma decisão por meio de interposição de recurso administrativo, devendo o particular, nestes casos, se recorrer ao Judiciário. Isto sem mencionar o entendimento de deferência do Judiciário às decisões das agências em razão de sua tecnicidade (com o qual também não se concorda, como pontuado em outros momentos nesta dissertação). Logo, por esses e diversos outros motivos, muito se debateu à época de criação das agências reguladoras sobre quão adequadas elas seriam no Estado Democrático de Direito brasileiro, tanto no que concerne à sua organização como à sua atuação.

Marçal Justen Filho (2011) ao analisar o déficit democrático das agências, traz as seguintes considerações que ajudam a esclarecer estes pontos inicialmente levantados. A primeira delas é de que o conceito de democracia comporta diversas formas de legitimação, as quais não se reduzem exclusivamente à eleição de representantes para todos os órgãos da Administração mediante sufrágio universal. Mais especificamente sobre as agências, entende se tratar de uma instituição cuja função é justamente “neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização dos valores e princípios fundamentais” (p.232).

Esta ideia será melhor desenvolvida quando tratarmos da teoria dos poderes neutrais. No entanto, apenas adiantando, em suma, reforça-se que não há que se falar em déficit democrático exclusivamente em razão da não eleição de dirigentes por sufrágio universal. Isto porque se verifica a necessidade de, no aparelho estatal republicano, existirem instituições onde não prevaleçam a vontade popular como uma forma de garantir a realização de princípios constitucionais à esta população. A não eleição dos dirigentes se dá até mesmo pelo fato de as agências regularem setores específicos da atividade econômica o que exige que seus dirigentes

---

<sup>45</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

possuam uma formação técnico-científica (o que não exclui o entendimento anteriormente apresentado de que sua atividade não é exclusivamente científica, mas também política).

Retomando o tópico do déficit democrático, o Marçal (2011) trabalha com uma categorização que facilita a compreensão do conceito. Primeiramente, ele subdivide o conceito em déficit democrático externo e interno. O externo se refere ao déficit democrático do sistema político como um todo. Neste ponto, portanto, quando tratado dos percalços do processo de desenvolvimento da democracia brasileira, principalmente a partir de 2013, faz-se uma análise do déficit democrático externo. Marçal (2011), neste ponto, novamente faz uma pontuação que se associa à teoria dos poderes neutrais na medida em que expõe que as agências reguladoras são organismos administrativos que auxiliam no sistema de freios e contrapesos do sistema político, aproximando a sociedade da burocracia e diminuindo, portanto, este déficit democrático do sistema político

é que, em todos os casos, **a instituição de agências independentes derivou da constatação de que a atribuição de certas competências de natureza normativa e executiva a órgãos providos por via eleitoral gerava risco de sacrifício de valores fundamentais.** A necessidade de manter prestígio perante o eleitorado gera a potencialidade da adoção de decisões inadequadas (...) porque aptas a destruir valores, princípios e interesses tutelados pela ordem jurídica. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 233-234)

Por outro lado, quando trata do déficit democrático interno, que é o que interessa neste momento, refere-se a eventuais deficiências nos critérios de organização e funcionamento das agências reguladoras. Deficiências estas que também podem frustrar ou dificultar a realização dos princípios e valores fundamentais que as agências buscam alcançar. Aqui Marçal (2011) subdivide o déficit interno em uma abordagem estrutural, ou estática, e uma abordagem funcional, ou dinâmica. O viés estrutural se relaciona à crise de deficiência democrática na organização da entidade, portanto, à composição da diretoria, seus mandatos, à natureza da competência regulatória (que, novamente, faz referência ao debate da tecnicidade das agências) e às formas de controle. Já o viés dinâmico trata da possibilidade de reduzir a deficiência democrática organizacional das agências por meio da adoção de mecanismos de participação direta da sociedade, dentre os quais cita dois bem caros a esta dissertação: o devido processo (administrativo) legal e a adoção de institutos de participação popular.

Desta forma, quando Marçal Justen Filho (2011) fala, como descrito acima, em neutralizar a influência da população para a ótima consecução das atividades das agências, ele não milita pela exclusão de quaisquer interesses da sociedade civil quando do processo

regulatório. Ele, na verdade, entende que estes interesses devem ser vinculados às competências das agências para a realização dos princípios e valores constitucionais. A realização destes princípios, no entanto, o que se concorda e pretende se demonstrar nesta dissertação, é mais bem garantida no processo regulatório se adotados mecanismos de participação popular e observância a princípios processuais que assegurem a tramitação regular do processo administrativo regulatório. Entende-se, portanto, como muito valiosa a esta dissertação a classificação realizada por Marçal a respeito do conceito de déficit democrático, conforme acima resumida. Enquanto operação lógica<sup>46</sup>, a classificação ajuda o operador do direito a conhecer e a ordenar a realidade com que se lida. Além disso, para o presente trabalho, esta classificação ajuda a delimitar seu tema. Considerando, portanto, as lições de Marçal Justen Filho (2011), o tema da presente dissertação se relaciona ao déficit interno dinâmico das agências reguladoras.

Enquanto órgão da Administração Pública indireta, as agências reguladoras têm o dever de obediência aos princípios constitucionais que regem a Administração brasileira. Dentre estes, tem-se o princípio democrático, cujo conteúdo foi devidamente desenvolvido no capítulo inicial desta obra. A observância deste princípio pelas agências implica que, apesar da tecnicidade presente em sua atuação e da impossibilidade de eleição em sufrágio universal de seus dirigentes, deve ser assegurada a efetiva participação no processo decisório destas autarquias.

Será comentado um pouco mais sobre o déficit democrático sob um viés estrutural, principalmente no que concerne à composição da diretoria e seus mandatos, mais adiante, no tópico relacionado à teoria da captura das agências reguladoras. Agora, foca-se a análise no viés dinâmico/funcional. Primeiramente, fala-se da observância ao devido processo legal. Marçal Justen Filho (2011) menciona a necessidade de ser fixado legislativamente o procedimento decisório das agências reguladoras, externalizando destas autarquias a disciplina de seus processos administrativos. Esclarecendo o que se entende por processo administrativo neste contexto, vale reproduzir as lições de Odete Medauar (2003) de que o conceito de processo no direito público transcende ao direito processual, na medida em que não se relaciona exclusivamente às situações de litígio ou conflito. Há, no regime publicista, o dever de motivação, que impõe ao Estado a obrigação de serem apresentadas uma série de atividades preparatórias que sustentam o ato final. Assim, o processo passa a ser reconhecido como um

---

<sup>46</sup> Segundo Lucas Galvão de Britto (2016, p. 321), “Classificar, sendo a operação que permite reunir em conjuntos certos elementos, pressupõe a habilidade de julgar, valorar, estimar, positiva ou negativamente, tais elementos segundo critérios”.

“instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais” (MEDAUAR, 2003, p. 222).

Também neste sentido, Egon Bockmann Moreira (2011) entende que o processo administrativo assume uma nova dimensão em um cenário de globalização econômica<sup>47</sup>, que transcende a composição de litígios, transformando-se “numa constante forma de relacionamento entre o cidadão e o Estado” (p. 147). Egon Bockmann Moreira (2011) também fala de a tendência da produção de regulamentos administrativos pelas agências brasileiras ser resultado de um processo administrativo como uma herança norte-americana. Se, por um lado, no direito romano-germânico a existência da norma que realiza a integração de um ordenamento, no sistema da *common law* se prestigia a legitimidade pelo procedimento.

Apenas aproveitando o ensejo para finalizar um assunto anteriormente pontuado a respeito da deferência das decisões das agências pelo Poder Judiciário<sup>48</sup>. Nesta dissertação pretendeu-se apenas expor a possibilidade de adoção desta deferência em razão da tecnicidade que envolve as decisões das agências reguladoras. Todavia, alinha-se à possibilidade de controle externo pelo Judiciário das decisões das agências pelos motivos a seguir. Egon Bockmann Moreira (2011) pontua que pelo fato de que, na *common law*, a legitimidade estar centrada no procedimento, o controle externo quanto às normas produzidas pelas agências é ínfimo<sup>49</sup>. Ora, no cenário estadunidense de prestígio ao procedimento em que uma norma é elaborada mediante um processo conduzido por pessoas tecnicamente inidôneas e que segue à risca os pilares da informação, participação e *accountability*<sup>50</sup>, reduz-se significativamente o controle jurisdicional posterior, priorizando-se a deferência judicial às decisões das agências. No entanto, este não é o cenário brasileiro. Não somente pela regulação, apesar de se propor a tanto, não seguir friamente os pilares mencionados, mas, principalmente, pois aqui ainda há uma influência material das normas.

---

<sup>47</sup> Cenário este descrito por José Eduardo Faria (1998, p. 8): “Enquanto a concepção de sistema jurídico forjada pelo Estado liberal faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídico-positiva, esse emergente sistema normativo sob a forma de ‘rede’ se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais”.

<sup>48</sup> Comentando, aqui, portanto, à luz da classificação de Marçal, o déficit democrático interno aqui em um viés estrutural (controle externo das agências).

<sup>49</sup> “o foco central num questionamento quanto à legitimidade de normas contingenciais produzidas para casos limitados, segundo paradigmas processuais certos e prestigiados, através de pessoas tecnicamente inidôneas, implica a perda de prestígio ao controle substancial a posteriori” (MOREIRA, 2011, p. 149).

<sup>50</sup> Adiante, no Capítulo 3, no subtópico sobre a incorporação de novas tendências do direito administrativo na Lei das Agências, serão tecidos comentários sobre o que se entende por *accountability* no ordenamento jurídico brasileiro.

**Para o Direito brasileiro, o circuito democrático instala-se com a fixação de preceitos fundamentais numa Constituição rígida, que estabelecem quem pode exercer o Poder Público, em que condições e limites.** Uma vez definido o detentor do Poder Público, este deve obediência formal e substancial à Constituição e às leis ordinárias. Tudo passível de controle externo. (...) a instituição no plano normativo legal de processos administrativos de produção participativa de regulamentos não poderia implicar a respectiva supressão das garantias constitucionais de controle independente por parte do Poder Judiciário (MOREIRA, 2011, p. 151).

O que é importante enfatizar, todavia, quanto a observância do devido processo legal como forma de redução do déficit democrático interno funcional das agências é que, no âmbito destas autarquias, o processo administrativo se transformou em um instrumento de criação de normas administrativas genéricas e abstratas. Assim, ele vai além das partes tradicionalmente envolvidas em uma relação processual, abrangendo também terceiros interessados.

Passa-se a comentar, então, o segundo ponto acerca do déficit democrático interno funcional, ou seja, a participação social na formação de decisões das agências. Como mencionado, a mudança de paradigma do Estado paternalista para um Estado normativo/regulador da economia se solidificou constitucionalmente no art. 37, §3º, com a Emenda Constitucional nº 19/1998, que delega à regulamentação a disciplina sobre as formas de participação dos usuários na Administração Pública direta e indireta. Construiu-se constitucionalmente, então, um novo modelo de relacionamento entre a Administração e o administrado. A Constituição que impunha que as decisões administrativas seriam tomadas exclusivamente pelo Estado, passou a prever a possibilidade de participação da iniciativa privada neste processo.

Outro ponto que vale comentário é que a Constituição não prevê exatamente como se dá a participação dos interessados no processo de regulação exercido pelas agências reguladoras independentes, delegando esta tarefa à legislação infraconstitucional. Como consequência disso, desde as leis de criação das agências, como se verá mais detalhadamente no Capítulo 3, havia previsões sobre a realização de consultas e/ou audiências públicas quando da elaboração de novo ato normativo.

Sobre este assunto, vale trazer a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p.80),

a atividade de regulação pressupõe, a meu ver, a noção de equilíbrio. **Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional.** Mais do que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses enredados em um dado

segmento da atividade econômica ou social, sem descuidar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Ao contrário, admite-a e mesmo exige sua presença, como mais adiante detalharei. **O que se altera, contudo, é o modo de exercício desta autoridade. Em vez de se relacionar com os agentes privados exclusivamente pelo vetor vertical, impositivo e unilateral, interage com eles num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas.**

Marçal Justen Filho (2011) entende que a adoção de mecanismos de participação popular é a principal forma de legitimação democrática das agências reguladoras. Entretanto, estes institutos de participação popular devem ser plenamente realizados. Quanto à realização plena destes instrumentos, Marçal Justen Filho (2011) traz dois pontos que esta dissertação pretende traçar possíveis soluções: a insuficiência da publicidade passiva das agências e a necessidade de uma participação externa relevante.

A publicidade passiva das agências é insuficiente para garantir uma legítima participação social. Ou seja, a mera intenção das agências em ouvir a sociedade não é suficiente para redução do déficit democrático. No sentido de se evitar o formalismo da participação social, fala-se em participação “cosmética” no âmbito das agências. Segundo Marçal Justen Filho (2011, p. 248),

A expressão indica a situação em que a agência predetermina sua decisão e desencadeia uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas, destinadas **apenas a dar uma aparência de democracia à decisão**. Assim, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, **mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições**.

Em outras palavras, a participação cosmética ocorre quando a agência oferece a possibilidade de participação a todos os interessados na regulação, todavia, a ausência de colaboradores sobre o assunto não é capaz de frustrar a edição da norma<sup>51</sup>. Também se considera uma participação cosmética quando, ao contrário do exemplo anterior, há uma participação espontânea dos interessados e suas contribuições são recebidas, no entanto, a

---

<sup>51</sup> Adiantando-se algumas conclusões deste trabalho, aqui abre-se a ressalva para as hipóteses onde não se entende aplicável a participação popular. Entende-se haver participação cosmética, então, caso o ato normativo não esteja em uma das hipóteses de ressalva e não tenha ocorrido nenhuma manifestação, caso em que, como já defendido acima por Egon Bockmann, pode-se pleitear até mesmo pela anulação do ato.

agência define por critérios internos de sua diretoria<sup>52</sup>. Neste último cenário, considerando que a agência não emita nenhum comentário sobre os documentos recebidos e não realize nenhuma segunda tentativa, estendendo os prazos para contribuição, por exemplo, ou realizando convite a interessados para participarem do processo. Entende-se que a mera divulgação passiva dos procedimentos de participação social despreza, portanto, uma atuação eficiente e legítima da atividade regulatória das agências.

Correlacionando-se o devido processo administrativo com a participação popular, entende-se que uma das formas que, a princípio, consegue se traçar para a resolução da participação cosmética, de forma a se exigir das agências reguladoras uma participação mais ativa dos interessados na regulação, seria exigir, no devido processo das agências, um paralelo com outro princípio processual: a noção de “paridade de armas”. Esta, em suma, decorre do princípio da igualdade (Art. 5º, *caput*, CF)<sup>53</sup> e do direito ao contraditório (Art. 5, LV, CF)<sup>54</sup>, e tem como premissa a noção de que todos os envolvidos, em determinado processo, tenham as mesmas condições, possibilidades e oportunidades de defesa de seus interesses. A ideia seria, portanto, que as agências reguladoras intimassem os grupos interessados para manifestação em caso de propositura de uma resolução ou tomada de alguma decisão que pudesse afetá-los.

Algo parecido já foi reconhecido em mandado de segurança ajuizado no Supremo Tribunal Federal<sup>55</sup>. Apesar de não se tratar de uma agência reguladora, no caso foi reconhecida a necessidade de se intimar classe representativa daqueles que foram afetados por resolução

---

<sup>52</sup> O que não significa dizer que a agência está obrigada a acatar a todas as contribuições recebidas, somente que ela tem dever, inclusive legal, como melhor se verá adiante, de se manifestar quanto a elas.

<sup>53</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

<sup>54</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>55</sup> Mandado de Segurança. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo. Magistrados. Teto remuneratório. Emenda Constitucional nº 41/2003. Vantagens pessoais. Art. 65, VIII, da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Percepção de vantagens pecuniárias extravagantes e em desconformidade com a estrutura de remuneração da magistratura nacional. Ilegalidade. **Resolução nº 133 do CNJ. Necessidade da intimação de todas as pessoas diretamente interessadas no desfecho da controvérsia administrativa.** Intimação por edital. Nulidade. Impossibilidade material da intimação pessoal. Possibilidade da utilização analógica do Instituto Norte-Americano do Defendant Class Action. Princípios constitucionais. Aparente conflito. Ponderação. Racionalidade. **Princípios da efetividade da prestação jurisdicional, economicidade processual, celeridade, duração razoável do processo, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Intimação da entidade de classe legitimamente representante dos interessados.** Requisito da representatividade adequada. Constitucionalidade. Restabelecimento dos efeitos da medida liminar anteriormente deferida no PCA. Mandado de segurança parcialmente provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática em Mandado de Segurança, nº 26.750.** Impetrante: Gilberto Passos de Freitas e outros. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 11/11/2013. Publicação em 14/11/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho369477/false>. Acesso em: 10 jul. 2022.)

proferida pelo Conselho Nacional de Justiça. O Supremo determinou que a resolução fosse suspensa até que ouvida a parte contrária a seu respeito.

No mesmo sentido, o Supremo também emitiu entendimento<sup>56</sup> de que é necessário que o órgão regulador (neste caso, o CNJ novamente) seja obrigado a dar ciência a procedimento administrativo cujo desfecho afeta terceiros diretamente interessados, abrindo oportunidade para manifestação dos mesmos.

Acadêmicos já fizeram exposições semelhantes, pontuando a necessidade de as agências buscarem ativamente os afetados pela regulação que proferirem. Neste seguimento, Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 365) afirma que

Do ponto de vista prático, a produção normativa regulatória deveria viabilizar o controle social não apenas pelas audiências públicas e consultas públicas, mas, especialmente, **por provocação específica da manifestação de corporações envolvidas no segmento regulado** (por exemplo: sindicatos, associações, câmaras de comércio, conselhos profissionais).

Também Egon Bockmann Moreira (2011) defende a participação ativa, argumentando, ainda, que sua omissão pode gerar a nulidade do ato proferido pela agência.

Note-se que o termo jurídico “processo” significa modo de exercício do poder estatal. Não se trata de mera condução aleatória de rito, dirigido à tomada de decisões. É o modo pelo qual determinadas esferas de competência administrativa podem (devem) ser exercitadas. O processo implica também a necessidade de participação popular na definição de interesse público, numa profunda imbricação entre processo e democracia. Ou seja, **é pacífico que cidadão tem o direito democrático de participar ativamente da formação das decisões administrativas do Estado, especialmente aquelas que incidirão sobre seus interesses (diretos ou indiretos). A supressão a esse direito (quer comissiva, quer omissiva) pode importar não só a nulidade do ato, como a responsabilização de seu emissor.** (MOREIRA, 2011, p. 152-153)

---

<sup>56</sup> Ementa: Mandado de Segurança. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de controle administrativo. **Notificação de pessoas diretamente interessadas no desfecho da controvérsia. Contraditório e ampla defesa. Necessidade. Sempre que antevista a existência razoável de interessado na manutenção do ato atacado, com legítimo interesse jurídico direto, o CNJ está obrigado a dar-lhe ciência do procedimento de controle administrativo.** Identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da efetividade deste para produzir a defesa do ato atacado. Segurança concedida, para anular o acórdão atacado e **para que o CNJ possa notificar os impetrantes acerca da existência do PCA e de seu direito de serem ouvidos.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Mandado de Segurança nº 27.154.** Impetrante: Simone Vieira Ormonde e outros. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Julgado em 10/11/2010. Publicação em 08/02/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618728>. Acesso em: 10 jul. 2022.)

Também da concepção de participação cosmética, extrai-se a necessidade de um dever de motivação por parte das agências a respeito das contribuições recebidas, de forma a se evitar a publicidade passiva. Não se deve somente formalizar um procedimento pelo qual se garanta a participação, mas, as colaborações recebidas devem ser analisadas e, quando não acolhidas, as agências têm o dever de apresentar os motivos pelos quais foram desconsideradas. Este retorno, ainda, deve ser apresentado em tempo hábil. Não é, porém, o que tem se verificado em alguns estudos empíricos realizados no âmbito das agências reguladoras federais brasileiras. O grupo Regulação em Números da Faculdade Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-Rio) (GUERRA; SALINAS, 2019) apurou que as agências demoram em média 215 dias para disponibilizar seus relatórios referentes às contribuições recebidas para o público. Mais ainda, há agências que sequer disponibilizam estes resultados, o que o grupo apurou ser 62% dos casos, ou, ainda, os resultados se tornam públicos somente após a edição da norma em discussão, demonstrando a existência da participação cosmética a que se refere Marçal.

No mesmo sentido vale citar outro completo e atual estudo empírico realizado por estudiosos do Observatório de Regulação do IBRAC (ALENCAR; BOTELHO, 2022). O estudo, ao analisar a atuação de todas as onze agências reguladoras federais elencadas no art. 2º da Lei nº 13.848/2019 averiguou que, todas as agências, sem exceção, possuem regulamentos próprios sobre a utilização de mecanismos de participação social em seu processo decisório, principalmente regulamentando a realização de audiências e consultas públicas no caso da edição de novos atos normativos. Em que pese a existência destes regulamentos e de previsões neste sentido desde suas leis criadoras, pode-se afirmar pela ocorrência da participação cosmética nestas autarquias em razão de não serem divulgadas, no período analisado no estudo<sup>57</sup>, o posicionamento das agências sobre as contribuições recebidas (que é o caso da ANCINE, ANM e ANP). Em outras agências, apenas em algumas consultas ou audiências públicas (ou outros mecanismos de participação) foi publicada a manifestação das agências sobre as contribuições recebidas (como é o caso da ANA, ANVISA, ANTT e ANTAQ). O estudo concluiu, portanto, que apenas a ANAC, ANATEL, ANEEL e ANS possuem o hábito

---

<sup>57</sup> “Os levantamentos descritos na Tabela 2 (Processo Decisório), referente ao cenário posterior à entrada em vigor da Lei de Agências Reguladoras, levou em consideração (i) para os itens “AIR” e “Participação Popular”, os 3 (três) processos de edição de atos normativos divulgados no sítio eletrônico da respectiva agência, anteriores a março de 2021 (incluindo os eventuais processos deste mês); (ii) para o item “Decisões administrativas”, as reuniões deliberativas dos últimos 2 (dois) meses anteriores a março de 2021; e, por fim, (iii) para o item “Acordos Administrativos”, os eventuais acordos administrativos anteriores a março de 2021. Já os levantamentos relativos à situação anterior à entrada em vigor da Lei de Agências Reguladoras levaram em consideração o período anterior a setembro de 2019”. (ALENCAR; BOTELHO, 2022, p. 18).

de disponibilizar aos participantes de todas as audiências e consultas públicas seus posicionamentos sobre as contribuições recebidas. Isto sem mencionar que alguns trechos do estudo mencionam que muitas vezes as agências não respondem às manifestações de forma individualizada, emitindo pareceres gerais sobre alguns pontos trazidos em algumas contribuições.

Neste sentido vale finalizar este tópico com os ensinamentos de Maria Sylvia (2003), adiantando-se brevemente uma das conclusões desta dissertação. Maria Sylvia (2003) defende, na mesma linha do que Marçal (2011), que são os procedimentos de participação que dão legitimidade às normas baixadas pelas agências e que a grande dificuldade do modelo brasileiro de agências reguladoras é que aqui foi adotado o modelo de agências norte-americanas, mas não se adotou na prática os instrumentos de participação que são adotados nos EUA, que é o que contribui à redução do déficit democrático (interno dinâmico). Feitas todas as considerações deste tópico vale abrir uma divergência quanto a esta colocação de que a participação social que atribui legitimidade às decisões e normativos das agências. Entende-se que, na verdade, a legitimidade da atuação das agências não está na representação democrática, mas no fim a que se destinam, sendo estes a busca pela eficiência, de forma imparcial e técnica, sendo estas autarquias uma representação do poder neutral no Estado brasileiro. Assegurar a participação popular efetiva na atuação das agências reguladoras federais, portanto, seria uma forma de cumprimento dos princípios constitucionais que militam pela democracia participativa, como pontuados no Capítulo inicial desta dissertação. Faz-se ainda mais caro garantir a participação social nestas autarquias que, quando surgiram nos anos 90, por seus inúmeros atributos norte-americanos que eram, de certa maneira, alienígenas ao ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, entende-se ser incabível reduzir a legitimidade das decisões das agências à adoção de mecanismos de participação popular. Ainda mais se considerarmos que estes são sequer vinculantes. Mas, como dito, este tópico será melhor explorado adiante.

### **3.2.2 A teoria da captura e a defesa de uma regulação social**

Às agências reguladoras compete a conciliação de múltiplos interesses quando do exercício da atividade regulatória. Dentre estes interesses, têm-se, em suma, os interesses da sociedade civil (que é o enfoque desta dissertação, como pretende se demonstrar ao longo desta exposição), do Estado (que é, ou deveria ser, o interesse do regulador) e dos agentes econômicos regulados (ou seja, aqueles que exploram economicamente a atividade regulada pela agência).

Evidente que, nem sempre, ou melhor, na maioria das vezes, estes interesses não coincidem. Assim, a atividade regulatória eficiente busca realizar da melhor forma possível todos eles, num exercício constante de proporcionalidade e efetividade do princípio da impessoalidade, conforme pontuado no Capítulo 1. Ainda, se possível, o regulador deve buscar o consenso, compatibilizando esses interesses. Isto pois, os objetivos da Administração tendem a ser mais bem alcançados via concordância do que mediante coerção. Neste sentido, Egon Bockmann Moreira (2011, p. 153),

Também é importante destacar que **a legitimação pelo procedimento**, com a efetiva participação das pessoas privadas na elaboração dos provimentos administrativos que as afetarão **se presta a explicar e a justificar (ou mesmo a atribuir) a racionalidade da decisão**. Num plano ideal, **na medida em que o cidadão possa verdadeiramente influenciar a formação da decisão administrativa, isso tende a gerar uma decisão quase consensual (ou verdadeiramente consensual), que possui maiores chances de ser espontaneamente cumprida. O dever de obediência tende a se transformar em espontânea aceitação, em concordância devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco)**

Odete Medauar (1992, p. 187), no mesmo seguimento, aponta que

o exercício do poder administrativo para a satisfação do interesse público comporta, se não quer ser arbitrário, de um lado, **a identificação do quadro completo dos interesses, públicos ou privados**, que estão em conexão com a atribuição da autoridade; de outro, a representação completa e exata dos fatos em relação aos quais o poder é exercido. A liberdade-vínculo que se chama discricionariedade consiste no **poder-dever de representar fiel e completamente todos os fatos e de levar em conta todos os interesses envolvidos: ter em conta não é só considerar, mas atribuir a cada um o seu peso.**

Mais ainda, entende-se que para que todos os interesses sejam considerados, é essencial que eles sejam manifestados durante o processo de regulação exercido pelas agências reguladoras. Novamente, não só basta formalizar um procedimento participativo, mas deve-se garantir a efetiva participação de todos aqueles afetados pela regulação, bem como motivar a decisão regulatória adotada, respondendo às contribuições recebidas.

É de se pontuar, porém, que apesar dos benefícios da participação social serem conhecidos, a contribuição de cada um dos interessados nos processos decisórios das agências não é uniforme. Esta desigualdade que estimula a pesquisa da presente dissertação. Isto porque

presume-se (JUSTEN FILHO, 2011; ARAGÃO, 2013; MOREIRA, 2011), que a população em geral (o que, como já deve ter sido percebido, neste trabalho, também é nomeada “sociedade civil”) não detém conhecimento científico hábil para realizar a defesa de seus interesses perante as agências reguladoras. Considerando que as agências tomam decisões baseadas em elementos técnicos, em muitos casos, a sociedade civil, ou seja, aqueles que somente usufruem da atividade regulada (seja como consumidor ou usuário de serviço público, caso esta atividade seja econômica, ou apenas como cidadão, no caso da regulação se refira somente ao estabelecimento de alguma política pública), apesar de poderem ser afetados por algumas decisões, não conseguem embasar tecnicamente seus interesses aos reguladores. Até mesmo porque muitas vezes seus interesses sequer são passíveis de serem embasados tecnicamente. Egon Bockmann Moreira (2011, p.162) vai ainda além, pontuando que a exclusão de participação não se dá somente pela falta de acesso a dados técnicos que envolvem as atividades reguladas pelas agências, mas até mesmo pelo precário acesso da população brasileira à *internet*<sup>58</sup>. Pontos a serem explorados mais adiante.

Participam, portanto, mais ativamente dos processos decisórios das agências aqueles que possuem interesses econômicos na regulação. Em geral, empresas cujas atividades são reguladas pelas agências. Além destas terem os conhecimentos técnicos relacionados à atividade regulada, elas empregam investimentos e mão-de-obra qualificada para a interação regular e convencimento dos reguladores nos assuntos que as interessam. O custo destes esforços para elas é irrisório em relação aos resultados financeiros que obtêm com a exploração das atividades. Enquanto isso, a sociedade civil, sem recursos ou até mesmo sem organização para uma mobilização que alcance a mesma relevância (ainda mais considerando os diversos interesses conflitantes englobados no mesmo grupo), acabam por acatar ao que ficou decidido neste debate no qual foi apenas formalmente convidado, mas que, muitas vezes, sequer foi escutado. Vale enfatizar: não se entende, neste presente estudo, que os exploradores das atividades reguladas pelas agências não devam usufruir dos mecanismos de participação social. Entende-se que, na verdade, sua participação é de suma relevância. O que a teoria da captura aponta é somente que estes agentes de mercado não podem monopolizar os mecanismos de participação nas agências.

---

<sup>58</sup> A afirmação de Egon Bockmann Moreira (2011, p. 162) se comprova em dados empíricos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): em Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) que analisou os dados de acesso à internet no quarto trimestre de 2021 foi verificado que 28,2 milhões de brasileiros acima de 10 anos não usaram a rede em 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=34949&t=resultados>. Acesso em: 12 dez 2022.

O fenômeno conhecido como captura das agências reguladoras, na verdade, acaba por se relacionar também com um desrespeito à impessoalidade pelos reguladores. Isto porque, como bem aponta Moreira (2011), o problema da captura no Brasil é bifronte vez que ocorre tanto pelos agentes econômicos como pelo próprio regulador. Por excelência, as agências deveriam se portar como o poder neutro que auxilia na redução da assimetria informacional entre o regulador e os regulados. Diogo Coutinho (2014) relata que esta concepção era predominante nos Estados Unidos, antes da publicação de um artigo de George J. Stigler, em 1971<sup>59</sup>. Segundo esta visão, a regulação existia em nome de garantia do interesse público e se ligava ao ativismo estatal do *New Deal*. Como pontua, Coutinho (2014, p.15), enxergava-se o regulador como

**uma autoridade pública esclarecida, dotada de credibilidade e capaz de ponderar interesses divergentes e propor a melhor regulação para os cidadãos. Além disso, o regulador seria alguém capaz de enxergar falhas ou empecilhos ao fluxo de informações entre agentes, à concorrência e também de tomar providências para corrigir externalidades e outras falhas de mercado. Em sua versão inicial, a teoria do interesse público dava ao regulador uma espécie de “aura de onisciência” e o descrevia como um cidadão (ou conjunto de cidadãos) que, melhor do que ninguém, saberia qual a regulação mais adequada para cada caso concreto.**

Nesta dissertação, conforme dito acima, concorda-se com este entendimento anterior à Stigler de que a regulação serve ao interesse público. Para Stigler (1971), contrariamente, o Estado poderia usar de seus poderes coercitivos para beneficiar a certos grupos, de forma que a regulação seria “adquirida pela indústria e é primariamente desenhada em seu benefício” (COUTINHO, 2014, p. 15). Stigler (1971) observou que a regulação gera uma disputa entre grupos de interesses, cabendo aos indivíduos formar grupos de pressão para diminuir sua debilidade frente aos demais interesses envolvidos. Portanto, não enxergava na regulação uma possibilidade de consensualidade, mas um cenário de disputa, onde determinado grupo teria necessariamente seus interesses frustrados em detrimento de outros. Apesar de se concordar com o cenário de disputa de interesses na regulação brasileira, sendo o campo de batalha as agências reguladoras, primeiro, não se concorda com a ideia de que esta luta não possa ser democrática. Idealmente, os combatentes devem ter paridade de armas em suas investidas. Mais ainda, preferencialmente, a regulação não seria belicosa, mas um impasse onde o regulador

---

<sup>59</sup> O artigo em questão é intitulado “The Theory of Economic Regulation”, publicado na revista *The Bell Journal of Economics and Management Science*, em 1971.

deve empregar todos seus esforços para alcançar uma solução consensual, o que seria um resultado mais bem recepcionado e cumprido por todos.

No cenário descrito por Stigler (1971), se insinua novamente que os indivíduos da sociedade, por apresentarem interesses mais difusos, teriam menos sucesso na apresentação de demandas perante o regulador. Por outro lado, aqueles que têm interesses concentrados e mais bem definidos tendem a capturar o regulador. Fábio Nusdeo (1995, p. 94-95), neste seguimento, pontua que “os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Estas nem sempre se destinam a proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora”.

A elevação de barreiras que Nusdeo (1995) descreve, muitas vezes, não decorre somente do fato das empresas terem mais conhecimento técnico quanto a atividade regulada, mas de, em razão de deterem este tipo de conhecimento, os agentes econômicos terem mais afinidade com o regulado. Esta aproximação, até mesmo pela formação acadêmica e, às vezes, profissional entre os dirigentes das agências e os agentes regulados, inclusive, que estimularam a elaboração de medidas como a quarentena dos dirigentes das agências, conforme disciplina o art. 8º, da Lei nº 9.986/2000<sup>60</sup>. O artigo proíbe que o dirigente exerça atividade ou preste qualquer serviço no setor regulado pela agência em que trabalhava pelo prazo de seis meses depois de sua exoneração ou término de mandato. Isto sem mencionar outras regras de nomeação trazidas pela Lei das Agências que visam reforçar a autonomia destas autarquias<sup>61</sup>.

E aqui, por se falar no exercício imparcial de suas funções, cumpre tecer considerações sobre o princípio da impessoalidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018) entende, que um dos sentidos do referido princípio está relacionado à finalidade pública. Assim, o princípio assegura “que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento” (p.68). A partir dessa breve lição pode-se extrair o entendimento de que as agências reguladoras independentes, enquanto órgãos do poder neutral do Estado brasileiro, como se verá adiante, têm como função primordial não só a garantia da neutralidade da função

---

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Art. 8º Os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada ficam impedidos de exercer atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por período de 6 (seis) meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato, assegurada a remuneração compensatória.

<sup>61</sup> Para mais detalhes, ZANCANER, Weida. Sobre disposições finais e transitórias. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 197-206.

regulatória, proferindo decisões que se valem de uma racionalidade técnica, mas assegurar também a imparcialidade, não diferenciando o tratamento aos diferentes públicos que se sujeitam à sua atividade. Desta lição sobre o princípio da impessoalidade pode-se extrair, portanto, uma garantia constitucional à neutralidade na função regulatória das agências. Mais ainda, enxerga-se um limite constitucional também para a captura.

Importante, portanto, considerar novamente a importância não só do princípio da impessoalidade na Administração Pública como um limite constitucional à captura, mas, como aponta Aragão (2013a, p. 402), da efetiva participação cidadã para fiscalizar estas autarquias

Como sói acontecer em problemas que envolvem a ética no trato da coisa pública, a **sua solução se dá, mais do que por meios jurídicos instrumentais, pela mobilização e fiscalização cidadã, sobretudo dos grupos de consumidores e usuários interessados**, para o que, certamente, as consultas e audiências públicas, cogentes para as agências reguladoras (cf. Item 13.4), muito poderão contribuir.

Diogo Coutinho (2014), além de relatar a concepção de Stigler (1971), que se contrapôs à ideia de que a regulação deve servir ao interesse público, debate a regulação com enfoque em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Pontua que o cenário de criação das agências reguladoras no país, a partir da década de 90, como citado acima, foi permeado por privatizações de estatais brasileiras. Estas privatizações tinham projeções econômicas futuras, já que foram economicamente avaliadas com base em expectativas de rentabilidade do setor. Mais ainda, estas privatizações tiveram (e ainda têm) papel determinante no desenho da regulação do país. Apesar de algumas atividades econômicas terem passado a ser controladas por empresas privadas, estas não devem se apropriar também da regulação. A regulação deve ser enxergada como um meio pelo qual seja assegurada a segurança jurídica, garantindo, assim, um retorno para os investidores privados, mas que também abarque as demandas dos grupos com menor mobilização. Nas palavras de Coutinho (2014),

Esses últimos (os investidores) **devem, ainda, ser estimulados a repassar aos consumidores ganhos de produtividade e inovações tecnológicas e/ou gerenciais. A regulação deve, enfim, buscar uma situação ótima na qual as tarifas para o consumidor sejam as mais baixas possíveis sem prejuízos de retornos considerados justos para os investidores privados.** (p. 31)

Coutinho (2014) fala também da regulação social na visão de Anthony Ogus, sendo esta uma tipologia segundo a qual se enxerga também razões não econômicas para regular uma

atividade econômica. Dentre estas, pontua: obrigações de fornecimento, continuidade e universalização; qualidade do serviço; proteção de consumidores vulneráveis (idosos, deficientes físicos ou consumidores de baixa renda); proteção tarifária para consumidores rurais; inadimplência e desconexão de serviços; representação dos consumidores; proteção da saúde e segurança no trabalho e proteção ambiental. Quanto ao penúltimo ponto (representação dos consumidores), Ogus pontua como instrumento regulatório adequado para a proteção deste valor “não econômico” a “institucionalização da representação democrática e de mecanismos de *accountability*” (p. 39), à linha do que havia defendido Marçal (vide subtópico déficit democrático). E é sobre este ponto que trataremos nos capítulos a seguir, com enfoque na Lei das Agências Reguladoras.

Coutinho (2014) reforça que, independentemente de qual seja o objetivo que se entende ter a regulação, o que importa aos teóricos procedimentalistas da regulação (como Christopher McCrudden ou Anthony Ogus) é a legitimação das decisões regulatórias. Ou seja, nos termos do que já foi descrito nesta dissertação, para estes teóricos, o regulador tem a legitimação de suas decisões definida em termos procedimentais, o que novamente revela a importância da observância ao devido processo administrativo. Entende-se, portanto, que a adoção de mecanismos de participação social durante o processo decisório das agências reguladoras visa aperfeiçoar a legitimação processual das agências, reforçando a transparência na prestação de serviços públicos, ou, ainda, reduzindo a discricionariedade dos reguladores, fazendo-os pautar suas decisões em critérios mais técnicos possíveis, ou ao menos escolhendo a solução técnica que concilie a maioria dos interesses envolvidos na atividade regulatória. A conclusão da obra de Coutinho (2014) é bastante importante para a presente dissertação pois aqui também se parte da premissa de que é importante que a regulação “se atente para objetivos sociais para com isso atingir ganhos de equidade” (p. 51).

Para tanto, não se defende que seja abandonada a concepção de regulação econômica em detrimento da regulação social, mas tão somente, frente a todos os problemas expostos neste capítulo, que sejam incentivados e aperfeiçoados os mecanismos de participação social, especialmente assegurando a participação da sociedade civil, que possui maiores empecilhos para defesa de seus interesses do que outros agentes regulados. Não se defende, todavia, a perda da eficiência em detrimento da equidade (até por isso adiante serão discutidos os eventuais limites à participação social). Mas, nota-se uma possibilidade de conciliação entre eficiência e equidade, observando-se os demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública na atividade regulatória exercida pelas agências.

#### **4. CAPÍTULO 3 – A LEI DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS**

Tecidas as considerações sobre algumas especificidades que envolvem a função regulatória exercida pelas agências reguladoras, passa-se a se direcionar, no presente capítulo, para uma análise mais detida acerca das inovações trazidas pelas Lei das Agências Reguladoras no que se refere ao tema da participação popular.

##### **4.2 A INCORPORAÇÃO DE TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO**

A Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848/2019, teve o importante papel de uniformizar a atuação entre todas as agências reguladoras federais<sup>62</sup>. Mais especificamente em relação ao tema deste trabalho, a referida Lei reservou um capítulo específico unicamente para disciplinar o processo decisório das agências. Em linha com o que foi defendido até o presente momento, como herança norte-americana, entende-se que a legitimação do poder normativo das agências decorre, para além das previsões constitucionais, do procedimento. Neste capítulo da Lei, portanto, consagrou-se a participação social neste procedimento, a qual é realizada principalmente mediante consulta (art. 9º) e audiência pública (art. 10), mecanismos estes que já presentes na legislação infraconstitucional quando da participação em decisões administrativas, como será detalhado a seguir. Também foi estabelecida, no entanto, a possibilidade de as agências estabelecerem outros meios de participação dos interessados em suas decisões (art. 11).

Para além disso, porém, a Lei das Agências incorporou algumas interessantes tendências da doutrina de direito administrativo contemporâneo. Tratar desta temática é importante na medida em que se entende que esta incorporação representa um avanço positivo de modernização do ordenamento jurídico brasileiro. Mais ainda, as manifestações destas tendências na legislação positivam as transformações que o Estado brasileiro passa também no que concerne ao desenvolvimento do regime democrático no país. Reafirma-se com esta incorporação o alinhamento da legislação infraconstitucional ao cumprimento dos princípios constitucionais pontuados no Capítulo 1. Com isso pretende-se expor o entendimento de que a

---

<sup>62</sup> Neste sentido, Cristiana Fortini e Marjoeri Wanderley Cavalcanti (2021, p. 30): “o espírito que sustenta a promulgação da nova legislação é a criação de um arcabouço jurídico geral apto a enlaçar todas as agências reguladoras, independente do setor que regulam, já que existe uma unicidade material entre elas”.

Lei das Agências ao positivizar tendências que regulamentam princípios constitucionais, reforça a necessidade de observância e cumprimento destes. Cristiana Fortini e Marjoeri Wanderley Cavalcanti (2021) expõe que o legislador replicou algumas destas tendências legislativas já trazidas tanto na Lei das Estatais, Lei nº 13.303/16, quanto na alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Lei nº 13.655/18, na Lei das Agências.

Primeiramente, Fortini e Cavalcanti (2021) expõem que, em moldes semelhantes ao que se observa na Lei das Estatais, a Lei das Agências contém dispositivos em matéria de governança corporativa, o que podemos associar a um desenvolvimento do princípio de impessoalidade e moralidade. A Lei das Agências, como já exposto anteriormente, alterou a Lei nº 9.986/2000, que disciplinava sobre a gestão de recursos humanos no âmbito das agências reguladoras federais. Esta alteração visou, nas palavras de Fortini e Cavalcanti (2021, p. 40), “exigir requisitos mínimos e impor vedações aos dirigentes das agências reguladoras, aproximando-se do estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista e suas subsidiárias (Lei nº 13.303/2016) e ensejando uma segurança jurídica, que tem sido exigida por investidores privados, pela sociedade e agentes públicos”.

Já no que se refere à LINDB, a Lei das Agências teria assimilado noções consequentialistas presentes nos arts. 20 e 21 da Lei nº 13.655/18. Estas, em suma, preveem que devem ser consideradas na tomada de decisões pela Administração, para além de valores jurídicos abstratos, as consequências práticas dessas decisões. Esta noção teria sido replicada no art. 4º, da Lei das Agências, ao trazer que a agência “deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”. O artigo prescreve um dever de proporcionalidade (SCHIER; LIMA, 2021<sup>63</sup>) entre a medida adotada e o resultado que se pretende alcançar, o qual se baseia, portanto, em um exercício de ponderação consequential. Ou seja, a medida não pode ser adotada se suas consequências forem excessivamente danosas.

Outra manifestação do consequentialismo que estabelece a LINDB está presente na exigência de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) quando da adoção e proposta de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, usuários de serviço

---

<sup>63</sup> “a proporcionalidade, assim, estaria vinculada a três subprincípios específicos: a adequação entre meios e fins (pertinência entre os meios escolhidos pelo administrador e a finalidade legal ou do ato); necessidade (menor onerosidade ou necessidade de escolher o menor dos prejuízos aos interesses e liberdades em jogo); proporcionalidade em sentido estrito (avaliação do “preço a pagar”, os ônibus em relação à escolha)” (SCHIER; LIMA, 2021, p. 51).

público e consumidores pelas agências. Isto porque, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 156), a AIR é um

especial procedimento administrativo destinado a, nos termos do Decreto 10.411/2020, aferir o “problema regulatório” que se pretende resolver, edificar as possíveis soluções para resolução do referido “problema regulatório” e **especificar os prováveis reflexos caso a solução proposta seja adotada**, aí se incluindo os denominados “custos regulatórios”.

Como a própria nomenclatura do procedimento sugere, sua intenção principal é verificar os impactos de uma decisão, o que se relaciona estritamente com as nuances consequencialistas enxergadas na LINDB. Aragão (2020), também neste sentido, pontua que a função primordial da AIR é aferir os impactos que uma decisão das agências pode gerar tanto para os agentes econômicos quanto para a sociedade. Estes impactos são mensurados pela realização de estudos prévios que tentam prever as consequências das decisões de forma a direcionar o regulador a adotar a melhor solução, de forma que considera que

(...) a análise de impactos regulatórios e todas as fases e procedimentos nela incluídos são, por excelência, **formas de motivação da medida regulatória, bem como de concretização do princípio da eficiência**, já que permite que se demonstrem as razões para a sua edição, a sua comparação com outras possíveis medidas, as consequências esperadas da sua aplicação e os ônus sociais e econômicos que dela poderão advir. (ARAGÃO, 2020, p. 15)

Interessante pontuar que o Decreto nº 10.411/2020 que regulamenta a Análise de Impacto Regulatório também prevê hipóteses de participação social. O art.8º<sup>64</sup> do mencionado decreto prescreve a possibilidade de o relatório de AIR ser submetido a participação social específica antes da tomada de decisão pelo regulador, bem como eventual elaboração de minuta de ato normativo. Já o art. 9º do mesmo Decreto vai além e possibilita ao regulador, após a conclusão da AIR, submeter o texto preliminar de ato normativo a consulta pública. Apesar de aqui ambos os artigos trazerem o signo **possibilidade**, o próprio art. 9º abre uma ressalva em seu parágrafo único, reforçando que, o art. 9º da Lei das Agências impõe uma **obrigatoriedade** de realização de consulta pública. Solidifica-se, portanto, como se pontuará adiante, a ideia de que não é atribuída uma discricionariedade ao regulador para que este possa optar pela

---

<sup>64</sup> BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Art. 8º O relatório de AIR poderá ser objeto de participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.

realização de consulta pública ou não nas situações descritas na Lei das Agências. Trata-se, portanto, de ato vinculado.

Na medida em que passa a se exigir da agência uma previsibilidade no exercício de suas funções, acaba-se por reforçar o dever de motivação das agências reguladoras, como se observa nas previsões do art. 5º, da Lei nº 13.848/2019<sup>65</sup>. Schier e Lima (2021), no mesmo sentido do que exposto acima por Aragão (2020), enxergam que a segurança jurídica assegurada pela previsibilidade das ações das agências será “melhor implementada com a observância do dever de motivação das decisões administrativas” (p. 52). Citando os ensinamentos de Odete Medauar (2005 apud SCHIER; LIMA, 2021), defendem que o cumprimento do dever de motivação pelas agências permite uma avaliação futura dos atos e decisões expedidos. Ou seja, a partir da apresentação de justificativas pelas agências dos motivos pelos quais se optou por tal medida em detrimento de outra que será possível investigar se há uma “discrepância entre o ato (ou seus efeitos) e o fim almejado pela ordem jurídica nacional ou pelo interesse público” (SCHIER; LIMA, 2021, p. 53). O dever de motivação é, então, essencial para maior sindicabilidade e controle das atividades das agências. O assunto retoma também outro instituto presente no Decreto nº 10.411/2020, a Análise de Resultado Regulatório. Para que seja possível revisar o estoque dos normativos emitidos pelas agências é preciso, além de verificar os efeitos decorrentes de sua edição, analisar a motivação inicialmente apresentada para se analisar se foram alcançados os objetivos inicialmente pretendidos.

Outra tendência mencionada por Fortini e Cavalcanti (2021) que em muitos pontos se observa na Lei das Agências Reguladoras é a superação da antiquada visão de superioridade da Administração perante os administrados, de forma a abafar o antigo status paternalista do Estado brasileiro, como já comentado anteriormente. Esta superação pretende se estabelecer por meio da imposição de maior transparência às atividades estatais. A transparência flexibiliza a antiga rigidez com que se dava a atuação estatal, abrindo espaço para colaboração de indivíduos por meio de participação social e consenso quanto às decisões tomadas pela Administração.

Perez (2009), neste sentido, também retrata como a assunção de cada vez mais obrigações pela Administração no Estado de Bem-estar social, já que a Administração passa a ser encarregada de realizar diversas atividades econômicas em benefício do cidadão fez com que o antigo ideal weberiano de burocracia, eficiência e legitimidade passasse a ruir na medida em que, ao invés de otimizar a realização dos objetivos do Estado, acabou por gerar um

---

<sup>65</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848, de 30 de junho de 2019**. Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

formalismo excessivo, com fiscalização e imposição de sanções, que mais afastou a sociedade do que a aproximou da Administração. Assim, Perez (2009) relata que se passou a criticar a imposição da Administração face ao particular, priorizando-se a adoção de procedimentos de participação popular e colaboração no desempenho da função administrativa.

Outra tendência que pode ser passível de verificação na leitura da Lei das Agências é a adoção de mecanismos de *accountability*. Como mencionado anteriormente no subtópico sobre a teoria da captura, teóricos procedimentalistas norte-americanos como Ogus e McCruden (COUTINHO, 2014, p.39) defendem que adoção de mecanismos de *accountability* são essenciais para a proteção de valores não econômicos quando da atuação das agências reguladoras. Aqui cabe esclarecer a utilização do termo bem como se verifica uma nuance de sua aplicação na Lei das Agências. Primeiramente, cumpre esclarecer que *accountability* é um conceito de difícil tradução para o português. Martin Lodge e Lindsay Stirton (2010) esclarecem que o termo *accountability* pode ser definido como “a obrigação de explicar e justificar condutas a outras partes” (p. 349). Mais adiante, Lodge e Stirton (2010) pontuam as definições de *accountability* e transparência<sup>66</sup> e afirmam que, no contexto de regulação administrativa, estas podem ser utilizadas intercambiavelmente, já que as duas acabam por se referir à visibilidade das ações, ou seja, à utilização da publicidade como forma de dar satisfação ou prestar contas àqueles afetados pelo processo decisório. No entanto, nota-se que, na verdade, a transparência ou, como trazido na Constituição brasileira, a publicidade, é um elemento da *accountability*. Schedler (1999, p. 14) pontua como o conceito de *accountability* é multifacetado, de forma que abrange três formas de coibir o abuso do poder político: (I) implica em submeter o poder à ameaça de sanções, (II) obrigando-o a ser exercido de forma transparente e (III) forçando-o a justificar seus atos. Da análise destas três faces do conceito de *accountability* retoma-se às reflexões já trazidas sobre o art. 37, §3º da Constituição Federal, mais especificamente sobre os incisos II e III, que tratam, respectivamente do acesso aos usuários a registros administrativos e da disciplina de representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública.

Já pontuado anteriormente, o princípio da publicidade, conforme previsto constitucionalmente, exige a transparência da atuação administrativa, impondo-se a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo

---

<sup>66</sup> Enquanto o primeiro termo estaria “ligado a (1) responsabilidade; necessidade de prestar contas pela atitude de alguém; (2) explicável, entendível”, o segundo termo, “transparente” seria definido como “(1) que permite a passagem de luz de forma a permitir que os objetos sejam distintamente vistos. (2a) facilmente visto através; (2b) facilmente discernível; evidente; óbvio. (3) facilmente entendível, franco, aberto” (LODGE; STIRTON, 2010, p. 351-352).

previstas em lei. A publicidade ou transparência é positivada na Lei das Agências por meio da obrigação de estas autarquias cumprirem com mecanismos como o dever de motivação das agências (art. 5º) e até mesmo a realização da análise de impacto regulatório (art. 6º). Por outro lado, pode-se citar também a previsão que trata da colegialidade no processo de decisão das agências (art. 7º). A decisão colegiada dos diretores das agências acaba sendo uma forma de neutralizar eventuais influências pessoais no processo decisório. Uma manifestação ainda mais clara da transparência está na previsão de dar publicidade às reuniões deliberativas do conselho diretor em meio eletrônico (art. 8º), com divulgação prévia das pautas das reuniões (art. 8º, §1º) e póstuma das atas (art. 8º, § 4º). Também na obrigatoriedade de posicionamento das agências sobre as críticas ou contribuições recebidas em consultas/ audiências públicas (9º, § 5º e 10º, § 4º)<sup>67</sup>. Cabe mencionar também aqui a formalização da atividade da Ouvidoria nas agências reguladoras, cuja atuação está prevista nos arts. 22 a 24 da Lei das Agências.

A faceta da responsabilização ao regulador da ideia de *accountability*, todavia, fica mais evidente quando se notam os modais deontológicos obrigatórios escolhidos pelo legislador na Lei das Agências quando mencionados estes mecanismos de transparência, como será desenvolvido no tópico 4.3 a seguir.

Schier, Fortini e Cavalcanti (2021) reforçam o entendimento de que a cultura de *accountability*<sup>68</sup> não só contribui para a redução do déficit democrático das agências, reforçando a legitimidade jurídica destas autarquias perante a sociedade, mas também garantem a independência do regulador. Isto pois esta cultura de transparência tende a reduzir comportamentos que maculam a atividade regulatória, como a captura e a corrupção. Aqui abre-se, no entanto, uma ressalva para comentar posicionamento contrário. Virgílio Afonso da Silva (2013) e Bruno Zaroni (2015) pontuam que o excesso de publicidade no processo regulatório das agências na prática pode até mesmo minar a credibilidade do colegiado. Isto porque as

---

<sup>67</sup> Alexandre Aragão, em texto sobre as impressões iniciais sobre a Lei das Agências Reguladoras, pontua que o art. 12 da referida Lei traz uma norma problemática na medida em que determina que o relatório de audiência pública e outros meios de participação sejam publicados em 30 dias úteis após seu encerramento. Aragão entende que este dispositivo abre margem para que os atos sejam promulgados antes da liberação dos relatórios o que de certa forma mina o propósito da participação social. “Imagine-se, hipoteticamente, que um indivíduo ao apresentar petição a um juiz ou a um administrador público tivesse sua demanda negada e determinada lei expressamente dissesse que àquela autoridade seria dado o poder de indeferir o pedido, muito embora a motivação, o porquê do indeferimento só pudesse ser conhecido trinta dias depois da decisão denegatória. Seria algo um tanto quanto absurdo” (ARAGÃO, 2020, p.17).

<sup>68</sup> Neste sentido, menciona-se trecho da OCDE: “Transparency is a means that contributes to fostering credibility and trust on the regulator’s decisions and processes, including on operational policies and the way in which the regulator engages with stakeholders. Accountability is the way to ensure checks and balances on the regulators’ actions to enable responsible behavior. Transparency can be described as a subset of accountability. Accountability includes the regulator’s reporting requirements to the legislature on the regulators’ effective exercise of powers and responsibilities, activities and outcomes accountability is also strengthened through an adequate appeals mechanism of the regulator’s decisions”.

divergências entre os membros ficam excessivamente expostas com a adoção de medidas como a transmissão de reuniões da diretoria das agências, por exemplo. Práticas como esta, na visão de Virgílio Afonso da Silva (2013), poderiam até mesmo levar um desincentivo à adoção de medidas mais inovadoras, com abordagens mais experimentais no processo regulatório, na medida em que podem gerar uma expectativa de vinculação do diretor com seu posicionamento anterior, apesar de não haver nenhuma previsão na Lei das Agências neste sentido.

Sobre esta divergência, vale pontuar que se entende ser incabível uma defesa ingênua da transparência nas agências reguladoras. Porém, ainda se enxerga a adoção de medidas de *accountability* pela Lei das Agências como um avanço louvável. Ainda mais quando se considera, como pontuado no Capítulo 2 desta dissertação, que estas autarquias não só tendem a ser capturadas pelo mercado regulado, mas têm atuação alienígena para a maior parte da sociedade. Medidas que endossam a transparência e até mesmo a maior acessibilidade da atuação destas autarquias por meio de seus sítios eletrônicos criam uma maior interface com a sociedade civil, ainda mais nos tempos atuais, em que os cidadãos têm uma convivência diária (e quase ininterrupta) com a *internet* e as redes sociais. Entende-se que este tipo de aproximação entre a sociedade e burocracia é algo que, se devidamente implementado, pode gerar mais benefícios do que malefícios.

### **4.3 PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA REGULAÇÃO: ATO VINCULADO OU DISCRICIONÁRIO?**

Como pontuado no capítulo inicial, o artigo 37, §3º, da Constituição Federal, delega a regulamentação a disciplina sobre as formas de participação dos usuários na Administração Pública direta e indireta. Como consequência, entende-se que a Constituição não prevê exatamente como se dá a participação dos interessados no processo de regulação exercido pelas agências reguladoras independentes. Todavia, pode-se reconhecer tanto da leitura das leis criadoras das agências reguladoras como de outros dispositivos infraconstitucionais prévios à Lei das Agências (Lei nº 13.848/2019), que a principal forma de participação social prevista no ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando de regulação, é a realização de consultas e audiências públicas.

Antes da promulgação da lei quadro, aplicável a todas as agências reguladoras, a participação social era disciplinada pela lei instituidora de cada uma das agências reguladoras. O Anexo I contém um quadro resumo com os principais dispositivos que tratam da participação

social no exercício de suas funções em cada uma das leis de criação das agências reguladoras federais listadas no art. 2º, da Lei nº 13.848/2019. Em suma, das onze agências reguladoras federais, a maioria das leis criadoras das agências (mais especificamente, oito das onze agências, sendo elas ANEEL, ANATEL, ANP, ANA, ANTAQ, ANTT, ANAC e ANM) possuíam previsões que obrigavam a realização de consultas ou audiências públicas previamente à adoção de iniciativas ou alterações de atos normativos ou, ainda, projetos de lei que pudessem impactar os agentes econômicos, usuários de serviços públicos ou consumidores. Os artigos dessas leis utilizam os signos “serão realizadas” ou “a agência realizará” consultas ou audiências públicas. Não resta dúvida, pois, nestes casos, que se trata de um ato vinculado. Ou seja, não há margem para que o regulador opte ou não pela realização de consultas ou audiências públicas. Para que estas não sejam realizadas, as leis de criação deveriam prever outras hipóteses legais mediante as quais seriam dispensadas a participação social.

Por outro lado, temos leis criadoras de três agências que não contém nenhuma previsão sobre a prévia realização de consultas e audiências públicas, sendo estas ANVISA, ANS e ANCINE. Vale comentar, entretanto, que estas três agências, e além delas a ANATEL e a ANAC, têm previsões em suas leis criadoras acerca da existência de um conselho consultivo<sup>69</sup>. Este órgão interno destas agências, em geral, é um colegiado que possui participação dos usuários, consumidores<sup>70</sup> e agentes econômicos, dentre outros, e é consultado para subsidiar as decisões das agências. Sendo assim, é possível notar que nestes casos a participação social assemelha-se mais àquelas previsões de participação popular dos dispositivos constitucionais onde a sociedade é convidada a participar diretamente dos órgãos decisórios.

Como já dito, entretanto, todas estas leis de criação das agências foram alteradas pela Lei nº 13.848/2019 e, desta forma, passou a prevalecer os mecanismos de participação social previstos nesta última para todas estas autarquias especiais. Também como já foi mencionado acima, a pesquisa empírica do IBRAC (ALENCAR; BOTELHO, 2022) atestou que todas as agências já haviam emitido regulamentos próprios que disciplinavam a respeito da adoção de instrumentos de participação social em seu processo decisório (mesmo aquelas que não possuíam dispositivos neste sentido em suas leis criadoras). Com a promulgação da Lei das Agências, a maioria destas autarquias (com exceção, somente da ANS, ANEEL, ANCINE e ANATEL) ajustou seus regulamentos anteriores às novas previsões da Lei das Agências.

---

<sup>69</sup> No caso da ANS, denomina-se câmara de saúde suplementar.

<sup>70</sup> Com exceção da ANCINE, onde somente há participação da indústria cinematográfica. Aqui vale, porém, o adendo de que a ANCINE é uma agência de fomento e não visa à regulação de uma atividade econômica.

Antes de pontuarmos qual a forma escolhida pela Lei das Agências para disciplinar a participação popular, cabe tecer mais algumas considerações sobre a legislação brasileira infraconstitucional, para além das leis criadoras das agências, que também asseguravam a participação social em decisões da Administração Pública. Estas leis, da mesma maneira, buscaram prescrever a possibilidade de realização de audiência ou consulta pública para a manifestação de terceiros que pudessem ser afetados com a decisão da Administração. Temos, neste sentido, os artigos 31<sup>71</sup> e 32<sup>72</sup> da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999). A Lei de Processo também autoriza que a Administração estabeleça outros meios de participação dos interessados, para além das audiências e consultas (art. 33)<sup>73</sup>, devendo ser indicado no processo administrativo os resultados da participação social (art. 34)<sup>74</sup>. A Administração somente é escusada de tomar medidas sem a prévia manifestação do interessado em caso de “risco iminente”, o que deverá ser feito observando-se o dever de motivação do órgão público (art. 45)<sup>75</sup>.

Cabe aqui também comentar o antigo Decreto nº 4.176 de 2002, posteriormente revogado pelo Decreto nº 9.191 de 2017. Estes prescrevem normas e diretrizes para a elaboração, redação, alteração, consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, depois entendidos como atos normativos elaborados pelos Ministros de Estado. No Decreto de 2002, há previsão que designa responsabilidade à Casa Civil a possibilidade de decidir acerca da promoção de consulta pública sobre o texto básico de projetos de atos normativos no âmbito do

---

<sup>71</sup> BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

<sup>72</sup> BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, **poderá** ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

<sup>73</sup> BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, **poderão** estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

<sup>74</sup> BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados **deverão** ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Executivo<sup>76</sup>. O Decreto de 2017 legislou no mesmo sentido ao atribuir<sup>77</sup> responsabilidade ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para aprovar<sup>78</sup> a realização de consulta pública a respeito de proposta de ato normativo.

A Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) também prescreve que (Art.9º, II<sup>79</sup>) o incentivo à participação popular é uma das formas de acesso à população.

Prosseguindo com a análise da legislação infraconstitucional sobre o assunto, entrou em vigor em 2017 o Decreto nº 9.203/2017, cujo objeto é dispor sobre política de governança da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Dentre as diretrizes da governança pública<sup>80</sup>, tem-se a orientação de apoiar a participação da sociedade no processo decisório<sup>81</sup> (art. 4º, VIII) e a realização de consultas públicas, sempre que conveniente, quando da edição e revisão de atos normativos<sup>82</sup> (art. 4º, IX).

A Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) também trouxe previsões que permitem a participação social. No art. 26<sup>83</sup> fala-se da possibilidade de realização de consulta pública para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença visando a celebração de compromisso entre a Administração e

<sup>76</sup> BRASIL. **Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002**. Consulta Pública e Encaminhamento dos Projetos de Consolidação. Art. 50. A critério do Chefe da Casa Civil, as matrizes de consolidação de leis federais já concluídas poderão ser divulgadas para consulta pública, por meio da Rede Mundial de Computadores, pelo prazo máximo de trinta dias. Parágrafo único. Findo o prazo da consulta pública e após a análise das sugestões recebidas, a versão final do projeto de consolidação será encaminhada ao Congresso Nacional.

<sup>77</sup> BRASIL. **Decreto 9.191, 01 de novembro de 2017**. Competência para aprovar a consulta pública Art. 40. A proposta de ato normativo a ser submetida a consulta pública será encaminhada pelo titular do órgão ao qual está afeta a matéria, por meio de aviso dirigido ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, acompanhada da documentação referida no art. 30.

<sup>78</sup> Quando se fala em “competência para aprovar”, fica subentendida a possibilidade de não ser aprovada a consulta e, portanto, neste caso, a participação seria um ato discricionário.

<sup>79</sup> **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Art. 9º O acesso às informações públicas será assegurado mediante: II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

<sup>80</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.203, 22 de novembro de 2017**. Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se: I - governança pública - conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade;

<sup>81</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.203, 22 de novembro de 2017**. VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade;

<sup>82</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.203, 22 de novembro de 2017**. IX - editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente.

<sup>83</sup> BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

interessados. Mais ainda, o art. 29<sup>84</sup> prevê a realização de consulta pública para manifestação de interessados prévia à edição de atos normativos em qualquer órgão ou poder, exceto para os atos de mera organização interna. O art. 30<sup>85</sup> prescreve a necessidade de as autoridades públicas responderem às consultas, como forma de aumentar a segurança jurídica na aplicação de normas. O art. 18<sup>86</sup> do Decreto n. 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da Lei nº 13.655/2018, basicamente reproduz a possibilidade de a edição de atos normativos serem precedidos de consulta pública, apenas trazendo, no parágrafo terceiro a possibilidade de agrupar as manifestações apresentadas por conexão para comentá-las.

Nota-se, assim, nestas regras acima pontuadas, a opção do legislador pela redação “poderão ser realizadas consultas e audiências públicas”, ou semelhantes. A utilização pelo verbo “poder”, ao contrário do que se verifica nas leis de criação das agências, onde se utilizaram os signos “serão” ou o imperativo “a agência realizará consultas/audiências públicas”, parece abrir uma margem de discricionariedade ao administrador. Segundo Paulo de Barros Carvalho (2019), nos ensinamentos da lógica jurídica há aquilo que se entende como “lei deontológica do quarto excluído”. De acordo com esta “lei”, há no ordenamento jurídico somente três modalizadores deônticos das condutas intersubjetivas: obrigatório, proibido e permitido. Em outras palavras, no estudo da lógica jurídica, entende-se que, para quaisquer prescrições que sejam atribuídas a uma norma jurídica, logicamente, só seria possível relacionar um termo antecedente a um conseqüente por meio de um destes três “modais” ou, para simplificar, “palavras”: obrigatório, proibido e permitido. Logo, o chamado comportamento facultativo, que é geralmente exprimido nas normas com a utilização do signo “poder” ou “é possível”, não é considerado um modal deôntico já que ele se relaciona à uma permissão bilateral: é permitido cumprir uma conduta, mas também é permitido omiti-la.

---

<sup>84</sup> BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, **poderá** ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

<sup>85</sup> BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

<sup>86</sup> BRASIL. **Decreto nº. 9.830, de 10 de junho de 2019**. Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º. § 2º A convocação de consulta pública conterà a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições. § 3º A autoridade decisória não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação. § 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

Vejamos, portanto, no caso da adoção de mecanismos de participação prévios à edição de normativos pela Administração, de acordo com estas últimas normas analisadas, é permitido tanto sua realização quanto a omissão de sua realização. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) expõe que o comportamento facultativo é uma causa normativa geradora de discricionariedade. Nas palavras de Bandeira de Mello (2010)

(...) a discricionariedade pode decorrer:  
 (...) II) **do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja** (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja **(b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto**, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias. (p. 83)

A discricionariedade presente no comando destas normas, porém, não exige o administrador do dever de adotar um comportamento ótimo que vise à satisfação da finalidade da referida norma. Ora, a finalidade da norma que possibilita a realização de consultas e audiências públicas previamente à elaboração de atos normativos ou de decisões a serem proferidas pela Administração é assegurar a participação social em uma esfera de atuação estatal que foi constituída sem a ingerência da população. Como pontuado no capítulo inicial, a participação social se associa à concretização dos princípios constitucionais republicano e eficiência. Logo, como acertadamente ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2010)<sup>87</sup>, apesar de uma conduta ser tida como discricionária, esta discricionariedade não permite que o administrador, dentre as teses comportadas pela norma, eleja arbitrariamente qualquer uma delas no caso concreto. Para Bandeira de Mello (2010), “a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público” (p. 33), seja em caso de vinculação ou de discricção. Vale também reforçar o entendimento de Aragão (2013a) de que, mesmo nos casos em que não foi cogentemente estabelecida a realização de audiências ou consultas públicas, sendo estabelecidas, portanto, situações de discricionariedade, caso qualquer interessado requeira sua realização, a recusa da Administração deve ser motivada de maneira satisfatória, face os princípios constitucionais que privilegiam a participação social<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> “A discricção, (...), é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. (...) quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal” (p. 32).

<sup>88</sup> Aqui, Aragão (2013a) menciona os artigos 1º, caput e inciso I; art. 5º, XXXIII e XXXIV; 37, caput e § 3º; e 175, II, da Constituição Federal, conforme já foi exposto no primeiro capítulo desta dissertação.

Retomando-se ao assunto principal deste tópico, nota-se da análise do supra referido Capítulo I da Lei nº 13.848/2019 que, em se tratando do processo decisório das agências, houve uma opção do legislador em utilizar o modal deontico que indica conduta obrigatória, reforçando a posição inicial da maioria das leis criadoras de cada uma das agências reguladoras federais. Isto se verifica quando a Lei das Agências disciplina que “será objeto de consulta pública” (art. 9º), reforçando a obrigatoriedade da participação social. Neste sentido,

Todavia, a Lei nº 13.848/2019 vai além do prescrito pela LINDB, revestindo a função normativa da Administração de lastro democrático, **já que o art. 9º impõe obrigatoriedade de consulta prévia, sem deixar qualquer discricionariedade para o gestor público.** (FORTINI; CAVALCANTI, 2021, p. 34)

Da mesma forma, as outras medidas que reforçam o dever de transparência das agências também apresentam modal deontico obrigatório: “serão precedidas de análise de impacto regulatório” (art. 6º); “o processo de decisão terá caráter colegiado” (art. 7º); “as reuniões deliberativas da diretoria serão públicas e gravadas” (art. 8º); “as críticas e sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas” (art. 9º, § 4º e art. 10, § 4º); “o posicionamento das agências deverá ser disponibilizado” (art. 9º § 5º e art. 10, § 4º); “os relatórios de audiência pública serão disponibilizados” (art. 12); e “haverá, em cada agência reguladora, 1 (um) ouvidor (art. 22).

Vale pontuar, no entanto, a exceção aberta no art. 10 da Lei das Agências, que trata da **possibilidade** de convocar audiência pública<sup>89</sup>. Entende-se que, em relação a este caso, devem ser replicadas as considerações feitas acima acerca da existência de discricionariedade. Ou seja, apesar de se observar uma margem de discricionariedade, já que é permitido que o regulador realize ou não realize a audiência pública, o agente público ainda assim tem o dever de adotar a melhor resolução possível à luz do caso concreto. Mais ainda, entende-se que a diferenciação entre discricionariedade quando da realização de audiências e vinculação em se tratando de consultas públicas se relaciona à própria natureza das consultas e audiências públicas. Ora, isto pois, como mencionado anteriormente, as consultas públicas consistem no recebimento de contribuições formais e escritas pelos interessados, como disciplina o art. 9º, §1º, da Lei das Agências. Por outro lado, nas audiências públicas, as manifestações são realizadas oralmente, vide art. 10. Esta mera diferenciação da forma de recebimento das contribuições traz uma

---

<sup>89</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de júízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

simples explicação para o fato de uma ser considerada um ato vinculado e a outra não. Enquanto por um lado a manifestação oral exige maior organização e preparação da agência para agendamento da oitiva e transcrição das contribuições recebidas, as contribuições escritas podem ser recebidas em qualquer intervalo de tempo previamente determinado pelas agências, via protocolo em sítio eletrônico. Outra explicação pode estar relacionada, como será exposto mais detalhadamente adiante em razão da subsidiariedade das audiências públicas em relação às consultas, conforme prevê os regulamentos de cada uma das agências reguladoras, descritos no Anexo II desta dissertação.

A conclusão, portanto, que se pode chegar ante a extensiva análise legislativa realizada neste tópico é que o legislador brasileiro vê como primordial a adoção de mecanismos de participação social nos processos decisórios das agências reguladoras. Seja atribuindo a ela uma discricionariedade que, em razão dos princípios constitucionais, enseja uma fundamentação do administrador em caso de sua dispensa, seja determinando-a um ato vinculado. Neste ponto que se solidifica o entendimento de que a Lei das Agências incorporou a *accountability* pois não só se exige a publicidade dos atos destas autarquias (o que pode ser também feito pela adoção de mecanismos de participação), mas também se exige uma motivação dos reguladores em caso de dispensa. Não sendo este dever de motivação cumprido, há espaço para questionamento judicial da decisão tomada pelo regulador.

A principal consequência jurídica que se pode pontuar em se estabelecer a obrigatoriedade de realização da participação popular, na linha do que defende Egon Bockmann Moreira (2011)<sup>90</sup>, é que se verificam vícios ainda mais sérios caso não sejam realizados qualquer um destes atos vinculados. Ainda mais em situações nas quais a decisão das agências afete agentes econômicos, consumidores, usuários de serviços públicos e outros setores da sociedade civil. Ou seja, caso o regulador se exima de realizar qualquer um destes atos de transparência que a Lei das Agências impõe, a decisão proferida pela diretoria da agência, sem a consulta prévia àqueles que foram por ela afetados, poderá ser anulada. Egon não especifica quais seriam os “vícios mais sérios”. Todavia, à luz do que se tem tanto na Súmula 473<sup>91</sup>, do STF, como do art. 53, da Lei Federal de Processo Administrativo<sup>92</sup>, entende-se que a

---

<sup>90</sup> “Caso afete de modo direto uma determinada categoria de agentes econômicos, a instalação do processo de elaboração de regulamentos torna-se vinculado” (p. 160).

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>92</sup> BRASIL. **Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Administração tem o dever de anular os próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais. Esta situação de não observância aos deveres de transparência poderia ser entendida como um destes casos de anulação, já que poderia se entender que a decisão da diretoria foi praticada em desconformidade com a lei. Pode-se pensar, também, no mesmo sentido do que foi decidido pelo STF nos casos das resoluções do CNJ<sup>93</sup>, que determinada decisão proferida pela agência deve ser suspensa até que seja sanado o vício, impondo-se a oitiva daqueles que foram impactados pela deliberação da autarquia. As consequências jurídicas, portanto, da ignorância do regulador na adoção de mecanismos de participação social podem ensejar tanto a anulação de atos pelo próprio regulador como o pedido de reconhecimento judicial da nulidade de determinada decisão regulatória, o que revela a importância que o legislador deu à participação popular no processo regulatório.

Assegurar, portanto, a participação popular por meio de um ato vinculado se relaciona, como já discutido diversas vezes nesta dissertação, tanto ao debate de estruturação da agência, visando à maior aderência da autarquia técnica a valores defendidos pelos afetados na regulação, como evidencia a recente mudança de postura do Estado brasileiro, em busca da transparência e do consensualismo. Além da concretização do princípio republicano e da eficiência, os mecanismos de participação popular (e de publicidade) visam também o respeito ao princípio da impessoalidade, já que seu objetivo último é minimizar fenômenos como a captura e incentivar o diálogo entre o Estado e a sociedade.

#### **4.4 OS LIMITES E EXTENSÕES DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS**

Passa-se ao exercício de delimitar quais são as situações em que é cabível a realização de consultas, audiências públicas e outros mecanismos de participação. Isto porque, a presente dissertação, apesar de fazer a defesa de uma cultura de publicidade e da adoção de institutos de participação popular durante o processo decisório das agências reguladoras federais, entende que a lei (e até mesmo o bom senso) não determina que os mecanismos de participação social sejam vinculados para todos os atos dos diretores das agências irrestritamente. Até mesmo porque tal defesa, além de ingênua e incabível, macularia toda a atividade das agências na medida em que inviabilizaria o desempenho de suas funções de forma célere e eficiente. Além

---

<sup>93</sup> Observar capítulos anteriores deste trabalho.

disso, cabe pontuar que na análise da Lei das Agências nota-se que não há descrições pormenorizadas quanto às hipóteses de realização das consultas e audiências públicas, como se verá abaixo. A Lei traz termos excessivamente indeterminados como “interesse geral” e “matéria relevante”. Assim, entende-se que um caminho viável para solucionar esta previsão legislativa é buscar em outras leis quais paralelos podem ser traçados para limitar e, também como se verá adiante, estender participação popular no processo regulatório.

Um primeiro limite que pode ser traçado decorre de um paralelo com a LINDB ao determinar em seu art. 29 que a edição de atos normativos por autoridade administrativa pode ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, **salvo os atos de mera organização interna**. No mesmo sentido, a Lei das Agências, no art. 8º, §6º, prevê que deliberações do conselho diretor ou da diretoria que envolvam **matérias de natureza administrativa**, não precisam ser públicas ou gravadas em meio eletrônico. Nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro impôs aqui uma restrição à obrigatoriedade de participação social: essa se faz desnecessária em casos de deliberação de atos que tenham natureza exclusivamente administrativa, ou seja, aqueles que tratem exclusivamente da organização interna da autarquia.

Ainda, pode-se analisar o Decreto que regulamenta a Análise de Impacto Regulatório, Decreto nº 10.411/2020, para verificar se cabe alguma analogia com as hipóteses de dispensa de AIR com a dispensa de realização de audiências ou consultas públicas. As hipóteses de dispensa estão descritas no art. 4º<sup>94</sup>. Vale enfatizar desde já que apesar desta dissertação defender algumas hipóteses de dispensa para a submissão de determinado ato normativo aos mecanismos de participação social, jamais se defende que a agência, caso realize esta dispensa, se exima também de motivá-la.

Os casos em que se impõe urgência são ressalvados no decreto (no mesmo art. 4º, §2º<sup>95</sup>) de forma que, mesmo caso seja dispensada a AIR em razão da urgência, ainda deve-se fazer

---

<sup>94</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020**. Art. 4º. A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de: I - urgência; II - ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; III - ato normativo considerado de baixo impacto; IV - ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; V - ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez: a) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; b) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou c) dos sistemas de pagamentos; VI - ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; VII - ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e VIII - ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.

<sup>95</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020**. Art. 4º § 2º. Na hipótese de dispensa de AIR em razão de urgência, a nota técnica ou o documento equivalente de que trata o § 1º deverá, obrigatoriamente, identificar o

uma posterior Análise de Resultado Regulatório (ARR). Entende-se ser importante que às agências possa ser ressaltado o direito de não empregar mecanismos de participação social para situações de emergência, como no caso de conter calamidades sociais, na qual se faça necessária a atuação célere da agência para conter outros ou maiores danos maiores à população. Isto não isenta as agências do dever de motivação, caso esta situação ocorra, e muito menos impossibilita posterior contestação da norma proferida em regime de urgência pelo Judiciário, por meio do qual poderia ser requisitado o direito de manifestação dos afetados.

Um exemplo da pertinência de dispensa de participação em razão de urgência se verificou quando, ao contrário do que apontado acima, foi realizada audiência pública sobre a vacinação de COVID-19 para crianças de 5 a 11 anos<sup>96</sup>. Em suma, o que ocorreu foi que a ANVISA aprovou a aplicação da vacina fabricada pela empresa Pfizer em crianças desta faixa etária em 15 de dezembro de 2021, encaminhando no dia seguinte para o Ministério da Saúde a “decisão quanto a conveniência e oportunidade para adoção desta medida” (p. 7)<sup>97</sup>. Apesar da recomendação da agência, o Ministério da Saúde instaurou não só consulta pública, em 22 de dezembro de 2021, mas também, posteriormente, audiência pública, em 04 de janeiro de 2022<sup>98</sup>. A vacinação para essa faixa etária, então, se iniciou somente dez dias depois da audiência pública, em 14 de janeiro de 2022<sup>99</sup>. Entende-se que a decisão do Ministério da Saúde de realizar audiência e consulta pública, adiando a autorização para aplicação da vacina no público infantil em situação de urgência como a que foi vivida em um dos períodos mais difíceis que o país passou durante os anos iniciais de contágio pelo coronavírus, poderia ter sido questionada judicialmente. Mais ainda, entende-se que caso a Lei das Agências contasse com previsões expressas no sentido de que os mecanismos de participação social são dispensáveis em situação

---

problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos que se pretende alcançar, de modo a subsidiar a elaboração da ARR, observado o disposto no art. 12.

<sup>96</sup> BONFIM, Camila. Anvisa diz ao Ministério da Saúde que não vai à audiência sobre vacina contra a Covid para crianças. **GloboNews**, Brasília, 04 jan. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/coronavirus/noticia/2022/01/04/anvisa-diz-ao-ministerio-da-saude-que-nao-vai-a-audiencia-sobre-vacina-contra-a-covid-para-criancas.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2022.

<sup>97</sup> Relatório Técnico Consulta Pública SECOVID/MS N°1, **Portal Governo Federal**, Brasília, 22 dez. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/audienciaspublicas/2022/audiencia-publica-sobre-a-inclusao-de-criancas/relatorio-tecnico-2013-consulta-publica-secovid-ms-no-1.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2022.

<sup>98</sup> Audiência Pública sobre a inclusão de crianças de 5 a 11 anos na campanha de vacinação contra COVID-19. **Portal Governo Federal**, Brasília, 29 dez. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/audiencias-publicas/2022/audiencia-publica-sobre-a-inclusao-de-criancas>. Acesso em: 24 ago. 2022.

<sup>99</sup> Primeira vacinação do público infantil no Brasil contra Covid-19 começou no HCFMUSP. **Portal Faculdade Medicina da USP**, São Paulo, 17 jan. 2022. Disponível em: <https://www.fm.usp.br/fmusp/noticias/-primeira-vacinacao-do-publico-infantil-no-brasil-contra-covid-19--comecou-no-hcfmusp#:~:text=17%2F01%2F2022-,Primeira%20vacina%C3%A7%C3%A3o%20do%20p%C3%BAblico%20infantil%20no,Covid%2D19%20com%20e%C3%A7ou%20no%20HCFMUSP&text=Informa%C3%A7%C3%B5es%3A,anos%20contra%20a%20Covid%2D19>. Acesso em: 24 ago. 2022.

de urgência, desde que esta dispensa fosse devidamente motivada, o argumento para questionamento judicial teria ainda maior força. Cumpre aqui abrir um parêntesis quanto a uma discussão que será trazida mais ao final desta dissertação: um estudo da Fiocruz<sup>100</sup> indicou que 16,4% dos pais de crianças de 0 e 4 anos, 14,9% de pais de adolescentes e 12,8% de pais de crianças entre 5 e 11 anos apresentavam hesitações quanto à vacinação de seus filhos. O estudo da Fiocruz apontou ainda que uma causa para esta hesitação seria a disseminação de notícias falsas a respeito da vacinação, muito disseminadas neste estágio da pandemia. O que cabe comentar no momento é que pode parecer contraditório defender a dispensa de realização de consultas ou audiências públicas para a implementação de políticas públicas que geram hesitação por parte da população. Entende-se, no entanto, que em um exercício simples de ponderação pode-se notar que a urgência impunha que a vacinação fosse realizada no maior número de pessoas o quanto antes para evitar a proliferação da doença. A hesitação poderia ser combatida por uma campanha de informação governamental ou até mesmo com a adoção da audiência pública após o início da vacinação infantil. No capítulo a seguir será comentado com um pouco mais de detalhes como a disseminação de informação falsas pode prejudicar a participação social, ainda mais na atividade regulatória.

Vale comentar que a dispensa de mecanismos de participação social em situações de urgência também é prevista em atos normativos internos de algumas agências reguladoras federais como a ANA, ANVISA, ANS, ANTT e a ANM, vide Anexo II.

Também se entendem pertinentes outras hipóteses de dispensa de participação social em paralelismo com as previsões de dispensa de AIR. Quanto ao inciso II, entende-se que também não seria exigível a participação na discussão de atos normativos destinados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias. Isto porque se o cumprimento de determinadas obrigações já é imposto à sociedade por estas normas superiores, pode-se inferir que os novos atos das agências não poderiam disciplinar nada em sentido diferente do que a lei já determina, sem mencionar a falta de alternativas a este regulamento.

Neste sentido, inclusive, vale citar o esclarecedor artigo de Maurício e Carolina Zancaner Zockun (2022) que entende que cumpre ao Estado, no exercício legítimo da regulação administrativa e, portanto, da função administrativa, meramente desenvolver a matéria legislada que já está veiculada e plasmada em lei formal. Assim, a regulação somente confere contornos

---

<sup>100</sup> Covid-19: Fiocruz divulga resultados do estudo VacinaKids. **Portal Fiocruz**, Rio de Janeiro, 18 jan. 2022. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-fiocruz-divulga-resultados-do-estudo-vacinakids>. Acesso em: 24 ago. 2022.

técnicos/objetivos sem os quais a norma já edificada não teria aptidão para irradiar seus efeitos. Desta forma, não se visualiza, neste caso, qualquer hipótese de transferência de competência normativa parlamentar para inovar no ordenamento jurídico ou mesmo quebra do princípio da legalidade.

Outra hipótese prevista no Decreto de AIR, no inciso III do art. 4º, trata da dispensa de em caso de atos de baixo impacto. Aplicando a analogia, poderia se entender que os atos de baixo impacto seriam aqueles que não afetariam o chamado “interesse geral” dos grupos interessados, ou então não tratariam de “matérias relevantes”, e, portanto, a consulta (art. 9º da Lei das Agências) e a audiência pública (art. 10º da Lei das Agências), respectivamente, poderiam ser dispensadas. Aqui, crê-se que cabe maior cautela com a aplicação deste paralelismo, já que o conceito de “interesse geral” e “matéria de relevância” é bastante indefinido. Será mais bem discutido no próximo capítulo o que pode ser entendido por “interesse geral” à luz da Lei das Agências. No entanto, neste momento já cabem algumas considerações trazidas por Alexandre Aragão (2020) da má escolha pelo termo “matéria relevante”. Isto pois, em linha com o que defende Aragão (2020), o termo é de certa forma redundante já que, de acordo com o princípio da essencialidade, toda norma editada deve ter relevância sob pena de ser considerada inconstitucional. Para além disso, Aragão (2020) pontua dúvida quanto à cumulatividade de consulta pública com a audiência pública. Ora, um regulamento pode ser, simultaneamente, relevante e também afetar o interesse geral dos regulados. Neste caso, impor-se-ia a realização tanto de audiência quanto de consulta pública? De novo, por isso a importância de uma dispensa motivada em caso de edição de ato que a agência entenda possuir baixo impacto.

Como mencionado anteriormente, realizou-se pesquisa nos atos normativos de cada uma das onze agências reguladoras federais para averiguar qual a interação entre a audiência e a consulta pública. Os resultados mais detalhados desta análise estão no Anexo II. Todavia, vale mencionar que, em suma, na maioria das agências considera-se a audiência pública complementar à consulta. Isto significa dizer que, para a maioria das agências, a audiência pública é realizada como forma de complementar os subsídios e contribuições já recebidas por escrito em consulta.

Da mesma forma, o paralelismo de dispensa de AIR e dispensa de participação social deve ser cauteloso no que se refere às disposições dos incisos V (ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou hígidez dos mercados de seguro, resseguro, capitalização e previdência complementar), VI (ato que vise a convergência a padrões internacionais) e VIII (ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente). Leandro Alves Carneiro (2020), em artigo que

questiona o inciso VIII, menciona que a OCDE recomenda cautela na incorporação de normas supranacionais. Da mesma forma, entende-se que as matérias pontuadas nos outros incisos podem, de alguma maneira, afetar o interesse de alguns regulados ou ainda, ser considerada relevante, de forma que não se aconselha a dispensa de participação social (e até mesmo de AIR).

Enxerga-se, porém, que o paralelismo novamente faz sentido no inciso IV, pois, para este inciso, a atualização de normativos, sem alteração de seu mérito, de certa forma, se relaciona à matéria estritamente administrativa da agência, que está, basicamente, com estes atos, readequando seu quadro normativo geral. Também cabe o inciso VII, já que é de interesse da sociedade civil que se diminuam eventuais burocracias (exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações) quando do trato com as agências reguladoras, entendendo-se cabível a dispensa de audiências e consultas públicas nestes casos.

Uma consideração final sobre o procedimento de participação social nas agências reguladoras é a semelhança do que consta na Lei das Agências sobre o assunto com o que prevê a legislação norte-americana, mais especificamente o Administrative Procedure Act de 1946 (APA). Como acertadamente pontua Marques Neto (2002), o APA é a lei federal de procedimentos administrativos norte americana, promulgada após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo principal de unificar a procedimentalização da atividade regulatória das agências. Ou, nos termos dos norte-americanos, do “rule making”<sup>101</sup>. A própria Lei define<sup>102</sup> rule making, o que nesta dissertação nomeou-se de processo regulatório, sendo este o processo da agência para formular, emendar ou revogar uma regra. A Lei basicamente impõe a necessidade de as agências norte americanas emitirem comunicado geral de rule making no Federal Register (o que se entende ser um documento oficial dos EUA nos moldes do Diário

---

<sup>101</sup> Maria Sylvia (2003) sintetiza o processo de rule making previsto na APA da seguinte maneira: “Antes da Lei de Procedimentos Administrativos, cada agência estabelecia o procedimento de elaboração de suas normas. A partir da mesma, foram estabelecidos diferentes tipos de procedimentos para o rulemaking, ou seja, a regra ou regulamento: a) sem formalidades especiais, quando as regras não afetem direitos; b) para os regulamentos de interesse geral, devem ser observadas três etapas: em primeiro lugar, a publicação de um comunicado descrevendo o conteúdo do projeto e convidando os interessados a participarem de uma sessão pública para discussão da matéria; a seguir, é realizada a sessão pública onde todos têm o direito de se manifestar; finalmente, todas as observações emitidas devem ser levadas em consideração e incluídas, de forma concisa, em uma exposição justificando os objetivos e os fundamentos da regra; c) finalmente, para as regras que afetem particularmente certas pessoas exige-se proteção mais enérgica: o processo de elaboração da regra se desenvolve perante o chefe do serviço ou da agência ou perante autoridade independente, neutra, conhecida sob o título de juiz administrativo, designado para esse fim; todas as provas e argumentos utilizados para fundamentar a regra ou regulamento devem constar do dossiê final; a agência tem que se limitar às provas e elementos contidos nesse dossiê, não podendo levar em conta qualquer prova extrínseca” (p. 43).

<sup>102</sup> Estados Unidos da América. **Administrative Procedure Act**. §551. Definitions (5) “rule making” means agency process for formulating, amending, or repealing a rule. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>. Acesso em: 08 nov.2022.

Oficial da União) que deve informar o local, horário e a natureza dos procedimentos, a autoridade que propôs a regra e a descrição do assunto e questões envolvidas na regra a ser proposta. Um ponto interessante que pode ser mencionado é que o APA, nos mesmos termos que mencionado anteriormente nesta dissertação, quando falado em paridade de armas, prevê a possibilidade de que as agências notifiquem diretamente as pessoas que sejam afetadas pela nova norma que está sendo proposta<sup>103</sup>. Nestes casos, a agência desenvolve a regra de forma negociada com os membros de grupos de interesse que convida a manifestação, tentando atingir um consenso nos termos da regra proposta<sup>104</sup>.

Outro ponto que vale comentar são as hipóteses de dispensa de participação popular na APA são também bastante semelhantes com as pontuadas até agora neste tópico. Fala-se de não ser necessário o convite para oitiva do público quando as regras emitidas pelas agências norte-americanas se referirem a (A) regras interpretativas, declarações gerais de política ou regras de organização, procedimento ou prática da agência; ou (B) quando o órgão de justa causa considerar (e incorporar a constatação e uma breve exposição de motivos nas normas emitidas) que a notificação e o procedimento público são impraticáveis, desnecessários ou contrários ao interesse público<sup>105</sup>. O APA também menciona a desnecessidade de se divulgar a publicação da norma em pelos menos trinta dias antes do início de sua vigência para casos em que (1) trate-se de uma regra substantiva que conceda ou reconheça uma isenção ou elimine uma restrição; (2) trate-se de regras interpretativas e declarações de política; ou (3) conforme disposto de outra forma pela agência por justa causa encontrada e publicada com a regra<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Estados Unidos da América. **Administrative Procedure Act**. §553 Rule making (...) (b) General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include (...). Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>. Acesso em: 08 nov.2022.

<sup>104</sup> “Anyone interested (individuals and groups) may respond to the Advance Notice by submitting comments aimed at developing and improving the draft proposal or by recommending against issuing a rule. Some agencies develop proposed rules through a negotiated rulemaking. In this process an agency invites members of interested groups to meetings where they all meet to reach a consensus on the terms of the proposed rule. If the participants reach agreement the agency may endorse their ideas and use them as the basis for the proposed rule” (p. 3). Federal Register: The Daily Journal of the United States Government. Washington, D.C. Disponível em: [https://www.federalregister.gov/uploads/2011/01/the\\_rulemaking\\_process.pdf](https://www.federalregister.gov/uploads/2011/01/the_rulemaking_process.pdf). Acesso em: 08 nov.2022

<sup>105</sup> Estados Unidos da América. **Administrative Procedure Act**. §553 Rule making. (b) (3) (B) Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply - (A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or (B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefore in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>. Acesso em: 08 nov.2022.

<sup>106</sup> Estados Unidos da América. **Administrative Procedure Act**. §553 Rule making. (d) The required publication or service of a substantive rule shall be made not less than 30 days before its effective date, except - (1) a substantive rule which grants or recognizes an exemption or relieves a restriction; (2) interpretative rules and statements of policy; or (3) as otherwise provided by the agency for good cause found and published with the rule.

Ainda, da mesma forma que nas agências brasileiras, o APA impõe o dever de as agências norte-americanas motivarem as regras que emitem, apresentando uma declaração geral e concisa de seus fundamentos e finalidade<sup>107</sup>.

A partir destas considerações sobre eventuais limitações da necessidade de participação social nas agências, surgem mais algumas questões: a participação social seria exclusiva da elaboração e proposição de atos normativos de interesse geral ou que contenham matéria relevante? Ou haveria alguma outra hipótese em que a participação social também seria viável e não macularia a atuação das agências?

Ora, o art. 9º da Lei das Agências trata especificamente do cabimento de consultas públicas para análise de minutas e propostas de normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Já o art. 10 que trata de audiências públicas também ressalta a sua pertinência para análise de propostas de atos normativos no inciso I. Porém, no inciso II fala-se de “outras propostas submetidas a audiência pública”. No entanto, para além da edição de atos normativos, poder-se-ia entender que a participação social também seria viável quando da elaboração de outros instrumentos de planejamento previstos na Lei das Agências, sendo estes os disciplinados na Seção II do Capítulo II (arts. 17 a 21). Trata-se, em suma, de plano estratégico (art. 17), plano de gestão anual (art. 18) e agenda regulatória (art. 21). Vanice Regina Lírio do Valle (2021) diferencia a atividade regulatória em dois planos: aquele que estrutura a regulação, desenhando seu quadro normativo e o que se relaciona à aplicação operacional concreta, se relacionando, portanto, à atividade de fiscalização, monitoramento de indicadores, dentre outros. Por isso entende-se que a Lei das Agências previu a elaboração de instrumentos distintos, para que cada um deles pudesse prever um planejamento a cada um dos planos da regulação. Enquanto o plano estratégico e a agenda regulatória parecem se relacionar ao primeiro plano da regulação descrito acima, ou seja, o desenho de seu quadro normativo, o plano de gestão anual se relaciona mais ao viés operacional da regulação. Todavia, o que é importante para ressaltar quanto ao tema do presente estudo é que, apesar de a Lei das Agências não ter trazido uma previsão específica

---

Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>. Acesso em: 08 nov.2022.

<sup>107</sup> Estados Unidos da América. **Administrative Procedure Act**. §553 Rule making. (c) After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>. Acesso em: 08 nov.2022.

neste sentido, entende-se que poderiam ser aplicáveis os mecanismos de participação social também para a elaboração destes documentos de planejamento.

Valle (2021) entende que, apesar de aparentemente vocacionados às deliberações de caráter normativo, os atributos do processo decisório previstos no Capítulo I da Lei das Agências não têm nelas seu âmbito de aplicação exclusivo. Neste seguimento, Valle (2021) explica que o modelo de processo decisório descrito no referido capítulo poderia ser aplicado a outros procedimentos que não somente àqueles destinados a edição de atos pelas agências. No entanto, expõe que é reservado a cada agência a possibilidade de, “pela via da delegação interna da decisão (art. 7º, §2º), ter por simplificada a materialização da decisão administrativa cogitada” (p. 142). Valle (2021) relata que a ideia das previsões seria unificar os procedimentos decisórios das agências de forma a se permitir com que sejam balizadas, à luz da oportunidade e adequação, as ações regulatórias por meio de várias perspectivas, seja do regulador ou dos regulados. Ainda, afirma que

Os mecanismos de planejamento especialmente cogitados neste texto colaboram para a qualificação do processo decisório - seja porque indicam componentes essenciais de seu conteúdo, seja porque organizam a deliberação a partir da agenda regulatória, que contém o “conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência” (art. 21, *caput* da LGAR) (p. 142).

Para finalizar o presente capítulo cabe comentar novamente o estudo empírico do IBRAC (ALENCAR; BOTELHO, 2022) que indicou que todas as agências, com exceção da ANP e da ANS, submeteram à discussão em audiência ou consulta pública matérias consideradas prioritárias presentes em seus instrumentos de planejamento, principalmente agenda regulatória, sendo os demais instrumentos elaborados sem submissão ao público. Todavia, o estudo fez questão de ressaltar que não foram todos os temas da agenda que foram discutidos em audiência/consulta e que, na maioria dos casos, somente alguns temas foram discutidos em diálogo com a sociedade após o instrumento de planejamento já ter sido aprovado pela agência.

Seria interessante, portanto, que as agências federais passassem a considerar a realização da participação popular na elaboração de seus instrumentos de planejamento. Isto pois seria proveitoso que pudesse existir um espaço onde fosse possível debater tanto com a sociedade civil quanto com o mercado regulado quais as matérias prioritárias de regulação em cada período.

## **5. CAPÍTULO 4– A DEFESA DOS INTERESSES DA SOCIEDADE CIVIL NO PROCESSO REGULATÓRIO**

Finaliza-se esta dissertação neste Capítulo quarto o qual pretende englobar pontos que foram discutidos até o presente momento para que finalmente possa se extrair em que termos se dá a atuação da sociedade civil no processo regulatório das agências reguladoras federais. Para além disso, o presente capítulo visa propor algumas soluções aos problemas que foram apontados ao longo desta dissertação e também outros que serão pontuados nos tópicos a seguir.

### **5.1 A SOCIEDADE CIVIL REPRESENTADA POR USUÁRIOS E CONSUMIDORES NA LEI DAS AGÊNCIAS**

Como mencionado no Capítulo 2 desta dissertação, a reestruturação do Estado brasileiro nos anos 90 não somente buscou reformular a atividade econômica, mas também acabou por transformar a concepção de serviço público. Antes da atual Constituição ter sido promulgada, predominava-se juridicamente a ideia de que, ao atribuir exclusividade ao Estado na prestação dos serviços públicos, dificultar-se-ia a fragilização deste regime especial, já que à atividade recairiam as proteções do regime de direito público. Restaria, assim, assegurada a prestação contínua dos serviços públicos. Todavia, com a nova Constituição e as mudanças jurídicas já mencionadas anteriormente, trazidas, essencialmente, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, passou-se a predominar a visão jurídica de que, apesar de o serviço público ser atividade de extrema relevância social, era possível que esta atividade fosse explorada economicamente. Todavia, ainda cabia ao Estado assegurar a continuidade desta prestação. Neste sentido pode-se mencionar o art. 175 da Constituição<sup>108</sup>, que, apesar de possibilitar a delegação da prestação do serviço público para exploração econômica pela iniciativa privada, ainda incumbe ao Poder Público sua titularidade.

Neste cenário de transformação dos pressupostos do serviço público que se coloca novamente, o tema sobre as novas formas estatais de regulação e, portanto, de relação com entre

---

<sup>108</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

a Administração e os administrados. Neste seguimento, o parágrafo único, inciso II, do mesmo art. 175, CF, dispõe a obrigação da lei regulamentar o direito dos usuários de serviços públicos, da mesma forma como foi previsto no art. 37, §3º, como pontuado no capítulo inicial.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2021) comenta, nesta continuidade, que, a partir da Reforma de Estado nos anos 90, o usuário de serviço público passou a ter centralidade na Administração Pública, sendo reforçado neste protagonismo a necessidade de incentivo à participação social na atividade regulatória. Todavia, como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro em muito tardou para disciplinar os direitos dos usuários de serviço público. Durante muito tempo, até mesmo pelos novos contornos assumidos na prestação de serviços públicos, que, como dito, se aproximou da noção de utilidade econômica<sup>109</sup>, aos usuários de serviços públicos se aplicou o regime jurídico previsto no Código do Consumidor. Enquanto o Código do Consumidor data de 1990, apenas dois anos após a promulgação da Constituição, a Lei de Usuários é de 2017. Logo, entende-se que, de certa forma, a equiparação entre as duas categorias serviu durante muito tempo como uma forma de preencher a lacuna jurídica no que se refere ao usuário do serviço público.

Mais do que isso, alguns estudiosos de direito administrativo pontuaram que, durante muito tempo, a noção de cidadania<sup>110</sup>, paradoxalmente, tinha mais lastro jurídico no Código de Defesa do Consumidor do que no regime jurídico de Direito Público<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Neste sentido, vale observar o entendimento de Marques Neto (2002, p. 21) de que: “neste cenário de transformação nos pressupostos do serviço público que se coloca o tema da sua nova regulação. Analisá-lo, pois, não pode ser feito sem considerarmos i) seu distanciamento da noção de função pública; ii) aproximação crescente da noção de serviço público como espécie do gênero atividade econômica; iii) a de separação entre operador (explorador) e regulador como uma realidade ditada pela redução do intervencionismo estatal direto; iv) a crescente introdução da competição na sua prestação e, finalmente, v) a perspectiva crescente da assimetria regulatória, entendida como a admissão, na exploração de serviços públicos de vários operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferenciados.”

<sup>110</sup> Neste ponto, entende-se “cidadania” no sentido até aqui exposto neste capítulo de que o usuário de serviços públicos era um sujeito de direito perante o Estado, e, portanto, tinha direito de exigir deste último a prestação ótima e contínua dos serviços públicos.

<sup>111</sup> Neste sentido, vale mencionar Alexandre Aragão (2013, p. 479): “O curioso é que, entre nós, o aspecto protetivo do regime de Direito Público e a própria noção de cidadania nunca foram muito fortes. Ao revés, foi no viés da proteção individualista nas relações privadas de consumo, através do Código de Defesa do Consumidor, que, paradoxalmente, a cidadania, a partir da década de oitenta, obteve alguma afirmação<sup>7</sup>, tanto pela atuação administrativa dos PROCONs como pela forte aplicação/interpretação do CDC pelo Poder Judiciário, em uma expressão do que por vezes é denominado “ideologia consumerista, pela qual o consumidor é a finalidade do processo de produção”. Marques Neto (2002, p. 24) também expõe que: “26.2. As transformações sociais, econômicas e políticas que acima expusemos deslocam o foco da regulação sobre estas atividades dos interesses do Estado (genericamente tomado), para o interesse dos indivíduos, dos potenciais destinatários dos serviços publicizados. Esta passagem é extremamente relevante, pois dita toda a transformação nos vetores e pressupostos da regulação. Ela está refletida na singela mudança que faz o indivíduo passar de usuário de serviço público para consumidor de serviço público, uma passagem que não tem características meramente semânticas e sim reflete uma relevante modificação de enfoque. Enquanto o plexo de direitos do usuário é reduzido, a posição de consumidor dá ao indivíduo um status jurídico protetivo bastante maior”.

A doutrina de direito administrativo redigida antes da Lei dos Usuários, no entanto, em sua maioria, defendia a aplicação cautelosa do Direito do Consumidor aos usuários do serviço público. Falava-se, principalmente, em aplicação do CDC até que fosse redigida lei específica para a categoria<sup>112</sup>. Depois de 2017, com a promulgação da Lei nº 13.460/2017, passou-se a defender a aplicação do CDC somente em casos omissos da Lei os usuários<sup>113</sup>, de forma a não desnaturar a natureza da prestação dos serviços públicos<sup>114</sup>.

Apesar da doutrina de direito administrativo apresentar diversos argumentos que justificam corretamente a diferença entre o consumidor e o usuário de serviço público<sup>115</sup>, a

---

<sup>112</sup> Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2021) bem resumiu o entendimento da doutrina de direito administrativo quanto à aplicabilidade ou não do CDC aos serviços públicos, principalmente em relação ao quesito de pagamento pelos serviços públicos. Esclarece que, em suma, a doutrina se dividia em três posicionamentos: (I) a aplicabilidade extensiva do CDC, segundo a qual todos os serviços públicos são passíveis de sujeição ao regime do direito do consumidor; (II) uma visão extensiva mitigada, na qual somente se aplicaria o CDC aos serviços públicos remunerados, seja por taxas (cobradas diretamente pelo Poder Público) ou por tarifas (espécie de preço público cobrada pelas delegatárias dos serviços públicos, sejam concessionárias ou permissionárias); e finalmente, (III) interpretação restritiva, que somente os serviços remunerados por preços públicos estariam sujeitos ao CDC, excluindo-se, assim, os serviços custeados por tributos e, portanto, aqueles serviços públicos gratuitos ou *uti universi* (ou seja, serviços de fruição coletiva).

<sup>113</sup> Neste sentido, César Augusto Guimarães Pereira (2008, p. 218) aponta que “O primeiro deles já foi examinado e corresponde à disciplina da atuação dos prestadores no exercício da liberdade que eventualmente lhes for conferida pela regulamentação do serviço público. Neste ponto, o CDC atua plenamente, mas com caráter provisório. Aplica-se apenas na ausência das leis a que alude o art. 37, §3º, da Constituição e o art. 27 da EC 19/1998. Como se disse, isso confirma a distinção entre consumidor e usuário: **no momento em que houver a disciplina própria do usuário, será impossível aplicar por qualquer via o CDC**. É o que se passa no Estado de São Paulo. Com a edição da Lei Estadual de proteção ao usuário, não há fundamento para a aplicação do CDC. É irrelevante determinar se a proteção própria do usuário é mais ou menos ampla ou abrangente que a oferecida pelo CDC. **Trata-se de figuras distintas, que recebem disciplina diversa baseada nas suas especificidades**. Se a proteção da Lei própria é julgada insuficiente em face da determinação constitucional, isso deve ser arguido - se for o caso - como fundamento para o reconhecimento da sua inconstitucionalidade. Somente nessa situação - de invalidação da Lei própria do usuário - é que se poderia cogitar de um retorno à aplicação (limitada) do CDC. Desse modo, a disciplina própria do consumidor, **contida no CDC, somente é aplicável aos usuários de serviço público (a) nos espaços de liberdade deixados pela regulamentação do serviço público e (b) provisoriamente, enquanto não editadas as leis pertinentes ao serviço público em questão** (pelo ente político que titulariza o serviço público em questão ou, no caso do art. 22, XXVII, da Constituição, pela União)”.

<sup>114</sup> Aragão (2013) reconhece que há institutos consumeristas que, se aplicados aos serviços públicos, desnaturam a natureza coletiva destes. Como exemplo, menciona que enquanto as relações de consumo (atividades econômicas *stricto sensu*) visam à satisfação imediata do sujeito (consumidor), os serviços públicos visam à realização dos interesses coletivos da sociedade a longo prazo. Exemplifica, neste sentido, que, do ponto de vista consumerista, a prática de política tarifária de subsídios cruzados poderia ser considerada abusiva. Mas, na visão de Aragão (2013), se considerado do ponto de vista da prestação de serviços públicos, o sistema de subsídios cruzados, por meio do qual cobra-se uma tarifa maior de parte dos usuários de forma que estes compensem a prestação de serviços a outros usuários, serve como uma maneira de ampliar o alcance dos serviços públicos, buscando a universalização e também uma forma de cumprimento ao corolário constitucional da justiça social (art. 170, CF).

<sup>115</sup> Martins (2011, p. 301-302) sublinha que “Primeiro, tornou indiscutível a distinção entre usuário e consumidor: ao contrário do consumidor, o usuário não é necessariamente o destinatário final do serviço; não pressupõe o caráter oneroso da prestação; tem direitos relativos à organização e à gestão do serviço e delas pode participar de modo ativo, independentemente da efetiva fruição do serviço; não atende necessariamente à exigência de vulnerabilidade. Distingui prestador do fornecedor: só o primeiro tem deveres-poderes próprios da relação de direito público. Ademais, usuário e prestador, ao contrário do consumidor e do fornecedor, não são agentes econômicos, pois o serviço público está fora do mercado”.

legislação ainda traz dispositivos ambíguos tanto no CDC quanto na Lei de Usuários<sup>116</sup>, o que faz com que, até hoje, na prática, os tribunais emitam decisões até mesmo contraditórias, ora defendendo a aplicação do CDC a usuários, ora rejeitando esta tese.

Para ilustrar esta confusão que ainda prevalece na prática quanto à aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviço público, cita-se dois casos julgados no STF. Em suma, o STF vinha solidificando um entendimento de que os Estados-membro da federação brasileira não poderiam legislar sobre matéria de telecomunicações, rejeitando, assim, a tese de que os Estados teriam competência concorrente com a União para tratar sobre relações de consumo. Neste sentido, tem-se a ADI nº 4478<sup>117</sup>, julgada em setembro de 2021 e

---

<sup>116</sup> O art. 22 do Código do Consumidor fala da obrigatoriedade de órgãos públicos ou aqueles a quem forem delegados a prestação dos serviços públicos (concessionárias, permissionárias, ou “sob qualquer outra forma de empreendimento”) em fornecer serviços “adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. O parágrafo único continua dispondo que, em caso de descumprimento, as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos serão obrigadas a reparar os danos causados, na forma do CDC. Da mesma forma, o art. 6º, X, do CDC assegura como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos. A confusão persiste quando se nota que a Lei nº 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, em seu art. 7º, *caput*, ao tratar do direito dos usuários, abre uma ressalva à aplicação do CDC. A própria Lei do Usuário, em seu art. 1º, §2º, II, igualmente faz esta ressalva de que as regras ali contidas não afastam o CDC quando caracterizadas situações de consumo. Esta última lei, portanto, abre uma exceção para, caso ainda se entenda como existente uma relação de consumo quando de determinada prestação de alguns serviços públicos, viável a aplicação do CDC.

<sup>117</sup> Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Competência da união para legislar e prestar os serviços públicos de telecomunicações (CF, ART. 21, XI, E 22, IV). Lei nº 1.336/09 do estado do Amapá. Proibição de cobrança de assinatura básica nos serviços de telefonia fixa e móvel. Inconstitucionalidade formal. Fixação da política tarifária como prerrogativa inerente à titularidade do serviço público (CF, ART. 175, parágrafo único, III). Afastamento da competência concorrente do estado-membro para legislar sobre consumo (CF, ART. 24, V E VII). **Usuário de serviços públicos cujo regime guarda distinção com a figura do consumidor (CF, ART. 175, parágrafo único, II).** Precedentes. Procedência do pedido. (...) **3. Inexiste, in casu, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula “direitos dos usuários” prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição.** 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4.478.** Requerente: ABRAFIX – Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado. Relator: Ministro Ayres Britto, Relator do Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/2011. Publicação em 30/11/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1595323>. Acesso em: 10 jul. 2022.

a ADI nº 5.608<sup>118</sup>, julgada em outubro de 2020. Todavia, na ADI nº 6.066<sup>119</sup>, julgada entre estas duas ações, em maio de 2020, foi reconhecida a constitucionalidade de outra lei estadual paulista que legislou sobre matéria referente a telecomunicações, sendo emitido acórdão em sentido praticamente contrário ao das outras ações. Isto pois, nesta última ADI, o ministro relator Edson Fachin decidiu que a lei estadual disciplinava acerca de relações de consumo ao tratar de fixar tempo máximo para atendimento dos clientes que comparecessem presencialmente em empresas de telefonia móvel e fixa. Esta confusão do STF quanto a aplicação do direito do consumidor aos usuários de serviço público durante muitos anos também se manifesta no Superior Tribunal de Justiça em relação a diversos setores regulados, não somente os serviços de telefonia<sup>120</sup>.

No âmbito das próprias agências reguladoras também vale comentar que a confusão entre aplicabilidade ou não do código do consumidor aos usuários de serviços públicos também

---

<sup>118</sup> Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Estadual Paulista nº 16.269/2016 – Diploma legislativo que dispõe sobre a comercialização de aparelhos de telefonia móvel e institui cadastro de usuários de telefones celulares pré-pagos – **Usurpação da competência privativa da União Federal para legislar sobre telecomunicações** (CF, ART. 22, IV) e para definir as políticas setoriais que orientam a atuação das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações (CF, ART. 21, XI) – Cadastramento de usuários de telefones celulares pré-pagos – Matéria disciplinada, de modo exauriente, tanto na legislação nacional (Lei nº 10.703/2003) Quanto na regulamentação setorial específica editada pela entidade reguladora competente (Resolução Anatel nº 477/2007) – **Impossibilidade de interferência dos estados-membros na organização do setor econômico das telecomunicações, a ser exercida, com absoluta exclusividade, pela União Federal, que detém competência privativa para fiscalizar a execução dos serviços, legislar sobre os direitos dos usuários, (...)**. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5.608**. Requerente: Associação Nacional das Operadoras de Celulares – ACEL. Relator: Ministro Celso De Mello. Julgado em 05/10/2020. Publicação em 19/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754130365> Acesso em: 10 jul. 2022.

<sup>119</sup> Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 16.725/2018, de São Paulo. **Fixação de tempo máximo de atendimento presencial por empresas de telefonia fixa e móvel. Competência legislativa concorrente**. Artigos 21, XI, 22, IV, E 175, da Constituição da República. Pedido julgado improcedente. (...) **3. Legislação que fixa tempo máximo de atendimento presencial a consumidores por parte de empresas de telefonia fixa e móvel constitui norma reguladora de obrigações e responsabilidades referentes a relação de consumo**, inserindo-se na competência concorrente do artigo 24, V e VIII, da Constituição da República..(...) 7. Na hipótese, tratando-se de lei estadual que se enquadra na competência concorrente para legislar sobre prestação de atendimento e consumo, não viola o princípio da igualdade que a matéria seja tutelada diferentemente no âmbito de cada ente federal. 8. Pedido julgado improcedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.066**. Requerente: Associação Nacional das Operadoras de Celulares – ACEL. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgado em 04/05/2020. Publicação em 21/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753286989>. Acesso em: 10 jul. 2022.

<sup>120</sup> Antes da vigência da Lei dos Usuários, reconheceu-se no Judiciário em diversas situações a aplicabilidade do CDC a usuários de serviços públicos. Pode-se mencionar alguns casos como no RESP nº 467.883, em que se reconheceu a aplicabilidade do CDC na relação entre os usuários de estradas e as concessionárias de serviços rodoviários. Também no setor de saneamento há acórdãos que defenderam a existência de relação de consumo no fornecimento de água por concessionárias a empresas que se utilizavam deste serviço como destinatária final, como no RESP nº 263.229, de forma a reconhecer a abusividade de tarifas cobradas em excesso e impondo a devolução em dobro. É de se pontuar, todavia, que, (felizmente) o STJ reconheceu posteriormente a inaplicabilidade deste entendimento, fixando súmulas que reconhecem como legítimas a cobrança de tarifa básica na prestação de serviços públicos. Isto se verifica tanto na Súmula 407, que determina que “é legítima a cobrança de tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo”, como na Súmula 356, que dispõe que “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso de serviços de telefonia fixa”.

permanece. Tanto quando se analisa a regulação exercida por cada agência, como, por exemplo, no caso da ANATEL, que tem resolução que trata especificamente dos consumidores dos serviços de telecomunicações<sup>121</sup>, e a ANAC que tem interface com a plataforma federal consumidor.gov para atendimento aos usuários dos serviços de aviação civil<sup>122</sup>.

O que é importante ressaltar neste tópico é que, a Lei das Agências prescreve a necessidade de as minutas e as propostas de alteração de atos normativos **de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados** sejam submetidas a mecanismos de participação popular previamente à tomada de decisão pela diretoria das agências (art. 9º, Lei nº13.848/2019). Portanto, considerando o foco desta dissertação em tratar da participação da sociedade civil no processo regulatório das agências, entende-se que a Lei das Agências basicamente resguarda o direito da sociedade civil se manifestar no processo regulatório mencionando tanto a categoria de consumidores quanto de usuários de serviços públicos.

Entende-se desta maneira, que foi uma boa escolha legislativa a Lei das Agências pontuar tanto os consumidores quanto os usuários de serviços públicos. Isto pois, desta forma, ela resguarda o direito de participação popular a todos aqueles que usufruem dos serviços regulados pelas agências, independentemente de eventuais confusões legislativas ou jurisprudenciais que possam enquadrá-los como usuários de serviços públicos ou consumidores.

Vale, no entanto, de forma a complementar esta análise, tecer alguns comentários sobre o que se entende por “interesse geral”, o qual, se afetado, ensejaria a adoção de mecanismos de participação social prévios à decisão da agência. Neste seguimento, interessante a lição de Carolina Zancaner Zockun e Gabriela Zancaner Bandeira de Mello (2021) sobre a necessidade de se recorrer à legislação que disciplina sobre os consumidores (CDC) e a lei dos usuários para identificar o que se entende por “interesse geral” para cada um deles.

Zockun e Bandeira de Mello (2021) designam para definir o “interesse geral” dos consumidores o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. A partir da leitura do mesmo,

---

<sup>121</sup> Vide Resolução ANATEL nº 632 de 07 de março de 2014. Nota-se que a própria definição da regulação de consumidor se assemelha à definição de usuário de serviço público: “Art. 2º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições: I - Consumidor: pessoa natural ou jurídica que utiliza serviço de telecomunicações de interesse coletivo, independentemente de contrato de prestação de serviço ou inscrição junto à Prestadora, na forma do disposto no art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;”. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632> . Acesso em: 29 ago. 2022.

<sup>122</sup> Disponível em [https://www.gov.br/anac/pt-br/canal\\_atendimento/consumidor/boletim-de-monitoramento](https://www.gov.br/anac/pt-br/canal_atendimento/consumidor/boletim-de-monitoramento). Acesso em: 29 ago. 2022.

pode se interpretar que a Lei das Agências exigiria que fossem garantidos mecanismos de participação social para situações nas quais novos atos normativos emitidos pelas agências tivessem conteúdo que pudesse afetar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de consumidores. Segundo Leonardo Bessa (2021), os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a que se refere o CDC são espécies do gênero direitos metaindividuais. Estes direitos metaindividuais podem ser considerados materialmente coletivos, referindo-se a direitos que não possuem um titular específico, sendo pertencentes a todos. Um exemplo seria o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, previsto no art. 225, CF. Assim, este direito não possui uma titularidade subjetiva, pertencendo, portanto, a um grupo indeterminado de pessoas. Os direitos metaindividuais podem ser, por outro lado, processualmente coletivos, o que implica dizer que, por razões de economia processual, certos direitos individuais que, porém, foram lesionados em grande escala, podem se socorrer a uma solução processual concentrada. Leonardo Bessa (2021) classifica como materialmente coletivos os direitos difusos e, processualmente coletivos, os direitos coletivos em sentido estrito e os individuais coletivos.

O que importa para presente dissertação é que se entende que Carolina Zancaner Zockun e Gabriela Zancaner Bandeira de Mello (2021) insinuam que os mecanismos de participação popular devem fazer parte do processo regulatório toda vez que os atos normativos das agências se propuserem a afetar estes direitos (coletivos) dos consumidores. Entendemos que o conceito ainda fica excessivamente vago e levemente impreciso já que a participação social garante também a manifestação individual, não havendo necessariamente o pressuposto de se tratar de uma demanda coletiva para que seja de interesse geral do consumidor, nos termos do que foi defendido por Maria Sylvia, cujo pensamento foi exposto no início desta dissertação (DI PIETRO, 1993). Apenas retomando, segundo Maria Sylvia (1993), os mecanismos de participação popular, como solução aos problemas apresentados pela democracia representativa, tem sua efetividade relacionada ao fato de que se esquivariam da necessidade de associação do cidadão, podendo este se manifestar individualmente frente a uma decisão da Administração que afete seus interesses.

Abre-se, portanto, uma divergência quanto a este posicionamento de Zockun e Bandeira de Mello (2021), de forma que se entende, da leitura do CDC que os interesses gerais dos consumidores estão previstos também no art. 6º. Este artigo, dentre outros pontos, menciona que é direito básico do consumidor a proteção a vida e saúde contra riscos provocados por serviços perigosos (art. 6º, I), necessidade de informação adequada sobre os serviços oferecidos (art. 6º, II) e, até mesmo, como mencionado anteriormente, a adequada e eficaz prestação dos

serviços públicos em geral (art. 6º, X). Mais ainda, o art. 7º do CDC já indica que os direitos previstos no art. 6º não são exaustivos, mas, meramente exemplificativos. Estes direitos do art. 6º do CDC se relacionam mais diretamente aos interesses dos consumidores que poderiam ser afetados com eventual ato normativo proferido pelas agências, além de muito se assemelharem aos interesses dos usuários citados, os quais serão mais bem desenvolvidos abaixo.

Apesar de pontuar discordância com a colocação de Zockun e Bandeira de Mello (2021) de que o interesse geral dos consumidores se relacionam exclusivamente a interesses coletivos (ou, como mencionado anteriormente, metaindividuais), entende-se, ao contrário do que pontua Maria Sylvia (1993), que a participação do cidadão individualmente considerado não é a mais importante em termos de participação popular<sup>123</sup>. Mais ainda, como será desenvolvido no capítulo seguinte, a representação da sociedade civil em mecanismos de participação popular, especialmente frente a órgãos como as agências reguladoras, pode ser imprescindível para contribuições em assuntos essencialmente técnicos. Portanto, entende-se que, sim, os interesses gerais dos consumidores frente às agências podem se referir a interesses de uma coletividade de pessoas, mas não o são exclusivamente.

A Lei das Agências, no sentido de prever a possibilidade de representação dos consumidores por associações, classes representativas ou organizações do terceiro setor, inclusive, prevê, em seu art. 31<sup>124</sup>, a possibilidade de as agências reguladoras federais firmarem convênios ou acordos de cooperação com entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o qual, segundo o art. 105, do CDC<sup>125</sup> é composto por os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e entidades privadas de defesa do consumidor.

---

<sup>123</sup> Apesar de Maria Sylvia (1993) mencionar a importância de se considerar a participação do cidadão individualmente considerado de certa forma ela também cai em certa contradição ao exigir três medidas que deveriam ser adotadas por outros órgãos estatais que de certa forma representariam os interesses da sociedade perante a Administração. Menciona a importância do Judiciário (seja por meio de mandado de injunção ou outorga de legitimidade ativa aos entes coletivos para propositura de ação popular) e também a instituição de uma figura semelhante ao de um “ombudsman” tendo esse papel se dispersado em funções atribuídas ao Tribunal de Contas, Ministério Público, Congresso Nacional entre outros.

<sup>124</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Art. 31. No exercício de suas atribuições, e em articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e com o órgão de defesa do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, incumbe às agências reguladoras zelar pelo cumprimento da legislação de defesa do consumidor, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado. § 1º As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor e do usuário de serviço público no âmbito das respectivas esferas de atuação. § 2º As agências reguladoras poderão firmar convênios e acordos de cooperação com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC para colaboração mútua, sendo vedada a delegação de competências que tenham sido a elas atribuídas por lei específica de proteção e defesa do consumidor no âmbito do setor regulado.

<sup>125</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Dentre estas últimas se destaca o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor)<sup>126</sup>. O relatório da OCDE de 2013 sobre a Reforma Regulatória no Brasil<sup>127</sup> reforça que as organizações não governamentais cumprem um relevante papel na orientação, assessoria e defesa do interesse dos consumidores junto às agências reguladoras. Neste sentido, por exemplo, informa que o IDEC emitiu desde o ano de 2013<sup>128</sup> análises anuais sobre autoridades reguladoras, dentre os quais se incluem as agências ANEEL, ANATEL, ANS e a ANVISA, e sua relação com consumidores<sup>129</sup>. O IDEC, portanto, se destaca não só por contribuir com informações sobre as agências aos consumidores, mas também representar os interesses desta categoria perante estas autarquias em consultas e audiências públicas. Vale aqui citar novamente a pesquisa do IBRAC (ALENCAR; BOTELHO, 2022) que concluiu que das onze agências reguladoras federais somente a ANA, ANM, ANTT e ANATEL não possuem acordos de cooperação vigentes com órgãos de defesa do consumidor.

Já em relação aos usuários de serviços públicos, Zockun e Bandeira de Mello (2021) mencionam os arts. 5º e 6º da Lei nº 13.460/2017 para tentar definir os interesses gerais dos mesmos. Como já comentado, a Lei de Usuários parece limitar suas disposições a uma regulamentação quase literal do art. 37, §3º da Constituição. Assim, a maioria dos incisos dos artigos acima mencionados da Lei de Usuário tratam da possibilidade de reclamação e avaliação periódica dos serviços (como no art. 37, §3º, I), do acesso dos usuários à informação (art. 37, §3º, II) ou de representação contra exercício negligente ou abusivo por servidor público (art.

---

<sup>126</sup> O Relatório da OCDE de 2013, neste sentido, pontua que “Essas ações serão ainda mais fortalecidas pelo fato de o IDEC estar desenvolvendo um projeto em parceria com o Fundo de Investimento Multilateral do Banco Inter-Americano de Desenvolvimento, com o intuito de melhorar a coordenação entre as organizações dos consumidores e as agências reguladoras, fortalecendo mecanismos para a participação social nos processos de regulação de duas agências: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Este projeto, que envolve a doação de US\$1 milhão ao IDEC acertada com fundos locais, visa a melhorar a capacidade institucional das organizações de proteção aos consumidores para que tenham participação efetiva nas consultas e audiências públicas dessas agências.” BRASIL. OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL Fortalecendo a governança para o crescimento. Biblioteca Presidência da República. 2013. p. 273. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>. Informação confirmada em <https://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2007-08-16/fumin-aprova-subsidio-de-us1-milhao-para-o-institutobrasileiro-de-defesa-do-consumidor%2C3999.html>. Acesso em: 06 out. 2022.

<sup>127</sup> BRASIL. OCDE- Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL Fortalecendo a governança para o crescimento. Biblioteca Presidência da República. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>. Acesso em: 06 out. 2022.

<sup>128</sup> O último relatório localizado neste sentido foi o do ano de 2019, Disponível em: [https://idec.org.br/sites/default/files/publicacoes/publicacoes/idec-relatorio\\_anual\\_2019-web.pdf](https://idec.org.br/sites/default/files/publicacoes/publicacoes/idec-relatorio_anual_2019-web.pdf). Acesso em: 06 out. 2022.

<sup>129</sup> O relatório da OCDE informa que o IDEC examina “trinta questões distribuídas em cinco categorias (existência de canais institucionalizados e condições para a participação do consumidor; transparência; acesso à informação; publicidade; e eficácia em favor do consumidor.” Além disso, relata que “Em todas as classificações gerais produzidas pelo IDEC para os anos de 2003, 2004 e 2005, a ANS foi considerada a pior das sete em termos tratamento com o consumidor” (p. 271).

37, §3º, III). Se não tratam exatamente destes temas, se relacionam a cada um deles (como, por exemplo, no art. 6º, V, que, como desdobramento de acesso a informações, fala da atuação sistêmica para expedição de documentos, atestados, e etc.). Entende-se que estes três pontos não são, todavia, exaustivos quando tratamos da definição de um interesse geral dos usuários que poderia ser considerado afetado em razão da emissão de atos normativos pelas agências. De certa forma, estes temas estariam, inclusive, excluídos das possibilidades de participação social se adotarmos a interpretação trazida acima, já que que tratam quase exclusivamente da organização interna da autarquia (como horário de atendimento e respeito aos atendimentos prioritários). Todavia, estes interesses gerais (até mesmo por carregarem esta nomenclatura) dos usuários são bem mais amplos do que somente normas organizacionais das agências, eles são, na verdade, normas que asseguram como o processo regulatório nas agências (e de todos os processos administrativos que tramitem em outras instâncias públicas) devem tramitar.

No entanto, é possível extrair alguma racionalidade do que seria o “interesse gera” dos usuários de alguns outros incisos do art. 5º da Lei 13.460/2017. O inciso IV, art. 5º, por exemplo, fala de uma adequação entre os fins e meios, de certa forma replicando o consequencialismo da LINDB. A partir dele seria possível pensar que quaisquer atos normativos das agências que impusessem novas exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas em lei aos usuários de serviços públicos<sup>130</sup> devem ser passíveis de consulta aos usuários antes de sua adoção. Também quaisquer atos que impliquem no tratamento desigual entre os usuários (como interpretação decorrente do art.5º, V). Além disso, atos normativos que se relacionem à segurança e a saúde dos usuários (art. 5º, VIII), informes quanto ao desligamento dos serviços (em virtude de inadimplemento, art.5º, XVI ou suspensão do serviço (Art. 6º, VII), proteção de suas informações pessoais (art. 6º, IV), seriam do interesse geral dos usuários. Então, por exemplo, atos normativos das agências que impusessem tarifas diferenciadas, imposição de sanções ou fiscalizações em seus domicílios, ou ainda que pudessem afetar a segurança ou saúde dos mesmos. Por exemplo, a instalação de um aeródromo novo em cidade cujos ruídos pudessem prejudicar os arredores (que se associaria a saúde dos usuários). Ou ainda a implementação de tarifa social de energia elétrica. Novamente, apenas a título de esclarecimento, entende-se que estes seriam apenas alguns dos interesses gerais dos usuários que ensejariam a consulta prévia das agências para adoção de novo ato normativo. Isto não significa, por outro lado, que medidas como estas não poderiam ser aplicadas pelas agências após a consulta. Apenas que, a estes atos, seria determinado por lei que os usuários fossem

---

<sup>130</sup> Ou, dizendo de outra forma, como sugerido no capítulo anterior, qualquer ato normativo de agência que imponha nova obrigação aos usuários que não esteja prevista em lei superior.

consultados antes de sua promulgação. Como já dito, os mecanismos de participação como consultas e audiências não geram contribuições vinculantes às agências.

Outro comentário que vale menção neste tópico é sobre o Capítulo V da Lei de Usuários que trata do Conselho de Usuários<sup>131</sup>. A Lei do Usuário não traz claras especificações do funcionamento deste Conselho. Foi possível verificar, no entanto, que a Controladoria-Geral da União<sup>132</sup> criou um *website*<sup>133</sup> por meio do qual qualquer pessoa física, cadastrada no sistema gov.br (que unifica o acesso às todas as plataformas do governo federal), pode acessar. Neste sentido, a concepção da plataforma do Conselho de Usuários é que aquele quem a acessa pode criar ou responder enquetes, que nada mais são do que pequenos textos ou perguntas que certo usuário disponibiliza na plataforma para que seja escrutinado pelos demais usuários. Vale mencionar que as enquetes do site tratam dos assuntos mais variados e ainda é possível afirmar que, em sua maioria, são de baixíssima complexidade técnica. Algumas possuem respostas pré-definidas, outras deixam a resposta a cargo daquele que responde a enquete, limitada a um determinado número de caracteres. Além disso, depois que a enquete é encerrada, o site não apresenta informações claras de acolhimento ou não da proposta ali contida. A plataforma também permite que o usuário se torne um conselheiro de um determinado órgão ou entidade pública. Dentre estes, se incluem todas as agências reguladoras federais. Assim, segundo a plataforma, “sempre que uma consulta sobre o for realizada, uma notificação chegará ao seu e-mail, e você poderá contribuir com a sua opinião onde quer que você esteja.”<sup>134</sup>. Nota-se, portanto, que, no caso das agências, fica à livre critério de cada uma das autarquias a utilização desta ferramenta para acionar o Conselho de Usuários e, conseqüentemente, obter a opinião dos mesmos sobre determinado assunto. Em termos claros: tudo ainda parece mais uma solução de participação social cosmética. A atividade do Conselho de Usuários parece se relacionar, na

---

<sup>131</sup> A Lei define os Conselhos de Usuários como um órgão consultivo com as seguintes atribuições: BRASIL. **Lei nº 13.460/2017**. Art. 18. Parágrafo único. Os conselhos de usuários são órgãos consultivos dotados das seguintes atribuições: I - acompanhar a prestação dos serviços; II - participar na avaliação dos serviços; III - propor melhorias na prestação dos serviços; IV - contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário; e V - acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor.

<sup>132</sup> Aqui cumpre esclarecer que a competência da Controladoria-Geral da União para a criação do referido site está prevista na Lei nº 13.844/2019, a qual determina, em seu art. 51, I, que a CGU tem competência para, realizando suas atividades de controle interno, gerenciar as atividades de ouvidoria e incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal. Assim, sua vinculação com a Ouvidoria Geral da República, evidencia a função de facilitar a relação entre os usuários de serviços públicos e os órgãos administrativos, de forma a colher reclamações, sugestões ou elogios relativos à prestação de serviços públicos. A Ouvidoria-Geral coordena todas as atividades das ouvidorias das agências reguladoras, cujas atribuições estão previstas nos arts. 22 a 24 da Lei das Agências, como já mencionado.

<sup>133</sup> Disponível em: <https://conselhodeusuarios.cgu.gov.br/inicio>. Acesso em: 10 out. 2022.

<sup>134</sup> Disponível em: <https://conselhodeusuarios.cgu.gov.br/auth/enquetes/voluntario>. Acesso em: 10 out. 2022.

prática, à atuação da Ouvidoria na medida em que se manifesta mais como uma avaliação dos serviços públicos prestados.

Neste seguimento, vale também mencionar a Plataforma Participe Mais Brasil. Trata-se de uma plataforma do governo federal onde se divulgam consultas e audiências públicas abertas, bem como informações sobre algumas comissões e conselhos de órgãos da Administração Pública direta e indireta. Assim, o *site* divulga consultas públicas com minuta dos atos normativos que ministérios, agências e outras autarquias federais pretendem emitir, possibilitando ao usuário da plataforma gov.br que comentem artigo a artigo da minuta, ficando as contribuições já recebidas disponíveis na página para consulta. Todavia, não fica claro se é disponibilizada qualquer resposta destes órgãos às manifestações recebidas: se seriam disponíveis na própria plataforma ou se aqueles que contribuíram precisam consultar os sites específicos de cada órgão público. Não foi possível verificar pois a maioria das consultas abertas não apresentavam nenhuma contribuição. Apesar de não serem todas as agências que adotem esta plataforma para que ali sejam realizadas as consultas públicas<sup>135</sup>, a plataforma centraliza todos os sites das agências e indica onde encontrar no site de cada agência informações tanto sobre consulta como audiências públicas e outros meios de participação social<sup>136</sup>.

Quanto às audiências públicas, a Plataforma Participe Mais Brasil concentra as informações sobre a realização da sessão pública, com local, se realizada presencialmente, e em alguns casos até mesmo com links para participação em data e horário designado. Também é feita referência na Plataforma Participe Mais Brasil aos documentos que fundamentam a audiência pública. O site é bastante interessante pois, apesar de não serem todas as agências que utilizem a ferramenta da Plataforma Participe Mais Brasil, nesta pelo menos é centralizada as principais informações sobre os procedimentos de participação social nas agências, remetendo aos sites destas autarquias quando necessário e de fácil acesso e compreensão, apesar da baixa adesão da sociedade civil.

Ante tudo o que foi exposto até o presente momento neste tópico é possível concluir que os meios de representação dos consumidores costumam possuir mais adesão do que o dos

---

<sup>135</sup> A ANCINE, por exemplo, adota a Plataforma Participe Mais Brasil. Por outro lado, a ANA e a ANM, por exemplo, possuem um meio eletrônico de participação próprias. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/> e <https://app.anm.gov.br/ParticipePublico/Site/AudienciaPublica/ConsultarAvisoAudienciaPublica.aspx>. Acesso em 28 nov. 2022.

<sup>136</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/orgaos-publicos>. Acesso em 28 nov. 2022.

usuários<sup>137</sup>, até mesmo pelos primeiros existirem há muito mais tempo. Apesar de haver uma evidente incompatibilidade entre o regime do Direito do Consumidor e as normas setoriais, talvez seja caso de usar do entendimento de aplicação subsidiária do Direito do Consumidor à Lei de Usuários para utilização destes mecanismos de representação dos consumidores para garantia da participação social efetiva junto às agências reguladoras.

## **5.2 A SOCIEDADE CIVIL É CAPAZ DE REALIZAR CONTRIBUIÇÕES TÉCNICAS?**

No tópico anterior, pretendeu-se registrar a forma como a Lei das Agências buscou reforçar a necessidade de grupos da sociedade civil participarem das decisões das agências. A Lei, como pontuado acima, escolhe as categorias jurídicas de consumidores e usuários de serviços públicos por meio das quais seriam possíveis ser defendidos os interesses da sociedade civil no processo regulatório. Pretendeu-se, também, ao menos circunscrever o que se entende por interesses gerais dos consumidores e usuários e também comentar quais as formas que estes dois grupos possuem a seu dispor para realizar a participação social. Todavia, cabe ainda uma questão: seria a sociedade civil, representada ou não por usuários de serviços públicos ou consumidores, capaz de apresentar contribuições técnicas às agências reguladoras federais?

Com vistas a responder esta pergunta, primeiramente há de se desenvolver uma consideração que já foi apresentada nesta dissertação: em geral, a sociedade civil, se não for devidamente representada, dificilmente irá possuir informações técnicas suficientes para realizar contribuições com este teor às agências. Da mesma forma, a sociedade também teria dificuldade de contribuir, mesmo que não tecnicamente, em atos normativos ou propostas das

---

<sup>137</sup> Além do que já foi pontuado acima, cumpre para complementação citar Grotti (2021). “O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma série de relevantes instrumentos para a tutela dos usuários e consumidores, dentre os quais podem ser destacados: a possibilidade de inversão do ônus da prova a possibilidade ou aperfeiçoamento do sistema de tutela dos interesses difusos e coletivos; a possibilidade da intervenção e da legitimação direta dos PROCONs estaduais, que têm grande capilaridade em todos os municípios brasileiros; a intervenção ostensiva, e cada vez mais ampliada, do próprio Ministério Público, na defesa dos consumidores usuários; a possibilidade de, quando proposta uma ação coletiva em favor dos interesses do consumidor usuário, serem generalizados os efeitos positivos para toda a coletividade e não apenas para aqueles que participam diretamente da relação jurídica, como autores ou como legitimados expressos; a possibilidade da incorporação dos padrões do Código de Defesa do Consumidor, acerca do que é o serviço ou o produto adequado; os direitos fundamentais do consumidor como, por exemplo, os relativos à informação; os instrumentos processuais, como a desconsideração da personalidade jurídica, no caso da propositura de ações judiciais; uma definição bastante ampla do que são práticas abusivas e do que são contratos abusivos; a possibilidade de uma série de condutas serem objeto de sanções, no âmbito do mercado de consumo, por parte das autoridades de defesa do consumidor, sem prejuízo do poder sancionatório direto das Agências Reguladoras.”

agências que tenham base essencialmente científica. Este ponto sobre a dificuldade de obter informações científicas e também de compreendê-las é, de certa forma, debatido sob a perspectiva jurídica quando falamos do conceito de vulnerabilidade. Como mencionado anteriormente, existem diversos pontos utilizados para distinguir o consumidor do usuário de serviço público. Enquanto o usuário de serviço público não necessariamente atende à exigência da vulnerabilidade, os consumidores necessariamente são vulneráveis<sup>138</sup>. Cabe, entretanto, um contraponto a esta diferenciação. César Pereira (2005) entende que a vulnerabilidade não é essencial para a configuração do usuário de serviço público, nos termos que é para o consumidor. Todavia, o usuário também pode sim ser considerado vulnerável. Neste sentido, complementa

**Não é a vulnerabilidade que caracteriza o usuário, embora a consciência sobre a sua vulnerabilidade (na generalidade dos casos) possa introduzir um modo de pensar fundamental para a sua tutela adequada no âmbito do direito público. Reconhece-se frequentemente que são essa própria vulnerabilidade e a deficiência prática no seu tratamento pelo direito público os fatores que induzem o recurso ao direito do consumidor para a proteção do usuário.** Essa realidade não pode ser ignorada. Deve ser enfrentada com a utilização efetiva dos instrumentos próprios do direito público para o reconhecimento e a proteção dos direitos dos usuários. (p. 177)

Bruno Miragem (2020) fala da existência de causas fáticas que podem ser verificadas para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Estas causas geram a seguinte classificação: a vulnerabilidade pode ser técnica, jurídica, fática e, em face das novas tecnologias da informação, informacional. Cabe, portanto, analisar cada um destes tipos de vulnerabilidade para verificar se ela possui aplicação válida também para os usuários de serviço público.

A vulnerabilidade técnica é resultado de uma situação na qual o consumidor não possui conhecimento especializado sobre o produto ou serviço que adquire. Assim, o fornecedor, ao fornecer o serviço ou produto, detém mais dados sobre o mesmo, e, portanto, a este é imposto o dever de informação. Do consumidor, então, somente é exigido os conhecimentos específicos informados pelo fornecedor. Aqui cabe o posicionamento de César Pereira (2005) de que o usuário pode ou não ser vulnerável tecnicamente. Todavia, entende-se que pode se considerar

---

<sup>138</sup> Nas relações de consumo, a vulnerabilidade do consumidor está amparada no art. 4º, I, do CDC. Ela tem como premissa a noção de que não há igualdade entre as partes em determinada relação negocial de consumo. Ou seja, a ordem jurídica brasileira reconhece a necessidade de enxergar o consumidor como parte vulnerável frente aos fornecedores e, portanto, atua em defesa daqueles (vide art. 5º, XXXII, da CF).

a aplicação da vulnerabilidade técnica a usuários, ainda mais, se interpretarmos o art. 5º, XIV, da Lei dos Usuários<sup>139</sup>, que impõe a utilização de uma linguagem simples e compreensível, evitando uso de siglas, jargões e estrangeirismos, como uma forma da Lei considerar que esta categoria não possui conhecimentos técnicos sobre a prestação dos serviços que utiliza. Da mesma forma, pode-se interpretar o art. 6º, VI, “e”<sup>140</sup>, da Lei dos Usuários, que garante aos usuários informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado.

Já vulnerabilidade jurídica implica em uma falta de conhecimento dos direitos e deveres do consumidor que são inerentes à relação de consumo que estabelece. Este tipo de vulnerabilidade também pode abranger conhecimentos relacionados ao emprego do seu patrimônio na relação de consumo. Aqui cabe o adendo de que não todo consumidor seria vulnerável neste caso, na medida em que seria razoável exigir o conhecimento da legislação pelo consumidor pessoa jurídica ou profissional. Todavia, este tipo de vulnerabilidade também pode ser aplicável aos usuários de serviço público, inclusive se tomarmos em conta novamente a proteção assegurada ao usuário no art. 6º, VI, “e”, que menciona as taxas e tarifas cobradas pela prestação do serviço público e a necessidade de se conter informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado. No entanto, como mencionado anteriormente, o desconhecimento de direitos pelo usuário, bem como de aplicabilidade de qualquer tipo de vulnerabilidade aqui debatida aos usuários de serviço público, não implica nos benefícios processuais previstos no CDC a este grupo<sup>141</sup>.

A vulnerabilidade fática se relaciona às condições subjetivas do consumidor. Pode-se relacionar, por exemplo, a desproporção econômica entre este e o fornecedor (vulnerabilidade econômica) ou as características específicas do consumidor (hipervulnerabilidade, no caso, por exemplo, de idosos, crianças, deficientes ou até mesmo analfabetos e estrangeiros). Neste caso, por se relacionar às características subjetivas, também é um tipo de vulnerabilidade que se entende ser aplicável ao usuário.

---

<sup>139</sup> BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes: XIV - utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos;

<sup>140</sup> BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Art. 6º São direitos básicos do usuário: VI - obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet, especialmente sobre: e) valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços, contendo informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestados.

<sup>141</sup> Como exemplo, poder-se-ia mencionar que Miragem (2020) diz que a vulnerabilidade técnica do consumidor seria uma causa ensejadora da inversão do ônus da prova. No entanto, Tartuce e Neves (2020) mencionam que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo é hipossuficiente. Somente para os hipossuficientes que haveria inversão do ônus da prova. Tartuce e Neves (2020), porém, fazem uma classificação de hipossuficiência que também a aproxima do conceito de vulnerabilidade aqui debatido, falando em hipossuficiência técnica e fática, por exemplo.

Por fim, a quarta categoria pontuada é a vulnerabilidade informacional. Para Miragem (2020), esta seria a dificuldade que o consumidor, decorrente de condições fáticas destes indivíduos, tem para obter informações relevantes referentes à contratação ou seu objeto (serviço ou produto). No caso dos usuários, esta vulnerabilidade poderia se manifestar em dificuldade que estes possuem para obter informações sobre a prestação dos serviços. O ordenamento jurídico brasileiro entende que o usuário é vulnerável neste aspecto na medida em que garante, na Lei dos Usuários, que estes têm o direito de obter informações relativas ao serviço público que usufrui (como se verifica, por exemplo, no art. 6º, VI, da Lei nº 13.460/2017 e também da exigência dos órgãos públicos divulgarem Carta de Serviços ao Usuário, art. 7º, documento a ser divulgado por cada órgão da Administração e que deverá trazer informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços ali prestados).

O que vale pontuar é que Miragem (2020) argumenta que as novas tecnologias digitais têm alterado a assimetria informacional. E, permite-se dizer, em certas situações, até mesmo a vulnerabilidade técnica, na medida em que os meios digitais ainda possibilitam acesso às muitas fontes confiáveis de informação. Todavia, ainda que as plataformas digitais facilitem o acesso a mais informações, elas também geram uma nova dimensão para a vulnerabilidade informacional, a chamada vulnerabilidade digital (MIRAGEM, 2020)<sup>142</sup>. Esta, por sua vez, representa uma ausência de familiaridade com o ambiente digital<sup>143</sup>. Neste sentido, entende-se esse conceito, à luz do que foi exposto no início desta dissertação, também se manifesta na propagação desenfreada de notícias falsas<sup>144</sup>, que constantemente condenam a sociedade civil ao recebimento de informações imprecisas.

Estes apontamentos sobre o conceito de vulnerabilidade e as várias facetas que ele pode assumir, tanto para usuários quanto para consumidores levam algumas conclusões preliminares. A primeira delas é que ao se analisar a fundo o conceito de vulnerabilidade é possível enxergar paralelos para sua aplicação a usuários de serviços públicos, apesar dele ter surgido para

---

<sup>142</sup> “não se resume à falta ou à pouca qualidade da informação prestada, mas a **ausência de habilidade ou familiaridade com o ambiente digital, o que repercute tanto na interpretação das manifestações nele emitidas ou recebidas, quanto na própria capacidade de resposta adequada a seus interesses nas relações jurídicas que resultem daí**” (p. 249).

<sup>143</sup> A vulnerabilidade informacional se comprova empiricamente. Novamente, valendo-se de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), que analisou os dados de acesso à internet no quarto trimestre de 2021, foi verificado que, em 2021, 42% dos brasileiros que não acessaram a *internet* disseram que não o fizeram por não saber utilizar a rede. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=34949&t=resultados>. Acesso em: 12 dez 2022.

<sup>144</sup> Segundo a Câmara dos Deputados, há mais de 50 propostas de lei que buscam combater, limitar disseminação ou mesmo criminalizar notícias falsas (*fake news*). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-dos-deputados>. Acesso em: 11 out. 2022.

qualificar a relações de consumo entre particulares. A segunda é que esta vulnerabilidade é ainda mais evidente quando estudada a participação popular durante o processo de emissão de atos normativos pelas agências. Isto pois, estas agências, em cumprimento ao princípio da eficiência, têm sua função orientada essencialmente por critérios científicos, critérios estes desconhecidos pela sociedade civil. Mais ainda, no estágio atual de ataques ao regime democrático brasileiro e também de disseminação desenfreadas de notícias falsas nos meios digitais, não é cabível a romantização da participação popular pela sociedade civil nas agências reguladoras. Em outras palavras, o que pretende se apontar é que nem toda a contribuição recebida por consumidores ou usuários às agências pode ter aplicação válida, em razão deste serem, na maioria das vezes, vulneráveis nas acepções acima mencionadas.

Um exemplo que pode ser mencionado para elucidar essa conclusão preliminar é o caso da fosfoetanolamina, que ficou popularmente conhecida como pílula do câncer. Em suma, foi apresentado por um grupo de deputados federais, ante as pressões populares da época, o projeto de lei nº 4.639, de 2016, depois aprovado em Lei (Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016) que permitia a produção, distribuição e prescrição da fosfoetanolamina sintética, independentemente de registro sanitário emitido pela ANVISA. A consulta pública deste projeto de Lei foi uma das mais votadas à época e 98% dos participantes<sup>145</sup> (que votaram por meio do Portal e-Cidadania) eram favoráveis a liberação do fármaco, sem aprovação da ANVISA. A ANVISA<sup>146</sup>, à época, chegou a esclarecer em nota técnica que não concedeu qualquer registro para medicamentos com o princípio ativo fosfoetanolamina. A agência também informou em nota que sequer tinha recebido registro de pedido para que fosse realizado este registro. A Lei, então, foi debatida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501<sup>147</sup> e os ministros do Supremo Federal suspenderam sua eficácia, afirmando pela inconstitucionalidade de ato normativo mediante o qual se autorizasse fornecimento de substância, sem registro no órgão competente (no caso, a ANVISA) considerados o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde.

---

<sup>145</sup> Segundo Raianne Liberal Coutinho, em interessante artigo sobre o tema: “A consulta pública do PLC 3/2016 teve 7.517 participantes. Esse número por si só impressiona, considerando que, das 258 matérias legislativas apreciadas no Senado Federal em 2016, apenas 17 (6%) tiveram mais de mil participantes – 58% tiveram menos de 10 participantes, incluídas as 61 matérias que não tiveram nenhuma manifestação, contrária ou a favor. O PLC 3/2016 foi a quarta matéria apreciada no ano com mais quantidade de votos.” COUTINHO, 2018, p.12.

<sup>146</sup> Nota Técnica nº 56/2015 – Esclarecimentos sobre a fosfoetanolamina. ANVISA. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/setorregulado/regularizacao/medicamentos/notas-tecnicas/medicamentos/nota-tecnica-56-2015-sumed-esclarecimentos-sobre-a-fosfoetanolamina.pdf/view>. Acesso em: 11 out. 2022.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5.501**. Requerente: Associação Médica Brasileira – AMB. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em 26/10/2020. Publicação em 01/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754525738>.

Este caso atesta que o interesse da sociedade civil pode não possuir qualquer embasamento técnico-científico e isto justifica o caráter não vinculante de mecanismos de participação, principalmente aqueles que ocorrem durante a emissão de atos normativos pelas agências reguladoras.

Como mencionado anteriormente, em um regime democrático, faz-se necessária a existência de organismos administrativos que tenham em seu núcleo essencial competências que se afastem das funções governativas e legiferantes, de forma que estes se encontrem imunes às periódicas alterações de governo. Isto ocorre para que estes organismos assegurem o constante cumprimento aos princípios constitucionais, por meio do exercício de funções essencialmente técnicas. A teoria que amarra todas estas ideias é a chamada teoria dos poderes neutrais. A referida teoria ajuda no esclarecimento de que o suposto déficit democrático (interno estrutural) das agências não se verifica no simples fato de que seus dirigentes não são eleitos por sufrágio universal, noção ultrapassada que se apoia nos antigos ideais da Revolução Francesa.

Alexandre Aragão (2013a) observa que a teoria dos poderes neutrais é de importância às agências reguladoras. Estas, à luz desta teoria, são vistas como órgãos neutrais na medida em que tem atuação autônoma e essencialmente técnica, de forma que são de eliminar eventuais perplexidades provocadas por outros órgãos de um Estado democrático. Órgãos estes cujos dirigentes sejam democraticamente eleitos. Os poderes neutrais do Estado não se limitam às agências reguladoras independentes, abarcando também os tribunais de contas e até mesmo cortes constitucionais.

A adoção de mecanismos de participação social nestes órgãos de poder neutral, portanto, serve muito mais para ampliar a comunicação entre a sociedade e a burocracia. Apesar de as agências reguladoras independentes oferecerem ao Estado um centro de decisões autônomo e independente do Estado pluralista de partidos, as suas funções, assim como dos demais poderes neutrais, não estão isentas de matiz político. No entanto, por predominar a tecnicidade no exercício das suas funções, suas decisões não devem ser referendadas pela opinião pública como é feito em outros órgãos estatais cujos representantes sejam democraticamente eleitos.

As considerações realizadas neste tópico, todavia, não pretendem assumir que a sociedade civil é incapaz de realizar contribuições técnicas. Ao contrário disso. Muitos cidadãos podem não ser vulneráveis nos sentidos destacados acima e serem capazes de realizar contribuições, inclusive individualmente, de valor técnico às agências reguladoras federais. Entretanto, se considerado que, usualmente, a sociedade civil, ainda mais quando individualmente considerada, esbarra em alguma forma de vulnerabilidade, uma solução

jurídica que se verifica para que a participação social seja mais efetiva e que as contribuições recebidas pelas agências da sociedade civil possam assumir caráter mais técnico científico, é a sua representação por organizações sociais, como mencionado anteriormente, ou o incentivo a articulação pública.

Sendo um princípio organizativo, a participação social pode ser legislada tanto pela União, como Estados, Distrito Federal ou Municípios. Tradicionalmente reconhece-se que os municípios, dentre todos os entes federativos, são aqueles que possuem maior interface com os cidadãos. Isto gera, novamente, uma dificuldade na efetivação da participação em instâncias federais como as agências reguladoras. Este seria mais um argumento que reforça a importância tanto da representação da sociedade civil nestas instâncias como o incentivo à articulação entre os órgãos estatais.

Sobre este assunto, vale comentar que a Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848/2019 tem como origem o Projeto de Lei do Senado Federal nº 52/2013. O Projeto de Lei do Senado Federal apontava em sua motivação a necessidade de os colegiados decisórios das agências serem compostos, “adicionalmente e sem direito a voto”, por representantes do Ministério Público Federal, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec). A proposta inicial de redação à Lei das Agências continha, então, a seguinte previsão:

Art. 3º O processo de decisão das Agências Reguladoras, atinente à regulação setorial, terá caráter colegiado.

(...)

§2º Do colegiado de cada agência reguladora terão assento, com direito a voz, mas sem direito a voto, com mandato de 2 (dois) anos, sem direito à recondução:

I- um membro do Ministério Público Federal, designado pelo Procurador-Geral da República;

II- um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, designado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

III- um representante dos Procons, designado em conjunto pelos dirigentes de cada Procon; e

IV- um representante das entidades privadas de defesa e proteção ao consumidor, designado pelo IDEC.

Apona o relator, Senador Eunício Oliveira, que tal solução é adotada desde 1994 pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, em relação ao Ministério Público Federal. Neste último caso, o representante do MPF tem assento e emite pareceres nas decisões

do Conselho<sup>148</sup>. Segundo o Senador relator, o assento reservado ao MPF no CADE trouxe inegável ganho para a eficiência do Conselho e também para o interesse público<sup>149</sup>. A sugestão inicial, portanto, foi de ampliar ainda mais esta determinação, incluindo um representante da OAB, do IDEC e do PROCON em uma espécie de conselho consultivo que seria implementado em todas as agências reguladoras federais. Estes representantes poderiam emitir pareceres em processos administrativos que regulassem os direitos dos cidadãos e também nos casos de imposição de sanções administrativas por infrações. Poderiam, até mesmo, emitir pareceres nos quais analisam em quais situações concretas poderiam se verificar “interesse geral” ou “matéria relevante” para os consumidores<sup>150</sup> e usuários, dada a dificuldade de definição destes cenários, mencionada no capítulo anterior. A intenção do relator com o dispositivo era, portanto, conferir maior transparência e tornar o desempenho das agências mais eficiente.

Em parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), a proposta do relator quanto ao dispositivo acima sugerido não foi acolhida. Em resumo, a Comissão se limitou a fundamentar que

A proposição, embora voltada a ampliar a participação no processo decisório, prejudica a lógica da organização administrativa das Agências. Os processos de consulta pública, audiência pública e reuniões abertas já serão suficientes para assegurar a transparência do processo decisório, além da existência de outras instâncias de participação e consulta, como os conselhos consultivos e comitês.

O fenômeno da captura, no entanto, refuta o apontamento da comissão. Se as audiências e consultas públicas fossem suficientes para assegurar a transparência no processo decisórios das agências, não sealaria em uma aproximação exacerbada entre o mercado regulado e o regulador o que, infelizmente, não é realidade verificada nas agências reguladoras brasileiras. Isto sem mencionar que os conselhos consultivos e comitês não são práticas implementadas em todas as agências reguladoras federais, conforme se nota do Anexo I.

---

<sup>148</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

<sup>149</sup> Um contraponto que pode ser apontado à visão do Senador é que as agências, ao contrário do Cade, exercem função reguladora. Portanto, são autarquias especiais que, por determinação legal, podem emitir atos normativos. O Cade, por outro lado, apenas julga tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

<sup>150</sup> Neste sentido, vale mencionar Súmula do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 601** O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público.

Além disso, o Parecer da CCJ fala que a atuação do Ministério Público poderia afetar a organização administrativa da agência. A autonomia das agências é um atributo direcionado especialmente em relação ao Poder Executivo o que não exige as agências de outras formas de controle. Além disso, a autonomia resguarda, como já pontuado, a atuação técnica das agências. Entende-se, portanto, que o atributo da autonomia não pode ser um pretexto para que a autarquia se blinde de buscar formas que visem a participação social das partes mais vulneráveis que são afetadas pela regulação. A autonomia, inclusive, não foi uma barreira para a Lei das Agências prescrever a interferência do Ministério da Economia<sup>151</sup>, que pode estar muito mais distante dos propósitos da regulação setorial do que órgãos de defesa do consumidor, em algumas situações<sup>152</sup>.

Entende-se, portanto, que a institucionalização da participação social pode contribuir não só para a realização de contribuições com maior embasamento técnico, na medida em que estas podem ser com mais facilidade assessoradas por técnicos ou peritos<sup>153</sup>. A institucionalização poderia também contribuir para a redução da participação social cosmética. Neste seguimento, inclusive, Fernando Herren Aguillar (1999, p. 293) defende que o controle social só é realizado “em condições aceitáveis à medida que se desenvolvam mecanismos de representação técnica dos interesses dos usuários, junto àqueles que decidem a regulação dos serviços públicos”. A Lei das Agências acena em diversos momentos à articulação, seja entre agências, com o Cade e até mesmo com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, como já mencionado anteriormente.

De todo o exposto neste tópico e, finalmente, caminhando-se para as conclusões desta dissertação, entende-se que a sociedade civil é passível de realizar contribuições técnicas. No

---

<sup>151</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848/2019** Art. 9º § 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

<sup>152</sup> Neste sentido, Carolina Zancaner Zockun e Gabriel a Zancaner Bandeira de Mello (2021, p. 97) comentam que “inexiste razão plausível para atribuir tala agigantamento ao Ministério da Economia que pouco ou nada poderia contribuir quanto a aspectos de natureza técnica para a tomada de decisões. Melhor teria sido envolver na decisão o Ministério relacionado à agência reguladora que realizou a consulta pública.”

<sup>153</sup> Especialmente, quanto ao Ministério Público Federal é possível defender que na 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (sem prejuízo de mencionar outros órgãos de apoio técnico do MPF) cujo objeto é Consumidor e Ordem Econômica, em seu Regimento interno, no art. 26 tem a possibilidade de constituição de grupos de trabalho. Do site do Ministério Público Federal, notou-se que a Câmara já possui grupos de trabalho constituídos que se relacionam às atividades reguladas pelas agências reguladoras federais (Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/ccr3/grupos-de-trabalho>. Acesso em 24 out. 2022). No entanto, não há muita clareza sobre quais as atividades que estes grupos de trabalho têm realizado. Há de se mencionar, no entanto, que no regimento interno da Câmara, há a possibilidade de ser autorizada a criação de um grupo de ação estratégica “para desempenhar tarefas específicas com auxílio de equipe técnica”. Vide art. 27 da Resolução nº 145, de 5 de agosto de 2013: Art. 27 Nas atribuições de coordenação e de integração do exercício funcional, a Câmara, por meio do seu Colegiado, poderá autorizar a criação de Grupo de Ação Estratégica (GAE) para desempenhar temporariamente tarefas específicas com auxílio de equipe técnica.

entanto, em razão de a sociedade usualmente ser vulnerável, cabe às agências, em linha com o que foi defendido neste tópico, buscar convidar instituições, como organizações sociais, associações ou até mesmo o Ministério Público Federal à manifestação previamente a adoção de decisões que possam afetar direitos dos usuários ou consumidores ou impor a estes novos deveres e obrigações. Isto pois estas instituições podem contribuir para uma participação social mais efetiva no caso de conteúdos excessivamente técnicos já que não são vulneráveis nas acepções acima mencionadas e, portanto, podem se valer com mais facilidade de informações relativas à prestação do serviço público ou atividade econômica que está sendo regulada pelas agências.

O estudo do IBRAC (ALENCAR; BOTELHO, 2022) concluiu que o ponto de mais frágil de desempenho das onze agências analisadas foi quanto ao atendimento das disposições relacionadas ao Capítulo I da Lei das Agências, sendo este o que trata quase que exclusivamente, como apontado anteriormente, do processo decisório destas autarquias e, principalmente, da adoção de mecanismos de participação social no processo regulatório. Portanto, o tópico a seguir se destina a elencar algumas soluções que esta dissertação propôs para garantir uma participação popular mais efetiva neste processo.

### **5.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA APRIMORAR A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Abaixo seguem sugestões de medidas que, conforme desenvolvidas ao longo desta dissertação, poderiam ser implementadas pelas agências para garantia da participação social mais efetiva durante seu processo decisório.

A principal sugestão que surgiu em vários momentos deste estudo foi a necessidade de as agências passarem a convidar entidades representativas, principalmente da sociedade civil, para manifestação antes da tomada de decisão. Esta sugestão decorre não somente de um paralelo com a noção processual de paridade de armas, mas também de um exercício que se verifica na atividade regulatória das agências norte-americanas, como pontuado quando estudado o Administrative Procedure Act. Da mesma forma, consta na Lei de Procedimento Administrativo português o chamado “princípio da participação”<sup>154</sup> por meio do qual os órgãos

---

<sup>154</sup> PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015. Código do Procedimento Administrativo**. Art. 12º Princípio da participação: Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das

da Administração Pública são obrigados a assegurar a participação de particulares ou de associações que defendam seus interesses na formação de decisões que lhes digam respeito.

Todavia, a medida de aperfeiçoar mecanismos de participação social com o convite de representantes a audiências e consultas públicas em nada resulta se não aliada ao cumprimento de dever de motivação das agências em relação às contribuições recebidas. A resposta às contribuições e a devida motivação das decisões das agências que dão não só um caráter pedagógico a mecanismos de participação popular. Mais ainda, a motivação também serve aos agentes econômicos para que estes possam ter maior compreensão do motivo pelo qual certas decisões regulatórias foram tomadas. Esta é uma obrigação já positivada pela Lei das Agências no art. 9º, §5º e merece cumprimento. Devendo ser observado também o prazo razoável da divulgação do posicionamento das agências, sob pena de se configurar, novamente, uma participação cosmética.

O dever de motivação das agências se associa também a outro princípio que foi extensamente discutido nesta dissertação que é o devido processo administrativo. Entende-se que todo o processo decisório das agências reguladoras, realizadas as ressalvas pontuadas no Capítulo 3 (principalmente, atos meramente organizativos ou medidas urgentes), deve ser bem instruído e motivado de forma que, principalmente a edição de atos normativos pelas agências abandone os obsoletos traços paternalistas do Estado brasileiro. Considerando-se a atividade regulatória uma composição de interesses, as agências devem observar todos os procedimentos impostos pela Lei nº 13.848/2019: realizar análise de impacto regulatório, instituto este que já apresenta uma nuance de observância aos interesses não só da sociedade civil, mas também de outros agentes regulados já que, após a definição do problema regulatório, busca-se entender quais são os impactos que determinado ato normativo pode gerar (isto sem falar que o Decreto de AIR, como comentado, também prevê fase de consulta pública); realizar consulta pública sempre que os atos normativos gerarem novas obrigações ou afetarem direitos dos regulados; realizar também audiências públicas, buscando maior adesão dos afetados pela regulação e buscando, por meio da oralidade assegurada no instituto, equilibrar tanto um papel educativo, informando aos presentes sobre o propósito e efeitos da regulação, mas também proporcionando um ambiente para o recebimento de contribuições, sugestões e críticas; disponibilizar todos os documentos que embasaram cada uma destas etapas, sendo estes sempre acompanhados de posicionamento das agências relativos a cada uma delas.

---

associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respetiva audiência nos termos do presente Código. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322-115726621>. Acesso em: 01 nov. 2022.

O cumprimento ao devido processo decisório se impõe já que, na atualidade, o processo administrativo é ainda a principal forma de relacionamento entre o cidadão e o Estado. Todavia, e, inclusive, a Lei das Agências abre um salvo-conduto neste sentido, as agências podem e devem buscar criar novos meios de aperfeiçoar este relacionamento com os regulados, inclusive, valendo-se das novas tecnologias digitais para tanto. Algumas agências já possuem perfis em redes sociais, o que aproxima a sociedade civil de suas atividades. Além disso, é importante haver um esforço das agências em centralizar as informações referentes à adoção de mecanismos de participação popular, unificando informações sobre estes mecanismos, por exemplo, por meio da Plataforma Participe Mais Brasil. Medidas centralizadoras ajudam a dar maior credibilidade às informações transmitidas pelas agências, reduzindo eventuais vulnerabilidades da sociedade civil. Isto sem falar que as agências também devem buscar outras formas de se associar com entidades representativas da sociedade civil para além do convite à manifestação destas. Uma sugestão seria, para as agências que ainda não possuem, a criação de conselhos consultivos, por exemplo, com membros representativos dos setores atingidos pela regulação das agências para que estes possam emitir pareceres que definam os interesses gerais dos consumidores, usuários e agentes econômicos e matérias que possam ser a eles considerada relevantes.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de as agências reguladoras federais emitirem atos normativos decorre do fim a que estas autarquias se destinam no ordenamento jurídico brasileiro: a busca pela eficiência na atuação estatal. Para tanto, apesar dos iniciais estranhamentos que o regime jurídico brasileiro teve com as características destas autarquias, sendo muitos destes atributos herdados da concepção norte-americana de agências reguladoras, elas aqui se constituíram como instituições típicas da teoria do poder neutral do Estado. Isto pois, as agências pretendem atuar pautadas principalmente em decisões técnicas, decorrente de estudos científicos que, também com a análise de impacto regulatório, avaliem o eventual impacto que uma decisão da agência pode realizar tanto ao mercado regulado quanto a sociedade civil como um todo (ou ao menos a parte dela que se submete à regulação da agência).

A atuação das agências, todavia, deve estar em constante equilíbrio com as previsões constitucionais brasileiras. A análise detida da Constituição permite averiguar que a participação social ou participação popular, por meio da qual o administrado pode opinar diretamente sobre uma decisão da Administração Pública brasileira, é um princípio implícito organizativo. Desta forma, ele rege toda a atuação do Estado brasileiro, não somente no que se refere à função administrativa, mas também nas funções legislativas e judiciais. São considerados mecanismos de participação popular tanto a composição de conselhos e comitês, mas também na realização de audiências e consultas públicas e até mesmo nas ouvidorias. No caso das agências reguladoras, criadas a partir dos anos 90, novamente como herança estadunidense, buscou-se prever em suas leis de criação a realização de consultas e audiências públicas prévias a edição de atos normativos pela agência, tendência que se solidificou com a promulgação da Lei das Agências Reguladoras. Entende-se, portanto, que a adoção de mecanismos de participação popular nos processos regulatórios das agências reguladoras não decorre da necessidade de suprimir um suposto déficit democrático que estas instituições teriam em sua organização, mas, na verdade, em aproximar o Estado de seus administrados, propondo uma atuação mais colaborativa e menos impositiva.

Os mecanismos de participação nas agências, todavia, têm se mostrado insuficientes para garantir uma efetiva participação social nas agências reguladoras, configurando aqui o que se chama de participação cosmética. Nesta, apenas formalmente é assegurada a participação, no entanto, na prática, as poucas contribuições recebidas em sua maioria são sequer

respondidas. Na Lei das Agências, a adesão da sociedade civil nos mecanismos de participação social foi representada por consumidores e usuários públicos. Até então, nenhuma lei no ordenamento jurídico tinha diferenciado a participação social realizada pelos agentes econômicos (ou mercado regulado) e os demais cidadãos que eventualmente pudessem ter direitos afetados por normas emitidas em processo regulatório das agências. Entende-se que, principalmente, no âmbito das agências reguladoras esta diferenciação se faz necessária na medida em que há muito os administrativistas e economistas têm estudado o fenômeno da captura, por meio do qual nota-se uma aproximação exacerbada entre o regulador e os agentes econômicos, normalmente representados por grandes empresas que atuam no mercado do serviço público regulado pela agência reguladora.

Feita esta diferenciação, o presente estudo buscou primeiro traçar quais nuances do direito administrativo contemporâneo estão presentes na Lei das Agências reguladoras que contribuem para a aproximação entre a sociedade civil e as agências reguladoras. Nota-se a adoção, inclusive na prática, de diversos instrumentos de *accountability* ou de transparência, que servem como uma forma de prestação de contas à sociedade das atividades realizadas pelas agências. Dentre estes, podem-se citar a publicidade das reuniões de diretoria, disponibilizadas em sítio eletrônico, a realização de análise de impacto regulatório, com a publicação de todos os estudos a ela relacionados, os quais são submetidos a consulta pública, bem como a realização de audiências (manifestações orais) e consultas públicas (manifestações escritas) antes da edição de atos normativos. Interessante notar que essas medidas de transparência foram em sua maioria prescritas por meio de um modal deôntico que lhes impõe obrigatoriedade. Logo, não caberia ao regulador a discricionariedade de dispensá-las sem a devida motivação. Apesar de a Lei não prever penalidades para tanto, por se considerar que os atos normativos das agências são passíveis de controle judicial, entende-se a possibilidade de alegação de uma nulidade do ato em razão da falta de adoção, desmotivada, de algum deles. Buscou-se, inclusive, apresentar algumas situações dentre as quais seria possível esta dispensa motivada. Estas, essencialmente, se resumem a edição de atos meramente relacionados à organização da autarquia; a situações de urgência ou calamidade pública; a edição de atos que previsses obrigações já estabelecidas em lei; e, finalmente, a atos que simplificassem procedimentos, reduzindo obrigações ou eventuais burocracias a serem formalizadas entre o regulado e a autarquia.

Em seguida, volta-se novamente a diferenciação entre os interesses da sociedade civil, na Lei das Agências Reguladoras, representados pelos consumidores e usuários de serviços públicos e os agentes econômicos. Procurou-se uma definição tanto na Lei dos Usuários como

no Código de Defesa do Consumidor do que a Lei das Agências definiu ser os interesses gerais dos consumidores e usuários de serviços públicos já que seriam no caso de verificação de ofensa a estes que deveriam se realizar consultas públicas antes da edição de atos normativos. Em suma, concluiu-se que os interesses de consumidores e usuários que poderiam ser afetados seriam aqueles que lhes impusessem novas obrigações e, ainda, que pudessem afetar sua segurança ou sua saúde.

Considerando, no entanto, a usual vulnerabilidade a que tanto os consumidores quanto os usuários estão submetidos, ainda mais à luz da tendência recente de divulgação virtual de notícias falsas e de descredibilização contínua de fontes de informação confiáveis (fatos que decorrem dos recentes ataques democráticos que o Brasil vêm manifestando desde 2013), abre-se a questão se a sociedade civil poderia realizar uma contribuição técnica às agências reguladoras. Contribuição esta que, ao mesmo tempo que defendesse seus interesses, pudesse trazer dados científicos que pudessem ser considerados para escolha regulatória pela agência. Entende-se que esta contribuição social científica é sim possível, no entanto, ela é mais provável se realizada por meio da representação, seja por meio de organizações sociais, associações ou até mesmo com o estímulo a interação com outros órgãos públicos. Isto porque estes últimos têm maior chance de se valerem de auxílio de um perito ou auxílio técnico do que se imagina ter um cidadão individualmente considerado. Apesar de os mecanismos de participação popular terem surgido como uma forma alternativa aos tradicionais mecanismos de participação democrática representativa (sendo o principal deles, o voto), não se exclui da participação social a representatividade. E, mais ainda, como pontuado, ela pode ser muito útil no caso das agências reguladoras para transmitir os interesses da sociedade civil por um viés mais técnico. Sem falar que pode ser bastante interessante para a concretização de uma das soluções pontuadas na dissertação que é, como decorrência ao devido processo administrativo e a noção de paridade de armas, o convite das agências a estas organizações para manifestação em casos de processos onde pode se verificar uma ofensa aos interesses gerais ou matéria relevante aos consumidores ou usuários.

De tudo que foi apontado, acredita-se que a legitimidade das agências para emitir atos normativos está muito mais relacionada à formalização dos seus processos do que na participação social. A adoção de mecanismos de participação popular é um dos meios pelo qual o direito assegura que aqueles afetados pela regulação possam se manifestar durante a produção de atos normativos<sup>155</sup>. Entende-se que a legitimação do poder normativo das agências pelo

---

<sup>155</sup> “Assim, verificada a legitimidade para realização da denominada regulação administrativa, há que se debruçar sobre o modo por meio do qual o direito impõe a sua produção, como, por exemplo: (i) a realização de

procedimento é, inclusive, uma herança estadunidense, sendo os mecanismos de participação social uma fase importante deste procedimento que, em linha com o princípio republicano, fazem com que as agências, que tem estrutura organizacional alheia a interferências da população, passem a ter meios de comunicação com a sociedade civil e o mercado regulado para ter conhecimento dos valores e princípios que estes últimos defendem. A participação popular é, portanto, uma forma de aproximação entre a sociedade e a atividade técnica das agências reguladoras federais. Vê-se na adoção destes mecanismos uma forma de convite à sociedade para o entendimento da atividade regulatória. Todavia, impõe-se fugir da falsa noção de que toda a participação é pretensamente positiva, ainda mais no cenário atual onde há cada vez uma maior parte da sociedade questionando infundadamente métodos científicos, os quais são o pilar das decisões regulatórias.

Deve-se buscar por um constante equilíbrio entre fazer predominar a racionalidade técnica com que se dão as decisões das agências reguladoras sem, no entanto, ignorar o envolvimento da sociedade na Administração Pública, imposição constitucional do Estado democrático de Direito. Apesar de toda a discussão ter seu fundamento jurídico, ainda é possível notar a persistência do problema da captura e da insistente participação cosmética, com ausência de manifestação das agências a respeito das contribuições recebidas, o que macula um dos fins perseguidos pelas que é a aproximação entre a burocracia e a sociedade.

O direito tem implementado diversas soluções jurídicas, o que se pretendeu também fazer nesta dissertação, para tentar conter estes fenômenos. Todavia, a recente promulgação da Lei das Agências, que demanda um período de adaptação das autarquias, ainda mais em meio à pandemia de Covid-19 e a ainda necessidade de maturação de mecanismos de participação popular (que se dificulta com os recentes e constantes ataques ao regime democrático brasileiro), demonstram que ainda há um longo caminho a ser trilhado.

---

procedimento de análise de impacto regulatório, (ii) a efetiva participação dos agentes regulados e atingidos pela regulação, (iii) a regulação isonômica e simétrica entre prestadores e usuários, dentre outros, o que foi recentemente disciplinado pela Lei das agências reguladoras federais (Lei federal 13.848) e pela denominada Lei da Liberdade Econômica (Lei federal 13.874). Temas a serem examinados em outro momento” (ZOCKUN; ZANCANER ZOCKUN, 2022, p. 19-20).

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito global**. Max Limonad. 1999. p. 276-277.

ALENCAR, Letícia Lins de; BOTELHO, Ricardo. **Observatório da regulação: uma análise empírica do passado e presente das agências reguladoras à luz da Lei Federal nº13.848/2019**. São Paulo: IBRAC. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações Iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras. **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 1, n. 01, 2020. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/209/157>. Acesso em: 21 jul. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 978-85-309-4557-2. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4557-2/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642298/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4.478**. Requerente: ABRAFIX – Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado. Relator: Ministro Ayres Britto, Relator do Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/2011. Publicação em 30/11/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1595323>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5.501**. Requerente: Associação Médica Brasileira – AMB. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em 26/10/2020. Publicação em 01/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754525738>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5.608**. Requerente: Associação Nacional das Operadoras de Celulares – ACEL. Relator: Ministro Celso De Mello. Julgado em 05/10/2020. Publicação em 19/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754130365> Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.066**. Requerente: Associação Nacional das Operadoras de Celulares – ACEL. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgado em 04/05/2020. Publicação em 21/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753286989>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Mandado de Segurança nº 27.154**. Impetrante: Simone Vieira Ormonde e outros. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Julgado em 10/11/2010. Publicação em 08/02/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618728>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática em Mandado de Segurança, nº 26.750**. Impetrante: Gilberto Passos de Freitas e outros. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 11/11/2013. Publicação em 14/11/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho369477/false>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRITTO, Lucas Galvão de. Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); e BRITTO, Lucas Galvão de (org.). **Lógica e direito**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CARNEIRO, Leandro Alves. Dispensa de AIR para internalização de padrões internacionais. **JOTA**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/dispensa-de-air-para-internalizacao-de-padroes-internacionais-13082020>. Acesso em: 10 out. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Art. 37. In: MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 995. E-book. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2677-CONSTITUIO-FEDERAL-COMENTADA-Ed-Forense-2018.pdf>. Acesso em: 4 mai. 2022.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2019.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva. 2014.

COUTINHO, Raianne Liberal. **Participação e expertise técnica nas Agências Reguladoras: a regulação deve se submeter à vontade da maioria?** Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 4, n. 1, p. 1-20, maio 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação popular na administração pública**. Revista de Direito Administrativo, v. 191, p. 26–39, 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45639/47412>. Acesso em: 05 out 2022.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade**. **Revista dos Tribunais Online**. São Paulo, v. 35, Thomson Reuters, 2000.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Marjoeri Wanderley. Lei Federal nº 13.848/2019: a Lei Geral das Agências Reguladoras (artigos 1º ao 3º da Lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direitos dos usuários**. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/74/edicao-2/direitos-dos-usuarios>. Acesso em: 05 maio 2022.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 39, p. 132-144, 2002.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha. **Lei das Agências Reguladoras: avanços e limites dos seus mecanismos de participação decisória**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019#sdfootnote4sym>. Acesso em: 11 jul. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?** Em: ARAGÃO, Alexandre Santos De (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Gen, Editora Forense, 2011. p. 244.

LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. **Accountability in the Regulatory State**. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (ed.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. **Revista De Direito Administrativo**, v. 228, 13-30, 2002. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso em: 16 maio 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 20 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MARQUES, Claudia L. **Direito do Consumidor - 30 anos de CDC**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992156. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992156/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MODESTO, Paulo. **Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, abr. - jun. 2005. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 30 mai. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. Em: ARAGÃO, Alexandre Santos De (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. rev. e ampliada ed. Rio de Janeiro: Gen, Editora Forense, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?. In: Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. Malheiros Editores, São Paulo, 2014.

NOBRE, Marcos. **Limites da democracia: De junho de 2013 ao governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia. 2022.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. **A posição jurídica dos usuários e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2005. 389 f. Tese de Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. Editora Saraiva, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. 1. Ed.1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHEDLER, Andreas. **Conceptualizing Accountability**. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Mark F. (Eds.). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Colorado: Lynne Rienne. p. 13-28, 1999.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; LIMA, Maria Cristina. O Processo Decisório das Agências Reguladoras: Elementos de Instrução à Decisão Regulatória (Artigos 4º ao 6º da Lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 365.

STIGLER, George J. **The Theory of Economic Regulation**. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, 1971.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 9. ed. São Paulo: Método, 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Planejamento na função regulatória e deferência judicial (artigos 17 a 21 da Lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ZARONI, Bruno Marzullo. Julgamento colegiado e a transparência na deliberação do STF: aportes do direito comparado. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 57-82, 2105.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; BANDEIRA DE MELLO, Gabriela Zancaner. Consulta pública e audiência pública na Lei das Agências Reguladoras (arts. 9º ao 13 da Lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ZOCKUN, Maurício. A participação do administrado na Administração e o preenchimento de cargos nos Tribunais Administrativos. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ADRI, Renata Porto; ZOCKUN, Maurício (eds.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 261–270.

ZOCKUN, Maurício. A participação popular como forma de atendimento ao princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro. **Revista Internacional de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 134, 2015.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A regulação administrativa e o princípio da Legalidade. In: Maurício Zockun (Org.). **Aspectos gerais da lei de liberdade econômica**. Curitiba: Íthala, 2022.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **A relação de sujeição especial no direito brasileiro**. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 77, 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1141>. Acesso em: 18 nov. 2021.

**ANEXO I - Quadro resumo previsões nas leis de criação das agências reguladoras sobre realização de audiências e consultas públicas e comitês ou conselhos consultivos**

#	Agência	Lei de criação	Dispositivos
1	ANEEL	Lei nº 9.427/1996	Art. 4º § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, <b>quando possível</b> , por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.
2	ANATEL	Lei nº 9.472/1997	<p>Art. 33. O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência.</p> <p>Art. 34. O Conselho será integrado <b>por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade</b>, nos termos do regulamento.</p> <p>—</p> <p><del>Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca. — (Revogado pela Lei nº 13.848, de 2019)</del></p> <p>Art. 43. Na invalidação de atos e contratos, <b>será garantida previamente a manifestação dos interessados</b>.</p> <p>Art. 44. Qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias.</p> <p>—</p> <p>Art. 19 III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, <b>submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III</b>; Art. 18 I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;</p> <p>Art. 89 II - a minuta de instrumento convocatório (de concessão outorgada mediante licitação) <b>será submetida a consulta pública prévia</b></p> <p>Art. 195. O modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187, <b>após submetido a consulta pública</b>, será aprovado pelo Presidente da República, ficando a coordenação e o acompanhamento dos atos e procedimentos decorrentes a cargo de Comissão Especial de Supervisão, a ser instituída pelo Ministro de Estado das Comunicações.</p>
3	ANP	Lei nº 9.478/1997	<p>Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis <b>serão precedidas de audiência pública</b> convocada e dirigida pela ANP.</p> <p>Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.</p>
4	ANVISA	Lei nº 9.782/1999	Art. 9º Parágrafo único. A Agência contará, ainda, com um <b>Conselho Consultivo</b> , que deverá ter, no mínimo, representantes da União, dos

			<p>Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários, na forma do regulamento.</p> <p>Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada:</p> <p>III - editar normas sobre matérias de competência da Agência, que devem ser acompanhadas de justificativas técnicas e, <b>sempre que possível, de estudos de impacto econômico</b> e técnico no setor regulado e de impacto na saúde pública, dispensada essa exigência nos casos de grave risco à saúde pública;</p> <p>VI - julgar, em grau de recurso, as decisões da Agência, mediante provocação dos interessados;</p> <p>Art.16.Compete ao Diretor-Presidente:</p> <p>VI - encaminhar ao Conselho Consultivo os relatórios periódicos elaborados pela Diretoria Colegiada;</p>
5	ANA	Lei nº 9.984/2000	<p>§ 4º No processo de instituição das normas de referência, a ANA:</p> <p>I - avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios;</p> <p>II - <b>realizará consultas e audiências públicas</b>, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e</p> <p>III - <b>poderá constituir grupos ou comissões de trabalho</b> com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas.</p> <p>§ 5º A ANA disponibilizará, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico.</p> <p>§ 6º A ANA avaliará o impacto regulatório e o cumprimento das normas de referência de que trata o § 1º deste artigo pelos órgãos e pelas entidades responsáveis pela regulação e pela fiscalização dos serviços.</p>
6	ANS	Lei nº 9.961/2000	<p>Art. 4º Compete à ANS:</p> <p>VIII - deliberar sobre a criação de <b>câmaras técnicas, de caráter consultivo</b>, de forma a subsidiar suas decisões;</p> <p>XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;</p> <p>Art. 10. Compete à Diretoria Colegiada:</p> <p>VI - julgar, em grau de recurso, as decisões dos Diretores, mediante provocação dos interessados;</p> <p>Art. 13. <b>A Câmara de Saúde Suplementar será integrada:</b></p> <p>VI - por dois representantes de entidades a seguir indicadas:</p> <p>a) de defesa do consumidor; b) de associações de consumidores de planos privados de assistência à saúde;</p>
7	ANTAQ	Lei nº 10.233/2001	<p>Art. 11. O gerenciamento da infraestrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:</p> <p>III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;</p> <p>Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas cartelizadas que constituam infração da ordem econômica.</p>
8	ANTT	Lei nº 10.233/2001	

			<p>Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;</p> <p>Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte <b>serão precedidas de audiência pública.</b></p> <p>§ 3º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento.</p> <p>Art. 34-A § 1º As condições básicas do edital de licitação (de concessões da ANTT) <b>serão submetidas à prévia consulta pública.</b></p>
9	ANCINE	MP nº 2.228/2001	<p>Art. 3º Fica criado o <b>Conselho Superior do Cinema</b>, órgão colegiado integrante da estrutura da Casa Civil da Presidência da República, a que compete:</p> <p>Art. 4º O Conselho Superior do Cinema será integrado:</p> <p>II - por cinco representantes da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, que gozem de elevado conceito no seu campo de especialidade, a serem designados por decreto, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.</p> <p>§ 3º O Conselho deliberará mediante resoluções, por maioria simples de votos, presentes, no mínimo, cinco membros referidos no inciso I deste artigo, dentre eles o seu Presidente, que exercerá voto de qualidade no caso de empate, e três membros referidos no inciso II deste artigo.</p> <p>§ 5º <b>O Presidente do Conselho poderá convidar para participar das reuniões técnicos, personalidades e representantes de órgãos e entidades públicos e privados.</b></p> <p>Art. 9º Compete à Diretoria Colegiada da ANCINE:</p> <p>IV - cumprir e fazer cumprir as políticas e diretrizes aprovadas pelo Conselho Superior de Cinema;</p>
10	ANAC	Lei nº 11.182/2005	<p>Art. 20. O <b>Conselho Consultivo da ANAC</b>, órgão de participação institucional da comunidade de aviação civil na Agência, é órgão de assessoramento da diretoria, tendo sua organização, composição e funcionamento estabelecidos em regulamento.</p> <p>Art. 26. O processo decisório da ANAC obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade, assegurado o <b>direito ao contraditório e à ampla defesa.</b></p> <p>Art. 27. As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, <b>serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC.</b></p>
11	ANM	Lei nº 13.575/2017	<p>Art. 12. Os atos normativos da ANM que afetarem, de forma substancial e direta, direitos de agentes econômicos do setor de mineração <b>deverão ser acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem e ser submetidos a consulta ou a audiência pública.</b></p> <p>Art. 13. A ANM, por meio de resolução, disporá sobre os processos administrativos em seu âmbito de atuação, notadamente sobre:</p> <p>IV - hipóteses e critérios para <b>realização de consulta pública e audiência pública para os atos normativos da agência; e</b></p> <p>Art. 15. A adoção das propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos será, nos termos do regulamento, precedida da realização de <b>Análise de Impacto Regulatório (AIR)</b>, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.</p>

			<p>§ 2º A Diretoria Colegiada da ANM manifestar-se-á, em relação ao relatório de análise de impacto regulatório, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, e indicará se os impactos estimados recomendam a sua adoção e, quando for o caso, os complementos necessários.</p> <p>§ 3º A manifestação de que trata o § 2º deste artigo integrará, juntamente ao relatório de análise de impacto regulatório, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, quando a Diretoria Colegiada decidir pela continuidade do procedimento administrativo.</p>
--	--	--	---

## ANEXO II – Quadro resumo das previsões em resoluções das agências reguladoras federais sobre a realização de consultas e audiências públicas

#	Agência	Resolução normativa	Dispositivos: audiência pública é suplementar ou substitutiva da consulta?
1	ANEEL	Resolução Normativa ANEEL nº 273/2007, atualizada pela Resolução Normativa ANEEL nº 483/2012 <sup>156</sup> .	<p>Art. 15. Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei. § 1º O processo decisório referido no caput é aquele que implica efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, nos termos deste Capítulo.</p> <p>Art. 23. Consulta Pública é um instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão.</p> <p><b>Parágrafo único. Nos casos em que da Consulta Pública resulte proposta de emissão ou aperfeiçoamento de regulamentos a Diretoria Colegiada deliberará sobre a instauração de Audiência Pública</b></p> <p><b>Conclusão:</b> Parece ficar insinuado na resolução da ANEEL que a audiência é suplementar à consulta pública.</p>
2	ANATEL	Resolução interna ANATEL nº8/2021 <sup>157</sup> e Regimento interno da ANATEL <sup>158</sup>	<p>Art. 20. <b>A proposta de Consulta Pública de regulamentação, acompanhada de sugestão de realização de Audiência Pública, quando for o caso,</b> será submetida à apreciação do Conselho Diretor da Agência pela SPR em conjunto com as demais Superintendências, nas matérias de sua competência.</p> <p>Art. 64. Caberá ao Relator da proposta final de ato normativo encaminhar à apreciação do Conselho Diretor a proposta de instrumento deliberativo, bem como as críticas e sugestões derivadas da <b>Consulta Pública e, quando houver, da Audiência Pública,</b> com a análise da respectiva Superintendência, assim</p>

<sup>156</sup> Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012483.pdf>. Acesso em 29 nov. 2022.

<sup>157</sup> Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes-internas/1511-resolucao-interna-8>. Acesso em 29 nov. 2022.

<sup>158</sup> Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612#tituloIVcapII>. Acesso em 29 nov. 2022.

			<p>como aquelas formuladas pelos Comitês de que trata o art. 60 do Regulamento da Agência.</p> <p><b>Conclusão:</b> Em suma, a audiência pública é suplementar à consulta pública.</p>
3	ANP	Regimento interno da ANP, disciplinado na Portaria ANP nº 265/2020 <sup>159</sup>	<p>Art. 33. As ações regulatórias da ANP serão submetidas ao escrutínio público a fim de qualificar os aspectos relevantes das matérias colocadas em discussão pelos principais atores afetados.</p> <p><b>Parágrafo único. A utilização de um instrumento de participação social não exclui o uso de outros.</b></p> <p>Art. 34. As iniciativas, estudos e ações regulatórias que visem à edição de atos normativos que regulamentem matérias de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos bens e serviços da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis <b>serão necessariamente precedidas de consulta e audiência pública</b>, convocadas pela Diretoria Colegiada da ANP e organizadas pela unidade organizacional competente.</p> <p>Art. 35. Os objetivos básicos das consultas e audiências públicas são: I - recolher subsídios, informações e dados para a decisão ou o encaminhamento final do assunto; e II - propiciar aos agentes econômicos, usuários e consumidores, a possibilidade de oferecer comentários e sugestões sobre a matéria em discussão.</p> <p>Art. 36. A participação social no processo regulatório da ANP se dará por meio dos seguintes instrumentos:</p> <p>I - audiência pública: sessão realizada de forma presencial, semipresencial ou por meio de videoconferência, previamente à edição ou alteração de ato normativo que afete os direitos de agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis;</p> <p>II - consulta pública: <b>período anterior à audiência pública para recebimento de contribuições</b>, por escrito, acerca da edição ou alteração de ato normativo proposto pela ANP que afete os direitos de agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis;</p> <p><b>Conclusão:</b> no caso da ANP, parece que a audiência e consulta são cumulativas, sendo realizadas, em todos os casos determinados na portaria, primeiro a consulta e depois a audiência.</p>
4	ANVISA	Regimento interno da ANVISA, disciplinado na Resolução ANVISA nº 585/2021 <sup>160</sup>	<p>Art. 187</p> <p>IV - Audiência Pública (AP): mecanismo de participação social utilizado para apoiar a tomada de decisão, realizado em sessão pública presencial ou virtual, por meio do qual é facultada a manifestação oral ou escrita por quaisquer interessados em debater proposta de ato normativo, documentos ou matérias relevantes de interesse da Agência;</p> <p>III - Consulta Pública (CP): mecanismo de participação social utilizado para apoiar a tomada de decisão, por meio do qual a sociedade é consultada previamente sobre proposta de ato normativo, manifestando-se através do envio de críticas, sugestões e contribuições por escrito;</p> <p>§ 5º As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de atos normativos regulatórios que afetem direitos sociais do setor de saúde ou dos consumidores propostas pela Anvisa <b>poderão ser precedidas de audiências públicas</b>, observados os objetivos e disposições estabelecidos na Lei n.º 9.782, de 1999, que serão</p>

<sup>159</sup> Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/anp/portaria-anp-n-265-2020-estabelece-o-regimento-interno-da-agencia-nacional-do-petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis-anp?origin=instituicao&q=265>. Acesso em 29 nov. 2022.

<sup>160</sup> Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/legislacao#/visualizar/469880>. Acesso em 29 nov. 2022.

			<p>realizadas pela Diretoria Colegiada e regulamentadas por ato específico.</p> <p><b>Art. 197. A Consulta Pública poderá ser dispensada, mediante deliberação da Diretoria Colegiada, nas hipóteses de:</b></p> <p><b>I - urgência;</b></p> <p>ou II - circunstâncias em que a realização da Consulta Pública se mostre improdutiva, considerando a finalidade da participação social no processo decisório da Agência, bem como os princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade administrativas.</p> <p>§ 1º A hipótese de dispensa a que se refere o inciso I deste artigo não poderá decorrer de mora administrativa na regulamentação da matéria</p> <p><b>§ 2º Nas hipóteses previstas neste artigo, deverá ser elaborado Parecer da unidade organizacional responsável pela proposição da abertura do Processo Administrativo de Regulação, com a motivação técnica que fundamente a dispensa da Consulta Pública.</b></p> <p>§ 3º As hipóteses previstas neste artigo deverão ser deliberadas, em cada caso concreto, a partir da devida fundamentação a ser apresentada em relatório e voto do Diretor Supervisor da unidade organizacional responsável pela proposição da abertura do Processo Administrativo de Regulação.</p> <p>Art. 189. As minutas de instrumentos regulatórios normativos <b>devem ser objeto de Consulta Pública</b>, previamente à tomada de decisão pela Diretoria Colegiada.</p> <p>Parágrafo único. As minutas de instrumentos regulatórios não normativos que tratam de matéria considerada relevante pela Diretoria Colegiada, ou que envolvam o estabelecimento de acordos com os agentes regulados, <b>também podem ser objeto de Consulta Pública.</b></p> <p>Art. 198. A Diretoria Colegiada <b>poderá convocar Audiência Pública</b> para apoiar a tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.</p> <p><b>Conclusão:</b> O regimento interno da ANVISA não especifica se a audiência é suplementar ou substitutiva da consulta, apenas replicando as previsões da Lei das Agências. No entanto, pode-se interpretar que a audiência pública é suplementar já que o regimento não tem o mesmo cuidado de prever os casos de dispensa da audiência, como fez com a consulta.</p>
5	ANA	Ato normativo ANA nº 102/2021 <sup>161</sup>	<p>A participação social em relação às minutas e às propostas de alteração dos atos normativos que interessem amplamente os agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados <b>será realizada especificamente por meio de consulta pública</b> quando se referir à atuação regulatória dos usos dos recursos hídricos, prestação de serviços públicos de irrigação, se em regime de concessão, e adução de água bruta, além das ações relativas à segurança de barragens que estejam sob responsabilidade da ANA, bem como a elaboração dos atos normativos voltados à uniformização regulatória do setor de saneamento básico e segurança jurídica na prestação desses serviços. <b>Contudo, há outras formas de participação social que poderão ser propostas mediante justificativa para deliberação da Diretoria Colegiada.</b></p> <p>Além disso, <b>a realização de audiência pública poderá ser vinculada a uma consulta pública</b>, devendo seguir as seguintes regras: (...)</p>

161

			<p>Além das modalidades de consulta e audiência pública, as Unidades Organizacionais (UORGs) poderão propor à Diretoria Colegiada da ANA outros meios que propiciem a participação social dos interessados e permitam o recebimento de informações, críticas, sugestões e contribuições dos agentes interessados e do público em geral, mediante justificativa fundamentada.</p> <p><b>Conclusão:</b> a audiência pública (assim como outros meios de participação) é complementar, sendo preferível a realização de consulta pública.</p>
6	ANS	Resolução normativa ANS nº 548/2022 <sup>162</sup>	<p>Art. 2º</p> <p>VIII - Audiência Pública: instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante;</p> <p>IX - Consulta Pública: instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da ANS;</p> <p><b>Art. 21. A consulta pública poderá ser dispensada, mediante deliberação da Diretoria Colegiada, nas hipóteses de:</b></p> <p><b>I - casos excepcionais de urgência quando a manutenção da situação possa causar prejuízo;</b></p> <p>II - atos normativos de natureza estritamente jurídica, sem qualquer alternativa regulatória; ou</p> <p>III – casos de simples incorporação e organização formal de normas editadas pelo Governo Federal, desde que não haja qualquer alteração de conteúdo ou de mérito, nem qualquer alternativa regulatória</p> <p>Art. 26. Por deliberação da Diretoria Colegiada, o processo decisório da ANS em matérias relevantes para o setor <b>poderá ser precedido de realização de audiência pública</b> para ouvir e colher subsídios da sociedade civil e dos agentes regulados.</p> <p><b>Conclusão:</b> da mesma forma que na ANVISA, entende-se que a audiência pública é complementar à consulta, dado que a resolução normativa não prevê as hipóteses de dispensa de audiência como prevê de consulta.</p>
7	ANTAQ	Resolução ANTAQ nº 39/2021 <sup>163</sup>	<p>Art. 4º <b>Deverá ser aberto período de consulta pública sempre que realizada audiência pública.</b></p> <p><b>Conclusão:</b> a audiência pública é complementar, na medida em que não pode ser realizada sem que seja realizada consulta.</p>
8	ANTT	Resolução ANTT nº 5.624/2017 <sup>164</sup>	<p>Art. 2º Para fins desta Resolução, são utilizados os seguintes meios de Participação e Controle Social:</p> <p>a) Consulta Pública: meio que possibilita o encaminhamento de contribuições por escrito, em um período determinado; e</p> <p>b) Audiência Pública: meio que possibilita participação oral ou escrita em pelo menos uma sessão presencial <b>dentro de um período de encaminhamento de contribuições por escrito.</b></p>

<sup>162</sup>Disponível

<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDMwMQ==> em:

<sup>163</sup> Disponível em: <https://sophia.antaq.gov.br/Terminal/Busca/Download?codigoArquivo=35467>. Acesso em 29 nov. 2022.

<sup>164</sup>Disponível

[https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=0005624&seqAto=000&valorAno=2017&orgao=DG/ANTT/MTPA&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod\\_modulo=161&cod\\_menu=5408](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=0005624&seqAto=000&valorAno=2017&orgao=DG/ANTT/MTPA&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_modulo=161&cod_menu=5408). Acesso em 29 nov. 2022.

			<p><b>Art. 7º Não é obrigatória a realização de Consulta Pública ou Audiência Pública para os seguintes casos, dentre outros:</b></p> <p>I - proposta de alterações formais em normas vigentes;</p> <p>II - consolidação de normas vigentes;</p> <p>III - edição ou alteração de normas que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais;</p> <p>IV - edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANTT; e</p> <p><b>V - no caso de urgência.</b></p> <p>§ 1º A dispensa tratada no caput deverá ser motivada e aprovada pela Diretoria Colegiada.</p> <p>§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, a ANTT poderá, sempre que entender conveniente, decidir pela realização de Audiência Pública ou Consulta Pública.</p> <p><b>§ 3º Entende-se por urgência as matérias que demandem resposta, de modo imediato ou célere, em virtude da existência de risco iminente ou de grave dano à saúde, à segurança, ao meio ambiente, à economia ou à sociedade ou necessidade de pronta edição de ato normativo em função de prazo definido em instrumento legal superior</b></p> <p><b>Conclusão:</b> entende-se que a audiência é suplementar em razão de ela estar necessariamente inserida em um processo de recebimento de contribuições por escrito.</p>
9	ANCINE	Resolução de Diretoria Colegiada da ANCINE nº 123/2022 <sup>165</sup>	<p>Art. 5º A Consulta Pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, com abertura de oportunidade para o envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da ANCINE.</p> <p>§ 1º Serão objeto de Consulta Pública, previamente à tomada de decisão pela Diretoria Colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.</p> <p>Art. 9º A ANCINE, por deliberação da Diretoria Colegiada, poderá autorizar a convocação de Audiência Pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.</p> <p><b>§ 1º A Audiência Pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral</b> por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria considerada relevante.</p> <p>§ 2º Para os fins desta Resolução, <b>considera-se relevante a matéria relacionada a opções regulatórias, minutas e propostas de criação ou alteração de ato normativo que possam afetar os direitos de agentes econômicos, consumidores ou usuários de bens e serviços das atividades audiovisuais ou de quaisquer outros interessados, assim reconhecida pela Diretoria Colegiada.</b></p> <p><b>Conclusão:</b> apesar de a agência tentar definir o termo “matéria relevante”, a resolução apenas replica as disposições da Lei das Agências, o que deixa difícil concluir se a audiência é de fato suplementar.</p>
10	ANAC	Instrução normativa ANAC nº 154/2020 <sup>166</sup>	<p>Art. 29. Durante o período de envio das contribuições escritas da consulta setorial <b>poderá ser convocada sessão pública presencial</b> para coleta de manifestações orais dos interessados,</p>

<sup>165</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/resolucoes-diretoria-colegiada/resolucao-no-123>. Acesso em 29 nov. 2022.

<sup>166</sup> Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/instrucoes-normativas/2020/instrucao-normativa-no-154-20-03-202>. Acesso em 29 nov. 2022.

			<p>observado o disposto nos arts. 34 a 36 desta Instrução Normativa. Art. 34. Quando da aprovação da consulta pública, a Diretoria Colegiada <b>poderá determinar a convocação de audiência pública para coleta de manifestações orais dos interessados.</b></p> <p><b>Conclusão:</b> a audiência pública (assim como outros meios de participação oral, como a sessão pública presencial na consulta setorial) é complementar, sendo preferível a realização de consulta por escrito.</p>
11	ANM	Regimento interno da ANM, disciplinado pela Resolução ANM nº 43/2020 <sup>167</sup>	<p>Art. 92-B. A ANM utiliza os seguintes Processos de Participação e Controle Social:</p> <p>II - para apresentar proposta final de ação regulatória:</p> <p>a) Consulta Pública: meio que possibilita o encaminhamento de contribuições por escrito, em um período determinado;</p> <p>e b) Audiência Pública: meio que possibilita participação oral ou escrita em pelo menos uma sessão presencial <b>dentro de um período de encaminhamento de contribuições por escrito.</b></p> <p><b>Art. 92-C. Não é obrigatória a realização de Consulta Pública ou Audiência Pública para os seguintes casos, dentre outros:</b></p> <p>I - proposta de alterações formais em normas vigentes;</p> <p>II - revogação, revisão simples ou consolidação de normas vigentes;</p> <p>III - edição ou alteração de normas que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais;</p> <p>IV - edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANM;</p> <p>V - edição ou alteração de normas de desburocratização e simplificação administrativa que não criem obrigações ou afetem direitos;</p> <p><b>e V - urgência justificada.</b></p> <p>§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, a ANM poderá, sempre que entender conveniente, decidir pela realização de Audiência Pública ou Consulta Pública.</p> <p>§ 2º A não realização de Audiência Pública ou Consulta Pública para edição de ato normativo deverá ser fundamentada.</p> <p><b>§ 3º Entende-se por urgência as matérias que demandem resposta, de modo imediato ou célere, em virtude da existência de risco iminente ou de grave dano à saúde, à segurança, ao meio ambiente, à economia ou à sociedade ou necessidade de pronta edição de ato normativo em função de prazo definido em instrumento legal superior.</b></p> <p><b>Conclusão:</b> entende-se que a audiência é complementar em razão de ela estar necessariamente inserida em um processo de recebimento de contribuições por escrito.</p>

<sup>167</sup> Disponível em:

[https://anmlegis.datalegis.net/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00000043&seqAto=000&valorAno=2020&orgao=ANM/MME&cod\\_modulo=351&cod\\_menu=6675](https://anmlegis.datalegis.net/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00000043&seqAto=000&valorAno=2020&orgao=ANM/MME&cod_modulo=351&cod_menu=6675). Acesso em 29 nov. 2022.