

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

FACULDADE DE DIREITO

MARCUS VINICIUS BACELLAR ROMANO

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA ANEEL E O INSULAMENTO POLÍTICO  
INSTITUCIONAL BRASILEIRO**

NITERÓI

2015

MARCUS VINICIUS BACELLAR ROMANO

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA ANEEL E O INSULAMENTO POLÍTICO  
INSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Helena Elias Pinto

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo da Silveira Joaquim Lobão

NITERÓI

2015

**Universidade Federal Fluminense  
Superintendência de Documentação  
Biblioteca da Faculdade de Direito**

R759 Romano, Marcus Vinicius Bacellar.  
Audiências públicas na Aneel e o insulamento político institucional brasileiro/  
Marcus Vinicius Bacellar Romano – Niterói, 2014.  
189 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-  
Graduação em Direito Constitucional – PPGDC, Universidade Federal  
Fluminense, 2014.

Agências reguladoras. 2. Democracia. 3. Burocracia. 4. Reformas  
administrativas. 5. Audiências públicas. I. Universidade Federal Fluminense,  
Instituição responsável. II. Título.

CDD 341.2

MARCUS VINICIUS BACELLAR ROMANO

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA ANEEL E O INSULAMENTO POLÍTICO  
INSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre.

Aprovada em 30/03/2015.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Dra. Helena Elias Pinto – PPGDC-UFF

---

Professor Dr. Ronaldo da Silveira Joaquim Lobão – PPGSD-UFF

---

Professor Dr. José Carlos da Silva Garcia – PUC-RIO

---

Professor Dr. André Fontes - UNIRIO

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus e à minha mãe por todas as oportunidades que me deram nesta vida.

Agradeço à minha noiva Yanne por toda dedicação e ajuda emocional e profissional.

Agradeço à todos os amigos que me ajudaram nesta caminhada, em especial Maíra, Eric, Allan e Thaís.

Agradeço à minha orientadora Helena Elias por toda paciência e orientação desde 2009.

Agradeço ao meu co-orientador Ronaldo Lobão pelas diversas ideias que me permitiram sair do mundo rígido das normas jurídicas, para só assim entender um pouco melhor o Direito e os direitos.

## RESUMO

A construção institucional da burocracia nacional foi guiada pelo insulamento burocrático como opção para fugir dos mandatários políticos e suas práticas clientelistas ou para implementar uma política de mercado capitalista em território nacional. Esta construção gerou consequências para o direito fazendo com que soluções procedimentais centradas no Poder Executivo tivessem prioridade frente à escolhas construídas através do consenso de diversos setores sociais.

Busca-se compreender o porquê a democracia construída de baixo para cima não encontra eficácia prática no modelo de Administração Pública brasileira, e não é reproduzido em suas instituições. Argumenta-se que a gestão através das Agências Reguladoras aparenta não fugir desta tradição institucional brasileira.

Exemplo disto é a patente inexistência de paridade na representação dos setores atingidos pelas decisões derivadas de audiências públicas. A autonomia conferida às Agências se trata de verdadeiro insulamento burocrático frente à sociedade, o que pode criar um distanciamento dos cidadãos consumidores, em especial nas Agências voltadas para regulação de mercados privatizados.

Por conseguinte, a pesquisa buscou analisar , no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica, o potencial democrático dos instrumentos conhecidos como consultas públicas e audiências públicas e se estes são capazes de impedir o insulamento burocrático destas instituições. O que direciona para a indagação sobre o papel desses institutos jurídicos e sua eficácia enquanto instrumentos assecuratórios do viés participativo e de controle social sobre políticas públicas.

**Palavras-chave:** Agências Reguladoras; Reformas Administrativas; Democracia Participativa; Insulamento Burocrático.

## **ABSTRACT**

The development of Brazilian bureaucracy has been directed towards bureaucratic insulation as an option to escape both politicians practices and market influences. Such development resulted in consequences regarding Law, putting solutions made by the Executive Branch in front of solutions favored by institutions and groups that represent legitimate interests of civil society. As an example of such problem, the participation on public auditions promoted by regulatory agencies do not represent properly the interests of the citizens affected by the decisions made by such agencies. The autonomy granted to the regulatory agencies constitutes a tool of bureaucratic insulation towards society, which may distance such institutions from the citizens and consumers whose interests they are supposed to regulate. On this regard, this research discusses the democratic potential of instruments such as public auditions and hearings promoted by Brazilian National Electric Energy Agency, also discussing if the proper use of those instruments is able to avoid the bureaucratic insulation of the regulatory agencies.

**Keywords:** Regulatory Agencies; Administrative Reforms; Democracy Participative; Bureaucratic Insulation.

## LISTA DE ABERTURAS E SIGLAS

ADCT	–	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANA	–	Agência Nacional de Águas
ANAC	–	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	–	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	–	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	–	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	–	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	–	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	–	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADE	–	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CF	–	Constituição Federal
EC	–	Emenda Constitucional
MP	–	Ministério Público
PEC	–	Proposta de Emenda à Constituição
PL	–	Projeto de Lei
PMDB	–	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PT	–	Partido dos Trabalhadores
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TJ	–	Tribunal de Justiça

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

### FIGURAS

Figura 1 – Imagem do Espaço do Consumidor ANEEL..... 159

### QUADROS

Quadro 1 – Relação das Agências Reguladoras..... 44

Quadro 2 – Previsão legal de dispositivos previstos no modelo básico das agências reguladoras..... 156

### TABELAS

Tabela 1 – Tabela geral de representação nas audiências ANEEL..... 163

Tabela 2 – Consumidores – características..... 165

Tabela 3 - Poder Público – características..... 166

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>13</b>
1. MARCO TEÓRICO .....	21
<b>INTRODUÇÃO: PREMISSAS CONCEITUAIS PARA COMPREENSÃO DO TEMA</b>	<b>27</b>
1. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS DE UMA REFORMA QUE NÃO SE CONCLUIU .....	33
1.1 O CONTRATO DE GESTÃO.....	34
1.2 FINALMENTE, AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	41
<b>CAPÍTULO 1 - A ESTRUTURA BUROCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ENTRA EM CONFLITO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO? .....</b>	<b>53</b>
1.1 O QUE É A BUROCRACIA? .....	54
1.2 O DISCURSO DA DESBUROCRATIZAÇÃO.....	59
1.3 ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS E CARACTERÍSTICAS BUROCRÁTICAS .....	62
1.4 IMPLICAÇÕES DA CONCEPÇÃO APRESENTADA .....	67
1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS .....	75
<b>CAPÍTULO 2 - A TENSÃO ENTRE O INSULAMENTO POLÍTICO E OS INSTRUMENTOS DEMOCRÁTICOS: VICISSITUDES DA BUROCRACIA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA. ....</b>	<b>77</b>
2.1 O CLIENTELISMO .....	78
2.2 O UNIVERSALISMO DE PROCEDIMENTOS .....	80
2.3 O INSULAMENTO BUROCRÁTICO .....	82
2.4 O CORPORATIVISMO .....	84
2.5 A ATUALIDADE DAS GRAMÁTICAS APRESENTADAS .....	84
2.6 O DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO E A APROPRIAÇÃO DE DUAS GRAMÁTICAS.....	90
2.6.1 A atividade econômica e o papel do Estado .....	93
2.6.2 As reformas constitucionais e legislativas .....	98
2.6.3 Fundamentos para o surgimento das Agências Reguladoras.....	100
2.6.4 A criação de uma Administração Policêntrica .....	106

2.6.5 A autonomia da Administração Indireta e a hierarquia na Administração Direta .....	109
2.7 CONCLUSÕES PARCIAIS .....	114
<b>CAPÍTULO 3 - OUTROS DESAFIOS À EFICÁCIA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA .....</b>	<b>116</b>
3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E UMA CONCEPÇÃO DE CIDADANIA .....	121
3.1.1 O tradicional discurso Jurídico Brasileiro .....	127
3.1.2 Marshall: uma contraproposta .....	129
3.2 ESTADO E CIDADANIA BRASILEIRA .....	132
3.3 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E SUAS DIFICULDADES.....	135
3.3.1 Políticas de governo como uma escolha institucional.....	136
3.3.2 Políticas de governo na interpretação jurídica .....	139
3.3.3 Política de Governo como posição do STF: ADI nº 1.949/2014 e ADI nº 2.997/2009 .....	143
3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS .....	150
<b>CAPÍTULO 4 - PARTICIPAÇÃO DIRETA NA ANEEL: LIMITES CONCRETOS</b>	<b>152</b>
4.1 SISTEMA LEGAL PROCEDIMENTAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA ANEEL .....	154
4.2 EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS E A FÁBULA SOBRE UMA ÁGORA QUE NUNCA EXISTIU .....	159
4.2.1 Os Dados Pesquisados .....	160
4.2.2 A Ouvidoria.....	165
4.2.3 Outras Pesquisas em Agências de Primeira Geração .....	166
4.2.4 Um Caso em Agência Estadual .....	168
4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS .....	169
4.3.1 O déficit social e o protagonismo da burocracia .....	169
4.3.2 Ato administrativo participativo.....	170
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>172</b>

<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>177</b>
---------------------------	------------

## APRESENTAÇÃO

Regular não é uma função nova, pois é comum que qualquer Estado Moderno exerça seu viés regulador “enquanto exercício de competência administrativa normativa que sujeita atividades a regras de interesse público, com a corolária função de controle, voltada à observância dessas prescrições”.<sup>1</sup> No entanto, o que mudou no cenário da Administração Pública Federal brasileira na década de 1990 foi a forma que se deu a regulação de atividades públicas ou privadas.

Neste sentido que é feita a afirmação de Marcus André Melo de que a Regulação de mercados é inerente aos estados modernos e assume várias formas distintas no decorrer da história<sup>2</sup>. Mas o que seria este Estado moderno brasileiro? Quais as mudanças econômicas e sociais que influenciaram as transformações na sua forma de se relacionar com a sociedade e com o mercado? E em que medida tais mudanças são determinantes para o surgimento das Agências Reguladoras?

Neste trabalho tais perguntas serão analisadas para compreender o Direito Administrativo em suas modificações constitucionais, legislativas e ideológicas, tendo sempre como foco o processo de construção institucional e às formas de relacionamento entre Estado e sociedade. Através desta análise verifica-se que o histórico nacional revela caminhos que vão do autoritarismo até as formas de democracia representativa e instrumentos de democracia participativa após o processo constituinte que culminou na Constituição Federal de 1988.

Pretende-se fazer um estudo das Agências Reguladoras sob a ótica do insulamento burocrático, que consiste em uma estratégia institucional “de proteção do núcleo técnico do Estado contra a interferência oriunda do público ou de outras organizações intermediárias”<sup>3</sup>. Resumidamente, este processo diminui ou tenta diminuir influências externas vindas da sociedade civil ou de outras instituições do próprio Estado.

---

<sup>1</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 145.

<sup>2</sup> MELO, Marcus André; A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação In: **RBSC. Vol.16 n°46 junho/2001**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>. Acessado em: 19/07/2014.

<sup>3</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. 4 edição. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. pag. 55.

A questão inicial que se levanta é que se em um Estado Democrático de Direito todas as áreas de manifestação de poder devem encontrar limites, quais as formas de controle sobre Agências Reguladoras com ampliada autonomia frente ao executivo central?<sup>4</sup>

Estes limites serão examinados através da perspectiva do controle social sobre estas instituições. É importante desde já que se fixe um conceito para controle, este pode ser trabalhado pela vertente das penalidades, restrições e incentivos para que um ator cumpra determinadas exigências normativas ou pode ser desenvolvido através de um viés participativo, que inclui as características anteriores, mas se estende às práticas institucionais de construção conjunta de decisões entre Estado e atores sociais<sup>5</sup>.

A legitimidade de um regime democrático se encontra no exercício do poder em favor dos cidadãos, seja pela democracia representativa ou pela democracia participativa, os mecanismos de controle são essenciais para que as instituições públicas não se desvirtuem desta finalidade. Pois todo exercício do poder deve ter como norte o bem estar da comunidade política, caso contrário não há legitimidade.

Nas palavras de Dussel, a perda deste referencial de legitimidade gera a corrupção do político e suas instituições:

A corrupção originária do político, que denominaremos o fetichismo do poder, consiste em que o ator político (os membros da comunidade política, sejam cidadãos ou representantes) acredita poder afirmar sua própria subjetividade para a instituição em que cumpre alguma função (daí poder ser denominado “funcionário”) – seja de presidente, deputado, juiz, governador, militar, policial – como a sede ou a fonte do poder político. Desta maneira, por exemplo, o Estado se firma como soberano, última instância do poder; nisso consistiria o fetichismo do poder do Estado e a corrupção e todos aqueles que pretendam exercer o poder estatal assim definido. Se os membros, por exemplo, creem que exercem o poder a partir de sua autoridade auto-referente (ou seja, para si próprios) seu poder foi corrompido.<sup>6</sup>

Compreendendo este trecho de Dussel a partir das categorias familiares à Constituição brasileira, a corrupção do político seria quando o Poder Constituinte Derivado (as instituições e funcionários que constituem o Estado) quer se por acima do Poder Constituinte Originário

---

<sup>4</sup> Diogo de Figueiredo traduz esse pensamento ao escrever que “no direito não se contém a arte de governar, mas, seguramente, o seu limite civilizado”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 36

<sup>5</sup> Nestes termos que Marcos Pó e Fernando Abrucio diferenciam controle e *accountability*, sendo este último vinculado a vertente de participação social. Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Rev. Adm. Pública vol.40 no.4 Rio de Janeiro July/Aug. 2006. Pag. 686**. Adotamos o conceito destes autores, mas decidimos não usar o termo *accountability*.

<sup>6</sup> DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. pag. 16.

(o povo). Conforme demonstra Boaventura e Avritzer, “a democracia assumiu um lugar central no campo político durante o século XX. Se continuará a ocupar esse lugar no século em que agora entramos é uma questão em aberto”<sup>7</sup>.

Enquanto na primeira metade do século XX se desenvolviam as lutas pela implantação de regimes democráticos, no pós-segunda guerra se espalhou por diversos países ocidentais o modelo liberal democrático que se concentra em formas representativas ligadas a legitimação através do procedimento eleitoral, o que deixou em segundo plano as formas participativas<sup>8</sup>. Contudo, os debates em torno da necessidade de revisitar a democracia representativa e revigorar a democracia participativa ganharam força através dos movimentos sociais e com a Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>.

Ambas as formas de legitimação são cada vez mais presentes no sistema jurídico brasileiro e como visam garantir a legitimidade e controle na construção das decisões políticas, também são objeto de estudos quanto a sua eficácia<sup>10</sup>. Portanto, o sistema democrático deve ser estudado tendo em vista a sua capacidade de gerar decisões, e atuações que se revertam em favor do bem estar da comunidade política como um todo, e não apenas de um grupo privilegiado.

Apresentada estas questões iniciais, este trabalho volta-se para seguinte pergunta: Por que estudar as Agências Reguladoras?

O crescimento significativo das Agências Reguladoras no Brasil deu-se durante os anos de 1990, impulsionado pelo discurso neoliberal de modernização do Estado; o processo forte de desestatização orientado pela retirada do Estado da execução de atividades antes por ele exercidas, somado a mecanismos de regulação e controle destas atividades, foram os fundamentos deste fenômeno que gerou grandes modificações na estrutura das instituições públicas do país.

A conceituação jurídica de Agências Reguladoras pode ser encontrada em Aragão:

[...] autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo

---

<sup>7</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002. pag. 39.

<sup>8</sup> *Idem.* pag. 39-40.

<sup>9</sup> AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006; AVRITZER, L. (Org.). **A dinâmica da participação local no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010.

<sup>10</sup> *Idem.*

Presidente da República, após previa aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum.<sup>11</sup>

Defendia-se que elas seriam instituições blindas de influências políticas, seja de agentes da sociedade civil (agentes econômicos e consumidores) ou do próprio Estado na figura de seus poderes Executivo e Legislativo<sup>12</sup>. Suas decisões deveriam ser baseadas na melhor técnica, pois os setores econômicos ou sociais regulados por elas seriam ambientes que exigissem grande conhecimento técnico-científico, portanto, decisões com teor político não seriam interessantes para o interesse público.

A escolha por criar estas instituições gerou diversos questionamentos quanto sua legitimidade democrática diante do sistema de democracia representativa. Mas os defensores destas instituições defendem-nas alegando que não há desrespeito à democracia representativa (v. Cap. 3) e que sua legitimidade maior está nos instrumentos de democracia participativa<sup>13</sup>, as audiências públicas e consultas públicas, exigidas por diversas leis instituidoras das Agências.

As legislações instituidoras das Agências buscaram fortalecer sua autonomia técnica frente às disputas políticas. Os instrumentos jurídicos utilizados para garantir isso foram: autonomia financeira, autonomia decisória, autonomia de dirigentes/conselho diretor. Aliado a isso, estas instituições ganharam grande poder normativo na regulação dos setores econômicos e sociais sob sua responsabilidade. Porém, este arranjo jurídico institucional, conforme se analisará, parece ter transformado essa autonomia em mais uma forma de insulamento burocrático, que reduz o “escopo da arena em que interesses e demandas populares podem desempenhar um papel”<sup>14</sup> decisivo.

Como se verá, as Agências são classificadas como autarquias, que em nosso ordenamento jurídico são criadas necessariamente por lei, derivando de uma delegação legal de funções, sendo essa delegação de grande amplitude no caso das Agências. Os mecanismos

---

<sup>11</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 281.

<sup>12</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.*; BARROSO, Luís Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 1, Fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.*

<sup>13</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 161 e 181-183.

<sup>14</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 55.

de insulamento assim se apresentam no intuito de garantir menor controle dos agentes eleitos sobre as decisões técnicas no setor regulado:

O isolamento — ou "insulamento" — burocrático dessas elites asseguraria a prevalência da racionalidade técnica sobre a racionalidade política, evitando-se assim a "balcanização do Estado". Vários fatores contribuiriam para garantir esse insulamento: o isolamento decisório (e.g. autonomia de bancos centrais etc.), o recrutamento meritocrático, etc.<sup>15</sup>.

Neste trabalho serão analisados os argumentos contra e a favor da função reguladora exercida pelas Agências de forma autônoma através de um ponto de vista de base técnico/jurídico e outro de caráter sócio-político. Mas o grande foco deste trabalho é identificar os limites e possibilidades da legitimidade democrática construída pelos procedimentos de participação direta previstos nas leis criadoras das Agências.

Tais leis também são chamadas de marcos regulatórios do setor, haja vista cada Agência Federal ser responsável por um setor econômico ou de prestação de serviço público, p.ex., Energia Elétrica, Água, Petróleo, Telecomunicações, Saúde Suplementar.<sup>16</sup> Quanto aos instrumentos de participação direta (ouvidorias, audiências públicas e consultas públicas) selecionou-se, para análise, a ANEEL e suas audiências públicas devido a frequência e disponibilidade pública de dados.

Como dito, as Agências são dotadas de uma autonomia muito ampliada (devido o mandato fixo de seus dirigentes)<sup>17</sup> e de grande liberdade na normatização e regulação dos setores postos a sua responsabilidade. Isso faz com que se pergunte: qual a justificativa para tamanha liberdade e autonomia?

O primeiro argumento era a necessidade de eficiência na prestação dos serviços públicos e no controle das atividades privadas<sup>18</sup>. Porém, focar a legitimidade das Agências Reguladoras unicamente na eficiência seria incorrer no erro presente nas formas de legitimação utilizadas em estados autoritários, inclusive porque a eficiência é meramente instrumental, sendo necessário saber os canais que direcionam a atuação da instituição, “para

---

<sup>15</sup> MELO, Marcus André. **A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação**. *Op. Cit.* Segundo este autor: “Esse argumento esteve na base do surgimento na América Latina, nos anos 80, de elites burocráticas com formação econômica (technopols) que passaram a desfrutar de autonomia decisória sem precedentes”.

<sup>16</sup> Não ignoramos o forte viés ideológico que envolve a conceituação do que seja serviço público ou atividade econômica, podemos tangenciar este tema, mas não aprofundaremos uma vez que abriria um flanco de pesquisa que foge ao tempo e ao espaço disponível para esta pesquisa.

<sup>17</sup> Perceba que nem sempre autonomia se confunde com insulamento, um bom exemplo apresentado por Ronaldo Lobão (Professor da Universidade Federal Fluminense) é o caso das Universidades Públicas, que são dotadas de grande autonomia, mas não são insuladas.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* p.2.

onde ir e o como ir”. Paulo Todescan<sup>19</sup> parece estar correto quando afirma que a atuação do Estado brasileiro por muitos anos alicerçou-se em um autoritarismo que tinha como base de sua legitimidade as políticas públicas populistas ou o crescimento econômico surpreendente.

Porém, se a doença do autoritarismo foi abominada pela Constituição de 1988, é certo que não basta um texto normativo, é preciso uma mudança na consciência da sociedade civil e do gestor público. Neste sentido, o estudo dos Entes Reguladores com base em seus instrumentos de controle social pode trazer avanços significativos rumo a tal objetivo.

Apresentado este panorama, pode-se dizer que o foco na pesquisa que se pretende empreender é analisar dentro de uma Agência Reguladora específica o potencial democrático dos instrumentos conhecidos como consultas públicas e audiências públicas e se estes são capazes de impedir o insulamento burocrático destas instituições. A utilização de tais instrumentos dá inclusive um fundamento constitucional muito forte para as Agências Reguladoras, o art. 37, §3º da Constituição, que transparece o princípio democrático de forma tão clara quanto o art. 1º. O dispositivo apregoa que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Mas se este pode ser um dos fundamentos para encontrar a legitimidade pelo procedimento democrático, resta saber qual a eficácia deste instrumento.

Da afirmativa acima surgem as seguintes problemáticas: as consultas públicas e audiências públicas são garantidoras da legitimidade democrática na atuação das Agências Reguladoras? Tais instrumentos são bem utilizados? Quais os possíveis acertos e erros durante a utilização destes? Qual a sua função? São efetivamente munidos de um controle de viés participativo (construção conjunta de políticas públicas) ou tem mero caráter consultivo?

Para restringir o objeto de pesquisa e garantir sua viabilidade, selecionou-se a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) como foco de análise, pois além de conter previsão clara em sua lei instituidora quanto à necessidade de se observar estes instrumentos de democracia participativa, ainda apresenta dois fatores importantes para a pesquisa:

(1) constam em seu *site* todas as audiências públicas e consultas públicas catalogadas por data, assunto e quantidade de contribuições de cada participante<sup>20</sup>;

(2) a ANEEL regula o setor de energia elétrica, setor este que a população tem interesse direto, mas devido a grande complexidade, que além de tudo é envolvida por uma

---

<sup>19</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. pag. 121 e 122.

<sup>20</sup> A Agência também pode ser parabenizada por disponibilizar os vídeos de boa parte das audiências públicas no site *Youtube*;

linguagem altamente técnica, apresenta difícil compreensão por parte de cidadãos não detentores de certo conhecimento científico exigido para a compreensão do setor de energia.

A importância do ponto UM se dá por uma limitação temporal e econômica, haja vista, como se pode depreender de diversos autores que se dedicam a boa metodologia, o fator tempo e dinheiro são essenciais de serem tomados em conta para se realizar uma pesquisa<sup>21</sup>. Além da disponibilidade ampla de material permitir uma análise quantitativa precisa, ainda mais se se levar em consideração que já estão razoavelmente organizados, necessitando apenas de filtragem e interpretação.

Quanto ao ponto DOIS, é extremamente relevante, para uma análise qualitativa do material, confrontar as contribuições de empresas com seus técnicos e de cidadão não iniciados nas ciências que permitem a boa compreensão do que está sendo tratado pela consulta ou audiência. Tal confronto poderá ser crucial para estudar o quanto um ambiente técnico pode distanciar os ideais democráticos participativos, tornando-os pura abstração quando diante da situação concreta.

Cabe ressaltar ainda que a ANEEL faz parte da primeira geração de Agências Reguladoras criadas, entre 1996 e 1997 (ANEEL, ANATEL e ANP)<sup>22</sup>, grupo que serviu de parâmetro para as demais Agências e tem como maior motivação para sua criação os processos de privatização e quebra de monopólio do Estado. Conforme será trabalhado (v. Cap. 2 e 3), o ordenamento jurídico e a doutrina de Direito Administrativo tem sido fortemente influenciada pelo movimento neoliberal da década de 1990.

Passando à primeira hipótese desse trabalho, buscou-se verificar se a autonomia conferida às Agências não se trata de verdadeiro insulamento burocrático frente à sociedade, o que pode criar um distanciamento dos cidadãos consumidores, em especial nas Agências voltadas para regulação de mercados privatizados. As ilhas de excelência técnica protegidas dos interesses políticos muitas vezes só distanciam o cidadão consumidor e produzem políticas de governo que não são permeáveis à democracia participativa realizada pelas Audiências Públicas. Após estas considerações pode-se dizer que o presente trabalho visa entender o real alcance da democracia participativa no interior da ANEEL.

---

<sup>21</sup> LIMA, Telma Cristine Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamoso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Revista Katál. Florianópolis**. v. 10 n. esp. p. 37-45, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10nspe/a0410spe.pdf>>.

<sup>22</sup> Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças**. *Op. Cit.* Pag. 683. Aprofundaremos este debate na Introdução.

A segunda hipótese que se levanta é a da inexistência de paridade na representação dos setores atingidos pelas decisões derivadas de audiências públicas na ANEEL, se analisará se estes instrumentos estão sendo utilizados como mera formalidade, a qual apenas setores específicos do mercado são representados, o que pode aumentar as chances da captura da agência, devido o insulamento político frente às demais instituições estatais e aliado ao isolamento do controle social pelos cidadãos.

Verificar-se-á o quanto a complexidade do setor distancia os consumidores tidos como “homem médio”, uma vez que não dispõe de conhecimento técnico e quais medidas podem ser tomadas ou são tomadas para minimizar tal dificuldade.

A pergunta que pauta esse estudo é: O espaço das agências Reguladoras é propício à participação popular?

Para deprender tal análise pretende-se utilizar de métodos quantitativos ao verificar o número de contribuições, de participantes e de apresentadores em audiências públicas realizadas pela ANEEL no ano de 2013, dando preferências para temas que atinjam diretamente os consumidores de energia elétrica, ou seja, normatizações sobre tarifa, qualidade do serviço ou que busquem explicitamente saber a opinião do consumidor. O estudo será aliado a métodos qualitativos ao analisar legislação, doutrina, documentos oficiais e contribuições de cidadãos para audiências e consultas<sup>23</sup>.

Na Introdução serão analisadas certas características jurídicas da Administração Pública brasileira, o enfoque será especificamente as diversas reformas administrativas e suas consequências para o ordenamento jurídico e Teoria do Direito Administrativo. A reforma da década de 1990, que culminaram na criação das Agências Reguladoras, não teve todos seus objetivos cumpridos, assim como as Agências nem estavam no plano original do Ministério de Reforma do Aparelho do Estado. Uma das consequências disso foi a ausência de uma política nacional de regulação, tendo cada Ministério dado andamento as reformas no setor de sua competência. Uma das conclusões que se chegou neste capítulo é que as Agências surgem para regular a relação entre Estado e mercado, não tendo como principal foco a relação Estado e sociedade.

No capítulo primeiro será apresentado o conceito de burocracia em Weber e se demonstrará que as Agências Reguladoras se tratam de uma instituição burocrática. O intuito é demonstrar que o termo burocracia tem sido utilizado de forma vulgar no direito e isso não contribui para o debate científico sobre o controle democrático das instituições estatais.

---

<sup>23</sup> CRESWELL; John W. CLARK, Vicki L. **Pesquisa de Métodos Mistos**. Porto Alegre: Penso, 2013.

O capítulo segundo tem por intuito descrever características essenciais da formação da burocracia brasileira e sua interação com o direito administrativo e constitucional, explicando-se o porquê do sistema normativo das Agências Reguladoras ser pouco porosos à participação social e mais focado na relação com o mercado regulado.

O terceiro capítulo visa analisar a relação entre Estado e sociedade brasileira em seus aspectos jurídicos, se fará um estudo do sistema normativo constitucional que trata de democracia representativa e participativa. Através do estudo do instituto jurídico da cidadania busca-se entender porque a democracia representativa festejada em tantas normas jurídicas encontra tantas dificuldades para ser efetivada na burocracia estatal e principalmente nas Agências Reguladoras.

O quarto capítulo estuda o sistema normativo de audiências públicas e consultas públicas na ANEEL, verificando ampla discricionariedade e controle de todo o processo administrativo pela diretoria da Agência. Apresenta-se também um largo e detalhado exame dos dados colhidos em 123 audiências públicas realizadas em 2013 e características que enfraquecem o controle social.

Um exame minucioso dos temas aqui tratados parte da premissa de que a democracia tem uma face direta e outra indireta, sendo de grande importância compreender os limites jurídicos de cada uma destas vertentes previstas na Constituição e nas leis brasileiras.

É certo afirmar que uma simples previsão constitucional ou legal não se mostra suficiente para alcançar fins públicos. Porém, se o fundamento da República Federativa do Brasil é a democracia, se se deseja que sejam realizadas novas atitudes neste sentido e que sejam mantidos os avanços sociais já alcançados, não se pode fugir deste fundamento quando se propõe uma análise jurídica das instituições.

## 1. MARCO TEÓRICO

Não se tem como intuito utilizar um marco teórico que esgote as visões sobre o tema. Contudo, a escolha de marcos teóricos e autores que os representem é de grande auxílio para compreender uma realidade.

Para entender a Administração Pública e suas instituições este trabalho irá utilizar o sistema teórico construído por Max Weber ao se referir à *burocracia estatal*, a construção do sistema burocrático nacional será analisada com base nessas premissas e sem deixar de levar em conta as peculiaridades da formação histórica Brasileira. Weber, influenciado por ideias

racionalistas de seu tempo e que ainda se mostram presentes, entende que o caminho do homem ocidental se pauta pela racionalização de todas as áreas da vida. Isso se mostra presente na burocracia que toma conta das estruturas estatais.

A burocracia moderna se caracteriza pela “especialização e a escolaridade profissionalizante e racional.”<sup>24</sup>. Portanto, é o meio mais eficiente para organizar sociedades de massa, visto que o “predomínio da estrutura burocrática baseia-se na sua superioridade “técnica”<sup>25</sup> frente a outras formas de organização do poder.

Para Weber o caminho da sociedade ocidental passou pelo fim dos privilégios, e através da razão, a busca pela igualdade. O sistema democrático visa desta forma garantir esta igualdade através da possibilidade de acesso ao voto e aos cargos na administração, independente de critérios hereditários ou por sistemas de casta.

Como se pode observar, a necessidade de eficiência, de capacidade técnica e os conflitos entre este sistema com a democracia não são temas novos. Contudo, é certo que deve ser feita uma contextualizações para que se possa utilizar de um marco teórico pensado para Alemanha no início do séc. XX.

Primeiramente, cabe observar que a democracia identificada por Weber é uma democracia elitista, que se constrói na atividade passiva, ou seja, no voto sem uma participação direta do cidadão na estrutura administrativa. Tudo se resume na equiparação dos governados (igualdade) e não na sua efetiva participação no poder (democracia participativa)<sup>26</sup>.

No que tange a análise do Direito, neste estudo se levará em conta as modificações na visão jurídica desenvolvida no 2º pós-guerra e que ganha relevo no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Assim, é forçoso que se considere um direito formado por uma Carta analítica e dirigente, por uma nova hermenêutica, que não se funda apenas na subsunção de normas, permitindo espaços para valores expressos em princípios jurídicos. O tema proposto também será analisado pela perspectiva da *força normativa da constituição e pós-positivismo* ao propiciar o “acerto de contas” entre o direito, a moral e a política.

<sup>24</sup> WEBER, Max. **Parlamento e Governo na Alemanha Reordenada – Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos**, Tradução de Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993. Pag. 51

<sup>25</sup> WEBER, Max. **O que é burocracia?** Conselho Federal de Administração. Disponível em: [http://www.cfa.org.br/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro\\_burocracia\\_diagramacao\\_final.pdf](http://www.cfa.org.br/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf). Pag. 58

<sup>26</sup> “Schumpeter e Weber apresentam uma solução elitista que acabará por se tornar uma das concepções hegemônicas: o cidadão comum não tem condições ou interesse político para lidar com as questões complexas da sociedade.” MAURÍCIO JR, Alceu. **O Estado de Risco e a Burocratização do Espaço Democrático**. (mimeo). 2009. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=4b81d68c-d060-407c-b5d2-8340c8023024&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4b81d68c-d060-407c-b5d2-8340c8023024&groupId=10136)>.. Acessado em: 13/01/2015>..

No que se refere à *força normativa da constituição*, Konrad Hesse, em 1959, pós-segunda guerra, em uma Alemanha que se reerguia, afirma que toda ciência jurídica é uma ciência normativa, por conseguinte, o Direito Constitucional como ciência deve assumir seu caráter normativo, caso contrário seria mera descrição da realidade, o que amesquincharia seu estudo por se limitar à mera descrição das relações de dominação. Em sua teorização o autor sustenta que as forças sociais influenciam a constituição, no entanto, a constituição tem pretensão de eficácia e, obedecidas certas premissas para sua implementação, ela também é capaz de conformar a sociedade.<sup>27</sup>

Não se adotou o termo neoconstitucionalismo por se entender que é impreciso. Durante o texto serão apresentados os institutos que se julgou pertinentes para análise do direito brasileiro em seu estado atual. Ao final da leitura, certamente será fácil identificar diversos conceitos e teorias presentes em estudos que adotam o referido termo.

Apesar disso, achou-se mais seguro demonstrar a filiações de forma específica e no decorrer do texto, ao invés de aglutina-las em uma palavra representativa de um fenômeno muito amplo. A título de exemplo, o termo “neoconstitucionalismo” pode identificar teorias democráticas substancialistas (como em Rawls) ou teorias democráticas de viés procedimental (como é o caso de Habermas), ele pode se referir a uma região (neoconstitucionalismo latino-americano) ou a uma teoria hermenêutica (distinção de princípios e regras).<sup>28</sup>

Este panorama mostra-se necessário, primeiro para sustentar a premissa defendida neste texto de que as Agências Reguladoras, em sua essência, são estruturas burocráticas (mas que visam responder problemas atuais na sociedade complexa) e suas características apresentam limites à democracia participativa. E em segundo lugar, é essencial que se leve em conta que o ponto de partida deste trabalho é o direito brasileiro, assim será necessário o estudo da construção doutrinária nesse sistema, que se formou em um Estado de viés social, com uma redemocratização recente e com uma administração pública ainda com diversos vícios autoritários. Estas considerações visam trabalhar com os seguintes questionamentos: como garantir a força normativa da constituição e das leis? Como garantir que o controle social seja eficaz?

---

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradutor: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1991. pag. 3.

<sup>28</sup> Para um debate amplo sobre o tema e contem várias das premissas apresentadas: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 29/11/2010.

De início uma advertência deve ser feita. Parte destas teorias jurídicas é apresentada sem o devido cuidado quando trazidas para a realidade brasileira. Utilizando a terminologia de Lassalle<sup>29</sup>, se poderia dizer que parte da ciência jurídica nacional exporta teorias sem perceber que os “fatores reais do poder” no Brasil se articulam de forma diferente da realidade Alemã, Francesa, Inglesa, Americana, etc.

Cabe ainda dizer, se remetendo a Habermas, que o espaço público, tão importante para construção habermasiana de um processo ético-discursivo<sup>30</sup>, é um no Brasil e outro na Alemanha. Enquanto Habermas trata de um espaço público formado por intenso conflito entre Estado e sociedade<sup>31</sup>, querendo esta última maior liberdade, diversos estudos brasileiros demonstram que o Estado foi determinante na construção da cidadania brasileira e seu espaço público<sup>32</sup>.

A falta de cautela na utilização de teorias estrangeiras pode gerar uma colonização do pensamento jurídico, o que o desprende da realidade social Brasileira e gera a ineficácia do direito, fazendo com que a pretensão normativa seja sufocada, desta maneira, a própria capacidade do direito como ciência é ameaçada.

Nesta esteira, o desafio inicialmente lançado de compreender o direito administrativo em suas mais recentes modificações constitucionais, legislativas e ideológicas, tendo como foco o processo de construção institucional aliado ao relacionamento Estado e sociedade. A busca por eficácia normativa só pode ser alcançada através da análise detida de autores que estudam a sociedade brasileira e suas instituições “por dentro” e não como um espelho de sociedades europeias ou americanas.

Respeitando as afirmativas acima, as Agências, o insulamento burocrático e os instrumentos de democracia participativa devem ser conjugados com o histórico de construção institucional brasileiro e construção da cidadania no país.

---

<sup>29</sup> LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Tradução: Walter Stöner. eBooksBrasil.org. pag. 29. Em 1863 diante de um auditório Ferdinand Lassalle apresentou seu conceito sobre o que seria uma Constituição, assim marcou as Ciências Sociais que seriam desenvolvidas daquela data em diante ao afirmar que “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

<sup>30</sup> Para melhor entendimento sobre tema veja: NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Revista Lua Nova, n.º.37. São Paulo: 1996;** HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.** Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>32</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. DA MATTA, Roberto. **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1985.

No que tange à engenharia institucional da burocracia brasileira, este trabalho vai se munir dos estudos de Edson de Oliveira Nunes ao tratar das instituições públicas brasileiras e suas quatro gramáticas<sup>33</sup>, que podem trazer respostas sobre até que ponto a Administração Pública Gerencial pode inovar ou representar mais do mesmo, não sendo capaz de modificar os fatores reais de poder que regem a sociedade brasileira.

O autor analisa o período de 1930 até o término da ditadura militar e Renato Lessa deixa claro no prefácio à terceira edição o porquê de o livro de Nunes ser um dos suportes deste trabalho:

O foco do livro incide sobre o "processo de construção institucional", desenvolvido no país, em meio a "profundas mudanças econômicas e sociais". Dessa indicação decorre uma interpretação a respeito das relações entre "sociedade e instituições políticas formais". Esse enquadramento clássico, por sua vez, dá lugar a uma inovação analítica de grande monta: a hipótese de que o processo de construção institucional brasileiro é quadruple, já que sustentado por "quatro padrões institucionalizados de relações ou 'gramáticas' que estruturam os lagos entre sociedade e instituições formais no Brasil: clientelismo, corporativismo, insulamento burocrático e universalismo de procedimento".<sup>34</sup>

No que se refere à cidadania, as bases para explicar sua incidência em países com capitalismo e mercado altamente desenvolvido serão encontradas nas premissas apresentadas por Marshall<sup>35</sup> sobre a sociedade inglesa e os três status da cidadania (dividida em direitos individuais, políticos e sociais).

Construída como forma de justificar ou amenizar as desigualdades do mercado, o conceito de cidadania apresentado pelo autor, se baseava nos direitos individuais e na premissa individualista da igualdade perante a lei. Por outro lado, essa construção será contrastada com os conceitos de "Cidadania Regulada"<sup>36</sup> e "Estadania"<sup>37</sup>, duas visões sobre a relação entre Estado e sociedade sobre a ótica brasileira, em que o Estado precede a sociedade e relações pessoais se sobrepõe as normas gerais e impessoais do mercado.

Indo mais a fundo no método de comparação por contraste, tão caro às ciências sociais, se tentará buscar respostas sobre a eficácia normativa dos mecanismos de participação

<sup>33</sup> As quatro gramáticas se inserem em um conjunto analítico apresentado pelo autor, elas antecedem e informam as políticas de Estado brasileiras, podem fazer isso de forma explícita ou de forma implícita.

<sup>34</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* Pag. 19.

<sup>35</sup> MARSHALL, T.H. Cidadania e classe social. In: **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>36</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Décadas de espanto e uma apologia democrática**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

<sup>37</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. *Op. Cit.*

direta (audiência pública e consulta pública) inseridos nas Agências Reguladoras com o intuito de lhes conferir maior legitimidade democrática.

## INTRODUÇÃO: PREMISSAS CONCEITUAIS PARA COMPREENSÃO DO TEMA

O que se espera com esta parte do trabalho é explicar conceitos jurídicos essenciais para compreender o estudo das Agências Reguladoras no direito brasileiro. Aliado a isso, busca-se apresentar características históricas da reforma administrativa da década de 1990 que foram essenciais para a atual configuração destas instituições e do Direito Administrativo.

O documento oficial que marca esta análise é o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que consolidava a ideologia e plano de governo para reestruturar a Administração Pública brasileira. O Plano Diretor foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e, depois foi aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em sua reunião de 21 de setembro de 1995. Por fim, foi submetido ao Presidente da República.

O Plano Diretor foi mais uma tentativa de reforma administrativa no Brasil. Muitos autores identificam dois momentos anteriores como representativos de grandes reformas na gestão pública brasileira<sup>38</sup>. O período Vargas (1937) como uma primeira reforma de grande porte para racionalizar a Administração Federal, que nem mesmo tinha planejamento orçamentário, e em seguida o Regime Militar com o Decreto-Lei 200/67 (v. Cap. 2).

Ferreira Costa identifica como principais justificativas para as reformas no Brasil a necessidade de recuperar a capacidade de controle e coordenação dos órgãos centrais sobre os secretarias e ministérios, além da necessidade de implementar políticas públicas de forma descentralizada e voltadas para o desenvolvimento econômico do país<sup>39</sup>.

Entretanto, grandes reformas administrativas passam por muitas dificuldades para serem implementadas, sofrem pressões por parte da burocracia já estabelecida com seus funcionários (v. Cap. 1), dos parlamentares e dos próprios Ministérios, que no caso brasileiro,

---

<sup>38</sup> Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças**. *Op. Cit.*; COSTA, V. M. F. A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC. In: ABRUCIO, F. L.; LOUREIRO, M. R. (Orgs.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC**. Brasília: MP/Seges, 2002. Disponível em: [http://www.cedec.org.br/files\\_pdf/OEstadonumaeradereformasOsanosFHCparte1.pdf](http://www.cedec.org.br/files_pdf/OEstadonumaeradereformasOsanosFHCparte1.pdf); LIMA JÚNIOR, Olavo de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**. Ano 49. Número 2. Abr-Jun de 1998. Disponível em: [http://www.enap.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2723](http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2723). NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007.

<sup>39</sup> As duas principais motivações para reformas administrativas passam pela “necessidade de recuperar ou aumentar a capacidade de controle sobre a burocracia e de coordenação sobre as atividades governamentais; e a necessidade de fortalecer as bases políticas de sustentação do governo” COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC**. *Op. Cit.* pag. 16-17.

são ocupados por partidos de base aliada que não necessariamente compartilham do mesmo plano de governo.

Por esta razão, países com bases políticas ligadas ao presidencialismo de coalizão tem dificuldades para implementarem reformas de grande porte. A Administração Pública Direta apresenta diversos interesses em disputa, fazendo com que grandes consensos sejam difíceis de serem alcançados:

O sucesso das reformas administrativas no Brasil depende, portanto, de duas condições institucionais básicas: uma base de sustentação política ampla e coesa no Congresso e, concomitantemente, a capacidade do governo de imprimir diretrizes político-administrativas claras e consistentes aos órgãos centrais da Presidência e exercer coordenação firme junto aos Ministérios e aos órgãos da administração indireta.<sup>40</sup>

Isso não foi diferente com as propostas reformistas do Plano Diretor, que teve como principal ideólogo e ativista Bresser Pereira, que era o Ministro do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE). Nunes chega a afirmar que “a ele deve-se a estruturação de um argumento doutrinário organizado para o movimento de reforma administrativa do governo Fernando Henrique Cardoso”<sup>41</sup>.

O referido documento é marcado por diagnósticos sobre crise de ineficiência do Estado e objetivos com a finalidade de superar tais mazelas. O texto do Plano Diretor afirma que:

“A crise do Estado define-se então (1) como uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática.”<sup>42</sup>

O argumento central do Plano Diretor era promover um rearranjo institucional visando garantir a eficiência estatal, melhorando a prestação de políticas públicas e o controle financeiro. Os objetivos globais do Plano eram a desestatização com fulcro na diminuição da estrutura do Estado. Ela foi defendida como uma das formas de solucionar as crises que o

---

<sup>40</sup> *Idem.* pag. 24

<sup>41</sup> NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional.** *Op. Cit.* pag. 46.

<sup>42</sup> BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Presidência da República.** Governo Fernando Henrique Cardoso. Brasília, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/colecao/plandi.htm](http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm). Acesso em: 03/03/2012. pag. 10-11

Estado brasileiro passava (crise econômica e política), em um contexto de economia global e neoliberal.

No Plano Diretor se propunha a reforma rumo à Administração Pública Gerencial, com a transferência das atividades de produção e serviços para iniciativa privada que, na visão dos reformistas, se mostrava mais eficiente. Portanto, o que estava em discussão era o papel do Estado, e como ele interferiria na atividade econômica e social.

Resumidamente, buscava-se “o redirecionamento da maneira tradicional de atuar do Estado, evoluindo de um papel executor para um papel de promotor do desenvolvimento social e econômico”<sup>43</sup>. A Administração Pública Gerencial, gestada pelas reformas gerenciais, consiste em uma administração que direciona o controle de certos serviços para avaliação de resultados, substituindo controles caracterizados por procedimentos rígidos pré-estabelecidos em normas legais e resoluções, para um controle com fundamentos em metas a serem atingidas e estabelecidas através de acordos contratuais<sup>44</sup>.

O modelo, com inspiração Norte Americana e Inglesa<sup>45</sup>, foi implementado em vários países da América Latina. Contudo, como adverte Ferreira Costa, o “problema é que a versão “globalizada” do *gerencialismo* tende a obscurecer o fato de que as diferenças são muito maiores do que as semelhanças entre as reformas implementadas em diferentes países”<sup>46</sup>. Isso se dá pelas próprias diferenças culturais e políticas existentes em cada país.

No Brasil, o Plano Diretor fora o documento que tentaria implementar o *gerencialismo*. Nele o que se chamou de núcleo estratégico<sup>47</sup> permaneceria com a estrutura de controle clássica fundamentada em controles prévios previstos na Constituição e nas leis. Todavia, o que não se encontrava neste núcleo estratégico seria regido pelo sistema de controle gerencial com base na análise de resultados. A este último grupo atribui-se uma

---

<sup>43</sup> *Idem*. Pag. 49.

<sup>44</sup> COSTA, V. M. F. A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC. In: ABRUCIO, F. L.; LOUREIRO, M. R. (Orgs.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC**. *Op. Cit.*; LIMA JÚNIOR, Olavo de. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. *Op. Cit.*; PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

<sup>45</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. (Orgs). Reforma do Estado e administração pública gerencial. **Rio de Janeiro: Editora FGV, 1998**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/98-GestaoDoSetorPublico-Estrategia&Estrutura.pdf>; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. *Op. Cit.*

<sup>46</sup> COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC**. *Op. Cit.* pag. 10-11.

<sup>47</sup> Pelo Plano Diretor: Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios, Ministério Público. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Presidência da República**. pag. 48.

tripartição: atividades exclusivas de Estado<sup>48</sup>, atividades não exclusivas de Estado (mas que merecessem ser serviços subsidiados)<sup>49</sup> e atividades de mercado que merecessem ser reguladas (inicialmente foram as atividades alvo de privatização).

Porém, as dificuldades para conseguir reestruturar a Administração brasileira foram muitas, os principais órgãos que direcionariam a reforma da Administração Federal eram a Câmara de Reforma do Estado, o Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) e Conselho de Reforma do Estado (CRE). Esse último tinha função consultiva, o MARE tinha a função de recomendar medidas para reforma (Medida Provisória nº 1450/96, art. 14, I) e a Câmara de Reforma do Estado era quem aprovava e acompanhava os programas a serem implantados no âmbito da Reforma do Estado (art. 2, II, Decreto nº 1.526/95).

Ferreira Costa afirma que a principal bandeira do Governo em 1995 era o ajuste fiscal e manutenção do Plano Real, a reforma ainda não estava em primeiro plano. Por tal motivo, Bresser Pereira foi incorporado tardiamente ao núcleo central do Governo e ainda não tinha um programa consolidado para implementar a reforma, o que justifica o porque do Plano Diretor só ser concluído em novembro de 1995. Por fim, o autor sustenta a tese de que os Planos de Bresser foram implementados de forma incompleta durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso:

Apesar da capacidade empreendedora de Bresser, ele não conseguiu controlar um espaço decisório imprescindível para o sucesso da reforma. A Câmara de Reforma do Estado (criada através do decreto n.º 1526/95), órgão responsável pela definição das diretrizes da reforma, era controlada pelo Ministro-Chefe da Casa Civil, Clóvis Carvalho. Isto explica, em parte, a adoção de um Plano Diretor como instrumento orientador das reformas, e não uma Lei Orgânica da Administração Pública ou um conjunto de decretos. Essas duas alternativas poderiam ser bloqueadas dentro da Câmara de Reforma do Estado. O Plano Diretor, aprovado pela CRE, representava uma “carta de crédito” a Bresser que teria de lutar para torná-lo operacional<sup>50</sup>.

Nessa passagem conclusões importantes são apresentadas. Primeiramente, o Plano Diretor não é uma lei, é uma “carta de crédito”, portanto, não era de aplicação obrigatória para toda Administração Federal. Por tal motivo que o Programa de Reestruturação e Qualidade (PQR), que era um dos filhos do Plano Diretor e seria aplicado junto aos Ministérios para

<sup>48</sup> Pelo Plano Direto: Regulamentação, Fiscalização, Fomento, Segurança Pública, Seguridade Social Básica. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Presidência da República**. pag. 48.

<sup>49</sup> Pelo Plano Direto: Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Presidência da República**. pag. 48.

<sup>50</sup> COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC**. *Op. Cit.* pag. 31. MARTINS, H. F. Reforma do Estado e coordenação Governamental: As Trajetórias das Políticas de Gestão Pública na Era FHC. In. ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (Orgs.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC**. *Op. Cit.* pag. 233

garantir a descentralização administrativa nos moldes gerenciais era um plano de adesão voluntária, e só conseguiu inserção em 5 Ministérios<sup>51</sup>.

A resistência da burocracia a se vincular as reformas foi tamanha que só o MARE concluiu todas as etapas do programa, ao passo que Ministérios cruciais para a reforma administrativa, ligados a privatização de atividades estratégicas, nem mesmo chegaram a aderir o PQR, como foi o caso do Ministério de Minas e Energia<sup>52</sup>.

Martins afirma que o programa era essencial para preparar os Ministérios para o controle das entidades não pertencentes ao núcleo estratégico<sup>53</sup>. Porém, o programa perdeu força devido à baixa adesão e demonstrou “razoável distanciamento em relação a uma significativa frente de políticas de gestão pública que ocorria de forma paralela: a criação de agências reguladoras (de 1ª geração: ANATEL, ANEEL e ANP)”<sup>54</sup>.

O projeto das Agências Executivas e Organizações Sociais (divididas em OS e OSCIP)<sup>55</sup> eram grandes bandeiras do Plano Diretor e dependia da reforma Ministerial, pois o sistema foi pensado em conjunto. Como apresentado linhas atrás, teríamos o Núcleo Estratégico do Estado nos Ministérios e a gestão gerencial junto aos executores das atividades exclusivas e das atividades não exclusivas:

A principal característica do programa era sua coerência com as diretrizes do Plano Diretor e seu potencial de impacto sobre a organização do setor público federal. Além disso, ele integrava de forma explícita a reestruturação dos ministérios com os novos modelos organizacionais propostos pelo ideário de Bresser: as Agências Executivas e as Organizações Sociais. Essas mudanças na macroestrutura eram coerentes, ainda, com a concentração das funções de formulação e supervisão nos ministérios, enquanto Agências e Organizações Sociais ficariam encarregadas da implementação das políticas. O elo entre ministérios e agências e organizações sociais seriam os contratos de gestão, que definiriam metas de desempenho e

<sup>51</sup> O próprio MARE, os Ministérios da Saúde, Trabalho, Agricultura e Transporte.

<sup>52</sup> COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC.** *Op. Cit.* pag. 35.

<sup>53</sup> “O clímax da primeira fase desta primeira frente é a transformação, a partir de 1997, do Projeto Avaliação do Reordenamento Institucional em Programa de Reestruturação e Qualidade (PRQ), que se complementa com outros dois Programas: Apuração de Gastos Governamentais (Contabilidade Gerencial) e Unidades Descentralizadas do Governo Federal. Tais programas estavam voltados ao fortalecimento do núcleo estratégico. Visavam dotar os ministérios de melhores condições de formulação e supervisão de políticas sob sua responsabilidade [...]”, portanto, o fracasso deste plano foi um baque para as reformas. MARTINS, H. F. **Reforma do Estado E coordenação Governamental: As Trajetórias das Políticas de Gestão Pública na Era FHC.** *Op. Cit.* pag. 230

<sup>54</sup> MARTINS, H. F. **Reforma do Estado E coordenação Governamental: As Trajetórias das Políticas de Gestão Pública na Era FHC.** *Op. Cit.* pag. 233

<sup>55</sup> Na prática o projeto se dividiu em Organizações Sociais regidas pela Lei nº 9.637/1998 e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público regidas pela Lei nº 9.790/1999.

indicadores de qualidade e que poderiam ser acompanhados e cobrados não apenas pelo órgão supervisor, mas por ONGs e pela imprensa.<sup>56</sup>

Conforme apresentado por Teixeira Costa, Pó, Abrucio e Martins<sup>57</sup>, o projeto de Agências Executivas perdeu força enquanto se fortaleceu o projeto de Agências Reguladoras. Assim, o Plano Diretor ao tratar de Agências Autônomas não faz uma vinculação direta e irrefutável ao projeto de Agências Reguladoras, muito pelo contrário.

O MARE foi extinto no final do primeiro mandato presidencial de Fernando Henrique, sendo transformado em um órgão vinculado ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, e cabe observar que a decisão inicial “de alocar a gestão administrativa e de pessoal em outro Ministério, e não numa secretaria vinculada à Presidência da República, reduziu as chances de sucesso da reforma”<sup>58</sup>. Isso porque, Bresser passou a depender do voluntarismo dos demais Ministérios para que o Plano Diretor fosse concretizado.

As diversas dificuldades para realização da Administração Pública Gerencial fizeram com que na verdade os mecanismos e objetivos propostos pelo Plano Diretor fossem aplicados de forma fragmentada e incompleta. O Brasil teve sucessivas reformas (1937-1967-1995) que criaram institutos jurídicos que hora se complementam e hora entram em conflito:

o fato é que o Brasil nunca teve o modelo burocrático de administração, ou qualquer outro, plenamente instalado. A nossa realidade administrativa tem se caracterizado, independentemente da intencionalidade das reformas e de seus eventuais êxitos e fracassos, pela convivência de modelos de administração incompletos, inconsistentes e superpostos. Não se pode efetivamente afirmar que a história administrativa brasileira se caracterize por ter passado por fases sucessivas: da administração patrimonial à administração burocrática que, no momento, deveria ser substituída pela administração gerencial.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC.** *Op. Cit.* pag. 34

<sup>57</sup> MARTINS, H. F. Reforma do Estado E coordenação Governamental: As Trajetórias das Políticas de Gestão Pública na Era FHC. In. ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (Orgs.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC.** *Op. Cit.* pag. 229-230; COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC.** *Op. Cit.*; PÓ, Marcos Vinícius; ABRUCIO, Fernando Luiz. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças.** *Op. Cit.* pag. 679-698.

<sup>58</sup> COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC.** *Op. Cit.* pag. 41. O autor também afirma que “A forma como o MARE foi desmembrado e incorporado ao MPOG mostra que se tratava de subordinar a concepção de reforma institucional, consubstanciada no Plano Diretor, à visão pragmática das áreas de planejamento e orçamento.” pag. 41

<sup>59</sup> LIMA JÚNIOR, Olavo de. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos.** *Op. Cit.* pag. 22. No mesmo sentido: REZENDE, Flávio da Cunha. Por que reformas administrativas falham? **Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2002, vol.17, n.50, pp. 123-142.**

O sistema jurídico brasileiro foi permeado por diversas concepções do *gerencialismo*, inclusive as com vertente neoliberal. Entretanto, a realidade nacional de diversas reformas inacabadas faz com que o sistema jurídico nacional seja formado por normas de origem distintas e com estruturas por vezes conflitantes, e é isso que se passa a analisar.

A pergunta é: quais consequências que as reformas inacabadas geraram para o Direito Administrativo brasileiro e em que isso influenciou o sistema das Agências Reguladoras?<sup>60</sup>

## 1. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS DE UMA REFORMA QUE NÃO SE CONCLUIU

As Agências Autônomas e o projeto das organizações sociais<sup>61</sup> foram apresentados no Plano Diretor como um dos principais meios para implantação da Administração Pública Gerencial, que seria este novo Estado eficiente e “menor” em sua estrutura<sup>62</sup>.

No grupo ligado às atividades exclusivas de estado, formado pelos entes da Administração Indireta, o intuito era “transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão”<sup>63</sup>. As Agências Autônomas foram pensadas como Agências Executivas, somente posteriormente que as Agências Reguladoras<sup>64</sup> ganharam destaque. Como dito o “enfoque contratual é um dos principais ingredientes da nova gestão pública, cujos princípios formam, grosso modo, a essência da “administração gerencial” proposta no Plano Diretor”<sup>65</sup>, neste contexto, o Contrato de Gestão seria a alma dessas atividades.

---

<sup>60</sup> Celso Antônio se remete de forma crítica as figuras introduzidas pela Reforma Administrativa: “as figuras mencionadas, componentes de uma pretensa reforma administrativa, são expressões de um movimento impulsionado pelo neoliberalismo. [...] Assim, surgiram expressões como “terceirização”, “parcerias”, “terceiro setor” que, como é natural, logo encantaram os novidadeiros.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. pag. 222-223.

<sup>61</sup> O Terceiro Setor não será aprofundado neste trabalho, ele será citado no que tange à participação da sociedade civil e para exemplificar as modificações no Direito brasileiro. Cabe lembrar que as Organizações Sociais ficariam a cargo das atividades não exclusivas de Estado.

<sup>62</sup> Outros projetos foram empreendidos, foi o caso da reforma fiscal.

<sup>63</sup> BRASIL. **Plano Diretor Da Reforma Do Aparelho Do Estado Presidência Da República**. pag. 46.

<sup>64</sup> Bresser apresenta em alguns textos como sendo instrumentos para reforma, mas não especifica em que momento as Agências Reguladoras ganharam primazia no Brasil. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da reforma do estado**; v. 1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. pag. 43.

<sup>65</sup> MARTINS, H. Falcão. **Reforma do Estado e coordenação governamental: as trajetórias das políticas de gestão pública na era FHC**. *Op. Cit.* pag. 229-230.

Se não houvesse independência financeira ficaria relativizada a autonomia das Agências Executivas<sup>66</sup>, mas a agenda de controle fiscal criou forte resistência aos planos de ampliar autonomia financeira através de contratos de gestão.

O principal ponto de conflito era a regularidade na transferência de recursos para a Agência Executiva por parte do Ministério da Fazenda. Ora, sem o controle do seu orçamento, a autonomia seria mera formalidade. Talvez esta seja a principal diferença entre os dois modelos. As Agências Reguladoras possuem uma base regular e independente de financiamento, baseada na cobrança de taxas dos setores regulados. Enquanto isso, as Agências Executivas, assim como as velhas autarquias e fundações, estão sujeitas ao contingenciamento.<sup>67</sup>

Na área ligada aos projetos de privatizações de setores de infraestrutura as Agências Reguladoras ganharam força, inclusive por sua vantagem no que diz respeito à autonomia financeira propiciada pelas taxas regulatórias que poderiam ser cobradas das futuras concessionárias. Tanto foi assim, que a primeira Agência Reguladora foi a Agência Nacional de Energia Elétrica, que serviu de molde para as que vieram depois<sup>68</sup>.

No entanto, diante da já apontada implantação fragmentada de institutos gerenciais, as Agências Executivas não foram abandonadas por completo. Isso fez com que dispositivos normativos fossem criados para permitir sua implantação, assim como para tentar instituir sistemas de controle através do resultado dentro de órgãos públicos e associações civis em parceria com o Estado, as Organizações Sociais citadas no Plano Diretor.

## 1.1 O CONTRATO DE GESTÃO

As Agências Autônomas seriam as futuras Agências Executivas, entidades de direito público da Administração Direta (autarquias e fundações) que ganhariam autonomia gerencial frente ao Executivo central. Para tanto, seria necessário modificações no direito positivo brasileiro.

A inovação normativa criada foi o contrato de gestão, que já vinha previsto no Plano Diretor. Estes contratos tem por finalidade ampliar a autonomia e permitir o controle através

---

<sup>66</sup> MARTINS, H. Falcão. **Reforma do Estado e coordenação governamental: as trajetórias das políticas de gestão pública na era FHC.** *Op. Cit.* pag. 238. COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC.** *Op. Cit.* pag. 38.

<sup>67</sup> COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC.** *Op. Cit.* pag. 38. No mesmo sentido: REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que reformas administrativas falham?** *Op. Cit.*

<sup>68</sup> Em interessante passagem Martins aponta como Fernando Henrique teve que atuar na função de arbitro entre seus ministérios, pois Bresser se pôs contra o Projeto de Lei que daria origem à ANEEL. MARTINS, H. Falcão. **Reforma do Estado e coordenação governamental: as trajetórias das políticas de gestão pública na era FHC.** *Op. Cit.* pag. 242.

dos resultados, tema que se tornou recorrente no direito administrativo, com visões que vinculam a flexibilização do controle por resultado à maior eficiência administrativa<sup>69</sup>. A própria propostas do *gerencialismo* ligada a “contratualização do controle” é citada por Di Pietro<sup>70</sup>, assim como o controle pelo resultado é analisado por Diogo de Figueiredo<sup>71</sup> como sendo um novo paradigma do direito administrativo.

Podemos adotar o conceito proposto por Oliveira:

o contrato de gestão de base constitucional pode ser definido como um instrumento originário da administração por objetivos, por meio do qual são ampliadas as autonomias gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração pública, com a estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados, os quais deverão ser atingidos a partir da execução de uma série programada de atos (programação derivada), cuja finalidade é conferir efetividade a planos, programas e políticas públicas (programação originária), promovendo assim a eficiência na gestão pública.<sup>72</sup>

Di Pietro esclarece que o termo contrato de gestão é utilizado “tanto para designar parcerias do Poder Público como órgão da própria Administração direta e com entidades da Administração indireta, com parceria com entidade do terceiro setor, no caso, a chamada organização social”<sup>73:74</sup>. A autora observa que o instituto “inspirado no direito estrangeiro, adapta-se mal à rigidez de nosso direito positivo”<sup>75</sup>.

Antes mesmo de qualquer Emenda Constitucional (EC), tivemos o Decreto n° 137/91 e o Decreto n° 1040/94 autorizando contratos de gestão na Administração Indireta, um dos primeiros foi com a Vale do Rio Doce e com a Petrobrás. Todavia, como observa Di Pietro, “no afã de copiar modelos do direito estrangeiro, foram sendo criadas situações à margem da

<sup>69</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pag. 603.

<sup>70</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2011. pag. 259.

<sup>71</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado**. *Op. Cit.* 123-140.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato De Gestão E Modernização Da Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n° 8, dezembro 2006/ janeiro/ fevereiro 2007**. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessando em: 21/01/2015. pag. 13.

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. *Op. Cit.* pag. 255

<sup>74</sup> O Contrato de Gestão não apresenta partes com interesses antagônicos, assim como não existem prestações recíprocas. Por tal motivo parte da doutrina não classifica este ajuste como sendo um contrato, fala-se que é um ato complexo (convênio ou consórcio)

<sup>75</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. *Op. Cit.* pag. 256

lei<sup>76</sup>, pois os contratos de gestão, criados por tais decretos ampliavam a autonomia das empresas estatais esbarrando em suas leis instituidoras.

Posteriormente, foi criada a lei n° 9649 de 27/05/1998, que criou a figura do Contrato de Gestão para Administração Pública Indireta autárquica e fundacional em seus art. 51 e art. 52. Por sua vez, o Contrato de Gestão para Organizações Sociais foi criado pela lei n° 9637 de 15/05/1998<sup>77</sup>. Porém, o dispositivo normativo de envergadura constitucional para a inacabada reforma gerencial foi o art. 37, §8 da Constituição Federal, incluído pela EC n° 19 em 04/06/1998, somente com este dispositivo se deu constitucionalidade ao Contrato de Gestão:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998)

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

É cabível afirmar que as normas anteriores à esta emenda são inconstitucionais, por esbarrarem no princípio da legalidade e no art. 37, II, XIX e XX<sup>78</sup> da Constituição. Parte da doutrina, dando maior peso ao princípio da legalidade, entende que mesmo após a Emenda n° 19 referidos acordos não podem contrariar normas legais<sup>79</sup>. Por sua vez, outros apresentam o princípio da eficiência como fundamento para o controle pelo resultado e essa forma de controle deve ser interpretada de forma harmônica com o controle de legalidade, deste

<sup>76</sup> *Idem. Op. Cit.* pag. 262

<sup>77</sup> Posteriormente o Contrato de Gestão também foi previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar n° 101 de 2000 - art. 47.

<sup>78</sup> CF - II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998)

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** *Op. Cit.* pag. 265; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** *Op. Cit.* pag. 221. Cabe deixar claro que Celso Antônio faz forte crítica ao instituto e afirma que autonomia da Administração Indireta não pode ser ampliada por contrato, apenas a lei pode definir os limites de atuação destas entidades.

raciocínio fundamentam a constitucionalidade e legalidade do Contrato de Gestão<sup>80</sup>. Para essa vertente interpretativa a legalidade pode ser aplicada juntamente com as premissas do Contrato de Gestão, sendo a discussão uma questão muito mais de equilibrar os princípios do que de focar na legalidade e no ideal de liberdade positiva da Administração Pública<sup>81</sup>.

No entanto, em que pese as divergências entre os estudiosos, o direito positivo pátrio adota o princípio da legalidade para criar, instituir e normatizar os Entes da Administração Indireta (art. 37, XIX e XX da Constituição), o sistema de controle previsto originalmente na Constituição não é o controle por resultado, é o controle por sistemas legais rígidos preestabelecidos, o que se choca com a base do contrato de gestão. Por tal motivo que Di Pietro identifica clara ilegalidade nos decretos que aumentavam autonomia e modificavam competências previstas em lei e na Constituição.

A questão é que estamos mais uma vez diante de reformas sobrepostas, enquanto o referido Contrato de Gestão se liga às reformas gerenciais da década de 1990, com influência das reformas inglesas e americanas, o sistema de direito administrativo brasileiro se vincula aos procedimentos de controle preestabelecidos pela Constituição e pelas leis.

A Constituição originária de 1988 se moldava melhor ao Decreto Lei nº 200/67 do que às pretensões gerenciais. Em razão disso Emendas Constitucionais foram necessárias, tanto as que visavam modificar o regime jurídico administrativo<sup>82</sup>, como as que pretendiam diminuir a intervenção do Estado nos setores econômicos<sup>83</sup>. Em 1963, estudos para reforma do aparelho do Estado também foram iniciados e culminaram no Decreto Lei nº 200/67, cabe destacar

---

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato De Gestão E Modernização Da Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 8, dezembro 2006/ janeiro/ fevereiro 2007**. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessando em: 21/01/2015. pag. 21. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado**. *Op. Cit.* pag. 133-135.

<sup>81</sup> A vinculação da Administração Pública ao princípio da Legalidade é apresentada como liberdade positiva, pois se diz que a Administração Pública pode fazer apenas o que a lei permite. Por sua vez, a liberdade dos cidadãos é apresentada como liberdade negativa, uma vez que esses só não podem realizar o que a lei expressamente proíbe. Essa classificação rígida sofre várias críticas na atualidade, tendo autores que demonstram como a realidade Administrativa não está vinculada apenas a lei e ao ideal de Liberdade Positiva. Para aprofundar o tema: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. 2ª edição, Rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>82</sup> A EC nº 19 definiu as áreas que sofreriam modificações: “Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências”.

<sup>83</sup> P.ex.: Emenda Constitucional nº 5, de 15.08.95; Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95; Emenda Constitucional nº 7, de 15.08.95; Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.95; Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.95; Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.02.

como importantes características desta norma sua finalidade de ampliar o controle sobre a Administração Indireta, aumentar sua eficiência e também expandi-la<sup>84</sup>.

Como consequência Administrativa ocorreu a ampliação do Estado neste período, por sua vez, os reflexos jurídicos do Decreto Lei nº 200/67 foram vários, mas o que desperta maior interesse para esse trabalho é a centralização do controle no Executivo central.

A supervisão ministerial é prevista do Decreto Lei e como referência a centralização pode ser citados o art. 26, §1, I, que garantem aos Ministros a intervenção, por motivo de interesse público. Também cabe citar o art. 170 que abre espaço para advocatória pelo presidente da república de qualquer decisão na Administração Federal<sup>85</sup>.

Como bem observado por Resende:

As organizações sociais, as agências executivas e regulatórias, bem como outros procedimentos gerenciais, na percepção dos atores – sobretudo aqueles que mais de perto associam *performance* a ajuste fiscal –, causariam impacto na velha ordem burocrática herdada do decreto lei 200/67 e, porque não dizer, da cultura do patrimonialismo brasileiro, tão discutido pelos analistas da burocracia.<sup>86</sup>

A Constituição de 1988 quando promulgada apresentou em seu art. 84, II um forte princípio hierárquico ao definir que cabe ao Presidente “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”. As afinidades da Constituição com as diversas normas no Decreto Lei fazem com que a doutrina jurídica entenda que houve a sua recepção. Portanto, por ser compatível com as regras e princípios constitucionais, ele ainda se encontra em vigor.

Da interpretação deste princípio constitucional é que o Supremo Tribunal Federal interpretava inconstitucional leis que fixassem nomeação a termo, tendo inclusive súmula sobre o tema<sup>87</sup>. Porém, estas regras e princípios se chocaram com as regras e princípios trazidos pelas reformas gerenciais, assim como também não estão em perfeita sintonia com o regime de Contrato de Gestão e sua proposta de autonomia, contratualização e controle por resultado.

---

<sup>84</sup> WARLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas. Uma apreciação geral. **Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 18, nº1, jan./mar de 1984.** pag. 4.

<sup>85</sup> Art. 26. Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: i) intervenção, por motivo de interesse público.

Art. 170. O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal.

<sup>86</sup> REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que reformas administrativas falham?** *Op. Cit.* pag. 132.

<sup>87</sup> Súmula 25 – STF - a nomeação a termo não impede a livre demissão pelo presidente da república, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.

A realidade é que as diversas reformas administrativas inacabadas aliadas a reformas jurídicas mal encaminhadas e ao instituto da recepção, fazem com que tenhamos diversos problemas normativos que são jogados aos operadores do direito e suas instituições.

O Contrato de Gestão é apresentado por Di Pietro como um instituto difícil de ser aplicado devido nossas origens, “as dificuldades não são pequenas para o estudioso do direito, em face de um sistema jurídico-constitucional rígido, que praticamente fecha todas as portas para qualquer tipo de flexibilização”<sup>88</sup>. O motivo desta realidade envolve justamente o que se apresentou até este momento, a realização de reformas administrativas e jurídicas sobrepostas, que fazem com que as Instituições Jurídicas (Tribunais, Ministério Público, Defensoria, Advocacia) tenham que moldar novas e velhas normas à realidade atual.

Outros exemplos de dificuldades jurídicas que surgiram com a Reforma Gerencial foram:

(1) O Contrato de Gestão ligado às Organizações Sociais deu origem à ADI n° 1923<sup>89</sup> e diversos questionamentos sobre a viabilidade de conceder dinheiro e bens públicos para entes privados foram suscitados. Conforme se verá, hoje a Lei n° 13.019/2014 parece representar uma retração na política de flexibilidade no projeto de Organizações Sociais (ao menos no que se refere às OSCIPs), uma vez que, prevê procedimentos mais rígidos para garantir o controle das verbas públicas geridas por tais entidades (v. Cap. 2 – 2.2);

(2) EC n° 19/1998 que revogou o Regime Jurídico Único (RJU) ao alterar o caput do art. 39 da Constituição. Após essa emenda seria possível regimes funcionais diferentes dentro de uma mesma estrutura administrativa.<sup>90</sup> Diante dessa flexibilização o Poder Executivo Federal iniciou processos para inserir o regime celetista em diversas entidades da Administração Direta e Indireta. Porém, a modificação constitucional deu origem à ADI n° 2135<sup>91</sup> no ano de 2000, que questionou a constitucionalidade da Emenda n° 19 de 1998. Em agosto de 2007, o Plenário do Supremo deferiu, por maioria, liminar para suspender a

---

<sup>88</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** *Op. Cit.* pag. 256.

<sup>89</sup> A ADI foi ajuizada pelo PT, na ação se questiona a constitucionalidade da Lei n° 9.637/98, um dos marcos regulatórios do Terceiro Setor, por regular as Organizações Sociais. A norma trata das exigências feitas às entidades sem fins lucrativos para que possam obter o título de Organização Social e abre a possibilidade até de concessão de bens públicos e servidores públicos para estas instituições.

<sup>90</sup> Ainda que pese grande divergência sobre a melhor interpretação do dispositivo que tinha revogado o RJU, o foco do Poder Executivo era ampliar o regime celetista para maior parte da Administração Pública.

<sup>91</sup> ADI 2135 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38,IV,b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2007. Publicação em 07/03/2008.

aplicação da referida emenda, com fundamento em inconstitucionalidade formal.<sup>92</sup> Portanto, durante quase dez anos foi aplicada a norma que permitia regimes diferenciados na Administração. Como a liminar não teve efeito retroativo, hoje existem funcionários alcançados pelas duas redações do art. 39, a originária e a propostas pela Emenda.

(3) No período que não estava vigente o RJU foi publicada a Lei nº 9.986/2000, compatível com a nova redação constitucional da época, que até a publicação da liminar na ADI nº 2135, era protegida pela presunção de constitucionalidade. Tratava sobre regime funcional das Agências Reguladoras e foi atacada pela ADI nº 2310, pois a lei instituía o regime celetista para os funcionários da Agência e se questionou se o exercício do poder de polícia poderia estar na mão de funcionários regidos pela CLT. O STF entendeu que é essencial para o exercício do poder de polícia que o regime de trabalho do agente público seja estatutário. Cabe citar a eterna discussão sobre delegação do Poder de Polícia para entidades privadas que ganhou força diante das propostas de delegação de atividades para iniciativa previstas no Plano Diretor<sup>93</sup>.

(4) a questão da autonomia das Agências Reguladoras através de mandados fixos de seus dirigentes, que deu origem à ADI nº 1949 que questionou esse sistema frente ao já citado art. 84, II, que garante ao presidente a direção superior da administração federal. Conforme será apresentado, a busca pela autonomia gerencial aplicada às Agências gerou forte incongruência na jurisprudência do Supremo Tribunal (v. Cap. 3).

(5) as Reformas Gerenciais no que diz respeito a menor intervenção direta do Estado na economia e sociedade também geraram diversas disputas acadêmicas na Teoria do Direito Administrativo e Constitucional, p.ex.: (5.1) a discussão sobre a revisão do Princípio da

---

<sup>92</sup> Notícia publicada no site do STF resume perfeitamente a questão: “Na sessão desta tarde, o ministro Cezar Peluso, em seu voto-vista, disse acreditar que o voto do ministro relator, Néri da Silveira (aposentado), teria dado uma solução correta à controvérsia. Ele ressaltou o fato de que a proposta de alteração do caput do artigo 39 da Constituição Federal não foi aprovada pela maioria qualificada (3/5 dos parlamentares) da Câmara dos Deputados, em primeiro turno, conforme previsto no artigo 60, 2º, da própria Constituição. Ao elaborar o texto enviado para votação em segundo turno, relatou Cezar Peluso, a comissão especial de redação da Câmara dos Deputados teria deslocado o parágrafo 2º do artigo 39 – que havia sido aprovado, para o lugar do caput do artigo 39, cuja proposta de alteração havia sido rejeitada no primeiro turno. O ministro frisou que o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em seu artigo 118, assenta que não há como se fazer essa transposição por mera emenda redacional. [...] Dessa forma, por oito votos a três, o Plenário deferiu medida cautelar para suspender o caput do artigo 39 da Constituição Federal, voltando a vigorar a redação anterior à EC 19/98. A ministra Ellen Gracie, ao proferir o resultado do julgamento, esclareceu que a decisão tem efeito ex-nunc, ou seja, passa a valer a partir de agora. Com isso, toda a legislação editada durante a vigência do artigo 39, caput, com a redação da EC 19/98, continua válida, explicou a ministra, ressaltando que, dessa forma, ficam resguardadas as situações consolidadas, até o julgamento do mérito.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70650&caixaBusca=N>

<sup>93</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: porque não? **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 252. Rio de Janeiro: FGV/Editora Rio. Set./Dez. de 2009. p. 97-118.

Legalidade devido o exercício de maior poder normativo por entidades do Executivo, o que se apresentou como Teoria da Deslegalização (v. Cap. 3)<sup>94</sup>; (5.2) a inserção, por diversos autores, do princípio da subsidiariedade como um novo princípio do Direito Administrativo (v. Cap. 1 e 2).

(6) Por fim, podemos citar a ausência de uma política regulatória de Estado claramente definida e prevista em Lei, o que temos são diversas leis constituindo Agências Reguladoras, porém sem a definição de normas gerais para atuação destes Entes ou para garantir seu controle (este tema será abordado no próximo tópico).

Destes exemplos, os que são intimamente ligados as Agências Reguladoras serão tratados no decorrer do trabalho e suas dificuldades frente ao sistema jurídico pátrio serão analisadas. No que se refere ao Contrato de Gestão, como visto, ele é um instrumento novo no Direito Administrativo, enfrenta diversas dificuldades e foi proposto inicialmente para Agências Executivas. Contudo, seu modelo também se inseriu nos debates sobre Agências Reguladoras, uma vez que a autonomia e controle por resultado são temas presentes em ambas as instituições. Mas antes de tratar do Contrato de Gestão nas Agências Reguladoras cabe apresentar melhor seu surgimento e suas características.

## 1.2 FINALMENTE, AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme apresentado por Nunes<sup>95</sup>, apesar de todos os esforços no sentido de reformular o sistema de controle sobre os serviços públicos no Brasil, somente em 31 de maio de 1996 que o Conselho de Reforma do Estado (CRE) recomendou de forma oficial uma série de princípios que os órgãos reguladores deveriam seguir: autonomia decisória, autonomia financeira, função arbitral, direção por colegiado e participação social. Porém, apesar dessas diretrizes razoavelmente refletirem as características das Agências Reguladoras, segundo Nunes, o CRE estava desalinhado com os Ministérios, o que fez com que os projetos internos

---

<sup>94</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.*; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.*; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. *Op. Cit.*

<sup>95</sup> “O órgão responsável pelo processo de reflexão e debate político sobre os novos marcos regulatórios para o serviço público no Brasil não interagiu com os departamentos e órgãos setoriais responsáveis por pensar e implementar o processo de reestruturação exigido para cada setor.” NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007. Pag. 47-48.

a cada Ministério já estivessem em andamento de forma independente, portanto havia uma segmentação “dentro do próprio governo Cardoso”<sup>96</sup>.

A falta de diálogo dos Ministérios com os órgãos da reforma (CRE e MARE) fez com que não houvesse uma norma geral sobre regulação e interação entre entidades reguladoras, o que levou a falta de uma política regulatória pensada de forma geral. Reflexo desse histórico foi que a primeira lei geral sobre Agências Reguladoras só foi publicada em 18/06/2000, quando já existiam 6 das 10 Agências Reguladoras existentes na atualidade. Esta norma foi a Lei nº 9986/00, e vale lembrar que nem mesmo ela teve enfoque na regulação, no intuito de definir balizas para o poder normativo e o controle do setor ou das próprias Agências, sua finalidade foi trazer normas sobre “gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras”.

Por sua vez, até 2014 não existia uma lei geral sobre controle das Agências Reguladoras, o que há são Projetos de Leis, p.ex.: (1) PL nº 3337/04, que trata sobre “a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras” – mas a Presidente Dilma Rousseff pediu sua retirada da pauta do Congresso; (1) PL nº 284/10 que visa ampliar a publicidade dos atos nas Agências Reguladoras e garantir maior participação de órgãos de defesa do consumidor junto às entidades.<sup>97</sup>

Portanto, o Projeto de Agências Reguladoras no Brasil não foi pensado de forma unificada, o que de fato ocorreu foi o encaminhamento fragmentado em cada burocracia Ministerial<sup>98</sup>. Cabe afirmar que as Agências Reguladoras no Brasil são apenas aparentemente uniformes, contendo motivações e contextos distintos para sua criação. Diante desta fragmentação que parece razoável adotar a posição de Pó e Abrucio, que dividem o estudo das Agências em três gerações, que segundo os autores são caracterizadas por motivações distintas para criação destes entes.

Na primeira geração (entre 1996 e 1997) estão incluídas as Agências relacionadas a privatização e quebra de monopólios. Nesse primeiro momento foram criadas a Agência

---

<sup>96</sup> *Idem.* pag. 48.

<sup>97</sup> Também houve forte discussão sobre o controle das Agências Reguladoras quando a ANVISA proibiu aditivos como mentol e cravo em cigarros. Desta discussão o parlamentar Arthur Oliveira Maia (PMDB-BA) afirmou que apresentaria projeto de lei e que “na falta de regras gerais, as agências têm legislado e criado normas que deveriam ser decididas pelos parlamentares”. Câmara Notícias. 08.08.2013. Notícia Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/448805-DEPUTADO-VAI-APRESENTAR-PROJETO-PARA-AGENCIAS-REGULADORAS-ATE-O-FIM-DO-ANO.html>

<sup>98</sup> NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional.** *Op. Cit.* pag. 48 e 130; Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças.** *Op. Cit.* pag. 683. ABRANCHES, S. H. H. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. **Revista do Serviço Público, v. 50, n. 2, abr./jun. 1999.** pag. 21.

Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP)<sup>99</sup>.

Na segunda geração (entre 1999 e 2000) foram as Agências criadas para regular os setores já inseridos na iniciativa privada, porém que mereciam especial atenção do Estado devido sua importância social. Foi o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ligadas ao Ministério da Saúde.<sup>100</sup>

Na terceira geração (entre 2001 e 2002), “apresenta uma grande mistura de finalidades e áreas de atuação”<sup>101</sup>, o que faz com que os autores entendam que houve a perda de referencial quanto a regulação de mercados, o que parece correto uma vez que a grande diversidade de Agências neste período demonstram sua presença até mesmo na área de fomento cultural e de proteção ambiental, o caso da Agência Nacional do Cinema (Ancine) e da Agência Nacional de Águas (ANA). Além destas, tivemos nessa fase: Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (Antaq). Neste grupo também pode ser inserida a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) criada em 2006.

---

<sup>99</sup> Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças.** *Op. Cit.* pag. 683.

<sup>100</sup> *Idem.* pag. 683.

<sup>101</sup> *Idem.* pag. 683.

Os autores apresentam o seguinte quadro comparativo:

Quadro 1				
Relação das agências reguladoras				
Agência	Ministério relacionado	Lei de criação nº	Decreto de instalação nº	Tipo de regulação
Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Minas e Energia	9.427, de 26 de dezembro de 1996	2.335, de 6 de outubro de 1997	Econômica
Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)	Comunicações	9.472, de 16 de julho de 1997	2.338, de 7 de outubro de 1997	Econômica
Agência Nacional do Petróleo (ANP)	Minas e Energia	9.478, de 6 de agosto de 1997	2.455, de 14 de janeiro de 1998	Econômica
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)	Saúde	9.782, de 26 de janeiro de 1999	—	Social
Agência Nacional de Águas (ANA)	Meio Ambiente	9.984, de 17 de julho de 2000	3.692, de 19 de dezembro de 2000	Social (ambiental)
Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	Saúde	9.961, de 28 de janeiro de 2000	3.327, de 5 de janeiro de 2000	Econômica e social
Agência Nacional de Transportes Aquáticos (Antaq)	Transportes	10.233, de 5 de junho de 2001	4.122, de 13 de fevereiro de 2002	Econômica
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	Transportes	10.233, de 5 de junho de 2001	4.130, de 13 de fevereiro de 2002	Econômica
Agência Nacional do Cinema (Ancine)	Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	MP nº 2.228, de 6 de setembro de 2001	—	Social (incentivo)
Agência Nacional de Aviação Civil (Anac)	Defesa	11.182, de 27 de setembro de 2005	5.731, de 20 de março de 2006	Econômica

Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz<sup>102</sup>

Essa mistura de diversas áreas em que foram inseridas as instituições e aliado a planejamento jurídico pouco eficiente gerou algumas questões quanto à eficiência das Agências Reguladoras Autônomas em certas áreas, pois “Copiavam-se simplesmente instituições em contextos e problemas muito diferentes.”<sup>103</sup>

A título de exemplo, pode-se citar Aragão, que identifica alguns desses problemas jurídicos:

(1) No que se refere a ANA, o autor afirma que “a quantidade de órgãos e entidades envolvidos é um dos fatores que faz com que a ANA tenha, se comparada com as demais agências, o arcabouço institucional mais intrincado”, assim como o autor identifica a falta dos Planos de Recursos Hídricos previstos em lei como um fator para complicar ainda mais a

<sup>102</sup> *Idem.* pag. 685.

<sup>103</sup> *Idem.* pag. 684.

atuação desta agência<sup>104</sup>. Uma vez que, a Agência foi criada sem nem mesmo haver uma Política Nacional de Recursos Hídricos.

(2) no que se refere à ANTT e a ANTAQ o autor informa que o projeto de lei foi pensado para ser apenas uma Agência, mas por emenda parlamentar houve a cisão nestas duas Agências, “o que certamente propiciaria questionamentos quanto à constitucionalidade da lei frente ao art. 61, §1, E da CF”<sup>105</sup>, mas segundo o autor essa questão foi sanada pela Medida Provisória nº 2217-3/01.

Pode-se dizer que os setores que seriam privatizados sofriam maior pressão por projetos que garantissem menor intervenção do Estado e estabilidade para os agentes econômicos, o que parece ter feito com que as Agências Reguladoras ganhassem força nos projetos encaminhados nestes Ministérios. Deste contexto surgem as Agências Reguladoras de primeira geração, sendo a ANEEL o primeiro modelo brasileiro e que teve sua estrutura basicamente seguida pelas demais Agências Reguladoras.

Em razão disso, como principal objeto deste trabalho foi proposto o estudo da ANEEL. O foco da pesquisa proposta neste trabalho será a primeira geração de Agências que tem como principal motivação o fortalecimento da credibilidade junto aos investidores internacionais para captação de recursos. Conseqüentemente, o principal enfoque era a proteção do mercado no intuito de garantir estabilidade política e manutenção de contratos:

O formato institucional, com diretores escolhidos pelo presidente, aprovados pelo Senado e gozando de mandato fixo eram elementos fundamentais para a credibilidade dos investidores em uma estabilidade das regras. A preocupação maior, nesses casos, era econômica: além da obtenção de recursos para pagamento da dívida pública, o argumento essencial relacionava-se à ausência de recursos governamentais para investimentos nesses setores. Nesse sentido, é interessante lembrar que o desenho da Anatel contou com a participação de consultorias internacionais.<sup>106</sup>

Neste mesmo sentido, Nunes esclarece que em 1993 o Relatório do Banco Mundial, *The World Bank's Role in the Electric Power Sector*, exigia que fosse feito um processo de desestatização no setor de energia elétrica, e que fossem criados mecanismos para evitar a interferência governamental “nas operações cotidianas das empresas do setor”<sup>107</sup>. Assim, a

<sup>104</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.* pag. 291.

<sup>105</sup> *Idem.* pag. 292.

<sup>106</sup> Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças**. *Op. Cit.* pag. 683.

<sup>107</sup> NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. *Op. Cit.* pag. 55.

criação da ANEEL serviu para o governo federal demonstrar aos “grupos de interesse, com capital potencial para financiamento ou investimento no setor”<sup>108</sup> que passaria a prezar pela autonomia dos Entes reguladores.

A própria literatura jurídica identifica esse processo de captação de recursos e investimentos internacionais como motivação para surgimento das Agências Reguladoras<sup>109</sup>. Entretanto, as análises jurídicas não costumam apresentar essa separação de Agências em categorias ou gerações. Também cabe advertir que a necessidade de captação de recursos é mais forte quanto às Agências de primeira geração, pois estas se inserem no movimento de desestatização (v. Cap. 2 – item 2.6.3).

Os textos jurídicos normalmente apresentam as Agências Reguladoras como se fossem estruturas integrantes de uma teoria geral das Agências Reguladoras, o que de fato a doutrina procura criar. Contudo, devido à diversidade dos setores regulados, a categorização como Agência Reguladora é mais pertinente para demonstrar que se trata de uma instituição com autonomia e poder normativo, do que necessariamente para dizer que são instituições similares.

A literatura jurídica nacional apresenta as Agências Reguladoras como instituições que foram construídas com autonomia reforçada para normatização e controle de setores específicos da economia ou da prestação de serviços públicos<sup>110</sup>. O objetivo era afastar das Agências influências políticas que inibissem sua eficiência ou independência técnica. Tal característica é definida como autonomia, mas conforme se demonstrará, essa autonomia é melhor caracterizada como insulamento político/burocrático.

Os defensores das Agências argumentam que há um déficit da atuação parlamentar, que surge devido à falta de *expertise* técnica dos membros do Congresso, ou devido à própria natureza prolongada dos procedimentos parlamentares<sup>111</sup>. No que se refere à Administração Direta, parcela dos estudiosos criticam os fortes entraves causados pelo excesso de

---

<sup>108</sup> *Idem.* pag. 130.

<sup>109</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição.** *Op. Cit.* pag. 253; GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios.** *Op. Cit.* pag. 61; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Estadual das Concessões. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n° 65, 2010.** Disponível em: <http://download.rj.gov.br>. pag. 184.

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras.** *Op. Cit.* pag. 7; BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo - RDA, n° 240, abr.-jun. 2005.** pag. 7.

<sup>111</sup> Neste sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico.** 3ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 69-72. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°. 13, Fevereiro, 2008. pag. 8.

procedimentos e a pouca abertura democrática, o que dificulta o acompanhamento das necessidades de mercado e da sociedade, que por vezes necessitam de decisões flexíveis e rápidas, ou de decisões mais porosas aos anseios sociais.

O discurso de parte da doutrina pode ser condensado em Diogo de Figueiredo ao tratar de regulação e das entidades independentes. O autor fixa os argumentos em favor da regulação por entidades autônomas com amplo poder normativo nestes termos:

Necessita de uma abertura legislativa mais ampla de um dilatado espaço decisório técnico, para que, dentro de seus limites, especificados em lei, o agente regulador possa tomar as decisões técnicas, para as quais o legislador não define quaisquer parâmetros específicos, tanto por causa da complexidade tecnológica como da mutabilidade envolvida para a tomada de decisão, ao que se acrescenta, cada vez mais, a necessidade de negociação e de ponderação administrativa de um conjunto de interesses simultaneamente protegidos.<sup>112</sup>

*A contrario sensu*, conforme será aprofundado (v. Cap. 2 e 3), não há pouca democracia na Administração Direta, uma vez que a o poder executivo necessita de leis para agir, sua atuação está de acordo com a democracia representativa. Na verdade, o que pode ser sustentado é a ampliação de instrumentos de democracia participativa, inclusive porque não é o pluralismo do Estado que leva ao déficit democrático do Executivo central, nem a estrutura das Agências é necessariamente mais adequada para conjugar interesses conflitantes.

No que se refere à garantia de maior participação nas Agências, esse argumento deve ser sopesado com o histórico de formação do Estado brasileiro e suas instituições burocráticas, pois essa formação não ocorreu através de um confronto com forças da sociedade civil em busca de maior liberdade e controle sobre este mesmo Estado<sup>113</sup>. Identifica-se como principal marco do início de um aparato administrativo burocrático o governo Vargas em 1939, através da racionalização de procedimentos, controle e profissionalização<sup>114</sup> (v. Cap. 2 e 3).

---

<sup>112</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acessado em: 26 de janeiro de 2015. pag. 4.

<sup>113</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. *Op. Cit.* pag. 122. “[...] no Brasil não teria ocorrido a formação de uma burocracia concebida para regular as esferas da vida social a partir do embate de forças políticas na “sociedade civil”. Tivemos a formação desta burocracia centrada no próprio Estado e nas forças que se articularam no interior desse Estado”

<sup>114</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.*; COSTA, V. M. F. **A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC**. *Op. Cit.* REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que reformas administrativas falham?** *Op. Cit.*

Desta forma, as Agências Reguladoras foram criadas em um contexto de redução da intervenção do Estado na atividade econômica, típico do neoliberalismo e com dois fundamentos básicos que se conjugam: (1) instrumento para o Estado dar maior eficiência à fiscalização e ao controle da atividade econômica; (2) devido as próprias exigências de mercado, que podem ser fundamentadas na Constituição de 1988 (principalmente após as emendas da década de 90), deve estar, preponderantemente, sendo executada pela iniciativa privada<sup>115</sup>. Portanto, as Agências têm por função o controle de serviços públicos e da atividade econômica.

Tais argumentos reproduzidos em diversos trabalhos ganham especial contorno quando aliados ao clássico clientelismo e patronagem presentes no Histórico das instituições brasileiras, fazendo com que relações interpessoais sejam superiores às determinações legais e à eficiência na busca do interesse público<sup>116</sup>.

Se a afirmativa de Roberto Barroso de que “O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza”<sup>117</sup> é verdadeira, isso se dá em muitos pontos devido as referidas práticas clientelistas inserida na política brasileira. Em razão disto, os documentos institucionais da década de 90 resgatam uma luta institucional, que vinha sendo desenvolvida desde a década de 30, contra tais práticas.

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, que visa justificar as reformas da década de 90, têm passagens com forte crítica à cultura clientelista:

Este “Plano Diretor” procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados.<sup>118</sup>

As Agências, independentemente da autonomia reforçada (que se transformou em insulamento político ou insulamento burocrático), por serem entes governamentais devem ser

---

<sup>115</sup> Argumento recorrente é dizer que a iniciativa privada é mais eficiente, mas se for tão mais eficiente temos que compreender porque seria necessária a fiscalização de um Estado que em tese é menos eficiente. Entender a discussão sobre eficiência Estatal e de Mercado, e suas interações é essencial, uma vez que visões extremistas beiram a pura ideologia. Voltaremos ao tema oportunamente.

<sup>116</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático.** *Op. Cit.*

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras.** *Op. Cit.* pag. 3.

<sup>118</sup> BRASIL. **Plano Diretor Da Reforma Do Aparelho Do Estado Presidência Da República.**

submetidas ao controle e testadas diante de uma forma específica de controle, o social. Em razão disso, vários instrumentos foram construídos pela legislação de criação destas entidades, tais como as ouvidorias, as audiências públicas e consultas públicas, todos visando ampliar sua legitimidade democrática, que também encontra fundamento na escolha de seus dirigentes pelo Chefe do Executivo e posterior aprovação pelo Senado.

A construção da burocracia moderna, segundo Weber, é calcada no controle da sua dominação frente aos cidadãos através dos agentes públicos eleitos, no Legislativo e no Executivo (democracia representativa). Todavia, o plano de fundo destas mudanças institucionais, brevemente já apresentado, demonstra que as Agências Reguladoras visam justamente se insular frente às influências destes poderes (v. Cap. 1).

A característica autônoma das Agências fez com que se gerasse um rearranjo da Administração Pública, que passou a ser chamada no Direito Administrativo, de Administração Pública Policêntrica<sup>119</sup>. Nosso histórico institucional recorrentemente caminhou para o insulamento burocrático frente as demandas sociais, construindo ilhas de excelência técnica protegidas dos interesses políticos, sejam legítimos ou não (v. Cap. 2).

A preocupação com a eficiência do Estado foi tamanha na década de noventa que se propôs a EC nº19 de 1998, que insere no caput do art. 37 o princípio da eficiência. O princípio da eficiência é apontado em diversos estudos<sup>120</sup> como uma das justificativas para as Agências, ainda assim, é insuficiente na visão de diversos autores. Por tal motivo apresentam a participação democrática como possível solução para as dificuldades na inserção destas estruturas em ambientes democráticos.

O sistema administrativo brasileiro que gerou instituições com insulamento político/burocrático, também criou instrumentos para garantir a democracia participativa, dois conceitos que iremos aprofundar e analisar se podem ou não ser conjugados satisfatoriamente. O que faz com que a legitimidade pela democracia participativa ganhe destaque e relevo para fundamentar decisões judiciais, atuações administrativas e até mesmo atos legislativos<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. *Op. Cit.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.*

<sup>120</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.*; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.*; GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. *Op. Cit.*

<sup>121</sup> Vejam as obras: BINENBOJM, Gustavo (Coordenador). **Agências reguladoras e democracia**. 1ª Ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar; do mesmo autor veja **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. *Op. Cit.*; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, 47(1) Janeiro – Abril, 1996. Disponível na Internet: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=87>; GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos**

A ANEEL, por exemplo, apresenta uma grande quantidade de audiências e consultas públicas realizadas previamente a produção de decisões e normatizações que recaiam sobre o mercado regulado<sup>122</sup>. Vale lembrar que foi a primeira Agência Reguladora do país e não foi necessária Emenda Constitucional para criá-la, uma vez que a Constituição não definia este setor como sendo um monopólio público. O que difere da ANATEL e ANP, que por regularem atividades que antes eram exclusivas de Estado segundo a Constituição, sua criação depende de emendas desestatizantes (EC n° 8 e n° 9 de 1995).

Nunes identifica que o receio da Administração em criar entidades com alto grau de independência frente aos Três Poderes da República fez com que a ANEEL tivesse o Contrato de Gestão como exigência expressa em sua lei criadora<sup>123;124</sup>. Entretanto, a prática não continuou, e as outras duas agências de primeira geração não possuem previsão de Contrato de Gestão. Hoje, além da ANEEL, apenas três Agências têm previsão legal deste instituto: ANCINE, ANVISA e ANS.

Cabe ressaltar que diante da ausência (a) de uma norma geral de controle de Agências, (b) de uma norma geral sobre política regulatória e, (c) diante das dificuldades de harmonizar o sistema de controles legais rígidos com o sistema de controle por resultado, o Contrato de Gestão poderia trazer algumas respostas e soluções para o sistema caso os Ministérios tivessem concluído suas reformas gerenciais. De qualquer forma essa questão fica apenas no campo da suposição.

Mesmo diante das questões analisadas até este ponto do trabalho, existem autores que apresentam o Contrato de Gestão como uma boa opção para permitir maior qualidade no controle sobre Agências Reguladoras<sup>125</sup>, justamente como meio de permitir integração entre

---

**Regulatórios.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito administrativo, parte 1: estado gerencial brasileiro.** Rio de Janeiro: Impetus, 2009; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade.** *Op. Cit.*; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** *Op. Cit.*; PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>122</sup> A título de exemplo, a ANEEL realizou 124 audiências públicas no ano de 2013. Dados em: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=12&idPerfil=5&idiomaAtual=0>. Estes dados se referem a audiências que se iniciaram e terminaram no ano de 2013.

<sup>123</sup> NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional.** *Op. Cit.* pag. 133

<sup>124</sup> Lei n° 9.427/12/1996 - Art. 7° **A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão**, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional. (grifou-se).

<sup>125</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2ª edição. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 98; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico.** *Op. Cit.* pag. 383.

Agências Reguladoras e Ministério, inserindo o debate no campo do controle do Executivo sobre estas instituições. Em contraponto, é importante lembrar da advertência já feita no que se refere às dificuldades de aplicar esse instrumento diante do sistema normativo brasileiro rígido.

Diante das dificuldades, no caso das Agências Reguladoras que não têm obrigação legal de assinar Contrato de Gestão, alguns autores defendem uma “gambiarra jurídica” como solução, com a adoção do sistema previsto no art. 37, §8 e Lei n° 9649/98<sup>126</sup>. Portanto, seria o caso de Agências Reguladoras se transformarem também em Agências Executivas, o que, conforme visto, seria no mínimo uma brincadeira marota pregada pela história das instituições brasileiras.

Antes de aplicar o Contrato de Gestão, cabe lembrar que, os Ministérios não concluíram a reforma gerencial, assim como diversas Agências Reguladoras não apresentam Contrato de Gestão como uma obrigação legal. Este processo aliado à inexistência de uma norma geral com diretrizes básicas, fez com que parte do controle formal-institucional do Executivo sobre diversas Agências ficasse relegado ao debate sobre instrumentos clássicos como controle de legalidade e controle judicial.

Não se trata de falar que não sejam controles presentes e importantes, porém, muitas vezes são pensados e aplicados diante do modelo de controle hierárquico legal, mais condizente com o Decreto-Lei n°200 e não com as propostas de autonomia.

Por fim, passamos a analisar as demais partes deste trabalho com as seguintes conclusões em mente:

1 – a reforma gerencial não se concluiu no Brasil, o que não significa que, assim como outras reformas, não deixou suas marcas e propostas no sistema jurídico, principalmente no que se refere ao surgimento de diversas Teorias Jurídicas, à modificações legislativas e ao fortalecimento de ideias ligadas a desestatização.

2 – As Agências Reguladoras de primeira geração foram fruto do neoliberalismo e são pensadas para reger a relação Estado e mercado com enfoque na manutenção de contratos de concessão/permissão ou alienação. Cabe então questionar se os cidadãos entram apenas como terceiro interessados nessa equação, mas nunca como partes principais desta disputa<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.* pag. 383.

<sup>127</sup> Em entrevista concedida ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Joaquim Falcão, alerta para uma das consequências desta gênese focada na relação Estado e Mercado: “as agências, obretudo as de serviços públicos, obedecem a uma lógica segundo a qual o mercado atua melhor do que o Estado, desde que o mercado seja regulado. Todo sistema concorrencial do setor privado necessita de certo equilíbrio setorial, mas a finalidade

3 – as Agências Reguladoras não foram pensadas no Plano Diretor de Reforma, porém, devido sua maior autonomia financeira (propiciada pela taxa regulatória) e sua maior autonomia administrativa/normativa (mandato fixo dos dirigentes previsto em lei), superaram o projeto de Agências Executivas. Estas últimas tinham a desvantagem de depender do Contrato de Gestão, que não tem a mesma segurança jurídica de uma lei no que se refere à flexibilização de controle orçamentário e estabilidade dos dirigentes.

4 – as Agências Reguladoras não devem ser tratadas como um sistema unitário, justamente porque os Poderes Legislativo e Executivo ainda não se propuseram a agir neste sentido.

---

das agências não é somente a busca desse equilíbrio da concorrência entre as diversas entidades privadas que atuam naquele mercado. Tanto a concorrência leal quanto o equilíbrio setorial são meios, não a finalidade das agências. A finalidade delas é garantir a prestação de um serviço ao cidadão, ao consumidor. Existem interesses públicos e do consumidor que vão além de um mero equilíbrio setorial ou de uma concorrência legal.” Revista **IDEC** nº171 - Novembro 2012. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/revista/o-banco-que-voce-nao-ve/materia/agencias-reguladoras-e-os-direitos-do-consumidor>

## **CAPÍTULO 1 - A ESTRUTURA BUROCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ENTRA EM CONFLITO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO?**

A Constituição de 1988 contém um texto que é repleto de direitos de matrizes históricas distintas. Concilia-se a proteção das liberdades individuais da mesma forma com a proposta de um Estado social, promovendo-se a coexistência de princípios como a livre iniciativa, a função social da propriedade e a valorização do trabalho (art. 1 e art. 170).

No que se refere a forma de atuação do Estado frente à sociedade, o que se retira de um texto amplo e por vezes bem abstrato como o da Constituição Brasileira é que interpretações mais liberais são tão viáveis quanto as interpretações mais voltadas para um Estado social, a “Constituição nos informa a existência de uma dubiedade normativa da sua ordem econômica. De maneira que onde se lê algo pode ser lido outra coisa”<sup>128</sup>.

Esta natureza dúbia do texto constitucional garante que o debate entre Estado mínimo ou Estado máximo volte recorrentemente ao palco jurídico e das demais ciências sociais. Mas é claro que ainda que fosse viável um dos extremos, seria pouco provável sua realização na atualidade.

No Brasil, a Reforma do Estado e o crescimento das Agências Reguladoras deram-se durante os anos de 1990 impulsionados pelo discurso de modernização, eficiência e fim da corrupção. A solução encontrada foi “desburocratizar” o Estado através dos processos de desestatização, orientada pela retirada do Estado da execução de atividades antes por ele exercidas, somado a mecanismos de regulação e controle destas atividades, formando as bases para o que parte dos estudiosos chamam de Estado Gerencial ou *gerencialismo*<sup>129</sup>.

No que se refere à eficiência, duas observações devem ser feitas sobre o tema: 1) antes da Emenda nº19 de 1998 o princípio da eficiência já vinha previsto no texto originário da Carta no art. 74, II que trata de controle interno da administração pública; 2) a emenda 19 inseriu no art. 37 caput o princípio da eficiência, inserção que pode ser vista como louvável por alguns, mas que particularmente não apresenta ganhos reais, pois a razão impede que se pense em formar uma estrutura administrativa ou um Estado que seja ineficiente. Qualquer estrutura formada pelo homem busca ser bem sucedida em seus fins, portanto, não apresenta

---

<sup>128</sup> FONTES, André. A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 19

<sup>129</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato De Gestão E Modernização Da Administração Pública Brasileira**. *Op. Cit.*; PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma nova gestão pública. *Op. Cit.*; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma Gerencial do Estado de 1995**. Revista de Administração Pública, nº 34(4), julho. 2000. Outros termos também são empregados, como Administração Pública Gerencial.

sentido a inserção deste princípio, que é mera letra de lei e que já poderia derivar do ordenamento jurídico como um todo. Ao invés de inserir tal princípio na Constituição seria melhor nos questionarmos: o Estado é (in)eficiente para quem?

Feitas estas considerações preliminares, é importante deixar claro que o dito Estado “Gerencial” não deixa de ser um Estado Burocrático, é recorrente o equívoco doutrinário quando utiliza os termos “burocracia” ou “burocratização”, pois este conceito caiu na fala popular, ganhando contornos muito distintos do seu real significado para as ciências sociais. Diante disso, tem-se como objetivo, nesta parte do estudo, trazer a burocracia para o debate científico, demonstrando sua origem e seu conceito, para que se possa entender com maior precisão os reais contornos da Reforma do Aparelho Estatal e do Direito Administrativo.

Para isso vamos tratar de características das Agências Reguladoras, pois são as entidades que ganharam especial destaque nessa fase *gerencialista* do Estado Brasileiro e vamos recorrer a Max Weber, que é sem dúvida uma importante referencia teórica para quem quer tratar sobre o conceito de burocracia.

### 1.1 O QUE É A BUROCRACIA?

Trabalhar com categorias em que Max Weber é a principal referência é antes de tudo entender processos históricos relacionados ao Poder e a Racionalidade. A ideia de modernidade, que está vinculada a racionalização científica das ações humanas e a igualdade formal entre homens marca uma forte presença em Weber, seus trabalhos mostram uma profunda análise sobre as estruturas do Poder e as ações sociais para construção deste.

Para o autor, as ações sociais podem ser racionais, quando visam fins elaborados de forma consciente e calculada, escolhendo os melhores meios para alcançá-los; Podem ser afetivas quando são eminentemente caracterizadas pela emoção; Por fim, podem ser ações sociais tradicionais quando são orientadas pelos costumes. Nesta linha de raciocínio, a ordem que provém de uma relação associativa tem fundamento no conjunto de ações de seus membros, essa ordem, segundo Weber, pode nascer do acordo ou por imposição e submissão:

O poder governamental numa associação pode pretender para si o poder legítimo para a imposição de ordens novas. Chamamos constituição de uma associação a probabilidade efetiva de haver submissão ao poder impositivo do governo existente, segundo medida, modo e condições. A estas condições podem pertencer, especialmente, segundo a ordem vigente, a consulta ou o assentimento de

determinados grupos ou frações dos membros da associação, além de outras condições de natureza mais diversa<sup>130</sup>.

Weber usa o conceito de constituição empregado por Lassalle<sup>131</sup>, pois através de seu enfoque sociológico sua preocupação não é a Constituição escrita, mas sim as condições e limites em que “os membros da associação se submetem ao dirigente e estão à disposição dele o quadro administrativo e a ação associativa, no caso de ele ‘ordenar’ alguma coisa, especialmente no caso de se tratar da imposição de ordens novas”<sup>132</sup>.

A conceituação de Poder em Weber é a “probabilidade de impor a própria vontade numa relação social”, mesmo que haja resistência. A dominação seria uma forma especial de poder, ligado à obediência:

[...] uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (‘mando’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ quer influenciar as ações de outras pessoas (do ‘dominado ou dos ‘dominados’), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações (‘obediência’)<sup>133</sup>.

Com essa sucinta análise dos conceitos preliminares podemos falar quais são as três formas de dominação estudadas por Weber, temos a dominação patriarcal (autoridades tradicionais), a dominação carismática (autoridade carismática) e a dominação burocrática (relação racional). Nesta parte do texto será aprofundada esta última, suas estruturas e condições.

Quais são os pressupostos históricos para o surgimento da dominação estruturada na burocracia? São basicamente seis fatores, que o próprio Weber aponta exceções, mas que não deixam de serem decisivos para que a burocratização alcance sua máxima efetivação.

A) Concentração dos meios de serviço material nas mãos do Estado é um dos fatores essenciais para formação da burocracia, a exemplo das entidades privadas o Estado acumulou bens e serviços em suas mãos. O Estado Burocrático reuniu “o custo total da administração

---

<sup>130</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 1. Brasília: UnB, 1999, p. 31

<sup>131</sup> Segundo Lassalle os fatores reais do poder são as forças ativas que atuam em uma sociedade, forças que não podem ser negadas por uma Constituição, caso sejam ignorados, a Constituição não tem qualquer eficácia. Em seu texto, Lassalle não hierarquiza estas forças, apenas deixa claro que são capazes de levantar ou derrubar um sistema jurídico. Em uma das passagens de seu texto Lassalle traz o intrigante exemplo de um Estado que guarda todas as suas leis escritas em um prédio, diante deste fato o autor levanta a questão: se tal prédio pegasse fogo, o país ficaria sem leis e o legislador teria total liberdade para legislar? O autor conclui que não, pois os fatores reais do poder devem ser considerados pelo legislador para que suas normas tenham alguma eficácia.

<sup>132</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 1. *Op. Cit.* Pag. 32.

<sup>133</sup> *idem.* pag. 191.

estatal em seu orçamento e abasteceu as instâncias inferiores com os meios de serviços correntes, regulamentando e controlando seu emprego”<sup>134</sup>. B) Mas, para que pudesse haver essa acumulação e controle foi necessário o desenvolvimento de uma economia monetária, em que o funcionário é remunerado em dinheiro e não com privilégios ou escambo, isso também requer um desenvolvimento na arrecadação tributária.

C) Outro fator para o surgimento da burocracia é o aumento quantitativo das funções do Estado, ou seja, Estados grandes onde se tem a necessidade de governos de massas, situação em que a atuação do Estado é cada vez mais exigida e complexa, portanto, se requer um funcionalismo altamente capacitado. D) Um dos fatores de grande importância é a exigência qualitativa das funções de Estado, ou seja, mais que ter ampliado sua atuação, se requer mais eficiência e capacitação na sua realização, por conseguinte, a profissionalização dos funcionários se torna essencial.

E) Por conta disso se faz necessário um nivelamento ao menos relativo das diferenças econômicas e sociais, pois este fator influencia na ocupação dos cargos administrativos. Segundo Weber, este fator se liga a moderna democracia de massas, ela garante a igualdade formal dos cidadãos, permitindo que haja a quebra de privilégios e instituição das normas gerais e abstratas que permitem, tanto um acesso ao cargo por critérios de capacidade, como permite a estruturação dos partidos de massas como dirigentes do aparato burocrático.

A grande ideia em torno dessa característica é o nivelamento dos dominados (massas) diante do grupo dominante (quem controla a burocracia):

A democracia de massas que acaba com os privilégios feudais, patrimoniais e - pelo menos pela intenção - plutocráticos na administração tem que colocar, inevitavelmente, o trabalho profissional remunerado no lugar da tradicional administração de honorários, realizada como atividade acessória.<sup>135</sup>

F) Por fim, um dos fatores mais importantes para o surgimento da estrutura social chamada de burocracia é a superioridade técnica desse modelo:

A razão decisiva do avanço da organização burocrática sempre foi sua superioridade puramente técnica sobre qualquer outra forma. A relação entre um mecanismo burocrático plenamente desenvolvido e as outras formas é análoga à relação entre uma máquina e os métodos não-mecânicos de produção de bens. Precisão, rapidez, univocidade, conhecimento da documentação, continuidade, discricção, uniformidade, subordinação rigorosa, diminuição de atritos e custos materiais e pessoais alcançam o ótimo numa administração rigorosamente burocrática

---

<sup>134</sup> *Idem.* pag. 219

<sup>135</sup> *Idem.* pag. 219

(especialmente monocrática) exercida por funcionários individuais treinados, em comparação a todas as formas colegiais ou exercidas como atividade honorária ou acessória.<sup>136</sup>

Após apresentar esses pressupostos, resta a perguntar: o que é burocracia? Para responder a tal questão Weber inicia dando grande enfoque no funcionalismo, uma vez que as instituições criadas pelo homem são formadas também por homens. O enfoque do autor é justamente entender qual a vantagem dessa forma de organização chamada de burocrática e como se dá a atuação, escolha e relação entre os agentes que a integram.

O funcionalismo moderno teria as seguintes características que constroem a administração burocrática: 1) Princípio das competências oficiais fixas, ordenadas em leis ou regulamentos administrativos; 2) Princípio da hierarquia do cargo e da existência de instâncias, possibilitando que os agentes superiores fiscalizem os inferiores; 3) A documentação escrita das atividades exercida pelos funcionários; 4) Especialização da atividade e do funcionário que a exerce; 5) O cargo exige a profissionalização do funcionário, logo é remunerado por sua força de trabalho; e 6) A atividade do funcionário requer o conhecimento de regras que podem ser mais ou menos fixas e abrangentes.

Quanto ao funcionário em si, Weber verifica que o processo de burocratização gera a profissionalização do cargo, a criação de uma carreira que o funcionário passa a percorrer, a forma de contraprestação pelos serviços é pecuniária (sempre fixa e com planos de pensão). Por fim, faz com que a forma de entrar no cargo seja principalmente a nomeação pela instância superior através da escolha dos candidatos mais bem qualificados segundo critérios de aferição técnica.<sup>137</sup>

A burocratização é vista por Weber como uma forma de dominação que visa alcançar a maior capacidade de eficiência possível através da racionalização da atividade administrativa. Esta é realizada por profissionais altamente treinados e capazes de dar respostas rápidas e impessoais frente as necessidades dos dominadores, ou seja, dos agentes que estão no topo da cadeia hierárquica.

---

<sup>136</sup> *Idem* p. 212. Weber quando se refere as formas colegiais está tratando de quem toma as decisões no ápice do sistema administrativo, se é um grupo (colegiado) ou se é um só agente. No que diz respeito às atividades honorárias ou acessórias é o que se refere à profissionalização do agente público, ele passa a responder pelo cargo e ao ser remunerado passa a agir como profissional subordinado à autoridade superior.

<sup>137</sup> As características apresentadas podem ser encontradas em: WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 1. *Op. Cit.*, pag. 191 e pp. 198-205. Quanto à capacidade técnica dos funcionários, o autor dedica uma parte de seu texto para tratar do surgimento de um sistema de ensino que faz avaliações e concede certificados aos aprovados, isso na busca de criar profissionais cada vez mais especializados e capacitados para as exigências de uma economia cada vez mais complexa.

Feitos estes esclarecimentos, para fins didáticos, cabe aumentar a precisão terminológica diferenciando burocracia e burocratização<sup>138</sup>. Alexandre Veronese distingue estes dois conceitos e esclarece que a burocracia se remete ao grupo social formado pelos funcionários públicos e privados, que trabalham na produção ou gerenciamento dos serviços em uma sociedade, e às instituições sociais por estes formadas. Já a burocratização seria um processo social que as sociedades modernas se encontram e as leva ao aumento da complexidade das relações sociais.<sup>139</sup> E certamente temos um ciclo, pois o aumento da complexidade das relações sociais capitalistas, ocasionado por outros fatores, também propicia uma maior burocratização para tornar o cotidiano mais eficiente.

Como apontado acima, o surgimento da burocracia é fortemente influenciado pela modernidade e os ideais de racionalização da vida social. Esse processo histórico, com fundamentos nas revoluções burguesas, direciona a atuação do homem ocidental para a crença nas ciências, para os ideais individualistas e para ideia de igualdade formal entre os integrantes da sociedade.

Esse processo social chamado de modernidade nega as fundamentações tradicionais ligadas aos privilégios ofensivos à igualdade ou que se justifiquem pela religiosidade. A racionalização e laicidade passam a predominar no direito e na forma de se pensar o Estado Moderno.<sup>140</sup>

Vamos aprofundar em um debate que envolve as Agências Reguladoras, o *Gerencialismo* e os conceitos de burocracia e burocratização apresentados em Weber, mas antes trataremos sobre o discurso que ganhou grande força no Brasil durante a década de 90, que vincula a ideia de burocratização com a ideia de ineficiência e patrimonialismo.

---

<sup>138</sup> Diversos textos não diferenciam os conceitos aqui apresentados de burocracia e burocratização, então vemos muitos textos usando-os como sinônimos. No decorrer de nosso texto acabamos por também utiliza-los indistintamente em algumas passagens, contudo, é importante para a correta compreensão do tema ter em mente que às vezes os autores se remetem ao conjunto de agentes, outras vezes ao processo social, ou ao mesmo tempo ao processo social e ao conjunto de agentes.

<sup>139</sup> VERONESE, Alexandre. **Reforma do Estado e Organizações Sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p.66. Em seu livro o autor apresenta como exemplo da racionalização da vida social o crescimento da uniformização de procedimentos e das condutas. O autor trabalha com os procedimentos de uniformização nos setores de ciência e tecnologia no governo federal.

<sup>140</sup> “Porém, se a Modernidade paulatinamente foi lançando luz sobre as trevas medievais, não deixou de afligir a história com seus próprios infortúnios. As vicissitudes da fundamentação da ética moderna pós-tradicional desnudavam problemas sociais cujas causas, agora humanas e materiais, haviam sido relegadas à esfera determinista da transcendência. O humano e o material foram compreendidos como social. E este, como político e econômico”. ARRUDA Jr., E. L. de.; GONÇALVES, M. F. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: Cesus, 2000. pag. 4.

## 1.2 O DISCURSO DA DESBUROCRATIZAÇÃO

Nas décadas de 70 e 80 já se observava a descaracterização do sentido de burocratização como processo social, para associá-lo à ineficiência e excesso de procedimentos. Em 1979 foi editado o Decreto nº 83.740, que dizia em seu art. 1º qual sentido do termo burocracia no ordenamento:

Art. 1º - Fica instituído o Programa Nacional de Desburocratização, destinado a dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal.

O nome de referência nesse período é Hélio Beltrão, primeiro Ministro responsável por esse processo e idealizador do Plano.

Porém, como aponta Veronese, há “uma confusão evidente entre o uso dos termos burocracia como uma forma de administração racionalizada, organizada por meios de procedimentos impessoais e a retórica reformista estatal”<sup>141</sup>. Dentro desta retórica reformista o termo foi deslocado da ideia de racionalização para ideia de ineficiência e morosidade, criando-se um discurso antiburocrático.

Vários debates nos anos 90 associaram burocracia com ineficiência, o então Ministro Bresser Pereira em diversos textos acadêmicos e em entrevistas fazia forte crítica à burocratização da administração:

A administração pública moderna, compatível com a necessidade de eficiência no atendimento dos cidadãos, é a administração pública gerencial, descentralizada, voltada para resultados e para o seu controle a posteriori. A tendência universal, desde a Segunda Guerra Mundial, tem sido substituir a administração pública burocrática, lenta e ineficiente, baseada no controle a priori dos processos, pela administração gerencial. O Brasil também, desde os anos 60, orientou-se nessa direção, ao conceder autonomia administrativa e financeira às autarquias e fundações públicas e ao propiciar a contratação de funcionários pelo regime trabalhista. A Constituição de 1988, porém, representou um retrocesso dramático em direção às formas burocráticas de administração, engessando o aparelho do Estado. Por isso, uma das condições básicas para a reforma do Estado brasileiro é a reforma do capítulo sobre a administração pública.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> “Quase todos os atores identificam a necessidade de simplificar processos e procedimentos. Todavia, o discurso antiburocrático tem por objetivo construir um ambiente favorável à implantação de mudanças, que – de outra forma – poderiam ser dificultadas pelos servidores e gestores.” VERONESE, Alexandre. **Reforma do Estado e Organizações Sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia**. *Op. Cit.* pag. 71.

<sup>142</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Emenda da Administração Pública**. O Globo, 24.6.1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=741>. Acesso em: 22/04/2015.

O próprio Ministro escreveu que as resistências contra as reformas eram muitas, em passagem também citada por Veronese, Bresser aponta sua estratégia no período:

Minha estratégia principal era a de atacar a administração pública burocrática, ao mesmo tempo que defendia as carreiras de Estado e o fortalecimento da capacidade gerencial do Estado. Dessa forma confundia meus críticos, que afirmavam que eu agia contra os administradores públicos ou burocratas, quando eu procurava fortalecê-los, torná-los mais autônomos e responsáveis.<sup>143</sup>

No governo Fernando Henrique se editou o Decreto 3335/00 que assim instituía em seu art.1:

Art. 1º. Ficam instituídos o Comitê Interministerial de Desburocratização, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e os Comitês Executivos Setoriais de Desburocratização, para dar continuidade às ações do Programa Nacional de Desburocratização, instituído pelo Decreto no 83.740, de 18 de julho de 1979, tendo como atribuições essenciais:

E em 2005, no governo Lula, o Decreto 5378 seguia a mesma linha:

Art. 1º. Fica instituído o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA, com a finalidade de contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos e para o aumento da competitividade do País.

Ainda no ano de 2013, é fácil encontrar notícias de jornais que associem a burocracia à ineficiência, basta ver títulos como “Brasil melhora duas posições em ranking de burocracia”<sup>144</sup>, “Burocracia atrapalha a vida dos empreendedores brasileiros”<sup>145</sup>, “Burocracia deixa 76 ônibus escolares novos parados na garagem no DF”<sup>146</sup>, “Burocracia trava comércio exterior”<sup>147</sup> e etc.

<sup>143</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma gerencial do estado de 1995**. *Op. Cit.*

<sup>144</sup> Na verdade trata-se de ranking que mede a facilidade de se fazer negócios, montado pelo Banco Mundial e que analisa 189 países. Folha de São Paulo, 28.10.2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/10/1363585-brasil-melhora-14-posicoes-em-ranking-deburocracia.shtml>>.

<sup>145</sup> Notícia que trata sobre o mesmo ranking, assim diz: “O Brasil precisa melhorar muito, porque a burocracia é grande. Esse é um dos pontos mais fracos da nossa economia”. O Globo, 29.10.2013. Disponível em: <[oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2013/10/29/burocracia-atrapalha-vida-dos-empresarios-brasileiros-513540.asp](http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2013/10/29/burocracia-atrapalha-vida-dos-empresarios-brasileiros-513540.asp)>.

<sup>146</sup> UOL Notícias, 04.11.2013. Disponível em: <[educacao.uol.com.br/noticias/2013/10/11/burocracia-deixa-76-onibus-escolares-novos-parados-na-garagem-no-df.htm](http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/10/11/burocracia-deixa-76-onibus-escolares-novos-parados-na-garagem-no-df.htm)>.

<sup>147</sup> Jornal Estadão, 04.11.2013. Disponível em: <[www.estadao.com.br/noticia\\_imp.php?req=impresso,burocracia-trava-comercio-exterior-,1090511,0.htm](http://www.estadao.com.br/noticia_imp.php?req=impresso,burocracia-trava-comercio-exterior-,1090511,0.htm)>.

A burocracia passou a ser entendida como excesso de entraves à iniciativa privada ou ineficiência na prestação de serviços públicos, se desvinculando de seu conceito original apresentado em Weber. Na visão do autor burocracia corresponde ao complexo social formado por funcionários altamente treinados e que compõe o aparato dominador do Estado Moderno, graças aos fatores apresentados anteriormente e com as características já demonstradas.

No meio jurídico também é recorrente essa associação, vemos textos que usam o termo burocracia em seu sentido construído nos discursos de governo ou popularizados. Assim como é comum identificarmos textos que alegam que as modificações na Administração Pública e “a própria necessidade de fugir da estrutura burocrática rumo a uma estrutura gerencial” se dá pelas exigências dos novos tempos, que diante de sociedades cada vez mais complexas e plurais exigem que seus interesses tenham respostas rápidas e imparciais. Nesta linha argumentativa:

A vantagem do modelo de “agência reguladora” é a substituição do controle político e burocrático pelo controle técnico, assegurado pela escolha calcada no mérito e submetida a aprovação parlamentar, com direito a mandato fixo (ressalvando que, quanto a este, há questionamento judicial) [...] <sup>148</sup>

Essa vulgarização do termo também foi indicada por Alexandre de Aragão em seu estudo sobre Agências Reguladoras. Apesar da rápida passagem, o autor demonstra que é corrente a imprecisão terminológica e afirma que muitas vezes o termo foge do conceito apresentado por Weber e caminha para uma “acepção negativa”. <sup>149</sup>

Contudo o processo de burocratização como uma ideia de processo social nas sociedades modernas não é retraído por estes fatores, ao contrário, ele é catalisado:

A aceleração extraordinária na transmissão de comunicados públicos de fatos econômicos ou puramente políticos exerce, como tal, uma forte pressão contínua em direção à maior aceleração possível do tempo de reação da administração diante das situações dadas em cada momento, e o ótimo, neste sentido, pode somente ser alcançado, em regra, por uma organização burocrática rigorosa. <sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função Regulatória**. *Op. Cit.* pag. 9; Cabe ainda citar: BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 2; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica**. pag. 2 e 6.

<sup>149</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. *Op. Cit.* Pag. 56.

<sup>150</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 1. *Op. Cit.* pag. 212.

Independente dessa observação acima, o discurso que prevaleceu foi “desburocratizar é preciso”. Sendo que na realidade o que fez o Estado brasileiro foi por fim à estruturas burocráticas existentes ou readaptá-las, mas em momento algum parou-se o que se definiu como processo de burocratização das sociedades modernas.

### 1.3 ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS E CARACTERÍSTICAS BUROCRÁTICAS

As Agências Reguladoras foram criadas como autarquias de regime especial. As autarquias são definidas de forma geral no Decreto Lei 200/67<sup>151</sup>:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Como diz Celso Antônio<sup>152</sup>, este enunciado não se refere a principal característica das autarquias, no caso, a personalidade jurídica de direito público. Característica que permite que estas entidades possam exercer atividades típicas de Estado, que são inerentes à função regulatória. As atividades regulatórias não poderiam ser exercidas por pessoas de direito privado, pois envolvem atos de poder, também chamados atos de império.

Outro fator preponderante para a escolha desta roupagem foi a sua natural autonomia frente à Administração Pública direta. Como podemos aferir da leitura do artigo acima, são entidades que têm *receitas próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*.

No entanto, o que torna as Agências Reguladoras detentoras do título de autarquias *especiais*? Como toda e qualquer autarquia, as Agências Reguladoras têm independência administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de pessoas, e autonomia quanto as suas decisões técnicas ou não. Tanto é assim, que a doutrina aponta que as decisões autárquicas só podem ser revisadas por um instrumento específico e somente quando previsto na lei criadora da entidade – o chamado recurso hierárquico impróprio.

<sup>151</sup> Cabe mais uma vez remeter o leitor à introdução, quando se apresentou as diferenças jurídicas entre o DL n° 200/67 e os instrumentos introduzidos pela reforma gerencial. Apesar de todas as incongruências, a referida norma é o que dá base ao estudo sobre Agências Reguladoras.

<sup>152</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 160.

Então, o que diferencia as Agências das demais autarquias é o grau em que esta independência lhes é reconhecida e, principalmente, a ideia de que há a necessidade de preponderância dos juízos técnicos sobre os ramos de sua competência, portanto, deve haver autonomia política de seus dirigentes. A ideia de insulamento político também pode ser associada ao processo de burocratização, contudo, sobre esse tema trataremos depois (Capítulo 2).

Primeiramente temos que lembrar que os funcionários das Agências devem respeito hierárquico aos dirigentes das mesmas. Porém, em regra, nas autarquias que não são consideradas Agências Reguladoras, estes dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República ou por seus Ministros e podem ser exonerados *ad nutum*. Por tal motivo, estes dirigentes sempre ficam a mercê das vontades do governo, caso não as respeite, são dispensados de seus cargos.

Diferente das demais autarquias, as Agências têm como instrumentos para diminuir a influência política o mandato a termo fixo de seus dirigentes e a estabilidade durante sua duração, ou seja, seus dirigentes não podem ser exonerados livremente durante o período de mandato<sup>153</sup>.

Importante colocar a visão que este trabalho defende no tocante ao tema. Não se entende que seja possível ou mesmo desejável garantir essa blindagem política de forma plena, sempre haverá formas de influenciar politicamente o Dirigente das Agências. Um exemplo disso é a própria possibilidade de recondução do Dirigente, o que faz com que ele necessite fazer boa política caso queira ser reconduzido. A Lei nº 9.986/00 não veda a recondução, inclusive ela revogou essa vedação prevista na Lei nº 9.472/97, que instituiu a ANATEL. Temos hoje o Tribunal de Contas defendendo o fim da recondução no Acórdão nº 2.261/2011 e tínhamos o projeto de Lei nº 3337/04 que trata de participação popular e permite apenas uma recondução, mas o referido projeto foi engavetado.

---

<sup>153</sup> Três observações que achamos interessante sobre o tema: 1) na ANATEL a vedação à recondução foi revogada pela lei 9.986/00 no que se refere aos seus dirigentes e ao presidente da Agência, mas foi mantida para os membros do Conselho Consultivo, que é o órgão de participação institucionalizada da sociedade civil dentro da Agência (art. 43 lei 9472/97), podemos dizer que essa estrutura pode evitar que poucos indivíduos se apoderem da função de controle social, porém, apesar de alguns parâmetros já virem na lei, é o regulamento das Agências que define a forma de escolha do Conselho Consultivo. 2) A questão sobre a recondução gerou certo desconforto na ANCINE, devido a recondução de Manoel Rangel para o terceiro mandato como diretor-presidente. A Associação dos Servidores Públicos da ANCINE se manifestou por carta e dizia que tal fato “contraria as boas práticas regulatórias”. 3) Em 13/03/2013, o Executivo pediu a retirada de pauta do Projeto de lei 3.337/04 que veda mais de uma recondução para cargos de dirigentes de Agências Reguladoras, este pedido foi aprovada pela Mesa Diretora da Câmara em 01/04/2013 e Manoel Rangel foi sabatinado e aprovado pelo Senado em 08/05/2013. Fontes: O Globo, 08.05.13. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/senado-aprova-reconducao-de-manoel-rangel-para-ancine-8335307>>. Notícias Site ANCINE, 09.05.2013. Disponível em: <[www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/recondu-o-de-manoel-rangel-aprovada-no-senado](http://www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/recondu-o-de-manoel-rangel-aprovada-no-senado)>.

A Lei nº 9986/00, posterior a criação de várias Agências Reguladoras, passou a dar uniformidade a uma parte do tema ao dispor sobre os recursos humanos em Agências Reguladoras, assim define:

Art. 6º. O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

Parágrafo único. Em caso de vacância no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no art. 5º.

Art. 7º. A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.

Art. 9º. Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

De forma clara a lei quis estabelecer a estabilidade dos dirigentes das Agências, e isso se deu, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, que em 1999, julgando a medida liminar da ADI 1949-RS<sup>154</sup>, entendeu ser constitucional o mandato fixo de tais dirigentes<sup>155</sup>. Este caso será analisado no Cap. 3 inclusive sua decisão final de mérito que se deu no final de 2014 e seguiu o mesmo raciocínio presente na liminar.

O julgado representa que o Supremo Tribunal dá anuência ao modelo de Agências Reguladoras e, por conseguinte, termina por auxiliar o modelo da Administração Pública Gerencial no que se refere a sua forma de regulação por entidades autônomas, uma vez que as Agências se transformaram em um de seus mais importantes instrumentos<sup>156</sup>.

Outra característica que não podemos esquecer é o alto grau de abstração das normas que concedem competência às Agências para regular os setores específicos da atividade econômica. Tais normas têm contornos muito flexíveis, justamente para que os dirigentes das Agências e seus funcionários tenham ampla liberdade de atuação na regulação do setor e através de seu conhecimento técnico e alta capacitação possam dar decisões guiadas pela racionalidade científica e não política.

<sup>154</sup> BRASIL. STF. ADI 1949 MC / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/11/1999, Plenário, DJE de DJ 25-11-2005.

<sup>155</sup> Na Liminar da ADI 1949-RS o STF também fixou seu entendimento sobre duas questões relevantes: (1) que a possibilidade do legislativo exonerar o dirigente seria incompatível com o sistema de nomeação nas Agências, neste caso haveria desrespeito à separação dos poderes. (2) A lei pode estabelecer formas de nomeação em cargo público que limitem a livre escolha do chefe do executivo, é o caso das Agências, em que o dirigente tem mandato fixo e sua exoneração só ocorre em certos casos previstos nas Leis instituidoras, que em todo caso passam por processo judicial ou administrativo.

<sup>156</sup> Cabe aqui remeter o leitor a Introdução, uma vez que as Agências Reguladoras entraram no sistema de reformas e substituíram as Agências Executivas. E a autonomia das primeiras é maior, pois os mecanismos para estabelecê-las são previstos em lei.

Quanto ao quadro administrativo das Agências, a lei nº 10.871 de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos Agências Reguladoras, deixa claro que a ideia de especialização das atividades e contínuo aprimoramento dos profissionais é uma obrigação. A burocracia prima pela escolha das pessoas através do mérito e sua competência técnica, por tal motivo a admissão e a promoção dos funcionários são baseadas em critérios objetivos que tem como instrumentos os exames, os concursos, os testes e títulos.

Como apontado, outra característica da burocracia é a hierarquia e o procedimento. Os ocupantes dos cargos se submetem a um dirigente ou a um corpo de dirigentes, assim como a rotina é documentada e realizada de acordo com normas.

Neste sentido que a lei 10.871/04 prevê em seu art. 1 um rol de cargos para cada Agência Reguladora e traz como exigência a necessidade de ensino superior e especialidade na área que atua a autarquia especial. A título de exemplo veja o art. 1, inciso III, art. 10 e art. 14 da referida lei, a racionalização através de critérios objetivos de escolha e a exigência de continua especialização<sup>157</sup> tanto para fazer parte do corpo de funcionários ou para conseguir promoções dentro da carreira é marcante:

Art. 1º. Ficam criados, para exercício exclusivo nas autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, referidas no Anexo I desta Lei, e observados os respectivos quantitativos, os cargos que compõem as carreiras de:

III - Regulação e Fiscalização de Recursos Energéticos, composta de cargos de nível superior de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia, com atribuições voltadas às atividades especializadas de regulação, inspeção, fiscalização e controle da prestação de serviços públicos e de exploração da energia elétrica, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas respectivos a essas atividades;

Art. 10. O desenvolvimento do servidor nos cargos das Carreiras referidas no art. 1º desta Lei obedecerá aos princípios:

I - da anualidade;

II - da competência e qualificação profissional; e

III - da existência de vaga.

§ 1º A promoção e a progressão funcional obedecerão à sistemática da avaliação de desempenho, capacitação e qualificação funcionais, conforme disposto em regulamento específico de cada autarquia especial denominada Agência Reguladora.

Art. 14. A investidura nos cargos efetivos de que trata o art. 1º desta Lei dar-se-á por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, exigindo-se curso de graduação em nível superior ou certificado de conclusão de ensino médio, conforme o nível do cargo, e observado o disposto em regulamento próprio de cada entidade referida no Anexo I desta Lei e a legislação aplicável.

E ainda que não houvesse lei prevendo critérios objetivos de escolha, não haveria a possibilidade de escolhas subjetivas mediante apadrinhamento ou clientelismo, uma vez que a

---

<sup>157</sup> Lembramos ao leitor a informação da nota de rodapé nº 137 que fala sobre o sistema de certificados e burocratização.

Constituição Federal veda esta forma de atuação na administração pública. Basta lembrar do art. 37, *caput*, que institui o princípio da impessoalidade, moralidade e eficiência, além da exigência de concurso público para que haja investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II, Constituição).

A lei nº 10871/04 também institui gratificações de desempenho (art.16) para os servidores públicos e também cria gratificações de qualificação (art. 22), mais uma vez se busca racionalização da atividade através da especialização e eficiência no serviço.

No que se refere à diretoria das Agências apontamos como exemplo o Decreto nº 2.335 de 1997, que se refere à Agência Nacional de Energia Elétrica e demonstra a hierarquia interna da referida autarquia:

Art. 8º. À Diretoria da ANEEL, constituída por um Diretor-Geral e quatro Diretores, compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Autarquia, bem como:  
I - planejamento estratégico da Agência;  
II - políticas administrativas internas e de recursos humanos e seu desenvolvimento;  
III - nomeação, exoneração, contratação e promoção de pessoal, nos termos da legislação em vigor.

O que queremos demonstrar é que a busca por eficiência, e a demonização do termo burocracia no decorrer das reformas administrativas brasileiras foi um caminho que se pautou por uma “caça” às estruturas burocráticas, aliada a sua substituição por novas estruturas burocráticas. Entretanto, essas reformas nunca atacaram o processo de burocratização das relações sociais da modernidade brasileira.

Na realidade, a estrutura das Agências moldada com dirigentes independentes frente ao Chefe do Executivo e ao Parlamento amplia a burocracia ao invés de limitá-la. O argumento sobre a mudança do foco do controle em uma Administração Gerencial, que passa a ser não mais nos meios utilizados e sim nos fins, em nada altera o processo de burocratização, apenas muda os critérios de avaliação e responsabilização dos agentes.

A questão que surge com esse processo é como harmonizar burocracia e democracia? Tanto é assim que o surgimento das Agências Reguladoras deu ensejo a discussão sobre sua constitucionalidade<sup>158</sup> e legitimidade democrática.

---

<sup>158</sup> Essa questão se refere ao poder normativo das Agências, o tema gera grandes debates quanto a sua constitucionalidade e quanto ao seu fundamento, dentre os que defendem sua constitucionalidade há os que sustentam a tese da deslegalização e há os que alegam que tal poder é fruto da discricionariedade. Essa é a principal característica para que possa haver a regulação, pois caso se aplique o princípio da legalidade “a ferro e fogo” somente o parlamento poderia normatizar os setores regulados.

#### 1.4 IMPLICAÇÕES DA CONCEPÇÃO APRESENTADA<sup>159</sup>

A proposta para solucionar os problemas de eficiência e legitimidade passou por dois fenômenos claramente interligados no Brasil, o primeiro foi o já apontado *gerencialismo*, teve sucesso principalmente na proposta de retirada do Estado da execução de diversas atividades, e o concomitante fortalecimento dos instrumentos para que se controlassem as atividades de relevante interesse social e governamental<sup>160</sup>. O segundo fenômeno foi o fortalecimento do poder normativo exercido pelo Executivo através da criação de Agências com forte insulamento político, cujo principal argumento foi sua maior capacidade técnico-científica frente ao Legislativo.

Na realidade, a criação das Agências não impede em nada maior ou menor intervenção, apenas muda a forma de normatização. Todavia, como já apresentado, em defesa das Agências a doutrina jurídica argumenta que há um déficit da atuação parlamentar e do Executivo central (v. Introdução – 1.2). Porém, o movimento neoliberal, propulsor da agenda de desestatização na década de 1990 foi o que garantiu a menor intervenção e, fortaleceu o projeto de Agências de primeira geração no intuito de regular a relação Estado e mercado/ investimento internacional.

Neste sentido que pode-se afirmar que a menor intervenção se deu muito mais por uma agenda econômica do que social ligada à participação e melhoria dos direitos fundamentais. O principal enfoque na escolha por Agências Reguladoras foi proteger os contratos de concessão/permissão ou propriamente de alienação (v. Introdução – 1.2).

Veremos ainda uma característica das instituições técnicas brasileiras que, conforme demonstraremos no próximo capítulo, foram tidas como uma forma de impedir o clientelismo político e propiciar a modernização do país. O mais interessante dessas críticas é que a solução apresentada para o problema, como dito, foi a criação de mais uma estrutura

---

<sup>159</sup> Nesta parte já ficou claro para o leitor que Weber demonstra que “No topo da dominação burocrática existe, portanto, inevitavelmente pelo menos um elemento que não tem caráter puramente burocrático”, e esta questão será trabalhada diversas vezes durante o texto. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 1. *Op. Cit.* pag. 145.

<sup>160</sup> Como apontamos estas atividades são tradicionalmente divididas entre serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito. Outra observação importante é que esse fenômeno é muitas vezes identificado com o neoliberalismo como em GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. *Ob. Cit.* pag. 44 e JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito administrativo, parte 1: estado gerencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. pag. 1-2. Outros autores, com os quais concordamos, observam que apesar do *gerencialismo* buscar um caminho do meio, o que se viu no Brasil foi uma excessiva busca por soluções liberais, veja: VERONESE, A. *op. cit.*, pag. 32.

burocrática, com forte autonomia e com um poder normativo ampliado. Isso, sob o argumento de que sua especialização no setor regulado propicia maior eficiência.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a descentralização autárquica tem fulcro na “necessidade de repensar o desenho da administração pública”; é um fenômeno contemporâneo, que provém da “fragmentação e despublicização do interesse público, marcando o sendeiro tangível da passagem para uma administração pluralista e pluriorganizada”.<sup>161</sup> Entretanto, o que sustentamos é que não é um caminho linear e indissociável o surgimento das estruturas autárquicas, como o caso das Agências Reguladoras, e o aumento da legitimidade democrática, na verdade esse processo pode ser contraditório.

Em primeiro lugar, o sistema teórico construído por Max Weber ao se referir à burocracia estatal, entende que o caminho do homem ocidental se pauta pela racionalização de todas as áreas da vida, isso se mostra presente na burocracia que toma conta das estruturas estatais. Como sustentado, as Agências Reguladoras não representam um caminho na contramão do processo de burocratização, pelo contrário, elas estão alinhadas com as características que Weber aponta como sendo essenciais à toda burocracia.

Desta forma, a burocracia moderna se caracteriza pela “especialização e a escolaridade profissionalizante e racional.”<sup>162</sup>. Para Weber, é o meio mais eficiente para organizar sociedades de massa, uma vez que o “predomínio da estrutura burocrática baseia-se na sua superioridade “técnica”<sup>163</sup> frente a outras formas de organização do poder.

Para o autor o caminho da sociedade ocidental passou pelo fim dos privilégios, e através do que se chamou de ideias racionalistas, se buscou a igualdade que o sistema democrático visa garantir através da possibilidade de acesso ao voto e aos cargos na administração independente de critérios hereditários ou por sistemas de casta. A razão exige a igualdade e essa exige uma estrutura especializada, técnica e impessoal, contudo, na visão de Weber:

[...] o conceito político de democracia, com base na “igualdade de direitos” para os governados, envolve os seguintes postulados: 1) prevenção da formação de um grupo fechado de status de funcionários a favor de uma admissibilidade universal dos cargos, e 2) minimização da autoridade do corpo de funcionários a favor de um

<sup>161</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 147. Essa nova administração, segundo o autor, tem como norte dois grandes princípios a EFICIÊNCIA e a LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, sendo estes os guias de toda atuação das agências e demais entidades que possam surgir no meio administrativo. pag. 19 e ss.

<sup>162</sup> WEBER, Max. **Parlamento e Governo na Alemanha Reordenada – Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos**, Tradução de Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993. pag. 51.

<sup>163</sup> WEBER, Max. **O que é burocracia?** Conselho Federal de Administração, Ano [201?]. pag. 58.

avanço da influência da “opinião pública”, tanto quanto for possível. Por conseguinte, a democracia política procura encurtar o período de serviços por meio de eleições e com base em não requerer do candidato uma perícia especial. Deste modo, a democracia entra inevitavelmente em conflito com as tendências burocráticas geradas na luta contra o governo dos notáveis. O mais decisivo na democratização é a equiparação dos governados frente ao grupo governante, burocraticamente estruturado, o qual, por sua vez, pode desempenhar um papel bastante autocrático, tanto formalmente quanto de fato.<sup>164</sup>

Como se pode observar, a necessidade de eficiência, de capacidade técnica e os conflitos entre este sistema com a democracia e o parlamento não são temas novos. Contudo, é certo que devem ser feitas contextualizações para utilizar um marco teórico pensado para Alemanha no início do séc. XX<sup>165</sup>.

Em primeiro lugar devemos observar que a democracia identificada por Weber é uma democracia elitista, que se constrói na atividade passiva, ou seja, no voto sem uma participação direta do cidadão na estrutura administrativa. A preocupação que se apresenta é quanto à equiparação dos governados (igualdade formal) e não na efetiva participação no poder (democracia participativa).

Em seus textos há grande foco no parlamento como forma de controle do aparato burocrático, o sistema representativo permitiria que se controlasse a burocracia e que a opinião pública adentrasse nas estruturas de dominação burocrática. O sistema partidário é tido como o meio ideal para fazer a relação entre população e aparato burocrático do Estado. Porém, uma das questões mais intrigantes apresentadas pelo autor é o conflito entre sistema burocrático e sistema democrático, uma vez que, na linha do que já se afirmou, esse preza pelas escolhas políticas, carismáticas e não científicas, enquanto aquele se sustenta na capacidade técnico-científica do agente, na sua diplomação e méritos objetivos.<sup>166</sup>

Como exemplo, podemos levantar a questão da alfabetização do parlamentar, uma vez que a Constituição não exige qualquer capacitação formal para concorrer ao cargo, mas retira dos analfabetos a capacidade eleitoral passiva (ser votado) e mantém a capacidade eleitoral

---

<sup>164</sup> *Idem*. Pag. 58.

<sup>165</sup> É bom que fique claro que no Brasil a burocratização, assim como outros processos típicos da Modernidade, surge dentro de uma estrutura de patrimonialismos e de privilégios para as elites, em diversos setores não tivemos um processo de modernidade que conseguiu quebrar com esses dois fenômenos, vamos aprofundar os pontos pertinentes para este trabalho no cap. 2. Estas questões são trabalhadas em diversos textos, no que se refere à Modernidade Periférica Marcelo Neves apresenta essas e outras questões quando trata de Habermas e Luhmann e suas teorias aplicadas ao Brasil. NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. In: **Lua Nova [online]**, 1996, n° 37. pag. 93-106. Trataremos sobre o tema em nosso trabalho com base nos estudos de Edson de Oliveira Nunes ao relatar as formas de relação entre Estado e sociedade no Brasil.

<sup>166</sup> Um ótimo exemplo sobre a questão pode ser encontrado nas eleições de 2010 em que Francisco Everardo Oliveira Silva, conhecido por seu nome artístico Tiririca, foi eleito como Deputado Estadual e se levantaram várias críticas quanto sua escolaridade.

ativa (votar). Em contra partida, a Constituição exige que se realize concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público, o que temos aqui é claramente a diferença quanto a forma de ocupação dos cargos nas estruturas burocráticas ou no parlamento.

A racionalidade dos dois sistemas apresenta diferenças, enquanto um sistema democrático se preocupa com a alternância e controle do poder, a burocracia tem como foco a estabilidade e fortalecimento da dominação. Por tal motivo, ao unir o sistema democrático e sistema burocrático só resta concluir que no “topo da dominação burocrática existe, portanto, inevitavelmente pelo menos um elemento que não tem caráter puramente burocrático”, pode ser o Deputado, o Senador, o Presidente, o Ministro e em certos casos o cargo em comissão ou função de confiança.

Contudo, a questão que se coloca e se fortalece a cada dia é até que ponto o sistema político representativo realmente é capaz de controlar a dominação burocrática e revertê-la para o proveito do povo? Posto que tanto na teoria política como na teoria jurídica contemporânea o povo deve ser o verdadeiro detentor do poder, como harmonizar dominação burocrática e controle popular?

Na teoria constitucional esse tema é recorrente e instrumentos de democracia participativa, democracia deliberativa ou mesmo de reengenharia instrucional são cada vez mais revisitados pela literatura jurídica. E no que se referem às Agências Reguladoras a questão é de grande importância, uma vez que a ideia de insulamento político ganhou grande força nos últimos anos, sustenta-se que o parlamento não tem capacidade para tratar de certos temas, que o Congresso é moroso, é corrupto, ou seja: está instalada a crise nas instituições!<sup>167</sup>

Porém, certos debates não são tão novos como aparentam ser e isso nos permite usar um marco teórico que apesar de antigo, ainda se presta a responder diversos problemas da atualidade. Portanto, no que tange ao fenômeno de burocratização, levado a cabo pelas ideias científicas do séc. XIX e XX, Weber, em 1919 escreveu que:

Dentro do Estado burocrático, a administração colegial desaparece quando, com o progresso dos meios de comunicação e transporte e das exigências técnicas dirigidas à administração, vêm a prevalecer a necessidade de decisões rápidas e inequívocas e os outros motivos já mencionados que conduzem à burocracia completa e à monocracia. Mas sobretudo ela desaparece quando o desenvolvimento de instituições parlamentares e, o que ocorre quase sempre paralelamente, o aumento e

<sup>167</sup> Ao se referir ao final do séc. XX, Barroso deixa claro a situação apresentada: “[...] encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a ideia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção.” BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 2.

a publicidade da crítica vindos de fora fazem com que se considere, do ponto de vista dos interesses governamentais, a unanimidade na direção da administração mais importante do que a preparação profunda de suas decisões.<sup>168</sup>

Na década de noventa a reforma do aparato administrativo se fundamentou na ideia de eficiência e para isso propugnou que era necessário fugir dos debates políticos caminhando para o insulamento técnico decisório. Diogo de Figueiredo, ao tratar sobre o tema, assim descreve o fenômeno:

Com efeito, essa competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta.<sup>169</sup>

A busca pela eficiência, identificada essencialmente com as ideias de decisões rápidas, com o menor custo possível e maior aproveitamento final, passa por um conflito com a democracia que é naturalmente um sistema que exige tempo e esforço para alcançar o consenso ou a vontade da maioria, que nem sempre é o melhor, pois basta ser o consenso possível. Em uma democracia, ainda que se busque objetivar o conceito de maioria através de números, é inegável que anterior ao processo de contagem de votos é necessária uma prévia articulação política em busca do consenso.

Podemos explicar essa questão através dos ensinamentos de Carlos Santiago Nino ao se referir a uma Constituição construída pelo consenso, essa é uma construção coletiva, a matéria final e não acabada de uma sociedade em constante mudança. A racionalidade de uma construção coletiva que preza pela perenidade é justamente saber que os aportes nesta obra nunca são capazes de controlar a obra como um todo, pois ela é essencialmente mutável.<sup>170</sup>

<sup>168</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 1. *Op. Cit.* Pag. 229. A distinção entre colegial e monocrática se refere à administração feita por grupos e a hierarquizada concentrada em um indivíduo. Na medida em que se busca maior velocidade e eficiência há uma fuga natural das estruturas colegiadas e seus debates, portanto, o foco que queremos apresentar nessa passagem é a fuga do debate, que é inerente na maioria das situações onde mais de uma pessoa tenha poder decisório de igual hierarquia.

<sup>169</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op.Cit.* pag. 162.

<sup>170</sup> NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. “Tudo isso mostra que há uma racionalidade específica para a atuação em obras coletivas. Qualquer que tenham sido os critérios ou moldes que definem o que é ótimo em uma classe de coisas ou fenômenos, aos que fazem uma obra coletiva esses modelos ou critérios são qualificados para aplicação a uma ação que contribui para essa obra sem que se tenha o controle sobre a obra como um todo”.

Santiago Nino diz que juízes, administradores e legisladores participam ativamente desta construção que é o fenômeno do direito vigente, e que faz parte de um fenômeno ainda mais amplo que é o complexo de práticas, instituições, costumes, atitudes culturais e crenças básicas de uma determinada sociedade. A constituição originária (expressa em um texto ou não) seria desta forma um fato histórico que representa a tentativa bem sucedida de fundar o processo com o qual identificamos a ordem jurídica de uma sociedade. Normalmente há muitas tentativas de formar esse processo, mas poucos são bem sucedidos, sendo assim, devemos nos esforçar para dar continuidade a tal processo.

As construções coletivas são a base de todo processo democrático e nestes processos são comuns os embate de forças divergentes, propostas A e B são sopesadas para se chegar a uma proposta C, fruto do consenso e abdicção dos envolvidos. Esta situação poderia ser denominada racionalidade do “segundo melhor”, posto que muitas vezes nos leva a um distanciamento progressivo de um “modelo ótimo”, para uma alternativa que conforme os interesses divergentes<sup>171</sup>. Por conseguinte, o resultado dos consensos democráticos não são o melhor na visão de um grupo X, mas é o acordo possível entre os diversos atores e interesses plurais que estão presentes para debater em uma arena pública.

Por outro lado, a vantagem de atribuir poder normativo para as estruturas burocráticas do executivo está justamente na “fuga da tribuna” e aproximação com o gabinete. Esta situação faz com que se garantam as decisões rápidas exigidas pelo mercado e, principalmente, permite que se furte da necessidade de construir consensos e das críticas da opinião pública na construção da decisão final, tudo isso justificado pelo manto da técnica.

Ao relatar as dificuldades do exercício da função legislativa na França, Georges Burdeau identifica “a crescente tecnicidade dos projetos, à demora e à burocracia excessiva dos processos, quando se faz necessário agir rapidamente, às reticências dos parlamentares em adotar medidas úteis, mas impopulares, às divisões políticas e à ausência de maioria”.<sup>172</sup>

Segundo o autor, para solucionar estes problemas o legislativo tem adotado alguns remédios. O primeiro seria o aumento das matérias de iniciativa do executivo, são os projetos apresentados pelo executivo, que segundo informa o autor, chega a 90% das normas na maioria das democracias representativas.

---

<sup>171</sup> *Idem.* p. 66: “Este tipo de racionalidade constreñida por ciertas elecciones de otros em la obra colectiva, podria ser denominada raconalidad de “lo segundo mejor”, puesto que muchas veces nos lleva a um alejamiento progressivo del modelo óptimo em atención a sus efectos sobre la obra global.”

<sup>172</sup> BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Direito constitucional.** Trad. Carlos Souza. Edição 27. Barueri: Manole, 2005. pag. 127. Frisamos que também nos aparenta ser imprecisa a utilização do conceito de burocracia no texto.

A segunda medida é o aumento das competências dos órgãos do executivo, que se dá quando: 1) o parlamento “limita-se a enunciar na lei princípios ou regras muito gerais e deixa ao governo a tarefa de precisá-las e de complementá-las”; 2) quando se permite a criação dos chamados decretos-leis<sup>173</sup>, que passam posteriormente pela ratificação do parlamento. Por fim, a terceira medida, que não passa pela ampliação da atuação do executivo, é a racionalização dos trabalhos do parlamento, através de capacitação na área de pessoal na preparação de textos, de modificações no processo legislativo e de ampliar as competências das comissões parlamentares.<sup>174</sup>

Ainda no que tange à transferência de poderes normativos para o executivo para solucionar problemas e incapacidades do legislativo, John Ely faz críticas fortíssimas à essa prática de auto-desoneração praticada pelo legislativo americano. Segundo o autor, pior do que uma legislação ruim ou com objetivos pouco discerníveis é a prática de escapar da responsabilização através da produção legislativa pouco operativa, que delega para autoridades, que não respondem politicamente por seus atos, o dever de dar real aplicação e conteúdo para norma.<sup>175</sup>

A crítica envolve principalmente a ideia de que “não faz muito sentido preocupar-se com a distribuição do sufrágio e de outros direitos políticos subjetivos se as decisões políticas importantes não são tomadas pelas autoridades eleitas”. Como exemplo dessa situação o autor apresenta o caso do New Deal, que assim como a reestruturação brasileira, pregava que as decisões deviam ser tomadas por especialistas. Segundo o autor, o legislativo adotou diversas vezes o modelo de lei com a estrutura de “Descubram quais são os problemas nessa área e os solucionem”.<sup>176</sup>

Para o autor, dentre os motivos para que o legislativo queira se desonerar pode-se identificar a postura de que é mais cômodo passar as decisões difíceis para outro e também mais seguro, pois evita que se seja responsabilizado de forma direta por uma decisão ruim. Quanto a complexidade dos temas, Ely argumenta que nada impede que o legislativo disponha de especialistas sobre o tema. Quanto a impossibilidade da lei regular todas os fatos

---

<sup>173</sup> No Brasil o veículo normativo semelhante seriam as Leis Delegadas e Medidas Provisórias, mas lembrem que o Autor está baseando seus estudos no exemplo francês.

<sup>174</sup> BURDEAU, et. al. **Direito constitucional**. *Op. Cit.* pag. 128.

<sup>175</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. pag. 176. É o caso dos Dirigentes das Agências Reguladoras Brasileiras, que não respondem politicamente por seus atos, mas respondem administrativamente ou juridicamente, trata-se de uma forma distinta de responsabilização.

<sup>176</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. *Op. Cit.*, pag. 177.

da vida, o autor sustenta que nenhuma teoria jurídica razoável exige que a lei regule mais do que seja possível, o que se exige é primordialmente que se tome uma posição política de forma clara e pública.

Mesmo que vários dos autores apresentados não falem especificamente do Brasil, suas descrições da realidade política, articulando fatores reais do poder e processos sociais, permite que se compreenda com mais clareza o surgimento das Agências, o seu lugar na estrutura jurídica, política e social. E como já foi dito, a “fuga da tribuna” gera maiores dificuldades para o controle popular e diminui as possibilidades de formação de uma opinião pública consistente sobre os temas relevantes para sociedade, impede inclusive que se discuta se a intervenção sobre um setor regulado deva ser maior ou menor.

Mas para uma análise mais completa, mesmo que de forma ainda superficial, é preciso tratar da questão técnica. Neste texto compreende-se como falso o fundamento de que a questões técnicas não envolvem interesses políticos ou mesmo que só podem gerar uma única decisão correta. Uma Agência Reguladora pode ser utilizada para direcionar o Estado para maior ou menor intervenção no meio social, por tal motivo que fala-se em doutrina que as Agências devem ter alinhamento com a diretriz das políticas públicas escolhidas pela Administração Direta.

Assim, a exigência de audiências públicas e consultas públicas demonstra a patente existência de disputas de interesses e necessidade de consensos na regulação de mercados e serviços públicos. Se apenas um decisão fosse viável através de uma racionalidade estritamente técnica, a participação dos representantes dos diversos atingidos pela normatização técnica sempre alcançaria uma única conclusão, o que permitiria a substituição dos envolvidos nos instrumentos de participação direta por uma publicação de mera exposição de motivos científicos formulados de forma colegiada ou monocrática.

Na verdade, o elitismo de uma democracia calcada meramente na representação é relativizado com os instrumentos de participação direta, mas no específico caso das Agências, a audiência e a consulta pública podem trazer novamente para seu interior a necessária legitimidade das suas decisões? Para que se saiba se na prática há real democracia dentro destas estruturas é preciso que se faça um estudo desses institutos em cada Agência, e de que forma elas realmente influenciam para decisões consensuais entre Governos, setor regulado e demais interessados.

O debate é de primeira importância, uma vez que o mandato fixo dos dirigentes das Agências, aliado a suas estruturas burocráticas, distanciam suas decisões da responsabilização

política ao mesmo tempo em que diminuem o controle popular sobre a estrutura burocrática de dominação.

Pois se na descrição apresentada até o momento, os representantes políticos eram os responsáveis por levar a opinião pública para dentro das estruturas burocráticas, passamos a ter dois fatores a serem considerados com as reformas da Administração Pública na década de 90: 1) o insulamento burocrático elevado das Agências Reguladoras; 2) o fortalecimento da ideia de democracia participativa com a redemocratização no país e a Constituição de 1988.

### 1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Iniciamos este capítulo falando sobre o embate entre estado máximo e mínimo, em seguida apresentamos a perspectiva *gerencialista* que preponderou no Brasil e a forma equivocada com que o termo burocracia é tratado na atualidade. Ao identificar as Agências como um dos principais instrumentos para o controle e previsibilidade social propostos pela Administração Pública na década de 1990, demonstramos que não deixam de ser estruturas burocráticas.

Sustentamos que entender a relação de burocracia (dominação) e democracia (controle) é essencial, uma vez que as reformas administrativas brasileiras caminham recorrentemente para soluções que extinguem ou reestruturam burocracias, mas não paralisam o processo de burocratização do Estado, seja para maior ou menor intervenção na vida social. Acreditamos que também demonstramos minimamente que um dos processos sociais que ganha força no Brasil e o aumento de competência normativa do executivo o que tem que ser sopesado com a advertência de que as decisões tomadas pela burocracia não podem escapar do controle social.

Contudo, o mais importante nesse trabalho parece ser a compreensão de que a escolha pela maior ou menor intervenção não é algo que pode ser decidido pelo direito ou pelos juristas, mais do que isso, é questão que quando constitucionalizada, pode gerar mais problemas do que soluções. O modelo de constitucionalismo social-dirigente não conseguiu dar respostas às mudanças sociais e pressões políticas; modelos neoliberais-econômicos que exaltam liberdade econômica, propriedade e subsidiariedade estatal não garantem a inclusão social.

Por sua vez, o constitucionalismo de terceira via, que tem caráter intermediário entre as duas versões anteriores, garante direitos sociais e direitos de corte liberal, aparentando se

coadunar com a proposta *gerencialista*. Claudio Pereira aponta que esse último modelo aceita o status constitucional do princípio da subsidiariedade do Estado e no Brasil foi o que predominou na atualidade constitucional, por tal motivo a maior parte dos debates sobre direito constitucional econômico “se concentra nas restrições à intervenção do Estado na economia, com imposição de limites à criação de monopólios e serviços públicos pela via legal ordinária”<sup>177</sup>.

No mesmo sentido é a crítica feita por André Fontes e Veronese<sup>178</sup>, interpretações liberais do direito tiveram forte vantagem frente às escolhas mais balanceadas, o argumento de existência de uma “interpretação unitária e exata”<sup>179</sup> no sentido de um estado não interventor ser a escolha Constitucional se mostrou presente em vários trabalhos acadêmicos. Contudo, trata-se de questão política, que pode encontrar certos limites no direito, mas não pode ser cristalizada por ele.

Uma proposta de constitucionalismo democrático sustentada por Claudio Pereira, que tem forte viés nas teorias de democracia deliberativa, defende que a decisão sobre maior ou menor intervenção deve ser deixada a cargo do povo e das vias ordinárias de legislação, trata-se de maior neutralidade política da Carta.<sup>180</sup> A grande dificuldade neste debate que transpassa pelo direito constitucional e direito administrativo é alcançar uma harmonia entre a eficiência administrativa, participação popular e controle (seja o institucional ou o social).

Como já foi dito, enquanto um sistema democrático se preocupa com a alternância e controle do poder, a burocracia tem como foco a estabilidade e fortalecimento da dominação. Se ao final só restar a eficiência, fica a pergunta: é eficiente para quem? Para o regime democrático certamente não o é.

---

<sup>177</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pag.36.

<sup>178</sup> FONTES, André. **A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica**. *Op. Cit.* pag. 19; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. *Op. Cit.* pag.36; VERONESE, Alexandre. **Reforma do Estado e Organizações Sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia**. *Op. Cit.* pag. 32

<sup>179</sup> FONTES, André. **A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica**. *Op. Cit.* pag. 18

<sup>180</sup> “Opções como estatizar ou desestatizar determinada esfera da atividade econômica são novamente transferidas para a deliberação popular. As maiorias, obviamente, devem poder optar pelo livre mercado, mas devem ter também a prerrogativa de não fazê-lo. A constitucionalização do estado mínimo viola gravemente o princípio democrático.”. *Idem.* pp. 36-37. O autor também faz forte crítica ao constitucionalismo de terceira via: “o dilema com o qual o constitucionalismo brasileiro realmente se depara hoje não é optar entre uma teoria constitucional democrática e uma teoria social-dirigente. O verdadeiro dilema atual é o embate entre uma teoria constitucional democrática e uma teoria constitucional de cunho neoliberal, ainda que mitigada pelos artifícios simbólicos da terceira via.” p. 39.

## **CAPÍTULO 2 - A TENSÃO ENTRE O INSULAMENTO POLÍTICO E OS INSTRUMENTOS DEMOCRÁTICOS: VICISSITUDES DA BUROCRACIA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA.**

Até este momento foi realizada uma análise sobre a formação da burocracia, suas características e o processo histórico para sua consolidação. Também se apontou o porquê que a reforma administrativa do Estado brasileiro tem se caracterizado pela desconstrução de estruturas burocráticas, seguida pela imediata construção de novas estruturas também burocráticas. Assim como o discurso sobre o *gerencialismo* não fugiu a esta lógica quando propôs na década de 90 a construção de instituições chamadas de Agências Reguladoras, e as possíveis contradições frente ao sistema democrático.

Agora, torna-se de grande utilidade para este trabalho a análise de certas características históricas da burocracia brasileira e sua relação com a sociedade, justamente por se compreender que há um equívoco comum na doutrina nacional ao analisar a história europeia como se também fosse a história brasileira. Para tanto esta pesquisa buscará subsídios em Edson Nunes<sup>181</sup>, que traz uma análise detalhada do processo histórico do Brasil de fortalecimento das instituições públicas e suas formas de relacionamento com a sociedade.

O objetivo é demonstrar como a construção institucional guiada pelo insulamento político (ou burocrático) foi por diversas vezes na história nacional uma opção para fugir do parlamento e suas práticas clientelistas, ao mesmo tempo em que as opções por democratização e controle social eram vistas com descrença.

O autor identifica quatro gramáticas ou formas de diálogo entre o Estado e os grupos de interesse que formam a sociedade brasileira, sua análise perpassa a década de 30 e alcança o regime militar até os anos 70. Essas gramáticas se inserem em um conjunto analítico apresentado em seu livro, elas antecedem e informam as políticas de Estado brasileiras, podem fazer isso de forma explícita ou de forma implícita.

Nunes demonstra com grande clareza como se deu o processo de modernização brasileira, que diferente da Europa, não foi protagonizado por uma burguesia forte em combate contra a dominação estatal. No Brasil, ao revés, o processo de modernização em busca de estabilidade econômica, credibilidade e racionalidade foi direcionado por um Estado forte e interventor.

---

<sup>181</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático.** *Op. Cit.*

No Brasil, a relação entre Estado e sociedade foi historicamente construída sobre a base de quatro gramáticas: a) o clientelismo, b) o corporativismo, c) o insulamento burocrático e d) o universalismo de procedimentos. Estas formas de relacionamento permitiram o controle de áreas estratégicas que exigiam grande conhecimento técnico-científico (insulamento burocrático e universalismo), assim como também garantiram o diálogo com elites detentoras de grande poder político (clientelismo) e com a sociedade civil (corporativismo). Vamos definir e analisar estas gramáticas.

Contudo, cabe aqui uma advertência inicial, esta pesquisa tem como enfoque a dimensão institucional e legal das Agências Reguladoras e sua relação com a sociedade, portanto, não iremos aprofundar nas ricas faces culturais que estas gramáticas apresentam<sup>182</sup>.

## 2.1 O CLIENTELISMO

O clientelismo, forma de interação social presente em nosso país até os dias de hoje, tem sido declarado como um mal para sociedade e um entrave para a modernização, porém, ao mesmo tempo em que foi duramente criticado no decorrer da recente história brasileira, não foi apagado de suas instituições. Como já apontado, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado declarou abertamente uma luta contra essa gramática<sup>183</sup>, este documento não foi o primeiro a confrontar as práticas clientelistas, mas se apresenta como ponto de partida para o objeto analisado neste trabalho.

Na Europa o desenvolvimento do mercado capitalista propiciou o desenvolvimento de relações impessoais, o fluxo de trocas é regido por um sistema em que o “o processo de troca e aquisição de qualquer bem não inclui a expectativa de relações pessoais futuras, nem depende da existência de relações anteriores entre as partes envolvidas”<sup>184</sup>, o que obviamente é um movimento em direção a igualdade e impessoalidade nas relações de mercado, e que

---

<sup>182</sup> Trabalhos com este enfoque cultural são de grande importância e permitem a melhor compreensão da dimensão institucional legal. Conjugando estas vertentes é um desafio necessário e esclarecedor.

<sup>183</sup> “Os problemas até agora analisados estão fortemente relacionados com sua dimensão institucional-legal, dependendo, portanto, de reforma constitucional, ou de mudança na legislação infra-constitucional, mas todos esses entraves estão diretamente relacionados com a cultura burocrática existente no país, intensamente preocupada em evitar as práticas clientelistas ou patrimonialistas.” BRASIL. **Plano Diretor Da Reforma Do Aparelho Do Estado Presidência Da República**. *Op. Cit.* Pag. 37.

<sup>184</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* Pag. 47.

passou a influenciar as relações sociais através de movimentos que rechaçavam a hierarquização social e privilégios do Antigo Regime.<sup>185</sup>

Por sua vez, o clientelismo se desenvolve através de trocas personalizadas, são relações de caráter informal que os agentes esperam um vínculo de gratidão e manutenção de relacionamentos futuros, é uma gramática típica da relação Estado e sociedade no Brasil. Diversos atores social conseguem acesso às políticas públicas, à direitos ou mesmo a favores ilegais, através de contatos criados em uma rede pessoal que alcance pessoas que figurem em um patamar capaz de controlar recursos materiais do Estado, pessoas ditas influentes, por estarem inseridos na estrutura do Estado ou por terem contatos com quem está. Isso demonstra que o clientelismo depende de uma rede assimétrica de poder, onde uns têm acesso a mais recursos e muitos não têm acesso a quase nenhum recurso, a ideia de hierarquia social se torna essencial:

o clientelismo é um sistema de controle do fluxo de recursos materiais e de intermediação de interesses, no qual não há número fixo ou organizado de unidades constitutivas. As unidades constitutivas do clientelismo são agrupamentos, pirâmides ou redes baseados em relações pessoais que repousam em troca generalizada. As unidades clientelistas disputam frequentemente o controle do fluxo de recursos dentro de um determinado território. A participação em redes clientelistas não está codificada em nenhum tipo de regulamento formal; os arranjos hierárquicos no interior das redes estão baseados em consentimento individual e não gozam de respaldo jurídico.<sup>186</sup>

Como já abordado, a burocratização é vista por Weber como uma forma de dominação que visa alcançar a maior capacidade de eficiência possível através da racionalização da atividade administrativa, isso se realiza com profissionais altamente treinados, que dão respostas rápidas e impessoais frente às necessidades dos dominadores, ou seja, dos agentes que estão no topo da cadeia hierárquica.

Portanto, as bases da burocracia estão em uma racionalização através da impessoalidade e do universalismo de procedimentos, que ao mesmo tempo em que permite o acesso universal aos cargos através de procedimentos impessoais de mérito, também visa garantir escolhas alicerçadas em normas preestabelecidas e universais, em suma, aplicadas a todos. Estas características são intimamente ligadas ao desenvolvimento do capitalismo moderno, que depende de uma economia de mercado baseada em trocas impessoais.

---

<sup>185</sup> Este sistema também propiciou o surgimento de uma esfera pública burguesa que se contrapunha à hierarquização social, voltaremos ao tema quando analisarmos a cidadania brasileira.

<sup>186</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 47.

Porém, vê-se claramente que estas premissas se chocam com o clientelismo, que se caracteriza pelas relações pessoais de forte viés subjetivo, permitindo escolhas não eficientes para o interesse público, caracterizado por relações normalmente ilegais, justamente porque sua premissa é o avesso do conceito de lei como norma geral e abstrata, portanto, aplicada a todos indistintamente.

## 2.2 O UNIVERSALISMO DE PROCEDIMENTOS

O universalismo de procedimento, base da ideia de lei geral e abstrata, logo, base da igualdade jurídica formal e consequentemente das premissas de cidadania, é outro marco para compreensão das instituições formais. Aprofundar neste tema requer compreender que a formação do mercado e o fortalecimento da burguesia na Europa se deram através de um cabo de força entre este grupo e o Estado, formado pela nobreza e pelo rei. O mercado pregava a liberdade, primeiramente, sua doutrina econômica foi o liberalismo econômico, o seu inimigo institucional foi o Estado interventor. Em segundo lugar, sua filosofia foi o liberalismo político, que tinha como inimigo ideológico as tradições hierarquizantes do Antigo Regime.

Habermas exemplifica muito bem esse processo que uniu o desenvolvimento do mercado capitalista e os direitos fundamentais de primeira geração, uma vez que formaram a ideologia liberal deste período. O autor demonstra como a burguesia constituiu uma esfera pública crítica ao Estado, que se contrapunha as suas atividades regulamentadoras e autoritárias sobre o mercado. Portanto, a esfera pública formada por indivíduos da classe burguesa passa a disputar com o Estado o regramento do meio social:

O processo ao longo do qual o público constituído pelos indivíduos conscientizados se apropria da esfera pública controlada pela autoridade e a transforma numa esfera em que a crítica se exerce contra o poder do Estado realiza-se como refuncionalização (umfunktionierung) da esfera pública literária, que já era dotada de um público possuidor de suas próprias instituições e plataformas de discussão.

[...]

Com o surgimento de uma esfera social, cuja regulamentação a opinião pública disputa com o poder público, o tema esfera moderna, em comparação com a antiga, deslocou-se das tarefas propriamente políticas de uma comunidade cidadã agindo em conjunto (jurisdição no plano interno, auto-afirmação perante o plano externo) para as tarefas mais propriamente civis de uma sociedade que debate publicamente (para garantir a troca de mercadorias).<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.** *Op. Cit.* pag. 68-69.

O surgimento desta esfera pública ou domínio público, em que a igualdade e liberdade são as bases, tem como fundamento os procedimentos legais, gerais e abstratos, impessoais e racionais, é a base para o desenvolvimento da economia capitalista<sup>188</sup> e da ideia de interesse público:

O domínio público é regulado por normas e instituições baseadas no universalismo de procedimentos, isto é, normas que podem ser formalmente utilizadas por todos os indivíduos da polity, ou a eles aplicadas, ao elegerem representantes, protegerem-se contra abusos de poder pelo Estado, testarem o poder das instituições formais e fazerem demandas ao Estado.<sup>189</sup>

Porém, o clientelismo está constantemente em tensão com o universalismo de procedimentos. Ao mesmo tempo em que elites intelectuais do país buscam reformas estatais que direcionem a sociedade brasileira para a modernidade, a política nacional e instituições são embebidas de práticas tradicionais ligadas ao personalismo clientelista. A sociedade brasileira conseguiu de forma ímpar desenvolver em seu seio formas de relacionamento aparentemente paradoxais. Manteve-se até hoje o clientelismo, mas nosso direito prega o universalismo de procedimento e ele é aplicado em diversos casos, como, por exemplo, em seleções públicas como o concurso público ou através de leis como a de acesso a informação (lei 12527/11), que ao menos em âmbito federal tem sido respeitada.

Assim como o caput do art. 37 da CF é um previsão de princípios informadores da gramática do universalismo de procedimentos que devem ser aplicados à Administração Pública Direta e Indireta: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Contudo, como todos sabem, nem sempre a eficácia destes princípios é uma realidade, p.ex., quando o concurso público não funciona ao permitir o acesso através de favorecimento percebemos a gramática do clientelismo se sobrepondo a do universalismo.

No chamado Terceiro Setor da Administração Pública, formado pelas ONGs, que se tornou verdadeiro canal para essas relações, basta ver os escândalos recorrentes em jornais sobre corrupção e clientelismo. Estas estruturas ligadas as Organizações Sociais e Organizações Sociais sem Fins Lucrativos foram pensadas no citado Plano Diretor, a doutrina majoritária e a lei liberam estas entidades de realizarem concursos e licitações para selecionar pessoal, bens e serviços. O STF no voto do Ministro Fux na ADI nº 1923 seguiu essa mesma linha, inclusive não sendo necessário licitar para fazer convênios com Organizações Sociais,

<sup>188</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático.** *Op. Cit.* pag. 42 e 47.

<sup>189</sup> *Idem.* pag. 41

isso com base no argumento da Função Regulatória das Licitações<sup>190</sup>. Porém, os escândalos foram tantos que o Congresso aprovou e o Executivo sancionou a Lei nº 13.019/2014, que institui normas gerais para regular as parcerias voluntárias, tentando criar balizas para moralizar o Terceiro Setor e exigindo um procedimento parecido com a lei nº 8666 (licitações e contratos)<sup>191</sup>. Mas esta lei aplica-se apenas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), as discussões em torno das Organizações Sociais (OSs) ainda dependem da decisão do STF<sup>192</sup>.

Clientelismo e personalismo são fortemente combatidos por políticas de governo desde a década de 30 no Brasil, os instrumentos para tanto foram o universalismo de procedimentos, com normas que defendiam o acesso universal e meritório no serviço público brasileiro, e o insulamento burocrático, com o foco de distanciar áreas estratégicas da economia estatal do clientelismo que impregna os partidos políticos através das trocas pessoalizadas e a política de favores como substituta das leis:

Clientelismo e personalismo, entretanto, seriam enfrentados e tentativamente corrigidos, desde a década de 30, por decisões políticas que buscavam o universalismo de procedimentos, por leis que regulavam os empregos no serviço público, e pela criação de burocracias insuladas que não seriam receptivas a demandas fisiológicas e clientelistas oriundas dos partidos políticos.<sup>193</sup>

### 2.3 O INSULAMENTO BUROCRÁTICO

O insulamento burocrático é uma gramática informadora das atuais Agências Reguladoras, foi também uma estratégia utilizada por Getúlio Vargas em 1930, assim como por Juscelino Kubitschek em 1950 e pelos militares em 1960 e 1970:

---

<sup>190</sup> Segundo Marcos Juruena, “[...] embora a função regulatória também envolva editar normas, a isso não se limite, já que a ela é inerente uma função “quase legislativa, “quase executiva” e “quase judicial”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função Regulatória**. *Op. Cit.* pag. 3.

<sup>191</sup> Como foi o recente caso no Rio de Janeiro do deputado federal Rodrigo Bethlem (PMDB-RJ) e o convênio com a ONG Casa Espírita Tesloo, que era utilizado para desvio de verbas públicas. Reportagem Revista VEJA: “A instituição começou a abocanhar contratos com o município do Rio desde a gestão Cesar Maia, mas foi com Paes e Bethlem que o faturamento da Tesloo explodiu.” Revista Veja 25.07.14. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/homem-forte-de-paes-opera-esquema-de-corrupcao-na-prefeitura>. Mais informações também podem ser encontradas: O Globo 08.08.2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/prefeitura-ja-tinha-identificado-indicios-de-irregularidades-em-contratos-da-ong-tesloo-13530906>

<sup>192</sup> Lembrando que o Plano Diretor previu como um gênero o projeto de Organizações Sociais, este deu origem às subespécies: Organizações Sociais regidas pela Lei nº 9.637/1998 e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público regidas pela Lei nº 9.790/1999.

<sup>193</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 52

Na linguagem da teoria organizacional contemporânea, o insulamento burocrático é o processo de proteção do núcleo técnico do Estado contra a interferência oriunda do público ou de outras organizações intermediárias. Ao núcleo técnico é atribuída a realização de objetivos específicos. O insulamento burocrático significa a redução do escopo da arena em que interesses e demandas populares podem desempenhar um papel. Esta redução da arena é efetivada pela retirada de organizações cruciais do conjunto da burocracia tradicional e do espaço político governado pelo Congresso e pelos partidos políticos, resguardando estas organizações contra tradicionais demandas burocráticas ou redistributivas.<sup>194</sup>

Descrevendo este processo no período anterior à Constituição de 1988, o autor ainda afirma que há claramente uma escolha pela autonomia das entidades em detrimento das articulações políticas e sociais, presentes, por exemplo, no Congresso e Executivo, pois no Brasil, estes são vistos como o local fértil ao clientelismo:

Para conseguir altos graus de insulamento, as agências estatais devem desfrutar de um forte apoio de atores selecionados em seu ambiente operativo. No contexto da realidade política brasileira, os parceiros relevantes são as elites industriais, nacionais e internacionais. Reduzir os limites de arena de formulação de políticas significa em geral a exclusão dos partidos políticos, do Congresso e das demandas populares. Excluindo-os, os atores que promovem o insulamento almejam refrear o personalismo e a patronagem em benefício de uma base mais técnica para a fixação de prioridades.<sup>195</sup>

Isso tem clara ligação com a formação de um espaço público impregnado pela ação Estatal em detrimento da ação cidadã, tema que será aprofundado no próximo Cap. 3. Assim como o período analisado pelo autor, em 1990 as escolhas pelas reformas institucionais foram feitas de cima para baixo, ou seja, foram políticas de governos em que se decidiu pela criação de instituições pouco porosas as demandas sociais, o foco era a modernização do país e “já que o universalismo de procedimentos ainda não era suficiente forte para desalojar a ordem tradicional controlada pelos partidos políticos, a solução pareceu ser a criação de uma burocracia insulada”<sup>196</sup>.

Quando se dá prioridade à autonomia da instituição sem que sejam garantidos, seja pelo direito ou pela cultura da própria instituição, a inserção das demandas sociais na construção de suas decisões, essa autonomia se configura em verdadeiro insulamento burocrático. No caso das Agências mais uma vez as exigências do mercado internacional ditaram as políticas internas (v. Introdução e Cap. 2 – 2.6.3).

---

<sup>194</sup> *Idem.* Pag. 55

<sup>195</sup> *Idem.* Pag. 56

<sup>196</sup> *Idem.* Pag. 36

## 2.4 O CORPORATIVISMO

Ainda nesta perspectiva da relação do Estado com a sociedade, o autor aponta o corporativismo como a gramática que os governos destes períodos adotaram, em maior ou menor medida, para se relacionar com as classes sociais mais baixas e inseri-las de alguma forma no Estado. Esta prática visa o controle social, através de leis que não permitem grande mobilidade pelas classes operárias, o Estado limita as escolhas dos cidadãos, mas garante certos direitos sociais:

Formalizado em leis, o corporativismo reflete uma busca de racionalidade e de organização que desafia a natureza informal do clientelismo. Embora regulado por normas gerais escritas, o corporativismo não é igual ao universalismo de procedimentos. Os regulamentos do corporativismo não contêm cláusulas para o desafio individual ao sistema de leis corporativas. Essas leis preocupam-se com incorporação e controle, não com justo e igual tratamento de todos os indivíduos. O corporativismo determina os limites da participante e não pode ainda ser completamente alterado pelo voto daqueles que se submetem a ele. Voluntariamente ou não, uma pessoa é automaticamente envolvida pelas leis corporativas a partir do momento em que assina um contrato de trabalho.<sup>197</sup>

O corporativismo propiciou o controle social em detrimento de práticas democráticas. Seu surgimento se deu em períodos de autoritarismo, demonstrando o viés tutelar do Estado sobre a sociedade e a construção de políticas através das instituições e não através da sociedade.

## 2.5 A ATUALIDADE DAS GRAMÁTICAS APRESENTADAS

O que tem de mais importante para este trabalho na análise de Edson Nunes é a clareza com que o autor demonstra que o universalismo de procedimento e o insulamento burocrático foram instrumentos que historicamente são articulados para garantir a modernização da sociedade e das instituições brasileiras. Isso se deu por decisões políticas que através de “leis que regulavam os empregos no serviço público, e pela criação de burocracias insuladas que não seriam receptivas a demandas fisiológicas e clientelistas oriundas dos partidos políticos.”<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> *Idem.* Pag. 57

<sup>198</sup> *Idem.* Pag. 52 e 81

Contudo, se o universalismo de procedimento é a base para democracia, ele por si só não garante práticas democráticas. O universalismo dentro das Agências insuladas se dava pela seleção de agentes públicos através de formas racionais ligadas ao mérito, p.ex. o concurso, porém, as políticas de governo criadas nestas instituições não eram abertas ao debate público, eram na verdade insuladas, no intuito de fugir das práticas personalistas/clientelistas presentes na sociedade brasileira.

Novamente cabe afirmar que a vantagem de atribuir poder normativo para as estruturas burocráticas do executivo está justamente na “fuga da tribuna” e aproximação com o gabinete, isso faz com que se garantam as decisões rápidas exigidas pelo mercado e, principalmente, permite que se furte da necessidade de construir consensos. Durante as políticas reformistas de 1930, 1946 e 1964, o manto da técnica era usado para se afastar da política parlamentar, tidas como campo fértil para o clientelismo.

O processo de ampliação do Estado no controle das finanças públicas e na atuação econômica se amplia na década de 1930, com fulcro numa visão de que o centralismo era o caminho para se conseguir este controle, o governo federal se fortaleceu, a administração direta e indireta de âmbito federal se ampliou e o controle da economia passa a ser uma necessidade, inclusive exigida pelas instituições internacionais<sup>199</sup>. Nunes aponta que com a Constituição de 1946 os partidos passam a ter novamente o poder político de controle dos governos estaduais, ministérios e parte da burocracia estatal, contudo, o núcleo técnico do Estado tenta ser mantido com pouca influência.

Neste período o desenvolvimento econômico e a industrialização era o foco do Executivo, e através de agentes da burocracia e dos empresários, este desenvolvimento fora implementado “por outros canais que não os dos partidos”.<sup>200</sup> Mais uma vez o Estado gerava as mudanças sociais de cima para baixo e paradoxalmente tentava se afastar do personalismo em determinadas áreas, mas era movido por ele em outras:

No Brasil os políticos eram frequentemente vistos pelas elites modernizantes como um empecilho ao progresso. Na década de 30 Vargas extinguiu os partidos e promoveu a centralização administrativa, sob a supervisão técnica do DASP. Nos anos 60 o governo militar extinguiu os partidos, criou novos, cassou mandatos e

---

<sup>199</sup> Edson Nunes reata que duas “missões britânicas” vieram ao Brasil, uma em 1924 e outra em 1931, estas foram recebidas como condições para que o Brasil continuasse a receber empréstimos estrangeiros, elas indicaram a necessidade de centralização, fiscalização e maior organização orçamentária. Era a forma dos bancos internacionais protegerem o investimento e do Brasil manter a credibilidade no plano internacional. Pag. 91.

<sup>200</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático.** *Op. Cit.* pag. 113

produziu uma legislação "revolucionária". No período decorrido entre estes dois momentos de ataque radical aos partidos e aos representantes eleitos, outras tentativas foram feitas para neutralizar sua influência no processo de formulação política, através do insulamento burocrático.<sup>201</sup>

Na construção institucional de nosso país temos um claro confronto entre política e técnica, ou entre partidos e Agências insuladas. Antes de 1964 dentro da Administração Pública direta, cerca de 60% dos ministros civis tinham experiência legislativa, apenas 26% eram de origem técnica. Já no pós 1964, alcançou-se a marca de 65% de ministros de origem técnica e militar e apenas 21% tinham origem legislativa. Sendo que 55% eram de origem técnica.<sup>202</sup>

A constituição de 1967 e o decreto lei nº 200, este último recepcionado pela Constituição de 1988, são apontados como marcos normativos de suma importância, pois ampliaram a autonomia do Executivo, suas competências e fortaleceram o executivo federal na formulação de políticas de governo<sup>203</sup> (v. Introdução). Certamente que a ampliação de poderes do Executivo também foi direcionada pela perda de funções do Legislativo durante a ditadura.

Interessante notar que no que diz respeito à Administração Pública indireta, não há a mesma inserção política quando se trata de exercício de atividades. No período de 1930 até 1970, dos 1.976 cargos em 98 agências analisadas (autarquias e paraestatais), apenas 168 cargos eram ocupados por indivíduos com origem legislativa<sup>204</sup>.

Mas o insulamento burocrático, revitalizado pelas Agências Reguladoras criadas na década de 90, pode ter vários graus, sendo certo que a engenharia institucional das Agências Reguladoras tem um grau tão elevado que os mandatos dos seus dirigentes nem mesmo coincidem com os mandatos do Presidente da República, além de ser a termo fixo. Esta característica faz transparecer uma mudança de enfoque se comparado com os períodos anteriores, enquanto no período Vargas e na Ditadura o insulamento se fazia frente ao parlamento, na década de 1990 as exigências de mercado que deram origem às Agências de

---

<sup>201</sup> *Idem*. Pag. 114

<sup>202</sup> Wanderley Guilherme dos Santos, "Explorações sobre a tecnocracia federal brasileira", Revista do Servidor Público. *Apud*, NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 116

<sup>203</sup> Edson Nunes e Bresser Pereira comungam desta visão, este último elogia do Decreto-Lei 200 alegando que foi uma tentativa de racionalizar as instituições formais no país em direção a uma administração gerencial. Essa afirmativa é feita por Bresser no prefácio do livro de Edson Nunes. pag. 27.

<sup>204</sup> Wanderley Guilherme dos Santos, "Explorações sobre a tecnocracia federal brasileira", Revista do Servidor Público. *Apud*, NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag.. 122

primeira geração fizeram com que o insulamento também se desse frente ao Executivo central.

Esta nova perspectiva transparece quando comparamos as normas do DL n° 200/67 com os instrumentos de autonomia inseridos nas Agências Reguladoras. Como já apontado (v. Introdução – 1.1), referida norma centralizava o controle da Administração no Executivo central, exemplo disso é o art. 26, §1º, I e art. 170<sup>205</sup>, ambos dão amplo poder para os Ministros de Estado e para o Presidente intervir na Administração Indireta.

As Agências Reguladoras foram criadas no interior da Administração Indireta, são autarquias, tendência já existente no Brasil. Pela análise dos períodos anteriores ao surgimento das Agências da década de 1990, já se demonstrava a face mais autônoma da Administração Pública Indireta, o insulamento burocrático normalmente se construía através dessas estruturas, o que será tratado no item 2.2.5 quando será debatida a escolha pela autonomia institucional na Administração Pública.

Porém, como já apontado, essa autonomia ampliada, que transformou em forte insulamento burocrático, gera uma quebra na Teoria Democrática, pois se os representantes políticos eram os responsáveis por levar a opinião pública para dentro das estruturas burocráticas, o insulamento tem uma face antidemocrática, uma vez que leva a um distanciamento do controle exercido pelo Executivo central e pelo parlamento.

Renato Lessa faz esse apontamento ao afirmar que as Agências Reguladoras como marcas no novo modelo gerencial de administração são caracterizadas novamente pelo insulamento e não apresentam formas claras de responsabilização e controle social. Por sua vez, Bresser Pereira, vê na redemocratização e nos instrumentos de controle social uma forma para suprimir os problemas de déficit democrático causados pelo insulamento das Agências.<sup>206</sup>

Essa contraposição entre Bresser e Lessa é interessante de ser ressaltada, pois o primeiro escreve quando do prefácio à primeira edição do livro de Nunes, em 1996, durante o amplo processo de desestatização e criação das Agências. Na verdade Bresser nega frontalmente que as reformas da década de 1990 tenham gerado novas burocracias insuladas:

---

<sup>205</sup> Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: i) intervenção, por motivo de interesse público.

Art. 170. O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal.

<sup>206</sup> Lessa e Bresser apresentam essas visões divergentes no Prefácio à segunda edição (p. 17-24) e prefácio à primeira (p. 25-29) de NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático.** *Op. Cit.*

O aumento da autonomia da burocracia estatal não deve ser confundido com o insulamento burocrático - ou seja, o isolamento das agências estatais das influências políticas -, frequentemente proposto como solução para o populismo econômico e clientelismo. Em sociedades democráticas, a alta administração pública está inserida no processo político e dele faz parte. O tipo ideal de um burocrata estatal puramente técnico não faz sentido, da mesma forma que não faz sentido atribuir a ele o papel de garantir a racionalidade da administração pública e mais amplamente do governo, continuamente ameaçada pelos políticos. Esta é uma visão autoritária, que ainda acredita no monarca esclarecido ou no “bom” ditador - é uma visão que o avanço da democracia neste século vai tornando definitivamente superada. Peter Evans (1995) propõe superar essa contradição entre a necessidade de burocracias estatais autônomas e democracia através do seu conceito de autonomia imersa (*embedded autonomy*), ou seja, através de uma burocracia que seja ao mesmo tempo autônoma e imersa na sociedade.

Na execução das atividades exclusivas de Estado é na verdade necessário distinguir três tipos de instituição: as secretarias formuladoras de políticas públicas, que, no núcleo estratégico do Estado, em conjunto com os ministros e o chefe do governo, participam das decisões estratégicas do governo; as agências executivas, que executam as políticas definidas pelo governo; e as agências reguladoras, mais autônomas, que buscam definir os preços que seriam de mercado em situações de monopólio natural ou quase natural. As agências reguladoras devem ser mais autônomas do que as executivas porque não existem para realizar políticas do governo, mas para executar uma função mais permanente que é essa de substituir-se aos mercados competitivos.<sup>207</sup>

Por sua vez, Lessa, no prefácio à segunda edição de Nunes em 2003, já aponta o insulamento burocrático e a falta de controle social nas Agências Reguladoras, uma vez que o histórico das Agências de hoje e de ontem parece não advogar em favor de sua abertura para com as demandas populares, o que se verá no Cap. 4.

Aliado a esta contraposição entre Lessa e Bresser, também é esclarecedor trazer para discussão o argumento desenvolvido na Introdução deste trabalho, quando se analisou a Reforma de 1990 e se apontou suas dificuldades quanto a reestruturação jurídica do Estado. As modificações jurídicas necessárias para correta implementação dos instrumentos gerenciais (como o controle por resultado) não foram concluídas, assim como Ministérios não aderiram à proposta e instituições pensadas como centrais perderam força no decorrer deste processo (Agências Executivas).

As normas jurídicas instituidoras das Agências e dos demais instrumentos da reforma gerencial não apresentam harmonia com o sistema jurídico Administrativo brasileiro. Isso exige de seus operadores tremendo esforço para aplicação destas normas, o que nem sempre

---

<sup>207</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da reforma do estado**; v. 1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. pag. 43.

se faz de forma adequada, pois em muitos casos interpretações jurídicas não são capazes de solucionar problemas gerados por reformas Administrativas mal implementadas.

Diante deste histórico existem dois fatores a serem considerados ao tratar da Constituição de 1988 e das reformas da Administração Pública na década de 1990: 1) o fortalecimento da ideia de democracia participativa com a redemocratização no país e a Constituição de 1988; 2) o insulamento burocrático elevado das Agências Reguladoras justificado pela crítica ao clientelismo e ineficiência dos serviços públicos.

Como observado, a busca por eficiência, por capacidade técnica e os conflitos entre este sistema com a democracia e o parlamento não são temas novos, portanto, o primado da técnica está em constante tensão com o das escolhas políticas que não se guiam necessariamente pela racionalidade burocrática.

No plano das instituições políticas Estatais o processo de burocratização surge na Europa do séc. XVII e XIX como contraponto ao patrimonialismo, ao poder derivado da divindade ou do berço, sob o discurso da igualdade e racionalização, a burocracia é vista como a forma superior de gerenciamento do Estado, permitindo controle eficiente e impessoalidade. No plano social a cidadania ganha destaque e através da legitimidade no poder popular a lei é o estandarte, feita por todos através de seus representantes, aplicadas a todos e derivada da razão (v. Cap. 3).

O sistema parece extremamente sofisticado, a burocracia como forma de dominação mais eficiente é dependente das normas gerais e racionais para se mover, quem cria tais normas e se encontra no ápice do sistema hierárquico da burocracia são os representantes do povo que estão sujeitos ao voto popular.

O direito constitucional e administrativo brasileiro seguiu o caminho descrito, criando procedimentos de seleção de servidores através do mérito e de forma impessoal (concurso público), criando formas de controle interno e externo dos órgãos públicos, determinando como fundamento do direito administrativo a liberdade positiva (a administração só pode agir mediante lei). Além disso, definindo que o presidente da república encontra-se no topo da hierarquia da Administração, estabelecendo o voto periódico e princípios como publicidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e legalidade.

Mas nenhuma teoria é suficientemente sofisticada quando levada para as práticas sociais, principalmente quando se trata de outra sociedade, com outros eventos históricos e práticas sociais. Apesar da impressão quanto ao termo burocracia, o Plano diretor expressa bem essa relação conflitante entre clientelismo e burocracia:

Como sabemos, historicamente a dominação racional-legal ou burocrática surgiu no século XIX como uma forma superior de dominação, legitimada pelo uso da lei, em contraposição ao poder tradicional (divino) e arbitrário dos príncipes e ao afeto das lideranças carismáticas. Surgiu, portanto, como uma reação à cultura patrimonialista, então dominante. Sua afirmação implicou o desenvolvimento, no nível da administração pública, de uma cultura burocrática, que, no plano político, correspondeu à prevalência do Estado liberal e à correspondente ideologia liberal, que o direito administrativo expressa bem.<sup>208</sup>

Porém, as Agências Reguladoras da forma em que foram estruturadas geram um processo duplo, em um só tempo se gera o insulamento político da instituição e também se delega uma grande capacidade normativa sobre o setor da competência da Agência. O grande diferencial no que diz respeito à engenharia institucional-legal destas Agências é justamente o grau de insulamento e delegação normativa, que é claramente mais amplo do que nos períodos anteriores.

Estas questões criaram grandes modificações constitucionais e legais para que as instituições formais brasileiras pudessem se conformar ao novo sistema, com maior insulamento e maior capacidade normativa das Agências. É o que passamos a analisar, quais são as estruturas normativas que fundamentam o modelo adotado na década de 1990 e em que medida estas modificações se articulam com a democracia.

## 2.6 O DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO E A APROPRIAÇÃO DE DUAS GRAMÁTICAS

A argumentação jurídica não surge no vácuo, ela provém de interações sociais, econômicas e políticas que influenciam o campo do direito, fazendo com que ele se pronuncie através de normas, de jurisprudência e da doutrina<sup>209</sup>. O meio cultural influencia o ordenamento jurídico e os juristas, que por sua vez visam influenciar o meio cultural. As teorias econômicas, políticas e jurídicas também são derivações desse meio cultural, representam esforços para lapidar interesses que podem ou não ser legítimos, e em países subdesenvolvidos ainda se tem uma forte influenciada dos países centrais<sup>210</sup>. Só que

<sup>208</sup> **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.** *Op.Cit.* pag. 38

<sup>209</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** *Op. Cit.* pag. 1049.

<sup>210</sup> *Idem. Op. Cit.* pag. 1049-1050.

normalmente não se trata de uma troca entre centro e periferia, se trata de uma exportação (“sem vice e versa”<sup>211</sup>).

Várias teorias jurídicas se apropriaram do discurso do *gerencialismo* e inseridas no complexo de mudanças institucionais da década de 90 se debruçaram sobre as Agências Reguladoras, houve um verdadeiro embate sobre sua constitucionalidade e legitimidade democrática. Como dito, as Agências foram um dos mais importantes instrumentos para guiar a nova estrutura administrativa do Estado, a análise crítica dos principais estudos sobre o tema é essencial para entender como o direito adotou a nova engenharia institucional e de que forma isso impacta o sistema democrático. Ao se referir à Constituinte de 1988, José Afonso da Silva informa que:

Sua composição ideológica era mais bem distribuída do que as Constituintes anteriores, ainda assim com tendências mais para o centro e centro-direito; segundo pesquisa do jornal Folha de S. Paulo deu a seguinte classificação: direita 12%; centro-direita, 24%; centro, 32%; centro esquerda, 23%; esquerda 9%. Esta pesquisa, tendo em vista o funcionamento da Constituinte, aproximava-se bastante da realidade.<sup>212</sup>

Apesar das críticas à nossa Constituinte, que não fora uma Assembleia Nacional Constituinte, mas sim um Congresso Constituinte, formado inclusive por senadores biônicos, além de vários grupos de interesses corporativos também conseguirem preponderância em algumas passagens de nosso texto<sup>213</sup>, ainda sim, fora a Constituinte mais democrática de nossa história, com ampla participação popular que inclui instrumentos de democracia participativa até mesmo na sua própria metodologia de trabalho:

Foram apresentadas cento e vinte e duas emendas populares num total de doze milhões de assinaturas. A proposta sobre os direitos da criança foi apoiada por um milhão e duzentos mil eleitores. Outra sobre a educação obteve o apoio de setecentos e cinquenta mil e setenta e sete eleitores. Outra pleiteando a introdução na constituição de institutos de participação popular conseguiu o apoio de trezentas e trinta e seis mil e quarenta e sete assinaturas.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> LOBÃO, Ronaldo. Tempo(s) e Espaço(s) do(s) Direito(s): articulações do global ao local sem vice-versa. **Humanidades**. n. 59, outubro 2012. pag. 70-79.

<sup>212</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição**. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 109.

<sup>213</sup> *Idem*. pag. 108. Em alguns textos Bresser Pereira dá exemplo de grupos de interesse de servidores que conseguiram vantagens excessivas.

<sup>214</sup> *Idem*. pag. 109.

Partimos de uma premissa que parece ser muito clara, acompanhamos Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que a Constituição Federal de 1988<sup>215</sup> fora uma constituição que propôs um Estado Social de Direito, com caráter dirigente, portanto focado na intervenção social e econômica, visando o atingimento de fins estabelecidos em seu texto.

Entretanto, como apontado linhas atrás (v. Cap. 2), o modelo de constitucionalismo social-dirigente não conseguiu dar respostas às mudanças sociais e pressões políticas; já os modelos neoliberais-econômicos que exaltam liberdade econômica, propriedade e subsidiariedade estatal não garantem a inclusão social.

O *gerencialismo*, por sua vez, como uma ideologia neoliberal, adere ao princípio da subsidiariedade do Estado e no Brasil foi o que predominou na atualidade constitucional, por tal motivo a maior parte da doutrina jurídica sobre direito constitucional, administrativo e econômico se lastreia pela defesa da menor intervenção do Estado e retração dos monopólios criados pelos serviços públicos<sup>216</sup>. Portanto, temos uma questão política que provavelmente o direito não conseguirá dar resposta, poderá no máximo tentar encontrar limites.

Mas parece que uma conclusão se torna inevitável, as modificações constitucionais e legais na década de 1990 direcionaram o Estado para um caminho de viés neoliberal uma tentativa de se mudar os rumos direcionados pela Constituição originária de 1988, porém, da mesma forma que esse redirecionamento não foi completo (ou não se completou), sua base não teve o mesmo clamor e apoio popular da Constituinte de 1988.

Alexandre Veronese chega a mesma conclusão ao afirmar que o Plano Diretor de 1995 afirmava a busca por um caminho do meio, porém, “o que se viu, na prática, foi um grande apelo às soluções liberais”<sup>217</sup>. Em sua essência a Constituição de 1988 ainda se apresenta com forte caráter social, isso pode ser depreendido dos objetivos da República em seu art. 3, dos direitos sociais e ordem econômica (art. 6, art. 170 e art. 193) e do art. 219 ao declarar que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico.

Porém, também estão presentes artigos que abrigam princípios e normas que podem ser interpretados para dar um rumo de viés mais liberal, principalmente depois das emendas da década de 1990. Celso Antônio Bandeira de Mello se mostra contrário à tais mudanças e

---

<sup>215</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. Cit.* pag. 1056-1057

<sup>216</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. *Op. Cit.* pag.36.

<sup>217</sup> VERONESE, Alexandre. **Reforma do Estado e Organizações Sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia**. *Op. Cit.* pag. 32.

identifica várias inconstitucionalidades que relata em seu Curso de Direito Administrativo, com base em uma interpretação de viés mais social.

Por sua vez, como aponta Marcos Juruena, no Rio de Janeiro em 1995 se inaugurou um dos principais e pioneiros processos de desestatização através da lei estadual nº 2470/95. O autor explica que a Procuradoria Geral do Estado do Rio “assumiu, em plena ebulição dos fatos, um papel didático no Direito Administrativo Brasileiro”<sup>218</sup>, este papel foi em defesa das modificações constitucionais e legais que se deram no período.

Um grupo de procuradores sobre a orientação de Diogo de Figueiredo, então Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, elaborou o projeto de lei que deu ensejo a primeira Agência Reguladora do Rio, a Agência de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro. No mesmo período Luís Roberto Barroso atuou através da procuradoria na defesa das normas de desestatização na ADI 234-1, assim como outros membros atuaram em ações que contestavam os processos de desestatização e gerenciais no Tribunal Estadual<sup>219</sup>.

Em que pese as divergências na doutrina e respeitando suas diferenças, já se apontou neste trabalho à visão de Claudio Pereira<sup>220</sup>, que defende que a decisão sobre maior ou menor intervenção deve ser deixada a cargo do povo e das vias ordinárias de legislação. Assim como é coerente a posição de Fontes ao afirmar a existência de uma dubiedade constitucional presente na ordem econômica, o que faz com que uma “interpretação unitária e exata”<sup>221</sup> do texto da Constituição não exista.

Parece ser um caminho intermediário, mas que também passa pela problemática da legitimidade destas decisões, pois se o povo pode escolher maior ou menor intervenção, basta saber qual a eficácia de sua escolha frente a seus representantes e quais instrumentos para participar. Novamente surge a dificuldade em harmonizar a eficiência administrativa, participação popular e controle.

### **2.6.1 A atividade econômica e o papel do Estado**

Nesta linha de raciocínio se apresenta o que passou a se chamar de administração pública gerencial, nome dado a esta nova forma de atuação do Estado frente à sociedade. Esta tem a proposta (ao menos em tese) de diminuir sua intervenção direta na atividade econômica

---

<sup>218</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Estadual das Concessões**. *Op. Cit.* pag. 189.

<sup>219</sup> *Idem.* pag. 184-186.

<sup>220</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. *Op. Cit.* pag. 35.

<sup>221</sup> FONTES, André. **A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica**. *Op. Cit.* pag. 18

passando a exercer um papel de regulador, com objetivo de corrigir falhas de mercado e direcionar o desenvolvimento econômico em prol de valores sociais e culturais.

Como alertado linhas atrás, o debate ideológico entre Estado Mínimo e Estado Máximo é recorrente nas ciências sociais. A última Reforma da Administração Pública no Brasil se guiou pelo *gerencialismo*, movimento em que seus partidários visam encontrar uma forma de intervenção que se encontra no meio dessas duas escolhas (intervenção máxima e mínima), apesar de não ter tido bons resultados em todas as suas propostas, o corte ideológico ligado a retirada do Estado de setores econômicos e serviços públicos teve relativo sucesso (v. Introdução).

De fato, a discussão sobre a administração pública gerencial gira em torno da questão econômica, assim como nas outras modalidades de Estados anteriormente citadas. A intervenção tem por objetivo regular a economia e a ordem social, sendo estas duas as faces da questão política que envolve toda a discussão sobre modelos de intervenção.

A ordem econômica presente em uma Constituição é sempre banhada por um conteúdo sócio-ideológico, fazendo com que as opções do constituinte sobre este ponto demonstrem que tipo de Estado está sendo firmado pela Carta Política, caso se esteja direcionando o Estado-Administrador para uma maior ou menor intervenção no seio social. Por tal motivo José Afonso, ao se referir à ordem social faz pertinente observação sobre sua interseção com a questão econômica:

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoa. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou, segundo Geraldo Vidigal “é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-lo sob a inspiração dominante do interesse social”. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais [...]<sup>222</sup>

Ainda neste sentido, Paulo Todescan:

Adotando uma perspectiva de análise econômica da ação regulatória (econômica e social) do Estado, regulação pode ser entendida como técnicas administrativas de correção de “falhas de mercado” e técnicas administrativas de estabilização e desenvolvimento econômico, identificadas pela teoria econômica, **incluindo no segundo conjunto a correção de problemas distributivos e o planejamento econômico, ou técnicas administrativas de promoção de valores sociais e culturais não relacionados diretamente ao funcionamento do sistema**

<sup>222</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. pag. 286.

**econômico, mas com efeitos também sobre a organização de mercado.** (grifou-se)<sup>223</sup>

Como argumenta o autor, a regulação econômica se entrelaça com a discussão sobre a organização de determinados mercados. Portanto, o Estado regulador intervém na atividade econômica, diferente do que ocorria no Estado Liberal clássico, que a intervenção era tendente à zero, e de forma distinta da intervenção no Estado de Bem-Estar Social (em que a intervenção era direta e extrema). Ao se referir à proposta reguladora dos anos de 1990 Barroso afirma que “O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo”<sup>224</sup>; ele apenas sai da execução direta das atividades e se postou como um agente normativo e fiscalizador.

Contudo, esta nova posição do Estado em nada garante maior ou menor proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, se trata apenas de uma opção regulatória que cria um setor regulado por entes autônomos, sendo certo de que “nem toda regulação, portanto, é a favor do público. Nem toda regulação é a favor do regulador. O mercado regulatório é um selvagem campo de lutas de interesses”<sup>225</sup>.

Mas, para que esta discussão tenha sentido, devemos definir o que se enquadra dentro da chamada atividade econômica, pois é esta a área em que vai se dar a intervenção do Estado nos moldes gerenciais. Para fins didáticos adotaremos a definição apresentada por Eros Graus e que é comumente seguido na literatura sobre direito econômico em nosso país. Diz o autor que “o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: serviços públicos e atividade econômica”<sup>226</sup>. Portanto, para o autor, atividade econômica é gênero do qual surgem duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, o Título VII da Constituição Federal, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira apresenta divisão similar, uma vez que trata da atividade econômica (art. 170 e 173) e serviços públicos (art. 175).

Com esta definição em mente, podemos dizer que a Administração Pública Gerencial tem como objetivo organizar os serviços públicos, exercendo diretamente esta atividade ou

<sup>223</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade.** *Op. Cit.* pag. 43.

<sup>224</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 1, Fevereiro, 2005. pag. 5.

<sup>225</sup> NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional.** *Op. Cit.* pag. 16.

<sup>226</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 – Interpretação e crítica.** São Paulo: Malheiros Editora, 2008. pag. 101.

delegando à iniciativa privada (concessão e permissão). Já no que se refere às atividades econômicas em sentido estrito, o Estado priorizará a fiscalização, o incentivo e o planejamento, e somente nos casos de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo atuará diretamente como Estado-empresário. No entanto, resta a dúvida: esse novo comportamento encontra respaldo na Constituição?

Como dito anteriormente, a Constituição utiliza de termos genéricos e permite que interpretações que defendam maior intervenção sejam tão válidas quanto interpretações que priorizam a iniciativa privada. Por este fator que a opção política por uma intervenção Estatal nos moldes Gerenciais e sua instrumentalização através de Agências Reguladoras não pode ser questionada apenas através de argumentos técnicos ou interpretativos, a questão é mais profunda, pois envolve opções políticas dos governantes eleitos do Executivo e Legislativo.

Por exemplo, como dito, a Constituição determina que o Estado poderá atuar diretamente como agente econômico quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou diante de relevante interesse coletivo. A definição destes conceitos indeterminados pode levar a maior ou menor intervenção, vai depender de disputas políticas e sociais.

Hoje muitos juristas fazendo interpretações restritivas à intervenção do Estado, como o caso de conceituação de serviços públicos, uma vez que são atividades em regra fora da livre iniciativa. Há quem interprete que somente existem os serviços públicos previstos na Constituição, pois qualquer interpretação em sentido contrário leva a limitação do princípio da livre iniciativa previsto no art. 170 da Constituição.<sup>227</sup> Contudo, nada impede que uma interpretação sustente que para defesa da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais, algumas atividades sejam por lei elencadas como serviços públicos, inclusive porque essas duas metas são previstas também no art. 170.

Outro bom exemplo seria a questão dos serviços públicos sociais, como educação e saúde, que pela Constituição são abertos a livre iniciativa, ou seja, podemos interpretar que quando prestados pelo Estado são serviços públicos, mas quando prestados pela iniciativa

---

<sup>227</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995); Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

privada, são atividades econômicas de relevante interesse social. Porém, na ADI 1266 o Supremo entendeu que o serviço de Educação, ainda que prestado pela iniciativa privada é serviço público, o que justifica e permite grande intervenção do Estado e mitigação da livre iniciativa, e na ADI 1923, ainda pendente de julgamento, o voto do Ministro Luiz Fux segue esta mesma linha de raciocínio.

Portanto, podemos encontrar respaldo jurídico para a transformação que está ocorrendo no Estado brasileiro nos princípios norteadores da ordem econômica, pois eles são essencialmente dúbios. Tais princípios vêm dispostos no art. 170 da Constituição, que estatui a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade como sendo direitos essenciais em nosso ordenamento. Ainda temos o art. 174 que além de instituir a necessidade de normatizar e regular a atividade econômica, também diz quais são as funções que o Estado deve desempenhar neste setor:

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.

Como fundamento jurídico para tal decisão política também podemos citar o art. 173, que permite a intervenção direta do Estado somente nos seguintes casos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

É fundamental que se esclareça que os serviços públicos, que se enquadram na atividade econômica em sentido amplo, são de titularidade do Estado e ele pode exercê-los independente dos requisitos do art. 173. Todavia, já se apontou que tais atividades que, em regra, não estão sujeitas a livre iniciativa, têm sido delegadas à execução por particulares através dos instrumentos da concessão e permissão, com fundamento no art. 175 da Constituição e normas legais. A própria Lei nº 8987/95 (Lei de Concessões e Permissões), que regula o art. 175 da CF, representa um marco para os projetos de desestatização uma vez que possibilitou passar para iniciativa privada a execução de serviços públicos, ela data de

13/02/1995, foi de autoria de Fernando Henrique Cardoso quando era senador, mas foi aprovada somente quando este viera a ser Presidente<sup>228</sup>.

Por consequência, no que se refere à função da sociedade civil na Administração Pública Gerencial, repetimos o que foi dito linhas atrás: a teoria se baseia em um Estado que sai da execução direta das atividades e se posta como um agente normativo e fiscalizador, enquanto que, a sociedade civil com fins lucrativos ou sem fins lucrativos, a depender de cada caso, se incube do exercício direto da atividade econômica em sentido estrito e, nos casos de delegação, também exerce os serviços públicos<sup>229</sup>. Porém, essa teoria não se concretizou no que se refere à maior participação da sociedade nas Agências de primeira geração, talvez porque a real motivação para as Agências seja a relação Estado e mercado ao invés de Estado e sociedade (v. Introdução e Cap. 2 – 2.6.3).

### 2.6.2 As reformas constitucionais e legislativas

Em análise cronológica, as reformas legislativas iniciaram antes das reformas constitucionais, o início do processo gerencial se deu com o Programa Nacional de Desestatização, regulado pela lei 8031/90, que foi revogada pela lei 9491/97<sup>230</sup>. Contudo, este diploma normativo manteve as características gerais do projeto inicial. O intuito de ambas era promover o processo de desestatização, que teria maior intensidade somente após as emendas constitucionais em 1995 e 1997.

A lei 9491/97 em seu art. 1º apresenta seus objetivos (sempre no intuito de retirar o Estado da execução de atividades econômicas) e em seu §1º apresenta o seu conceito de desestatização:

Art. 1, § 1º Considera-se desestatização:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001)

<sup>228</sup> NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. *Op. Cit.* pag. 42.

<sup>229</sup> Lembrem-se de que temos também os serviços públicos sociais que independem de delegação para serem exercidos; são os ligados à educação e seguridade social.

<sup>230</sup> Existem estudos que apontam para o período da década de 30, mas para fins desse trabalho vamos focar nas mudanças da década de 90. Sobre o tema veja: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. *Op. Cit.*, NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.*

No entanto, como dito, as reformas legislativas iniciaram-se antes das reformas na Carta da República. Somente em 1995 vieram as emendas à Constituição:

As Emendas Constitucionais cujas matérias estão voltadas à nova política de retirada do Estado da execução direta das atividades econômicas são as de **nº 5, de 15 de agosto de 1995**, que transferiu aos Estados a competência para a exploração diretamente, ou mediante concessão, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado; **nº 6, de 15 de agosto de 1995**, que pôs fim à distinção entre capital nacional e estrangeiro; **nº 7, de 15 de agosto de 1995**, que tratou da abertura para navegação de cabotagem; **nº 8, de 15 de agosto de 1995**, que flexibilizou o monopólio dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; e **nº 9 de novembro de 1995**, que flexibilizou o monopólio da exploração do petróleo e do gás natural.<sup>231</sup>

Ainda tivemos a EC nº 19 de 1998, que dispôs sobre os princípios da administração pública, inserindo o princípio da eficiência no rol do art. 37<sup>232</sup> e, no §8º deste mesmo artigo, criou os contratos de gestão, um novo instituto direcionado à flexibilização da forma de controle da Administração. Tivemos também disposições sobre servidores, finanças e outros temas de fundamental importância para gestão administrativa.

No ano de 1995, também surgiu o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, já analisado, mas vale lembrar que não se tratava de uma norma jurídica, não vinculava a Administração Direta e Indireta, tratava-se mais como uma “carta de crédito” dada à Bresser Pereira, o Ministro responsável por trazer as principais ideias gerenciais para a Administração Pública brasileira. Também já se apontou os instrumentos para reforma em sua vertente ligada a desestatização e participação social, foram apresentados como projeto base do Plano<sup>233</sup>, seriam as Agências Autônomas e as Organizações sociais. Inicialmente as Agências Reguladoras aparecem no cenário reformista apartadas do Plano Diretor e posteriormente se transformaram nas principais instituições criadas neste período (v. Introdução).

<sup>231</sup> GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

<sup>232</sup> Remetemos o leitor as duas observações no início do texto: 1) o princípio da eficiência já vinha previsto no texto originário da Carta no art. 74, II que trata de controle interno da administração pública; 2) Qualquer estrutura formada pelo homem busca ser bem sucedida em seus fins, portanto, não apresenta sentido a inserção deste princípio, que é mera letra de lei e que já poderia derivar do ordenamento jurídico como um todo.

<sup>233</sup> “8.1 Projetos Básicos - Na dimensão-gestão são três os projetos básicos que permitirão a implantação da administração pública gerencial no serviço público brasileiro. Em um plano horizontal, temos o projeto de Avaliação Estrutural, que examinará de forma global a estrutura do Estado. No nível das atividades exclusivas de Estado, temos, operando de forma vertical, em maior profundidade, o projeto das Agências Autônomas e, no nível dos serviços não-exclusivos, o projeto das Organizações Sociais acompanhado pelo programa de publicização. (Grifou-se)”. BRASIL. **Plano Diretor Da Reforma Do Aparelho Do Estado Presidência Da República**.

Portanto, o Estado deveria analisar quais áreas da estrutura governamental deveriam sofrer a descentralização, por assim dizer, o que deveria passar pelo processo de desestatização. As entidades que surgiram como instrumentos para se gerenciar este novo modelo foram as Agências Reguladoras autônomas e as Organizações Sociais (incumbidas dos serviços não-exclusivos e visando dar maior protagonismo para a sociedade civil nestas áreas<sup>234</sup>).

As Agências Reguladoras são o local que se instituiu essa nova fase de insulamento burocrático, enquanto as Organizações Sociais se têm mostrado fomentadoras do clientelismo. Obviamente que apenas o insulamento e o universalismo de procedimentos fazem parte do discurso jurídico, o clientelismo ou é atacado ou não é citado nas análises.

### 2.6.3 Fundamentos para o surgimento das Agências Reguladoras

No discurso acadêmico justificam-se as Agências por dois fundamentos: o primeiro, de ordem estrutural e, o segundo, intimamente ligado ao primeiro, tem sua raiz em questões de política externa. O direito normalmente apresenta e explora mais o primeiro motivo.

No que tange às questões estruturais da Administração Pública, as Agências surgem com o discurso de solucionar os problemas de eficiência e legitimidade que os modelos administrativos anteriores apresentavam<sup>235</sup>. O intuito é dotar a Administração Pública de uma estrutura ágil e mais porosa às demandas sociais:

Factualmente, as agências, no Brasil, surgem por conta do processo de privatização e da disciplina das concessões. Neste sentido aparecem como um novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Diz-se que elas representam a substituição de um modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação). Ou seja, nem o estado mínimo, protetor das liberdades (estado de direito liberal), nem o estado promotor de benefícios sociais e econômicos (estado social), mas o estado regulador que contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado (estado regulador).<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Entendidos estes como as atividades de relevante interesse social que quando prestadas pelo Estado são serviços públicos, porém, não são privativas do Estado, podendo ser exercidas por entidades sociais independente de delegação, como saúde, educação e outros. São prestados pela iniciativa privada com fins lucrativos ou sem fins lucrativos, sendo essa última forma a incentivada pelo sistema de organizações sociais.

<sup>235</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função Regulatória**. *Op. Cit.*, pag. 1 e 3.

<sup>236</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras? In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 17, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acessado em: 25 de março de 2011. p. 3.

Essas instituições foram vinculadas ao antigo argumento da despolítica da Administração em busca de maior eficiência, que visa “eliminar o conteúdo político desnecessário de decisões relativas a interesses públicos que podem ser tomadas com vantagem por entes técnicos ou comunitários”<sup>237</sup>, e de valorização da atuação da sociedade em detrimento da atuação direta do Estado. Por estas ideias o papel do Estado passa a ser o de um fiscalizador da atividade ou como executor direto somente nos casos onde o corpo social se mostre insuficiente.

Para Diogo de Figueiredo o modelo das Agências Reguladoras tem vantagens em três níveis, o político, que alinhado com o princípio da subsidiariedade, é um indicativo de uma abertura para maior participação da sociedade na Administração Pública; o técnico, que se remetendo à despolítica, gera maior eficiência na atuação administrativa, devido a menor burocratização e maior especialização técnica<sup>238</sup>. Por fim, a questão fiscal, que se liga ao fato dos recursos para criação poderem vir dos beneficiados pela ação<sup>239</sup>.

O parlamento é tido como menos eficiente por não ter capacidade técnica para tratar dos temas complexos deixados para as Agências Reguladoras e por não ter capacidade temporal, ou seja, não conseguir dar respostas rápidas para uma sociedade que exige maior dinamismo ao invés de longos debates parlamentares. Neste sentido cabe citar Marcos Juruena, que compara o número de parlamentares com o número de diretores no conselho diretor de uma Agência e conclui que as decisões tomadas por um menor número de pessoas nesse último caso, são mais rápidas e, portanto, respondem melhor à eficiência e às demandas sociais:

Assim, da decisão regulatória existem três prováveis consequências além da própria solução do conflito entre as partes (que podem ser sequenciais). Uma, a imposição de penalidade; outra, o acordo substitutivo, e a terceira, a transformação do conteúdo da decisão numa norma regulatória o que representa outra característica da função regulatória que é a retro-alienação do sistema, dando, com isso, atendimento a um conceito muito mais comum do direito americano e no direito brasileiro que é o fato de, sob a ótica da interpretação econômica do direito, ser muito menos oneroso à sociedade que o legislador deixe de elaborar todas as normas para que o faça o agente regulador. Gasta-se muito menos energia e muito menos recursos reunir cinco componentes de um colegiado regulatório do que trezentos parlamentares e, mais do que isso, além de se atender à economicidade se atende à eficiência,

---

<sup>237</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 152. Mas entendemos que é importante afirmar que não acreditamos que uma decisão de agência reguladora, por mais técnica que seja possa ser totalmente isenta de conteúdo político.

<sup>238</sup> Já tratamos do tema e demonstramos que o termo burocracia está sendo usado fora de seu contexto inicial, o que gera menor precisão ao identificar os conflitos com a democracia. Vide cap. 1

<sup>239</sup> P. ex. o pagamento de taxa de serviço público ou de exercício do poder de polícia por entes da administração indireta ou, ainda, o pagamento de tarifa de serviço prestado por tais entes.

porque é editada uma norma com conhecimento técnico e à luz da experiência auferida pelo agente na solução do conflito<sup>240</sup>.

Com base neste argumento, as questões sociais e de mercado que são de competência das Agências deveriam ser aquelas mais adequadamente solucionadas por uma entidade com conhecimento técnico especializado no tema, e não pelo parlamento, o qual pode não ter o conhecimento necessário, nem a velocidade e flexibilidade exigidas pelo setor social a ser regulado. De acordo com essa visão, cada Agência Reguladora fica responsável por um setor econômico, em que a lei instituidora da Agência atribuiu preferência às decisões técnicas em detrimento de questões políticas.

Porém, essa visão deve ser tomada com grande cautela, primeiramente porque a questão da maior capacidade técnica pode ser confrontada com a possibilidade do Congresso Nacional ouvir especialistas durante o processo legislativo, assim como fazer audiências públicas e criar comissões temáticas. Como exemplos dessa atuação parlamentar vale citar o Regimento Interno da Câmara dos Deputados em seus art. 24 e art. 256<sup>241</sup>.

O segundo argumento, referente à velocidade das decisões, pode apresentar uma falsa premissa, pois decisões mais rápidas não são necessariamente menos onerosas ou melhores para sociedade. Inclusive, a transferência de poder normativo, forma de retirar as decisões do parlamento e passa-las para Administração<sup>242</sup>, poderia ser feita para entidades sem autonomia frente ao Executivo central, mas a escolha foi por entidades com autonomia.

Como apontado (v. Cap. 1), a desoneração do legislativo através da ampliação dos poderes normativos do executivo, aliada a autonomia das Agências frente ao executivo central e tecnicidade dos setores regulados, dificulta, se não inviabiliza, o controle social dentro das Agências Reguladoras de primeira geração. Porém, essa não é a visão que prevalece no meio jurídico as vantagens da despolitização tem tido mais atenção do que as desvantagens.

<sup>240</sup> VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Função Regulatória**. *Op. Cit.* pag. 8.

<sup>241</sup> Art. 24. Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe:

III - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

XIII - estudar qualquer assunto compreendido no respectivo campo temático ou área de atividade, podendo promover, em seu âmbito, conferências, exposições, palestras ou seminários;

XIV - solicitar audiência ou colaboração de órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional, e da sociedade civil, para elucidação de matéria sujeita a seu pronunciamento, não implicando a diligência dilação dos prazos.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.

<sup>242</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. *Op. Cit.* pag. 176.

Diante destes questionamentos pode-se afirmar que esta descrença no parlamento brasileiro, no que diz respeito à criação das Agências de primeira geração, objeto deste estudo, não veio apenas de suas práticas personalistas ou de sua morosidade ou, ainda, de sua incapacidade técnica, advém também de uma questão de política externa, o passa-se a trabalhar.

Quanto a segunda justificativa para o modelo das Agências, falamos que se refere a uma questão política, pois se liga a atração de capital estrangeiro para o Brasil (v. Introdução – 1.2). Assim como Edson Nunes já demonstra a influência do capital estrangeiro já nas reformas da década de 1930, através das missões Montagu em 1924 e Niemeyer em 1931 que apontavam as falhas brasileiras no controle orçamentário e fiscalização, que fizeram com que o Estado ampliasse sua atuação direta e indireta na economia, centralizasse o poder no governo federal e insulasse burocracias numa tentativa de impedir que o clientelismo dos partidos políticos as controlasse<sup>243</sup>, essas medidas no intuito de não perder o investimento estrangeiro.

Como dito, na década de 90 passamos por um amplo processo de privatização, e este processo visava novamente atrair capital nacional e estrangeiro para que se concretizassem as políticas governamentais propostas. Então, as Agências se mostraram ótimas estruturas para salvaguardar os contratos firmados com a iniciativa privada das oscilações políticas de um governo para o outro ou dentro de um mesmo governo, portanto, se criou um “compromisso regulatório”<sup>244</sup>:

O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias.<sup>245</sup>

Abordando este fato no mesmo sentido, mas com outro enfoque, Sérgio Guerra afirma que o “governo, assim, cedeu controle e capacidade decisória em troca de credibilidade e estabilidade, demonstrando com isso que a regulação deixava de ser assunto de governo para

<sup>243</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 92.

<sup>244</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. *Op. Cit.* pag. 6.

<sup>245</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. 2ª edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pag. 253.

ser assunto de Estado”.<sup>246</sup> Ainda neste sentido Marcos Juruena, ao tratar do processo de desestatização no Rio de Janeiro, aponta a redução da dívida pública como uma das grandes vantagens desta escolha política<sup>247</sup>.

André Melo, para explicar esta justificativa, faz analogia com Ulisses que se amarra para não escutar o canto hipnotizante das sereias, neste sentido parte da teoria política alega que os parlamentares podem se limitar, passando competências para burocracias insuladas, justamente para limitar as interferências políticas. O exemplo que ele apresenta seria o caso de exigências de maiorias qualificadas para modificar estas normas, é o caso de instituir a autonomia de Agências Reguladoras na própria constituição através de emenda e o caso de ampliação, mesmo que por via legislativa, do poder normativo destas entidades. Estas atitudes reduzem a capacidade de manifestação dos representantes políticos no setor controlado pela Agência<sup>248</sup>.

No que se refere às Agências de primeira geração, a questão de atrair capital estrangeiro foi uma prioridade e no que tange particularmente à ANEEL, já se tratou das exigências feitas pelo Banco Mundial no sentido de garantir menor interferência governamental no setor elétrico<sup>249</sup> e da escolha por Entes reguladores autônomos como forma de aumentar a credibilidade do Governo frente aos investidores internacionais<sup>250</sup> (v. Introdução – 1.2).

A manutenção dos contratos de privatização é o ponto central desta visão, pois as oscilações governamentais não podem gerar instabilidade no mercado regulado, “os investimentos privados são autos e o retorno em forma de lucro pode depender de longos contratos”<sup>251</sup>. Diante desta análise, mais uma vez retorna a questão apresentada no início do texto, as Agências tiveram como maior motivação a reestruturação da relação Estado e mercado, por sua vez, a relação Estado e sociedade civil não foi o móvel deste projeto.

Também não se pode esquecer que o próprio projeto reformista da década de 1990 teve forte afinidade com as propostas de organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento. O

<sup>246</sup> GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. *Op. Cit.* pag. 61.

<sup>247</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Estadual das Concessões**. *Op. Cit.* pag. 184.

<sup>248</sup> MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação In: **RBSC. Vol.16 nº46 junho/2001**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>. Pag. 63

<sup>249</sup> NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. *Op. Cit.* pag. 55.

<sup>250</sup> *Idem.* pag. 130.

<sup>251</sup> *Idem.* pag. 64. Na mesma linha: DUARTE JR., Ricardo. **Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa - uma questão de legitimidade**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. pag. 124

conjunto de medidas para implementação de reformas para o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos foi nomeado como Consenso de Washington e deriva de uma reunião de diversos especialistas no ano de 1989:

Na reunião realizada em Washington, o economista John Williamson fez uma síntese delas, apresentando um receituário de 10 medidas: reajuste estrutural do déficit público, a redução o tamanho do Estado, a privatização das estatais, a abertura ao comércio internacional, o fim das restrições ao capital externo, a abertura financeira às instituições internacionais, a desregulamentação da economia, a reestruturação do sistema previdenciário, o investimento em infraestrutura básica e a fiscalização dos gastos públicos.<sup>252 253</sup>

Analisando estas propostas do ponto de vista jurídico, pode-se compara-las com as já citadas ECs feitas para diminuir a intervenção do Estado no meio econômico (v. Cap. 2 – 2.6.2) e com a EC n° 19 e sua política de controle de gastos. Como analisado por Barroso:

**A primeira transformação substantiva da ordem econômica brasileira foi a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro.** A Emenda Constitucional n° 6, de 15.08.95, suprimiu o art. 171 da Constituição, que trazia a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga a elas de proteção, benefícios especiais e preferências. A mesma emenda modificou a redação do art. 176, caput, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. Na mesma linha, a Emenda Constitucional n° 7, de 15.08.95, modificou o art. 178, não mais exigindo que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes. Mais recentemente ainda, foi promulgada a Emenda Constitucional n° 36, de 28.05.02, que permitiu a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão<sup>254</sup>. (Grifou-se)

O que se pode retirar desta análise política é que da mesma forma que a doutrina identifica uma forte influência do contexto político e econômico nacional e internacional sobre o exercício do Poder Constituinte Originário, o mesmo pode ser dito sobre o Poder

<sup>252</sup> PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**. *Op. Cit.* pag. 113.

<sup>253</sup> Bresser em um de seus textos faz um esforço para criticar as conclusões e propostas do Consenso de Washington. O autor defende que deve ocorrer uma reforma orientada para o mercado, mas sem reduzir a importância do Estado em seu papel regulador, pois “o mercado não funciona no vácuo”, porém, conforme já se apresentou a reforma proposta por Bresser no Plano Diretor não se completou, assim como as modificações na Constituição não transformaram o Brasil em um Estado Liberal. Bresser-Pereira, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal? Pesquisa e Planejamento Econômico 21(1) abril 1991: 3-23. Aula Magna no XVIII Congresso da ANPEC (Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia)**. Brasília, 4 de dezembro 1990.

<sup>254</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 4.

Constituinte Reformador<sup>255</sup>. Mesmo que o Poder Constituinte Originário se trate de um poder de fato que repousa na “confluência entre o direito e a política”<sup>256</sup>, esse ponto se mantém na manifestação do Poder Constituinte Derivado, este é um poder de direito, limitado pelas normas constitucionais, porém, diante da flexibilidade material da ordem econômica prevista na Constituição, há grande liberdade de conformação por parte dos Governos.

Um dos fatos históricos mais representativos desta influência política sobre o direito e da liberdade de modificação da Constituição foi o processo reformista da década de 1990, cujo número de emendas serviu para criar o Estado Regulador Brasileiro e deu origem à uma nova forma de relação entre Estado e mercado. Cabe ainda ressaltar que as mais marcantes reformas administrativas apontadas pelos estudiosos, em 1937 e 1967, foram precedidas pela edição de novas Constituições, o que não ocorreu em 1995.

Portanto, as Agências de primeira geração foram um plano de governo para solucionar problemas estruturais ligados à eficiência (descrença no controle parlamentar e práticas clientelistas) e de credibilidade frente aos investidores (capitação de investimentos e manutenção de contratos). O universalismo de procedimentos tenta ser garantido através das normatizações não personalistas e estáveis das Agências, isso visa gerar a segurança e proteger o mercado de viradas políticas, mais uma vez a descrença na democracia representativa brasileira se torna presente nos discursos modernizantes.

#### **2.6.4 A criação de uma Administração Policêntrica**

O Estado ao se orientar por estas premissas fez com que a delegação de atividades fosse revitalizada de forma sem igual dentro da Administração Pública Gerencial: seja a delegação para iniciativa privada ou a delegação legal, esta última formadora das entidades da administração indireta (as Agências Reguladoras). Temos ainda, a delegação social<sup>257</sup>, que adotaremos aqui como sendo a modalidade responsável pelo surgimento do chamado “público

---

<sup>255</sup> Conforme adverte Cláudio Pereira ao se referir ao Poder Constituinte Originário: “A manifestação do poder constituinte em um país não é um fato político isolado do contexto político e econômico internacional”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. *Op. Cit.* pag. 62.

<sup>256</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. Cit.* pag. 97.

<sup>257</sup> Crítica que pode ser feita a esta nomenclatura é o fato das atividades exercidas pelas ONGs não necessitar de qualquer tipo de consentimento por parte do Estado (ex: escolas e hospitais privados sem fim lucrativos). Porém, independente disto, o intuito da nomenclatura é auxiliar no entendimento do processo.

não-estatal”<sup>258</sup>, ou seja, das parceiras com as organizações não governamentais, que já se analisou (v. Cap. 2 e 2.1.2).

Diante do processo de formação desta nova modalidade de intervenção, devemos falar da Estrutura da Administração Pública Gerencial brasileira. Gustavo Binenbojm esclarece que a lógica administrativa originalmente trabalhou com um forte sistema hierárquico:

O sistema político-administrativo dominante no continente europeu, desde o século XIX, sempre concentrou no governo (isto é, na figura do primeiro-ministro ou do presidente, e seu respectivo gabinete ou ministério, conforme o sistema de governo adotado), enquanto órgão superior da Administração Pública, amplos poderes de intervenção intra-administrativa sobre todo o conjunto de órgãos e entidades públicas. A lógica de tal regime era baseada na responsabilidade política dos governantes, frente ao parlamento ou diretamente ao povo, pelas ações e omissões administrativas, na medida em que se encontravam habilitados a dirigir, orientar, supervisionar ou controlar as respectivas estruturas da burocracia estatal.<sup>259</sup>

As Agências Reguladoras são munidas de instrumentos que tentam dar independência política frente ao Executivo e Legislativo ao se ampliar suas competências normativas e autonomia decisória. Muitos autores identificam em tal característica uma quebra na unidade administrativa apresentada acima, pois a atividade das Agências Reguladoras “passa a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governante”<sup>260</sup>, estes órgãos têm independência reforçada frente às decisões políticas dos poderes da república.

Como apontado, parte dos estudiosos defendem que tal característica é fundamental para garantir a maior eficiência de suas decisões de caráter despolitizado e tecnicamente especializado. Além da já citada descrença nos processos políticos parlamentares de controle da burocracia.

Portanto, estes fatores fazem com que a doutrina especializada em direito administrativo sustente a ideia de uma Administração Pública Policêntrica e não piramidal. A Administração Policêntrica surge devido aos instrumentos (agências reguladoras e contratos de gestão) que a Administração Pública Gerencial passou a utilizar para tentar responder as falhas dos modelos intervenção máxima ou mínima.

Tem-se neste ponto justamente o processo duplo falado acima, em que há delegação e insulamento, as Agências não são as únicas instituições que podem ser identificadas como

<sup>258</sup> Este termo é muito utilizado por Bresser Pereira em seus textos publicados na década de 90, ele caracteriza uma espécie de propriedade que é privada mais é direcionada para atividades de grande interesse da sociedade.

<sup>259</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. *Op. Cit.* pag. 243.

<sup>260</sup> *Idem.* pag. 245.

insuladas e detentoras de delegação normativa, porém talvez sejam as que mais catalisaram esses instrumentos administrativos. A delegação ampla e a forte autonomia geram o que a doutrina tem chamado de Administração Pública Policêntrica, neste trabalho sustenta-se que este processo formou verdadeiro insulamento das Agências de primeira geração.

Contudo, há doutrinadores que identificam o surgimento da Administração Pública Policêntrica com “o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, este processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento dos órgãos e entidades independentes [...]”<sup>261</sup>. Como já demonstrado neste trabalho, sendo as Agências Reguladoras estruturas burocráticas, de fato, a complexidade social é um de seus mais importantes fundamentos.

Ao revés, a pluralidade social, no sentido de diversidade de interesses que devam ser tratados com “imparcialidade frente ao jogo político-partidário”<sup>262</sup> é uma afirmação que não parece correta, pois é justamente este o jogo que deveria compor interesses no sistema de democracia representativa ou participativa. No que tange às Agências Reguladoras, o insulamento não parece condizer com a pluralidade social sendo direcionada para o consenso (como uma conciliação), sua tendência é na verdade se afastar desta pluralidade para garantir que políticas de governo sejam encaminhadas em ambiente de maior controle e estabilidade.

O sistema democrático tem foco na alternância e controle do poder pelo povo, o que é feito através do sistema representativo, já a burocracia tem como foco a estabilidade e fortalecimento da dominação. A união dos sistemas foi estruturada para os representantes do povo controlarem a burocracia, mas com a fuga para o insulamento, surge a questão da legitimidade democrática desta engenharia institucional. Este processo, aliado a histórica descrença na capacidade do sistema político-partidário promover a modernização do país, tende a dar pouca credibilidade as políticas de universalização de procedimentos para combater o clientelismo, fazendo com que as soluções para modernização se construíssem de cima para baixo e não ao revés (v. Cap. 3).

Neste sentido que se afirma que a dita administração policêntrica, como fenômeno da Administração Pública que gerou consequências para o direito, deve ser estudada com maior cautela e menor otimismo, pois trata-se mais uma vez de uma forma de retirar políticas de governo do debate social e parlamentar.

---

<sup>261</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.* pag. 204.

<sup>262</sup> *Idem.* pag. 204.

## 2.6.5 A autonomia da Administração Indireta e a hierarquia na Administração Direta

Como apontado, as Agências Reguladoras são integrantes da Administração Indireta, são autarquias. Esta tendência em criar instituições insuladas através da Administração indireta vem presente na história do Brasil, o que leva a uma confirmação da teoria sobre a autonomia dos Entes personalizados da Administração.

Como apontamos anteriormente, o confronto entre política e técnica é recorrente em nossa história política-institucional, fazendo com que tivéssemos uma aparente divisão do trabalho nas instituições brasileiras, apontamos os dados sobre a Administração Pública Direta demonstrando que cerca de 60% dos ministros civis tinham experiência legislativa no período anterior a 1964, o que se modifica no período militar para 55% de ministros de origem técnica. Mas temos aparentemente uma tendência para menor variação no que se refere à Administração Indireta, em 98 agências avaliadas, dos 1.976 cargos disponíveis, apenas 168 cargos eram ocupados por indivíduos com origem legislativa.<sup>263</sup>

Também cabe aqui outro dado, no sentido do claro aumento do tamanho e o papel que nosso Estado passou a exercer na atividade econômica “até 1930 as empresas estatais não passavam de 17. Na década de 50 chegaram a 70, passando na década de 80 a 582 entidades estatais”.<sup>264</sup> A atuação do Estado para modernização e fortalecimento econômico do Brasil é clara, este caminho seguiu em uma articulação entre insulamento burocrático (primado da técnica) e jogo político (meio de articulação de consensos, mas que também pode desenvolver o clientelismo). Edson Nunes esclarece este ponto na seguinte passagem:

Esta discussão aponta para uma divisão do trabalho entre o clientelismo e o insulamento burocrático. Além disso, reconcilia o argumento sobre a existência de um Estado cartorial com o argumento que a nega. O Estado cartorial realimentou a construção partidária, enquanto o insulamento burocrático serviu como um importante meio de ação rumo ao desenvolvimento econômico. Os dados apresentados nesta seção mostram que o papel dos políticos profissionais diminuiu com o tempo. Primeiro, em razão da busca da racionalidade patrocinada pela tecnoburocracia, e segundo, em razão do golpe militar de 1964.<sup>265</sup>

<sup>263</sup> Wanderley Guilherme dos Santos, "Explorações sobre a tecnocracia federal brasileira", Revista do Servidor Público. *Apud*, NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 116 e 122.

<sup>264</sup> GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. *Op. Cit.* pag. 35.

<sup>265</sup> *Idem*. Pag. 124. Estado Cartorial é conceituado como Estados em que as instituições públicas não visam o bem público, mas sim a reprodução do poder de certas elites.

No que se refere as entidades da Administração Pública Indireta, são responsáveis por seus próprios atos, são pessoas jurídicas distintas do Estado, criadas por lei e não há vinculação hierárquica, o que existe é o chamado controle por vinculação. No Decreto-Lei nº 200/67 se identifica estas entidades, assim como no art. 37, XIX da Constituição, elas são as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista.

Neste histórico apresentado podemos identificar que a Administração Direta e a Indireta foram responsáveis por darem andamento a políticas construídas pelo Executivo sem a premissa da democracia participativa, ou seja, foram decisões de cima, no intuito de gerar mudanças estruturais na sociedade brasileira. E por vezes, diversas políticas foram gestadas no interior do Executivo, em fuga também da democracia representativa desenvolvida no parlamento, o que envolve a descrença histórica nesta instituição e a cultura clientelista do país.

Administração direta, através de seus órgãos hierarquicamente vinculados ao Chefe do Executivo, somente pode intervir nas Entidades da Administração Indireta na medida em que a lei autoriza. A legalidade impõe esta interpretação, pois mesmo que se insule uma entidade, como no caso das Agências Reguladoras, garantindo independência, mandato fixo para dirigentes e amplo poder normativo, ainda será através de lei que se dá ou retira características destas entidades.

Celso Antônio ao tratar das Autarquias afirma que a doutrina “encarece que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece”<sup>266</sup>, seguindo esta linha, Aragão, falando do conjunto da Administração Indireta, diz que “entes personalizados sem autonomia sequer podem ser considerados verdadeiras pessoas jurídicas”<sup>267</sup>.

Parece ser razoável este entendimento, pois a escolha por cindir a Administração Pública Direta pode ser guiada pela criação de órgãos, o que se chama de desconcentração. Mas também pode ser através da descentralização, o que gera uma delegação de competências para entidades com personalidade jurídica diferente da Administração Direta. Neste sentido Carvalho Filho fala em delegação legal, que deriva da descentralização administrativa, é

---

<sup>266</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. pag. 164.

<sup>267</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Op. Cit. pag. 215.

formalizada mediante lei e se trata de uma “transferência da execução do serviço”<sup>268</sup>, é portanto uma escolha política entre ter maior ou menor interferência sobre uma atividade.

Também é com base na subordinação e não na hierarquia que se defende que as Agências Reguladoras devam se guiar pelos planos e diretrizes públicas estabelecidos pela Administração Direta, por vezes, se identifica como instrumentos prioritários para garantir esse fim o Contrato de Gestão<sup>269</sup>, este fundamento deriva da própria ideia de controle pelo resultado, que é defendida no *gerencialismo*, mas cabe aqui todas as observações já feitas sobre o instituto (v. Introdução – 1.1).

Outra questão sobre a autonomia se refere existência de previsão legal estabelecendo a possibilidade de decisões da Administração Indireta serem revisadas pelo Ministério que estão vinculadas ou pelo próprio Presidente, este tipo de previsão institui o recurso hierárquico impróprio. A maior parte da doutrina defende que seu cabimento só se dá com expressa previsão legal, justamente porque é a lei que define os limites e competências da Administração Direta e Indireta, portanto, na ausência de hierarquia, não cabe essa modalidade de recurso<sup>270</sup>.

Se uma lei prevê sua possibilidade, uma decisão, por exemplo, da ANEEL, poderia ser revisada pelo Ministro de Minas e Energias<sup>271</sup>. Neste trabalho não se chegará ao ponto de dizer que essa previsão seria inviável, pois se o Executivo e Legislativo quiserem podem até mesmo por fim às Agências, portanto, prevê este instituto em lei futura é juridicamente possível.

Assim como também não se concorda que uma previsão permitindo a interferência do Presidente seja algo que “coloca em xeque a própria existência das agências reguladoras no Brasil”<sup>272</sup>. Porém, a escolha pela autonomia das Agências Reguladoras, nos seus moldes que

---

<sup>268</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pag. 329-330. A descentralização gera a delegação legal e a delegação negocial, essa seria a situação de execução de serviço público por particulares em colaboração com a Administração Direta, pode ser p.ex., através de concessões.

<sup>269</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.* pag. 381 e 390.

<sup>270</sup> É o caso de Celso Antônio e Alexandre de Aragão. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.* Pag. 392. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. Cit.* pag. 164.

<sup>271</sup> O parecer 51-AC da AGU seguiu uma posição contrária à doutrina dominante e defendeu o recurso hierárquico impróprio em certos casos, ainda que sem previsão legal. É muito criticada esta posição da Advocacia Geral da União.

<sup>272</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.* pag. 393.

geraram o insulamento burocrático e ampla delegação normativa seriam de fato relativizadas, mas isso se trata de uma escolha política.

Não é uma interpretação inaceitável dizer que pelo art. 170 do Decreto-Lei n° 200 todos os recursos hierárquicos impróprios já estão genericamente previstos para Administração Pública Federal:

Art. 170. O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal.

Tendo em vista que cabe a advocatória, pode o administrado provocar o presidente para que tome tal atitude, até mesmo com base no direito de petição (art. 5, XXXIV da CF). O mais importante para fins de controle é que haja publicidade na prática destes atos e que tenha a devida motivação que deve ser levada ao público para que a Administração Pública Direta tenha o ônus político e social para justificar o porquê de sua decisão ser contrária aos órgãos/entidades reguladores.

Obviamente cabe afirmar que as Leis instituidoras das Agências são norma especial frente ao Decreto n° 200 ou que não se aplica este dispositivo devido a finalidade das Agências, em suma, não faltam argumentos jurídicos para justificar a inaplicabilidade. Porém, um argumento metajurídico de forma e que garante a construção teórica nas Agências de primeira geração é a perda da credibilidade frente aos investidores.

Mas esta escolha política na construção institucional, que no caso das Agências Reguladoras foi fortemente influenciada pelo mercado (capítulo 2.1.3), pode instituir entidades com maior ou menor independência, sendo desta decisão que se verifica o nível de insulamento político da entidade e o instrumento para tanto é a lei. Através da lei que a Administração Pública caminha, e desde que seja respeitada a Constituição, não há impedimentos jurídicos formais para esta escolha.

Portanto, sendo a administração direta subordinada ao Chefe do Executivo, aliando isso ao clientelismo e descrença no parlamento, percebe-se porque o insulamento das Agências Reguladoras se deu pela via da Administração Indireta. Estas instituídas como Autarquias com alto grau de autonomia política, através de mandato fixo de seus dirigentes, de autonomia financeira e normativa.

Já se apontou a visão de Diogo de Figueiredo, no sentido da descentralização autárquica ser motivada pela “necessidade de repensar o desenho da administração pública” e marcar a passagem para uma administração mais plural. Seguindo estas ideias, o autor

esclarece que o fenômeno foi a forma encontrada para “conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas” (personalidade de direito público), “de regulação e controle, com a flexibilidade negocial” (administração indireta) <sup>273</sup>.

Porém, como podemos identificar no que se relatou até o momento, a descentralização em nada demonstra despublicização do interesse público <sup>274</sup>, na verdade, já apresentamos acima o dado que demonstra a existência de 582 empresas estatais no regime militar. Não se nega a eficiência que pode ser gerada pelas entidades especializadas, mas elas, ainda mais quando insuladas, não garantem maior porosidade às demandas sociais.

Essa questão nos remete a distinção conceitual entre políticas de governo e às políticas públicas, que passaremos a utilizar para fins didáticos, sendo aquelas construídas pelas instituições e estas construídas pela sociedade em conjunto com as instituições. Neste sentido que trazemos o seguinte esclarecimento:

Já foi feita uma distinção entre políticas públicas e políticas de governo (Allegretti, 2002). O primeiro grupo corresponderia àquelas políticas que tiveram a sociedade como seu polo deflagrador, e as Políticas de Governo seriam seu oposto, ou seja, agentes governamentais, com delegação política ou não, elaboram, implantam e desenvolvem ações concebidas nesta esfera. Posso sugerir também uma classificação em função da delegação de poder e o sentido em que ela ocorre. Assim, poderíamos ter políticas públicas onde a delegação do poder vem do Estado em direção à sociedade ou seu contrário, quando a sociedade perde poder frente ao Estado. O mesmo pode ocorrer com políticas de governo, onde a delegação de poder (Krader, 1970) pode ocorrer nos dois sentidos. Em termos de tipos ideais, podemos pensar que nas políticas públicas o poder está centrado na sociedade e em se tratando de políticas de governo o poder está localizado no lado do governo. <sup>275</sup>

A modernização brasileira escolheu o caminho das políticas de governo, justamente para se distanciar do espaço público ocupado por partidos e grupos que adotam práticas clientelistas, além é claro do próprio elitismo e falta de educação básica da população. Nas Agências Reguladoras temos o mesmo raciocínio, uma política de governo fortemente insulada, que em tese, faz com que a sociedade perca influência frente ao Estado.

Porém, os instrumentos de democracia participativa tentam diminuir este déficit, a questão é que a participação e as contribuições nas audiências e consultas públicas, conforme os dados apresentados no capítulo 4, são majoritariamente realizada por empresas do setor regulado, o que gera uma disparidade na capacidade de deliberação de certos setores. Assim

<sup>273</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 146.

<sup>274</sup> Esta no sentido de que o interesse público não é definido única e exclusivamente pelo Estado.

<sup>275</sup> LOBÃO, Ronaldo. **Acomplamentos e engajamentos em defesa do ambiente: a construção de ideologias e discursos que informam políticas de governo e ações na sociedade**. Texto apresentado nos IV Encontros de Portalegre, Portugal, 2012.

como é coerente com a tese de que as Agências de primeira geração surgem para dar respostas à relação Estado e mercado.

Como manter o controle sobre as instituições insuladas nessa Administração Policêntrica passa pela dificuldade de conseguir influenciar políticas de governo que exigem grande conhecimento especializado. Portanto, além das normatizações das Agências, como o caso da ANEEL, já serem formuladas como propostas levadas à sociedade (políticas de governo), ainda gera mais uma forma de exclusão, que é a limitação no que tange ao conhecimento técnico.

O problema, é que a autonomia, aliada ao distanciamento do controle popular, permite que os agentes econômicos do setor tenham maior protagonismo e conseqüentemente possam influenciar as decisões da Agência, isso pode se dar de forma lícita ou ilícita. De forma lícita é justamente pela informação nova que estas empresas levam, ilícita seria através de meios ilegais, como favorecimentos pessoais de dirigentes, seria mais uma forma de adentrar no clientelismo.

Os estudos especializados em Agências Reguladoras chamam de Teoria da Captura, a possibilidade da Agência ser influenciada por agentes econômicos ou pelo próprio Estado. Não restam dúvidas de que a falta de participação de representantes de consumidores nas audiências e consultas públicas das Agências pode catalisar processos de captura.

## 2.7 CONCLUSÕES PARCIAIS

O direito administrativo pátrio aderiu à tese da autonomia técnico decisória da Administração Indireta, o que em diversos casos gerou insulamento político, assim como, já aderiu ao universalismo de procedimento, essa última essencial para ideia de lei geral e abstrata. Quanto ao universalismo de procedimentos, que é uma das bases para construção de um espaço público e da cidadania, temos dificuldades que apontaremos no próximo capítulo e se entrelaçam com a questão democrática.

No que se refere ao insulamento político revitalizado pelas Agências Reguladoras, como apontado no início deste capítulo, grandes autores especializados em direito administrativo, seguem essa linha favorável à desestatização em seu viés *gerencialista*, porém, no Brasil, a construção dos instrumentos para tal fim parece ter seguido os rumos neoliberais criticadas por Celso Antônio.

Mas seria um exagero afirmar que as Agências reguladoras são estruturas exclusivamente neoliberais, na verdade, são estruturas que podem ser utilizadas por governos

neoliberais ou intervencionistas. A questão levantada é que, independente do direcionamento político, a necessidade de controle social sobre elas não pode ser excluída.

Na busca da ampliação do controle de certos setores, se retirou as competências do Congresso e Administração Direta, e as concederam para burocracias insuladas. Isso gerou um processo que visa permitir o universalismo das leis de mercado, que passam a ter uma regulação pelas Agências imparciais e independentes, mas ao mesmo tempo gera a blindagem das políticas de governo que controlam este mercado.

Ao final, temos uma tendência em afastar a população destas decisões, portanto, para amenizar isso surgem os instrumentos de democracia participativa nas Agências. A população nestes termos pode ser entendida tanto como os agentes econômicos do setor (p.ex. empresas reguladas), assim como os cidadãos que se beneficiam dos serviços, porém, desde o início deste processo, a Instituição fora pensada para regular a relação Estado e mercado.

Mas se a “fuga da tribuna” pode gerar maiores dificuldades para o controle popular e diminuir as possibilidades de formação de uma opinião pública consistente sobre os temas discutidos pelas Agências, os citados instrumentos de democracia participativa geram o surgimento de um novo espaço público no interior das Agências, que pode ou não ser aproveitado dentro de certos limites.

Um dos maiores limites é a necessidade de elevado conhecimento técnica para poder dialogar dentro destes espaços, característica indissociável das Agências Reguladoras.

Contudo, no histórico brasileiro a construção de políticas de governo recorrentemente suplanta a formação da opinião pública, isso se dá justamente devido o histórico nacional, em que a cidadania foi construída pelo Estado e não como uma forma de limitação de suas estruturas de dominação social. Este é o tema do próximo capítulo, em que se pretende demonstrar como isso pode gerar limites à participação dentro das instituições públicas, ainda mais nas que apresentam alto grau de insulamento.

### CAPÍTULO 3 - OUTROS DESAFIOS À EFICÁCIA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O objetivo deste capítulo é montar um contraste entre institutos jurídicos e a democracia construída no Brasil no que diz respeito à sua vertente participativa e representativa. Iniciaremos pela análise do princípio da subsidiariedade, que parte da doutrina jurídica tem adotado como uma das grandes garantias democráticas instituídas pela Reforma de 1995, propondo uma revolução na forma de relacionamento entre Estado e Sociedade e sendo uma das bases para participação democrática na Administração Pública Gerencial.

Este princípio se vincula a Administração Gerencial e sua forma de gerir a ordem econômica e social. O princípio da subsidiariedade se resume na preferência que deve dar o Estado (sempre que possível) à atuação da sociedade civil em detrimento da sua própria atuação.

Somente aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive com a centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade.<sup>276</sup>

Tal princípio tem sua vertente social, que se refere à chamada delegação social, forma de delegação que constitui o terceiro setor da administração pública, área onde está presente a iniciativa privada sem fins lucrativos (já citada capítulo 2 como um meio forte de desenvolvimento de práticas clientelista na atualidade). Sua vertente econômica entende que o Estado deve se ausentar da atividade econômica em sentido estrito, salvo nos casos do já referido art. 173 da Constituição.

Vê-se, portanto, que este princípio é quase um resumo da forma como o Estado Regulador brasileiro deve intervir na sociedade e ainda leva em conta que a intervenção deve ocorrer pela preponderância de interesse. Os interesses locais devem ser tutelados pelos Municípios; os regionais, pelos Estados e os nacionais, pela União.

Esta forma de atuação na Administração Pública tem como fundamento priorizar a atividade da sociedade civil, argumenta-se que é uma forma de prestigiar a democracia e de diminuir o inchaço e ineficiência do aparelho Estatal, e como visto, estes são objetivos que foram propostos nas reformas analisadas neste trabalho.

---

<sup>276</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 20.

O surgimento das Agências Reguladoras e das Organizações Sociais é apresentado como responsável pela formação de uma Administração Pública Policêntrica. Essas estruturas, como já apontado, surgem em harmonia com um processo de despolitização da Administração em busca de maior eficiência. Diogo de Figueiredo indica que o intuito é “eliminar o conteúdo político desnecessário de decisões relativas a interesses públicos que podem ser tomadas com vantagem por entes técnicos ou comunitários”<sup>277</sup>.

No capítulo anterior destrinchou-se de forma ampla a questão referente às estruturas institucionais brasileiras, momento em que se falou da escolha pela autonomia técnica para controle de alguns setores do mercado. Esse é o caso das Agências Reguladoras, que são estruturas construídas para priorizar a questão técnica, seus instrumentos são a autonomia frente o executivo central e a ampla delegação de competências normativas, desta forma se reestruturou a forma de relação entre Estado e mercado.

Neste capítulo o foco será a relação Estado e sociedade no que se refere à capacidade das instituições serem abertas às demandas dos cidadãos. O princípio da subsidiariedade, que propõe uma valorização da atuação da sociedade em detrimento da atuação direta do Estado, tem como característica a saída do Estado de setores sociais antes tidos como estratégicos para o aprimoramento social no Estado Democrático e Social. O papel do Estado passa a ser o de fomentador de atividades, de fiscalizador de atividades e, por fim, como executor direto, mas neste último caso somente quando o corpo social se mostre insuficiente.

Estes movimentos são reforçados através da teorização da desmonopolização do interesse público. Argumenta-se que este interesse não pode ser visto como uma blindagem contra a atuação dos corpos sociais, uma parte importante dos estudiosos passaram a defender essa visão na interpretação do Direito Administrativo nacional em sintonia com a subsidiariedade<sup>278</sup>.

Diogo de Figueiredo, ao se referir ao processo de delegação, remete o leitor à doutrina dos corpos intermédios, “assim entendidas todas aquelas sociedades, o mais variadamente denominadas, que se desempenham como centros de vida e de ação social, interna e externa, no âmbito mais vasto do próprio Estado”<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> *Idem.* pag. 152.

<sup>278</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** *Op. Cit.*; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função Regulatória.** *Op. Cit.*

<sup>279</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** *Op. Cit.* p. 160. O Autor se refere à delegação social como sendo formadora tanto de entes da administração indireta, como das ONGs, ou seja, entidades da sociedade civil. Desta forma corpos intermédios podem ser entidades da administração indireta ou entidades da sociedade civil. pag. 153.

Conforme apontado, o autor apresenta as vantagens deste modelo em três níveis: político, técnico e fiscal. O político se alinha com o princípio da subsidiariedade, é indicativo de uma abertura para maior participação da sociedade na Administração Pública; o técnico, que se remetendo à despolitização, gera maior eficiência na atuação administrativa, devido a menor burocratização e maior especialização técnica.

Diante do processo de formação de um novo modelo de Administração, uma classificação que divide a Administração Pública em três setores ganhou força no estudo do Direito Administrativo brasileiro. O primeiro setor é formado pela Administração Pública direta e indireta, nos moldes das instituições presentes no Decreto Lei nº 200. O segundo setor, é formado pela iniciativa privada **com** fins lucrativos, formadas pela delegação de serviços públicos, nos moldes presentes no art. 175 da Constituição. O terceiro setor é formado pelas parcerias que o Estado vem fazendo com a iniciativa privada **sem** fins lucrativos, conforme o art. 116 da lei 8.666 e das leis sobre Organizações Sociais (lei nº 9.637/98) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público(lei nº 9.790/99). O primeiro setor foi o mais afetado pelas reformas do Estado<sup>280</sup>.

Em essência não parece incorreto defender que deve haver uma desmonopolização do interesse público. É razoável afirmar que o Estado não é o detentor do interesse público, é apenas um de seus gestores e realizadores, juntamente com os cidadãos e as diversas instituições existentes, esta visão tenta refutar a lógica da autoridade. Portanto, deve o Estado procurar cada vez mais mecanismos para se tornar mais poroso às demandas sociais, deste fundamento é que existem hoje teorias que contestam o clássico princípio da supremacia do interesse público frente ao interesse particular, e sustentam que ambos os interesses têm igual importância na nova ordem Constitucional<sup>281</sup>.

Ocorre que o princípio da subsidiariedade, como uma das bases para o *gerencialismo* no Brasil, flexibilizou instrumentos de controle administrativo através da delegação de atividades e ampliação da autonomia de instituições: seja a delegação para iniciativa privada, a delegação legal formadora das entidades da administração indireta e, por fim, a delegação

---

<sup>280</sup> “Este primeiro setor foi o mais atingido na mudança de perfil do estado brasileiro, pois sendo executor das políticas públicas, como visto, deixa de ser executor para se transformar em estado gerente. Sendo assim, a desestatização atingiu esta tradicional estrutura administrativa, reduzindo o seu tamanho, especialmente em relação às empresas estatais vendidas ao setor privado.” JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito administrativo, parte 1: estado gerencial brasileiro**. *Op. Cit.* pag. 10.

<sup>281</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. *Op. Cit.* Capítulo III.

social<sup>282</sup> (que forma as parceiras com as organizações não governamentais). No que se refere à defesa e desenvolvimento de institutos jurídicos com base no princípio da subsidiariedade, já se abordou a crítica sobre essa visão (Capítulo 2.1.1), principalmente no que diz respeito à caminhos que desenvolvem a leitura constitucional como se houvesse apenas uma interpretação correta de seu texto ou que apresentam as soluções liberais como as únicas possíveis frente ao texto constitucional(v. Cap. 1 – 1.5)<sup>283</sup>.

Apresentou-se a interpretação restritiva dos serviços públicos que tem base no art. 170 e entende que somente existem os previstos diretamente na Constituição. Em contrapartida se apontou que nada impede que uma interpretação em defesa da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais, permita que o Estado defina uma atividade como serviço público por via legal<sup>284</sup>.

Porém, os argumentos ligados a menor intervenção do Estado também se fortalecem através da já citada descrença nos processos políticos parlamentares de controle da burocracia. Como apresentado, no Brasil, insulamento político e universalismo são aliados históricos contra o clientelismo presente na crítica à democracia representativa brasileira e suas instituições. No período das reformas de Vargas na década de 1930 ou das reformas militares em 1964, o insulamento se revestiu em processos de maior intervenção direta do Estado, já em 1990, em pleno processo de desestatização, essa gramática encontrou seu lugar nas Agências Reguladoras.

O interesse em retirar certas questões da arena pública parlamentar e delegá-las nos moldes de políticas de governo feitas por agentes insulados pode diminuir a interferência de grupos de interesses, do mercado, da sociedade civil sem fins lucrativos e do parlamento<sup>285</sup>. No que se refere ao Parlamento e Executivo, outro fundamento para retirar matérias de sua análise também é a questão ligada à segurança gerada para o mercado e sua estabilidade contratual (Capítulo 2.1.3), pois os agentes insulados não precisam agradar cidadãos para permanecer em seus cargos<sup>286</sup>.

<sup>282</sup> Crítica que pode ser feita a esta nomenclatura é o fato das atividades exercidas pelas ONGs não necessitar de qualquer tipo de consentimento por parte do Estado (ex: escolas e hospitais privados sem fim lucrativos). Porem, independente disto, o intuito da nomenclatura é auxiliar no entendimento do processo.

<sup>283</sup> FONTES, André. **A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica**. Op. Cit. pag. 19; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Op. Cit. pag.36; VERONESE, Alexandre. **Reforma do Estado e Organizações Sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia**. Op. Cit. pag. 32.

<sup>284</sup> Resguardados os direitos individuais, sendo necessárias as devidas indenizações em caso de dano.

<sup>285</sup> MELO, Marcus André. **A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação**. Op. Cit. pag. 59.

<sup>286</sup> *Idem*. pag. 59.

É interessante notar que, enquanto nos EUA, as Agências surgem para garantir que o Estado interviesse no mercado, justamente devido ao histórico liberal americano de pouca intervenção que culminou em crises econômicas, no Brasil, as Agências têm fundamento inverso. Trata-se de uma proposta com foco na retirada do Estado do meio econômico, visando permitir estabilidade e maior protagonismo do mercado<sup>287</sup>:

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladas no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público.<sup>288</sup>

Mas sua estrutura legal apresentou o controle social, audiências públicas e consultas públicas surgem para que seus atos gerem responsabilização e para que se garanta sua imparcialidade, porém, a letra da lei não garante esse controle. A principal questão, também identificada por Binembojm, é que nas Agências Reguladoras a pouca participação dos cidadãos deriva de uma questão social:

A ausência de segmentos da sociedade civil, que não representam interesses das empresas de comunicação, conduz à constatação da existência de um verdadeiro déficit democrático a macular a atuação dessas agências. Esta situação indica que, no Brasil, a participação popular na Administração Pública encontra-se em um estágio ainda prematuro de desenvolvimento<sup>289</sup>.

Neste sentido, se questiona a exaltação do princípio da subsidiariedade no Direito Administrativo. Falar da sociedade brasileira como se a cidadania fosse a mesma desenvolvida em países estrangeiros pode gerar distorções perigosas para o desenvolvimento institucional e democrático.

A sociedade brasileira e sua tradição institucional não tem um histórico participativo, as políticas públicas são menos utilizadas e as políticas de governo foram o norte desenvolvimentista, dependemos da intervenção do Estado para desenvolver instituições ligadas à modernidade e a modernização do país (Capítulo 2). Conforme apresenta Celso

---

<sup>287</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. *Op. Cit.* pag. 5

<sup>288</sup> *Idem.* pag. 6

<sup>289</sup> *Idem.* pag. 19

Antônio, a Constituição, ao instituir um Estado Social e ter caráter dirigente, “não se presumiu que a Sociedade, no livre jogo das forças de mercado, produzisse e promovesse espontaneamente ditos objetivos e resultados”<sup>290</sup>.

No mesmo sentido assevera Mattos:

No Brasil não teria ocorrido a formação de uma burocracia concebida para regular as esferas da vida social a partir do embate de forças políticas na “sociedade civil”. Tivemos a formação desta burocracia centrada no próprio Estado e nas forças que se articularam no interior desse Estado.<sup>291</sup>

Deste histórico e seguindo a linha argumentativa de que as Agências de primeira geração foram um importante instrumento na tentativa de reestruturar a relação Estado e mercado no Brasil, pode-se concluir que a vertente econômica do princípio da subsidiariedade teve muitos ganhos na década de 1990. Contudo, sua vertente social não apresentou resultados de igual monta, para entender o porquê o protagonismo social não é uma prioridade nas instituições brasileiras, cabe analisar o sistema jurídico e o histórico formador do conceito de cidadania em nosso país.

### 3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E UMA CONCEPÇÃO DE CIDADANIA

A partir da Constituição de 1934 o uso da frase “todo poder emana do povo” se tornou uma constante na história constituinte brasileira, o que se iniciou com uma constituição promulgada logo teve fim em 1937 com uma Carta outorgada por um governo autoritário. O poder popular volta a ser citado em 1946, assim como tem previsão expressa em 1967 e 1969.

É interessante notar como a democracia se fortaleceu no ocidente a tal ponto que se tornou um símbolo até mesmo de regimes autoritários. Kelsen parece estar certo quando afirmou que a “substância da democracia não pode ser abandonada sem a manutenção do símbolo”<sup>292</sup>. Em outra passagem o autor exemplifica ao dizer que “é bem conhecida a afirmação sarcástica: se o fascismo fosse implantado nos Estados Unidos, seria chamado de democracia”<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Op. Cit. pag. 1057.

<sup>291</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. Op. Cit. pag. 122.

<sup>292</sup> KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pag. 140.

<sup>293</sup> *Idem*. pag. 140.

Por certo que essa última frase é mera especulação histórica no que diz respeito aos Estados Unidos, porém, seria quase que uma profecia se utilizasse como referência o Brasil, basta ver o Ato Institucional nº 5<sup>294</sup>, que cita a proteção do povo e da democracia como seus fundamentos:

CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964)<sup>295</sup>.

Em 1988 é promulgado o texto da Constituição chamada Cidadã, construído por diversos setores e disputas de forças, que apesar das críticas já apresentadas sobre a formação de um Congresso Constituinte com senadores biônicos (v. Cap. 2 – 2.6), apresentou-se como a Constituição mais democrática de nossa história. Houve ampla participação popular que inclui instrumentos de democracia participativa até mesmo na sua própria metodologia de trabalho<sup>296</sup>.

A Constituição de 1988 em muito se diferencia das anteriores no que tange ao sistema jurídico destinado à regular a relação Estado e sociedade, primeiro pela sua própria estrutura. Enquanto as Constituições anteriores iniciavam tratando da Organização Nacional, a atual Constituição inicia com os Princípios Fundamentais e em seguida já trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, de forma que o enfoque no cidadão e em seus direitos já vem logo na porta de entrada deste sistema jurídico. O art. 1º, parágrafo único, foi além, ao não se limitar a falar que todo poder emana do povo e que será exercido pelos representantes eleitos,

<sup>294</sup> “E veio o Ato Institucional 5, de 13,12,1968, Dia 13, uma sexta-feira, que na credence popular é dia aziago, de muito azar. E foi um dos piores dias do Brasil, porque esse ato institucional foi o instrumento mais duro, mais cruel, que este país na sua longa vida de antidemocracia, de arbítrio, já teve.” SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição**. *Op. Cit.* pag. 107.

<sup>295</sup> BRASIL. ATO INSTITUCIONAL nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 05/01/2015.

<sup>296</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição**. *Op. Cit.* 109.

o dispositivo veio inovando na adoção da democracia direta ou participativa como um de seus fundamentos<sup>297</sup>.

No que se refere à Teoria Democrática e aos direitos políticos, o sistema jurídico pátrio adota institutos de democracia representativa (art. 14 ao art. 17) e institutos de democracia participativa (art. 14 e incisos; art. 27, §4; art. 29 XII e XIII; art. 37, §3; art. 61, §2; art. 194, VII; art.198, III; art. 204, II; art. 206, VI; art. 216-A, X; art. 227, §1). Como regra geral, a Constituição exige lei para regulamentar os dispositivos que tratam do sistema democrático pátrio<sup>298</sup>.

Cabe ainda lembrar que Medidas Provisórias e Leis Delegadas não podem tratar de nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, sendo para nós muito claro que instrumentos de democracia participativa são espécies de direito vinculados à cidadania e aos direitos políticos, desta forma, encontram-se dentro desta vedação. Isso minimamente garante que decisões em um gabinete não determinem a forma como a participação social vai se dar na Administração Pública.

Em geral, as principais previsões constitucionais sobre democracia participativa tratam do plebiscito, do referendo<sup>299</sup>, da iniciativa de leis e da participação direta na tomada de decisões na construção e políticas públicas. Os três primeiros são instrumentos de democracia semidireta e nosso histórico demonstra sua baixa utilização, talvez pelo custo ou por sua dependência junto ao Congresso, seja ditando a pauta da norma que será tratada ou na possibilidade de emendas parlamentares aos projetos de iniciativa popular. Leonardo Avritzer chega a propor que uma evolução para estes institutos seria diminuir essa dependência frente as Casas Congressuais<sup>300</sup>.

No que tange às leis de iniciativa popular, que exigem “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”, apenas 4 projetos foram convertidos em

<sup>297</sup> CF. Art.1. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>298</sup> Entenda-se por lei norma geral e abstrata que respeita procedimento legislativo passando pelas duas casas Congressuais e segue para sanção ou veto do Presidente da República.

<sup>299</sup> No Brasil, por exemplo, houve um plebiscito em 1993, sobre a forma de governo, chamado de plebiscito sobre o parlamentarismo e em seguida houve um referendo sobre o desarmamento em 2005. AVRITZER, Leonardo. Reforma Política e Participação no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. pag. 37.

<sup>300</sup> “é possível apontar como o problema maior para a proliferação das formas de participação direta, a dependência que elas ficaram, na sua formulação constitucional, de autorização do Congresso Nacional. O ideal em relação a essas formas amplas de consulta da população é que elas sejam amplamente independentes do Poder Legislativo, e que, com o tempo, adquiram uma lógica própria.” AVRITZER, Leonardo. **Reforma Política e Participação no Brasil**. *Op. Cit.* pag.. 42

lei até a presente data: a que deu origem à Lei 8.930/94 (crimes hediondos), a que criou a Lei que deu origem ao Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social em 2005 e, duas leis sobre corrupção, a lei que permite a cassação por compra de votos (1999) e a Lei de Ficha Limpa (2010). Sendo estas duas últimas capitaneadas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)<sup>301</sup>.

Por sua vez, os instrumentos de participação direta da sociedade na Administração Pública para construção de políticas públicas de Saúde, Assistência Social, Direitos da Criança e do Adolescente, Educação e etc, foram exigidos pela própria Carta e cresceram muito no pós-88.

As previsões normativas aliadas aos movimentos sociais garantiram que se fortalecessem as consultas públicas, as audiências públicas e os Conselhos de Políticas Públicas. Conforme dados do IBGE o crescimento dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas é uma realidade e são estruturas fortemente presentes nas Administrações Públicas Municipais na atualidade<sup>302</sup>.

No plano normativo Constitucional, ao tratar sobre emendas constitucionais o art. 60, §4 define as cláusulas pétreas do sistema, estas normas representam limitações ao poder de emenda constitucional. Em seu inciso II ele se refere a instituto da democracia representativa, o voto direto, secreto, universal e periódico, por sua vez a democracia participativa é protegida mesmo que implicitamente através do inciso IV que trata dos os direitos e garantias individuais.

O princípio democrático presente no art.1, parágrafo único, é direito fundamental e seu substrato constitucional são os direitos políticos, que envolvem os institutos de democracia representativa e participativa<sup>303</sup>. Sendo direitos fundamentais não há nada mais óbvio do que a afirmação de que o regramento sobre tais direitos deve ser veiculado por lei, justamente neste

---

<sup>301</sup> O Globo 20.05.2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>.

<sup>302</sup> IBGE – 2011 – Perfil dos Municípios Brasileiros 2011. Em recente notícia a Empresa Brasileira de Comunicação assim publicou: “O número de municípios com conselhos municipais de Educação vem crescendo nos últimos anos. Dos 5.570 municípios brasileiros, 4.718 (84,8%) já contavam com conselho constituído em 2011. A Região Norte é a que tem o menor percentual de municípios com conselhos de educação (65%) e o Sudeste tem o maior percentual, 90%. Em 2009, 4.403 municípios tinham conselhos e, em 2006, eram apenas 3.760.” EBC. Número de conselhos municipais de Educação cresce, mas ainda há desafios. 28/02/2014. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2014-02/numero-de-conselhos-municipais-de-educacao-cresce-mas-ainda-ha-desafios>

<sup>303</sup> Neste sentido: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Comentários ao art. 1, parágrafo único. pag. 139. RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. Comentários ao art. 37, §3. pag. 891. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

sentido que os diversos dispositivos constitucionais sobre democracia participativa exigem lei para sua definição.

Esta sistemática é forma de garantia ao cidadão, pois será através do Congresso Nacional que os institutos e meios de participação serão regrados, porque qualquer forma de limitação ou estruturação de direitos fundamentais deve ser veiculada por lei<sup>304</sup>.

Esta exigência decorre não apenas de uma tradição jurídica ou de uma exigência pura e simplesmente positivada em lei, ela decorre de uma maior possibilidade de exposição e construção conjunta dentro do Congresso. Por sua vez, passar determinada competência para ser regrada pela Administração Pública Direta ou Indireta, em muitas situações significa reduzir o escopo da deliberação.

Contudo, assim como a lei é uma garantia, o regulamento interno da Administração às vezes é imprescindível para que um direito fundamental possa ser exercido. O direito de petição, previsto no art. 5, XXXIV da CF trata-se de um bom exemplo para ser trabalhado, pois, da mesma forma que prescinde de lei regulamentadora, a Administração Pública pode regrear procedimentos internos para receber e responder o que foi peticionado, assim como prazos e etc. Mas não caberia a um regulamento definir matérias sigilosas que não são alcançadas pelo direito de petição, primeiro pela própria exigência de lei prevista no art. 5º, inciso XXXIII da CF, para definir tais matérias, em segundo lugar, porque seria clara limitação a direito fundamental estabelecida por ato do executivo.

Assim, não basta a Constituição estabelecer o direito e quando for o caso uma lei regrear, é necessário regras de estruturação interna definindo como a Administração vai receber as demandas, quais órgãos serão responsáveis pelas respostas e etc. Isso porque o direito fundamental será exercido diante da Instituição Pública.

É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). A Constituição não exige participação popular na construção de suas normas sobre o setor, mas a Lei nº 9427/96 exigiu. O Decreto nº 2335/97 que constitui a Agência no âmbito do executivo renovou a exigência e aumentou as especificações sobre como deveria ocorrer o processo. Posteriormente a Portaria nº 349/97 do Ministério de Minas e Energias estabeleceu o regimento interno e renovou a exigência de participação, por fim, foi a Resolução nº 233/98<sup>305</sup> que regulou o tema e definiu as formas de interação entre o órgão administrativo responsável e a sociedade, também foi ela

---

<sup>304</sup> As limitações aos Direitos devem ser vinculadas por lei: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição.** *Op. Cit.* pag. 149. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. pag. 221-222.

<sup>305</sup> Hoje a referida resolução foi revogada e a resolução 273/2007 é que trata o tema.

que diferenciou e conceituou as Audiências e Consultas Públicas na ANEEL, o que não havia sido feito por nenhuma norma anterior.

O que se conclui dos dois exemplos acima é que os direitos fundamentais que se referem a participação do cidadão na Administração Pública passam então por duas fases, primeiro o seu regramento externo, e posteriormente, o seu regramento interno.

Primeiro se define os direitos e seus limites através da Constituição e/ou através de leis, esse é o momento externo. Posteriormente, temos um momento interno, que a Administração define as normas regulamentares para regradar seus órgãos internos, como atenderão as exigências legais e darão concretude aos direitos dos cidadãos. Obviamente não se trata de um sistema fechado, a própria Constituição ou a Lei pode definir de forma mais ou menos minuciosa as estruturas e forma de funcionamento dos órgãos administrativos que vão interagir com o cidadão no exercício do direito à participação.

Conclui-se então que a interação entre a norma definidora de direitos e a norma que regulamenta os órgãos públicos é de extrema importância no que se refere aos direitos ligados à democracia participativa. A questão que sempre é levantada no meio jurídico é o debate sobre quais os limites que a Constituição estabelece às leis e, em seguida, quais limites as leis impõe às normas infralegais<sup>306</sup>.

A análise sobre a tradição estatal brasileira na relação com seus cidadãos não costuma passar pelo crivo jurídico, assim como não se vê uma epistemologia do olhar jurídico sobre a cidadania e participação popular. Resumidamente, não é comum uma análise sobre como a tradição estatal influencia os processos interpretativos realizados pelos juristas e pelo judiciário.

Para compreender a construção das instituições democráticas brasileiras é indispensável a compreensão do conceito de cidadania para o direito, uma vez que deste instituto que se faz a análise dos direitos políticos. Este esclarecimento se mostra indispensável para entender como a democracia pode se manifestar em ambientes técnicos como os das Agências Reguladoras de primeira geração.

Uma vez que o art. 1, § único da Constituição Federal, estabelece que “todo o poder emana do povo”, é imprescindível saber de que forma será exercido e sobre quais limites. Democracia representativa e participativa são caminhos para mitigação das formas de

---

<sup>306</sup> Esta relação pode ser analisada em várias vertentes jurídicas diferentes dos direitos de democracia participativa. É o caso, p.ex., dos direitos sociais ligados à saúde e educação, os artigos constitucionais que tratam sobre estes direitos exigem a participação social na formação das políticas sociais. Outro exemplo são as normas que instituem órgãos públicos de defesa de direitos, p.ex.: Defensoria Pública e o direito ao acesso à justiça.

dominação, a análise e fortalecimento destes institutos é uma das maneiras de buscar o equilíbrio entre a necessária governabilidade (através da técnica, da eficiência e especialização exigidas pela sociedade moderna) e legitimidade democrática (fundada na permeabilidade das instituições políticas às demandas da sociedade).

A presente pesquisa buscou subsídios em estudos jurídicos, porém, mostrou-se imprescindível a busca de estudos ligados à antropologia, sociologia e ciências sociais. Tais estudos têm profundo histórico analítico no que tange ao tema proposto e representam uma possibilidade de ampliar o olhar jurídico sobre estas questões.

O saber jurídico construído principalmente através de matrizes europeias e de uma reprodução de textos normativos ou dogmáticos produzidos dentro do próprio campo jurídico pode encontrar novos caminhos quando articulado com saberes de outras áreas do conhecimento humano e com estudos analíticos da sociedade nacional<sup>307</sup>. Ao invés de buscar apenas estudos de sociedades estrangeiras para explicar nossa realidade, também pode-se conjugar estas análises com estudos sobre a nossa sociedade.

### 3.1.1 O tradicional discurso Jurídico Brasileiro

A cidadania é um instituto jurídico e sua conceituação é essencial para compreender as bases do relacionamento do Estado com seus cidadãos. O discurso jurídico brasileiro apresenta um conceito restritivo de cidadania, a doutrina vincula suas bases apenas aos direitos políticos e conseqüentemente costuma limitá-lo à análise da nacionalidade.

A doutrina explica que a nacionalidade é conceito mais amplo que cidadania, aquela é pressuposto desta, pois nem todo nacional é cidadão, mas para ser cidadão brasileiro, é preciso ter a nacionalidade brasileira<sup>308</sup>. Regina Mendes faz uma análise desta construção jurídica e cita diversos constitucionalistas que seguem esse raciocínio limitativo<sup>309</sup>, para ao final concluírem que cidadão é apenas o nacional com direitos políticos:

---

<sup>307</sup> LIMA, Roberto Kant de; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica.** Disponível em: [http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o\\_desafio\\_de\\_realizar\\_pesquisa\\_empirica\\_no\\_direito.pdf](http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf). Acesso em: 07/07/2014.

<sup>308</sup> FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Agosto-2007. pag. 67.

<sup>309</sup> A autora buscou demonstrar esta construção da doutrina nacional citando clássicos do Constitucionalismo nacional como: Celso Ribeiro Bastos; José Afonso da Silva; Paulo Bonavides; Dalmo Dallari; José Cretella Júnior. FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada.** *Op. Cit.* pag. 66 à 71.

Nacional não deve ser confundido com o cidadão. A condição de nacionalidade é pressuposto para a de cidadão. Em outras palavras, todo cidadão é um nacional, mas o inverso não é verdadeiro: nem todo nacional é um cidadão. O que confere esta última qualificação é o gozo dos direitos políticos. Cidadão, pois, é todo o nacional na fruição dos seus direitos cívicos. Se por qualquer motivo não os tenha ainda adquirido (por exemplo, em razão da idade) ou se já os tenha um dia possuído, veio a perdê-los, o nacional não é cidadão na acepção técnico jurídica do termo<sup>310</sup>.

Segue-se deste raciocínio que a análise jurídica nacional sobre cidadania se resumiu em uma deficiente subsunção aos direitos políticos, de forma que um menor de 16 anos não seria visto como cidadão, ou mesmo um preso com direitos suspensos, também não se enquadra no conceito jurídico de cidadania.

Gilmar Mendes ao analisar as limitações às Medidas Provisórias conceitua cidadania da seguinte forma:

O termo cidadania, entendido tecnicamente, significa exercício de direito de participação da vontade política do Estado e o controle da Administração, por meio, sobretudo, do voto, da ação popular e do direito de petição. Esses assuntos tornaram-se alheios ao domínio das medidas provisórias<sup>311</sup>.

O autor segue o mesmo raciocínio ao tratar sobre direitos fundamentais de estrangeiros e afirmar que “Alguns direitos, porém, são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o liga ao País. Assim, os direitos políticos pressupõem exatamente a nacionalidade brasileira”<sup>312</sup>. Por fim, quando se abre espaço para um debate sobre cidadania, costuma-se vincula-la à cidadania grega, o que definitivamente não apresenta o menor cabimento.

Ao comentar o art. 1, II, que estabelece a cidadania como um dos fundamentos República Federativa do Brasil, Walber de Moura trata da cidadania grega, posteriormente fala de Roma e em seguida explica sua vinculação com os direitos políticos no período de Revolução Francesa e Americana<sup>313</sup>, no entanto, não trata da formação do instituto na sociedade brasileira. O autor por fim apresenta a necessidade de vincular o conceito de cidadania com o de direitos fundamentais, o que de fato pode ampliar o instituto:

<sup>310</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo. 1990. pag. 237 *apud* FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada**. *Op. Cit.* pag. 67.

<sup>311</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. pag. 1432.

<sup>312</sup> *Idem.* pag. 180.

<sup>313</sup> AGRA; Walber de Moura. Comentários ao art. 1, inciso II. pag. 227. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. *Op. Cit.*

Na segunda metade do século XX, começa-se sua teorização ligando-a ao conceito de dignidade da pessoa humana, perpassando todas as dimensões das prerrogativas outorgadas aos cidadãos. Os direitos fundamentais tornam-se elementos imprescindíveis do ordenamento jurídico, constituindo-se em um de seus alicerces<sup>314</sup>.

Diante do pouco aprofundamento normalmente encontrado em doutrina e da importância do instituto analisado, uma vez que “regula as relações jurídicas universais entre Estado e cidadãos”<sup>315</sup>, passa-se a analisar uma proposta conceitual mais ampla de cidadania.

Cabe antes apresentar três premissas que serão aprofundadas e ajudam a compreender este instituto: (1) a cidadania é um conceito complexo e historicamente definido<sup>316</sup>, seu desenvolvimento e características dependem de cada país analisado; (2) a cidadania tem como premissa a igualdade, pois se constituiu como uma forma de argumento moral para justificar as desigualdades criadas pelo mercado capitalista; (3) a cidadania tem um marco geográfico bem definido, ela surge junto com outro processo histórico, o da constituição dos Estados Nações, as lutas internas por direitos fizeram com que os conceitos de cidadania e nacionalidade se construíssem juntos. Desta terceira afirmativa que se pode supor o porque a análise jurídica costuma se limitar a explicar a nacionalidade e cidadania vinculando-as aos direitos políticos, mas como se verá, cidadania não se limita apenas à esta dimensão de direitos.

### 3.1.2 Marshall: uma contraproposta

Sendo certo que “a liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais”<sup>317</sup>, o conjunto de deveres que um Estado tem com seus cidadãos envolve direitos civis, políticos e sociais, sendo plena a cidadania que usufrui de todas estas dimensões de direitos.

A cidadania pressupõe um discurso sobre igualdade, sem essa premissa não se pode falar em cidadãos, é um contrassenso um sistema jurídico que aceite a existências de cidadãos de primeira e segunda classe. O processo histórico de constituição dos Estados Nações com marco na Revolução Francesa<sup>318</sup>, também propiciou o processo de igualdade jurídica formal,

<sup>314</sup> *Idem.* pag. 228.

<sup>315</sup> FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada.** *Op. Cit.* pag. 62.

<sup>316</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** *Op. Cit.* pag. 14.

<sup>317</sup> *Idem.* pag. 15.

<sup>318</sup> *Idem.* Pag. 18.

em que se prega um mínimo de direitos e deveres que todos os cidadãos têm diante de um Estado.

Desta igualdade mínima que deve ser garantida pelo Estado, que se deriva a proximidade dos conceitos de nacionalidade e cidadania, assim como se conclui pela grande variedade de direitos que podem ser inseridos neste mínimo. A cidadania é conceituada como um conjunto de direitos e deveres atribuídos a todos que tenham um vínculo jurídico com o Estado, a nacionalidade é o que determina como se forma este vínculo<sup>319</sup>.

Thomas H. Marshall, analisando a Inglaterra do pós-guerra, com a emergência do comunismo e os problemas sociais vividos por diversos seguimentos sociais, desenvolve com base nas teorias econômicas de Alfred Marshall, uma explicação conceitual de cidadania e igualdade. Sua teorização visava conciliar a igualdade proposta pela cidadania com a desigualdade gerada pelo sistema de mercado capitalista<sup>320</sup>. O autor conclui que “a desigualdade do sistema de classes pode ser aceitável desde que a igualdade de cidadania seja reconhecida”<sup>321</sup>, assim como conclui que o mínimo jurídico atribuído pela cidadania foi sendo ampliado com o tempo, e, por fim, a cidadania de seu tempo se constituía em três status, que na linguagem jurídica pode ser definida como três dimensões de direitos, os direitos individuais, os políticos e os sociais.

Ao final a cidadania deve permitir a igualdade de oportunidades e essa igualdade de oportunidades justifica posteriormente a desigualdade entre as pessoas quando concorrem no mercado. A cidadania traz uma justificativa moral para a posterior desigualação propiciada pelo capitalismo, a base desta afirmativa encontra-se na ideia de igualdade de oportunidades, que posteriormente gera a desigualdade através do mérito de cada indivíduo em se mostrar bem sucedido em suas atividades, o mérito é incluída na ideia de cidadania, desde que o ponto de partida seja igual<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada.** *Op. Cit.* pag. 64.

<sup>320</sup> MOTA, Fábio Reis. **Cidadãos em toda parte ou cidadãos à parte? demandas de direitos e reconhecimento no Brasil e na França.** 2009. 302 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009. pag. 245; FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada.** *Op. Cit.*; AMORIM, Maria Stella; LIMA, Roberto Kant de; TEIXEIRA MENDES, Regina (Org.). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

<sup>321</sup> MARSHALL, T.H. **Cidadania e classe social.** In: Cidadania, classe social e status. *Op. Cit.* pag. 62.

<sup>322</sup> AMORIM, Maria Stella; LIMA, Roberto Kant de; TEIXEIRA MENDES, Regina (Org.). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil.** *Op. Cit.* Introdução – XI à XXXV. Nas palavras de Marshall: “o direito do cidadão nesse processo de seleção e mobilidade é o direito à igualdade de oportunidade. Seu objetivo é eliminar o privilégio hereditário. Basicamente, é o direito de todos de

Thomas H. Marshall ao tratar do desenvolvimento da cidadania inglesa afirma que foi um processo longo no decorrer de três séculos, cada qual teve o desenvolvimento específico de um conjunto de direitos que permitiu a criação das bases para os direitos subsequentes. No século XVIII foram os direitos civis (liberdades básicas), no século XIX vieram os direitos políticos (ligados à participação popular nas decisões de Estado), por fim, no século XX teve a conquista dos direitos sociais (possibilitando a participação mínima na riqueza social).

O autor apresenta o direito social à educação como o único que fugiu a tal lógica. O direito à educação infantil desde o século XIX já era visto como um direito do homem adulto de ter sido educado e um dever social de se aperfeiçoar, era visto como direito e dever, uma educação primária gratuita e obrigatória<sup>323</sup>. Os demais direitos sociais só seriam realmente desenvolvidos e garantidos no século XX.

Extremamente esclarecedor é observar que os direitos sociais na Inglaterra do século XIX eram vistos como assistencialismo para indigentes. Portanto, aceitar essa “assistência” significava sair da condição de cidadão e caminhar para condição de indigente. A *Poor Law* de 1834 retirava os direitos sociais do conceito de cidadania, pois os indigentes “abriam mão, na prática, do direito civil da liberdade pessoal devido ao internamento na casa de trabalho, e eram obrigados por lei a abrir mão de quaisquer direitos políticos que possuísem”<sup>324</sup>.

No que tange a cidadania como um fenômeno histórico surgido no interior do Estado Nação e impulsionado pela economia de mercado, cabe ainda esclarecer que Habermas, também ao analisar a relação Estado e sociedade na Inglaterra, identifica no conceito de esfera pública um processo que se desenvolveu através de um espaço em que cidadãos disputam a regulamentação da vida com o próprio Estado e que o estabelecimento de direitos fundamentais garante sua função crítica<sup>325</sup>:

A esfera pública burguesa surgiu historicamente no contexto de uma sociedade separada do Estado: o “social” podia constituir-se numa esfera própria à medida que a reprodução da vida assumia, por um lado, formas privadas, mas, por outro, como setor privado em seu conjunto, passou a ter relevância pública. As leis gerais do intercâmbio das pessoas privadas entre si tornaram-se agora uma questão pública. Na discussão que as pessoas privadas logo passaram a ter em torno dessa questão com o poder público, a esfera pública burguesa chegou à sua função política: as pessoas privadas reunidas num público transformaram publicamente em tema a

---

mostrar e desenvolver diferenças ou desigualdades; o direito igual de ser reconhecido como desigual.” MARSHALL, T.H. **Cidadania e classe social**. In: Cidadania, classe social e status. *Op. Cit.* pag. 101.

<sup>323</sup> MARSHALL, T.H. **Cidadania e classe social**. In: Cidadania, classe social e status. *Op. Cit.* pag. 74.

<sup>324</sup> *Idem*. Pag. 72.

<sup>325</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. *Op. Cit.* pag. 103.

sanção da sociedade como uma esfera privada. Ora, porém, pela metade do século XIX, era de se prever que essa esfera pública, devido à sua própria dialética, passaria a ser ocupada por grupos que, por não disporem de propriedade e, com isso, de uma base para a autonomia privada, não poderiam ter nenhum interesse na manutenção da sociedade como esfera privada<sup>326</sup>.

Porém, como dito, enquanto a análise sobre o processo histórico inglês verifica-se um espaço público formado por intensa disputa entre Estado e sociedade, querendo esta última maior liberdade, diversos estudos brasileiros demonstram que aqui o Estado foi determinante na construção da cidadania brasileira e seu espaço público.

### 3.2 ESTADO E CIDADANIA BRASILEIRA

A sequência lógica apresentada por Marshall ao se referir ao caso inglês não é uma regra para outras sociedades, como dito, a cidadania é um conceito histórico que se desenvolve dentro de cada Estado Nação. Não existem direitos políticos efetivos sem a garantia das liberdades civis básicas, mas estas podem existir sem os direitos políticos, assim como os direitos sociais podem existir independentes destas duas dimensões de direitos<sup>327</sup>. “Podem mesmo ser usados em substituição aos direitos políticos”<sup>328</sup>, estas considerações demonstram que enquanto em alguns países a o Estado pode ser visto potencialmente como o “inimigo”, em outros, ele pode aparecer como protagonista na difusão de direitos.

Construído como forma de justificar ou amenizar as desigualdades do mercado, o conceito inglês de cidadania se baseia nos direitos fundamentais e na premissa individualista da igualdade perante a lei. Por outro lado, a relação entre Estado e sociedade sobre a ótica brasileira apresenta uma construção em que: (1) o Estado precede a sociedade e regulamenta suas relações com ela, definindo inclusive quem é legítimo para demandar perante ele; (2) as relações pessoais por vezes se sobrepõem as normas gerais e impessoais do direito e do mercado, o que permite que o clientelismo adentre as instituições.

No Brasil, a cidadania não se apresenta como fundamento moral para justificar a desigualdade no mercado ou amenizá-la, seu conceito jurídico apenas trabalha sua vertente ligada aos direitos políticos e a conjugação deste com a ideia de um dever do cidadão, o dever de votar e participar.

---

<sup>326</sup> *Idem.* pag. 153.

<sup>327</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** *Op. Cit.* pag. 15.

<sup>328</sup> *Idem.* pag. 16.

Marshall traz um modelo de cidadania inglesa, o seu foco foi a construção das bases de um mercado. O mercado diferencia, mas a cidadania entra como uma forma de garantir um mínimo de igualdade entre as pessoas. Os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão são o que garantem o processo de cidadania ligada a uma igualdade mínima garantida pelo Estado e, por consequência, fundamentadora da desigualdade no mercado através do mérito de cada cidadão.

José Murilo demonstra as diferenças da construção da cidadania no Brasil, o autor apresenta o conceito de “Estadania”, que consiste em uma cultura política estadista, que volta os processos de construção política para o Executivo e não para o legislativo. A centralidade do Executivo faz com que as negociações políticas sejam mais direcionadas para ele do que para os processos decisórios do Legislativo, o que certamente pode ser associado ao que vem se discutindo neste trabalho como “fuga da tribuna”.

José Murilo relata o processo histórico de formação do Estado brasileiro e de sua relação com a sociedade, partindo da afirmação de que existem vários caminhos para formação da cidadania, o autor demonstra que diferente do caso inglês, em que a base dos direitos foram as liberdades civis, o caso brasileiro teve como base os direitos sociais, por vezes usados para justificar a ausência de direitos civis e políticos. A construção da cidadania brasileira tem basicamente duas diferenças frente ao relatado por Marshall: (1) no Brasil a ênfase nos direitos sociais foi maior; (2) a ordem de concessão e universalização de direitos no Brasil é outra, os sociais precedem os demais<sup>329</sup>.

O autor inicia explicando que de 1881 a 1925, com poucas exceções, o povo não se encontrava politicamente organizado, não havia um opinião pública ativa a ser exercida contra o Estado, com um eleitorado amplo e esclarecido<sup>330</sup>. Em que pese isso o autor apresenta diversos movimentos que demonstravam manifestações de cidadania não formalizadas em direitos políticos, mas que caracterizava atos negativos. Em resumo, tratavam-se de movimentos reativos e não propositivos, como foi o exemplo da Revolta da Vacina<sup>331</sup>.

O período histórico de maior modificação nas relações entre povo e Estado foi o de 1930, as movimentações sociais e as reformas administrativas (v. Cap. 2) representaram uma verdadeira modificação no cenário nacional. Vários movimentos sindicais surgiram, assim como associações de classe, partidos e “pela primeira vez foram criados movimentos políticos de massa de âmbito nacional”.

---

<sup>329</sup> *Idem.* pag. 17-18.

<sup>330</sup> *Idem.* pag. 70.

<sup>331</sup> *Idem.* pag. 80.

Basicamente a classe trabalhadora era reconhecida e inserida no sistema de proteção social (com destaque para previdência e saúde) através das leis concessivas de direitos sociais, que além de serem criadas por categoria, o que contradiz a ideia de igualdade e universalismo da cidadania inglesa, excluía várias categorias que não se inseriam no sistema sindical corporativista cooptável pelo Estado. O Estado regulava e diferenciava na concessão de direitos, naturalizava a desigualdade jurídica, como estimulava o corporativismo, que servia para transformar os movimentos em extensões do próprio Estado, facilitando a cooptação dos movimentos sindicais, exemplo disso fora o imposto sindical em 1940<sup>332</sup>.

O autor conclui que em um dos momentos mais importantes para construção da cidadania no Brasil “os trabalhadores foram incorporados à sociedade por virtude das leis sociais e não de sua ação sindical e política independente. Não por acaso, as leis de 1939 e 1943 proibiam as greves”<sup>333</sup>. Santos também faz uma análise essencial para compreender as bases da cidadania no Brasil, assim como José Murilo, o autor demonstra o protagonismo Estatal e analisando o período de 1903 à 1964, explica que os direitos sociais foram as bases políticas para relação entre Estado e sociedade<sup>334</sup>.

Santos afirma que o Estado concedia direitos com base na ocupação social e não com base em um ideal de universalização de direitos. Na realidade o Estado fez uma partilha profissional da população para efeitos de concessão de direitos, o Estado que estabeleceu quais categorias poderiam fazer parte deste grupo, portanto, havia uma fuga da ideia de direitos para uma ideia de privilégios.

O autor trabalha seus argumentos partindo de dois conceitos básicos; o de equidade, entendida como um ideal de reduzir ou extinguir desequilíbrios sociais; e o de acumulação, entendido como ações destinadas a aumentar a oferta de bens e serviços disponíveis para determinado grupo. Sua conclusão é de que os processos formadores dos direitos sociais de cidadania tiveram como enfoque aumentar bens e serviços para grupos profissionais específicos (acumulação), enquanto a desigualdade não fora combatida com o mesmo empenho (equidade)<sup>335</sup>. Deste quadro de análise o autor apresenta o conceito de “Cidadania Regulada”:

---

<sup>332</sup> *Idem.* pag. 125.

<sup>333</sup> *Idem.* pag. 128.

<sup>334</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Décadas de espanto e uma apologia democrática.** *Op. Cit.* pag. 71 a 109.

<sup>335</sup> *Idem.* pag. 92.

Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade<sup>336</sup>.

Neste período cidadão não era o nacional, cidadão era definido por outros critérios legais e sociais, quais sejam: exercer uma profissão regulamentada, ter carteira profissional e fazer parte de um sindicato<sup>337</sup>. De certa forma se consagrou a desigualdade e fora o Estado protagonista na definição de quem era cidadão e, portanto, quem era legítimo para demandar perante ele.

Desta análise pode-se ter algumas conclusões: (1) os direitos sociais tomaram a dianteira na construção da cidadania no Brasil; (2) a expansão destes direitos ocorre de forma ampla durante os dois períodos de autoritarismo em nosso país (30 e 64), momentos que o Congresso era figurativo ou inexistente, o que cria um desprestígio para este Poder em nossa cultura; (3) em contra partida tem-se no país uma valorização do Executivo; (4) por fim, os interesses corporativos ganham destaque na cultura nacional.

### 3.3 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E SUAS DIFICULDADES

No que se refere a valorização do Executivo, cabe lembrar que a expansão de direitos sociais requer uma máquina administrativa potente, deste fato pode-se dizer que as reformas administrativas da década de 1930 e 1960 também eram essenciais para que os governos autoritários garantissem minimamente o controle das políticas de governo. O protagonismo estatal na produção de política parece direcionar as escolhas institucionais no país para privilegiar políticas de governo ao invés de políticas públicas, assim também ocorre com parte da interpretação jurídica nacional.

Para relembrar o conceito, políticas públicas são políticas que têm a sociedade como polo deflagrador e políticas de governo são as que os agentes governamentais, com delegação política ou não, elaboram e implementam<sup>338</sup>. No que se refere a engenharia institucional,

<sup>336</sup> *Idem.* pag. 103. Conforme o próprio autor explica, a vinculação entre cidadania e ocupação fazem surgir em nossa sociedade os conceitos de marginalidade e de mercado informal de trabalho. pag. 104.

<sup>337</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Décadas de espanto e uma apologia democrática.** *Op. Cit.* pag. 105

<sup>338</sup> LOBÃO, Ronaldo. **Acomplamentos e engajamentos em defesa do ambiente: a construção de ideologias e discursos que informam políticas de governo e ações na sociedade.** *Op. Cit.*

mesmo instrumentos de democracia participativa como plebiscito, referendo e iniciativa de leis, demonstram forte dependência junto ao Congresso<sup>339</sup>.

### 3.3.1 Políticas de governo como uma escolha institucional

No âmbito do Poder Legislativo e Executivo cabe esclarecer que propostas de ampliação da democracia participativa foram rechaçadas mesmo no processo Constituinte, foi o caso dos institutos do Voto Destitutivo (*Recall*), do Defensor do Povo e, por fim, de eleições diretas para cargos de chefia da Administração Pública, o que seria, neste último caso, uma forma de ampliar a participação da comunidade na construção das políticas públicas, p.ex., de saúde e de educação.

Nos debates Constituintes se verifica uma tendência de limitar estes institutos de democracia ampliada, no caso do Voto Destitutivo, que consiste na possibilidade dos cidadãos votarem pela perda do mandato de um parlamentar antes de seu término, a leitura dos debates da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher é esclarecedora:

O SR. CONSTITUINTE FRANCISCO ROLLEMBERG: Há, ainda, o seguinte: "Os eleitores poderão revogar por voto destituente o mandato..." Ora, lutamos durante todos esses anos contra a queda da imunidade parlamentar, que nos garantia o pleno exercício do mandato parlamentar. Não é possível chegarmos com a espada de Dâmocles sobre nossas cabeças, correndo o risco de termos nosso mandato cassado a todo instante.

[...]

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ MENDONÇA DE MORAIS: – Permita-me, Excelência. Na relação de trabalho existe a estabilidade com 90 dias de contrato. Nós não teríamos estabilidade com o voto popular. No caso do voto destituente, poderíamos ser cassados a qualquer instante

[...]

O SR. CONSTITUINTE HUMBERTO LUCENA: – No entendimento mantido ficou estabelecido o destaque para supressão do voto destituente, objeto de requerimento de vários membros da Comissão.<sup>340</sup>

O Defensor do Povo teria funções similares as que o Ministério Público tem hoje, porém, o grande diferencial seria a forma de escolha do Defensor do Povo, que se daria por participação da sociedade:

<sup>339</sup> AVRITZER, Leonardo. **Reforma Política e Participação no Brasil**. *Op. Cit.* pag. 42.

<sup>340</sup> Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Congresso Nacional**. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente).

Art. 56 – É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição.

[...] § 2º – Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios: I – o Defensor do Povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato não renovável de cinco anos; [...]<sup>341</sup>

A supressão das eleições diretas para cargo de chefia de setores da administração pública também demonstra essa fuga ou desconfiança de institutos de democracia participativa ampliada.

O SR. CONSTITUINTE NARCISO MENDES: Não poderíamos, igualmente, deixar de questionar o documento apresentado pelo nobre relator, quando, em essência, apresenta dispositivos completamente inaplicáveis na prática, como por exemplo, o art. 4º inciso VII, alínea c, que diz: "Os servidores e a comunidade afetada escolherão, através de voto facultativo, os agentes do Poder Público para os cargos de direção de setores relacionados com a vida cotidiana da comunidade, na forma que a lei estabelecer." Parece-me que, aqui, nosso Relator quis acabar com os cargos de governador, prefeito e presidente da República, sendo que a primeira missão de um prefeito eleito seria fazer eleições diretas para seu secretariado, para diretores de colégio, para diretores de hospitais, para a direção dos serviços de água, de saneamento, de eletricidade, e assim sucessivamente<sup>342</sup>.

Por fim, houve a supressão de todos estes dispositivos, que poderiam ter potencial para inverter a lógica de políticas de governo para políticas públicas. José Murilo ainda apresenta como consequências desta lógica Estatizante e de “fascinação por um executivo forte”<sup>343</sup>, a escolha no plebiscito de 1993 pelo sistema presidencialista, o fortalecimento do patrimonialismo, do paternalismo e o desprestígio pelo Legislativo e seus processos decisórios naturalmente mais lentos do que os realizados pelo Executivo<sup>344</sup>.

<sup>341</sup> BRASIL. ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL. Diário Oficial. Brasília-DF. Sexta-Feira, 26 De Setembro De 1986. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArinos.pdf>>.

<sup>342</sup> BRASIL. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Congresso Nacional**. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente). pag. 75.

<sup>343</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. *Op. Cit.* pag. 221.

<sup>344</sup> *Idem*. pag. 222.

Diante desta análise a prática do Estado brasileiro tende a priorizar instrumentos de democracia representativa ou que permitam a construção de políticas no interior da Administração Pública. E como se demonstrará no próximo capítulo, essa realidade se reproduz na ANEEL e que provavelmente pode ser estendida para as demais Agências de primeira geração.

Neste contexto histórico brasileiro não parece ser adequado argumentos que interpretem que o aumento do pluralismo justifica o aumento dos órgãos técnicos autônomos, ou que tais órgãos são uma resposta adequada as demandas por democracia na sociedade e que as Agências Reguladoras representam um avanço que direciona as decisões da Administração para o atendimento do interesse público.

Esse entendimento pode ser identificado em autores já apresentados, como Juruena, ao defender o sistema de Agências Reguladoras com o argumento de que “gasta-se muito menos energia e muito menos recursos reunir cinco componentes de um colegiado regulatório do que trezentos parlamentares e, mais do que isso, além de se atender à economicidade se atende à eficiência”<sup>345</sup>. Assim como em Moreira Neto ao afirmar que a vantagem da decisão técnica frente à decisão de indivíduos da área política é que estes últimos estão “descomprometidos pessoalmente com os resultados, no sentido do que não são por eles atingidos”<sup>346</sup>. Por fim, também se verifica esta tendência em Aragão, ao afirmar que:

Os diversos interesses que no Estado pluriclasse recebem a proteção legislativa, a tecnização dos meios necessários à sua satisfação e a exigência de que tais interesses sejam tratados com imparcialidade frente ao jogo político-partidário, fizeram com que o Estado fosse progressivamente criando em seu interior novos centros de poder dotados de diferentes modelos organizativos<sup>347</sup>

Não se nega a importância da especialidade técnica, como dito, é um dos objetivos da burocracia moderna, a questão é que a ampliação de centros burocráticos ou ilhas de excelência técnica dificultam o controle social. Tratam-se de setores que somente técnicos altamente capacitados tem real compreensão sobre o tema discutido, assim como, no caso das

---

<sup>345</sup> VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Função Regulatória. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 13, Fevereiro, 2008. pag. 8.

<sup>346</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 161.

<sup>347</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. *Op. Cit.* pag. 204.

Agências Reguladoras, são informados pela produção de políticas de governos para o mercado e pela gramática do insulamento burocrático (v. Cap. 4).

O fortalecimento do Poder Executivo também pode ser exemplificado pela estrutura constitucional e a definição de competências do Presidente da República<sup>348</sup>. A Lei Delegada e a Medida Provisória são atos normativos com força de lei e editados pelo Presidente da República. Além destes instrumentos o Presidente tem grande influência no processo legislativo, pode solicitar urgência na tramitação do Projeto de Lei (art. 64, §1), para iniciar projetos de leis sobre determinadas matérias o Presidente detém um rol amplo de iniciativa exclusiva (art. 61, §1) e tem o poder de sanção ou veto (art. 66).

Outro exemplo representativo deste protagonismo e da diminuição do escopo deliberativo foi o Decreto n° 8.243/14, a norma que sofreu várias críticas quando de sua edição, instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS). Referida norma vincula a participação social à Secretaria Geral da Presidência da República ao Presidente da República e cria um sistema hierárquico que centraliza nesta instância os processos sociais participativos em âmbito federal. Este Decreto representa uma destas tantas formas de se retirar determinado tema da arena político-deliberativa e passá-lo para uma instância singular ou que não necessite de tantos arranjos, no caso a Presidência da República<sup>349</sup>.

### 3.3.2 Políticas de governo na interpretação jurídica

A Teoria do Direito Constitucional e Administrativo tem se debruçado sobre esta característica que vem ganhando destaque nas últimas décadas em nosso país. Institutos e teorias como a deslegalização, o domínio do regulamento e o decreto autônomo ao apresentarem relativizações do clássico princípio da legalidade<sup>350</sup>, justamente no intuito de ampliar as competências normativas do Executivo devem ser vistos com cautela em nosso país.

---

<sup>348</sup> Mesmo com as medidas normativas da CF em seu art. 84, IV estabelecer que os Decretos Presidenciais devem se submeter à lei, do art. 49, V, autorizar veto legislativo para sustar a eficácia de regulamentos que exorbitem do poder regulamentar, e do art. 25, I no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revogar as delegações de poder normativo concedidas ao Executivo, o Poder Executivo mantém seu protagonismo jurídico e cultural.

<sup>349</sup> ANDRADE FILHO, Jovelino Muniz de; LEITÃO, Sonia Nogueira; NEURAUTER, Maíra; BACELLAR ROMANO, Marcus Vinicius. **Os desafios para efetivação da participação social frente o decreto n° 8.243/14**. No prelo 2015.

<sup>350</sup> No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2013. pag. 78.

Dentre os juristas que defendem a constitucionalidade do exercício da função normativa pelas Agências, existem duas vertentes teóricas para justificar essa atuação e definir sua natureza: a primeira linha se refere à deslegalização como sendo a justificativa para liberdade dos entes reguladores; a segunda corrente é a da discricionariedade<sup>351</sup>.

De acordo com os que defendem a deslegalização, o legislador pode definir que alguma matéria de sua competência passe para o domínio da regulação. Argumenta-se que neste caso ocorre uma degradação normativa, as matérias “rebaixadas” passam a ser passíveis de criação, modificação ou extinção mediante atos administrativos, considerados normas de segundo grau, pois encontram seu fundamento de validade na norma deslegalizante, que tem apenas um conteúdo formal, qual seja, a indicação das matérias que serão agora de domínio da regulação.

Quando se trata das Agências Reguladoras, as Leis deslegalizantes abririam espaço para que ato administrativo diga quais leis (que tratam da matéria agora de competência regulamentar) serão revogadas; seria uma *revogação diferida*<sup>352</sup>. Diogo de Figueiredo defende a deslegalização e afirma que:

A lei de deslegalização não necessita, assim, sequer penetrar na matéria de que trata, bastando-lhe abrir a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por atos próprios que, por óbvio, não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre eles possa continuar a ser exercido um controle político sobre eventuais exorbitâncias<sup>353</sup>.

O primeiro fundamento para tal posição seria a defasagem do entendimento segundo o qual o titular de um poder não pode delegá-lo<sup>354</sup>. E o segundo argumento seria a presença da discricionariedade técnica como parâmetro de atuação do agente regulador em vistas a eficiência<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. *Op. Cit.* pag. 279.

<sup>352</sup> *Idem.* pag. 279.

<sup>353</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 166.

<sup>354</sup> *Idem.* pag. 166.

<sup>355</sup> “Ao se estabelecer esta nítida clivagem entre a discricionariedade político-administrativa, geralmente de amplo espectro de alternativas válidas, que devem ser avaliadas por políticos e burocratas, e a discricionariedade técnica, geralmente comportando opções mais restritas e que devem ser consideradas à luz de regras científicas para que se determine a melhor escolha, está se ministrando não só o critério diferenciador entre os dois tipos de discricionariedade como o próprio fundamento de validade das normas reguladoras que devem ser baixadas pelas agências reguladoras.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. *Op. Cit.* pag. 169.

Não concordamos com estes fundamentos para a amplitude da função regulamentar exercida pelas agências, principalmente no que se refere à revogação diferida. Adotar a teoria da deslegalização representa excessiva restrição ao princípio da legalidade, que na linha do que vem se defendendo neste trabalho é uma forma de garantir que os processos decisórios sejam regrados pelo sistema de democracia representativa que se desenvolve no Congresso nacional, o que garante maior publicidade e espaço para deliberação entre os interesses em jogo.

Primeiramente, não há um rebaixamento do grau hierárquico das normas. O que realmente há é uma elevação hierárquica dos atos regulatórios, pois regulamento passa a revogar lei, o que não é viável no sistema jurídico pátrio. Como é comumente dito em doutrina, o poder constituinte derivado não pode mudar os termos de sua delegação, ou seja, não cabe ao legislativo dizer o grau hierárquico de uma matéria, salvo se for por via de emenda constitucional, e mesmo assim, se sujeitando ao controle de constitucionalidade, se for o caso.

O segundo argumento tem ligação com o anterior e se refere à profunda insegurança que essa teoria causaria no sistema jurídico. Ao se concordar com o rebaixamento hierárquico, ou como dito, com a elevação hierárquica, o defensor de tal posição também é obrigados a concordar que o ato regulatório seja capaz de revogar leis que tratem da matéria de sua competência. No entanto, se na teoria já é difícil identificar os limites de uma competência, imagine a avalanche de problemas práticos decorrente da necessidade de se aferir qual lei é ou não passível de ser revogada? Tal situação abre espaços para arbitrariedade do agente regulador que, em situações nebulosas, poderia alegar a revogação de uma lei que não lhe fosse conveniente.

Mas a deslegalização não é o único exemplo de ampliação do poder normativo do Poder Executivo. A Emenda Constitucional nº 32/2001<sup>356</sup> teve como consequências diretas (1) a criação do decreto autônomo ao conceder poderes ao Chefe do Executivo para que possa modificar a estrutura de órgãos públicos independente de lei prévia, e (2) abriu o debate para a teoria do domínio do regulamento<sup>357</sup>, a qual defende a possibilidade de um regulamento

---

<sup>356</sup> CF - Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

<sup>357</sup> CYRINO, André Rodrigues. O regulamento autônomo e a EC n. 32/2001: uma reserva de administração. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, jan./dez. 2004. Disponível em:

revogar uma lei anterior que trate sobre matéria que a Constituição passou a definir como pertinente ao regulamento.

Uma das consequências disto é que sistemas sociais e jurídicos como os dos Conselhos de Políticas Públicas (modalidade de instituto de democracia participativa), construídos na base do diálogo e disputas parlamentares, poderão ser modificados através de uma decisão individual tomada no gabinete da Presidência da República. É caso do já citado Decreto nº 8.243/14, que tem como fundamento o art. 84, VI da CF e, se fosse aplicado com base na Teoria do Domínio do Regulamento, permitiria que por um único ato unilateral do Chefe do Executivo se alterasse, p.ex., todo sistema legal que criou os Conselhos Participativos do Sistema Único de Saúde previstos nas Leis Federais nº 8.080/90 e nº 8.142/90<sup>358</sup>.

Neste sentido, que se levanta a questão de que no caso de direitos ligados a democracia participativa a aplicação do art. 84, VI da CF, com sua nova redação dada pela emenda nº 32/2001, pode ocasionar uma decisão que se furta ao debate com a sociedade, e preconiza a hierarquia e a centralização no Governo Federal em detrimento das estruturas de participação social construídas por lei ou por instâncias participativas.

Estas teorias, ao serem aplicadas ao sistema jurídico brasileiro ou mesmo defendidas por seus operadores, devem ser objeto de grande cautela, em virtude do histórico nacional de um forte processo de cooptação da cidadania pelos sistemas normativos Estatais, e pela gramática do insulamento burocrático.

No âmbito das interpretações jurídicas e do Judiciário as dificuldades não são menores para que políticas públicas possam ser gestadas. Um exemplo envolve a interpretação do art. 84, II da Constituição Federal, a questão foi analisada no STF e é de grande importância para o debate sobre Agências Reguladoras e democracia participativa, ele demonstra como a tendência interpretativa do Tribunal não foge à lógica da “Estadania” ou “Cidadania Regulada”, uma vez que prioriza políticas de governo em detrimento de iniciativas participativas. Passe-se a analisar essa questão agora.

---

[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti\\_regulamentoautonomo.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_regulamentoautonomo.pdf). Acesso em: 18/02/2015.

<sup>358</sup> ANDRADE FILHO, Jovelino Muniz de; LEITÃO, Sonia Nogueira; NEURAUTER, Maíra; BACELLAR ROMANO, Marcus Vinicius. **Os desafios para efetivação da participação social frente o decreto nº 8.243/14**. No prelo 2015.

### **3.3.3 Política de Governo como posição do STF: ADI n° 1.949/2014 e ADI n° 2.997/2009**

As duas Ações Diretas foram julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e envolvem a interpretação do art. 84, II e XXV da CF:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;  
XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei

Conforme se verá, estas decisões demonstram uma incongruência na jurisprudência do Tribunal que fortalece os processos centralizadores e hierárquicos de políticas de governo em detrimento das políticas públicas.

Em 1999, julgando a medida liminar da ADI 1949-RS<sup>359</sup>, o STF entendeu ser constitucional o mandato fixo dos dirigentes das Agências Reguladoras. Tratava-se da Lei estadual n° 10.931/97, do Rio Grande do Sul (que instituiu Agência Reguladora Estadual basicamente nos mesmos moldes das Federais). A lei só não seguia o sistema federal quanto a possibilidade do Legislativo exonerar o dirigente da instituição mesmo antes do término do prazo.

Na liminar o Tribunal adotou três posicionamentos relevantes, que foram confirmados no julgamento do mérito em 2014: (1) se entendeu que a possibilidade do legislativo exonerar o dirigente seria incompatível com o sistema de nomeação nas Agências, uma vez que o Chefe do Executivo não tinha essa prerrogativa, haveria desrespeito à separação dos poderes ao concedê-la ao Legislativo; (2) o mandato a termo fixo é constitucional; (3) A lei pode estabelecer formas de nomeação em cargo público que limitem a livre escolha do chefe do executivo. Estes três entendimentos foram inteiramente aplicados às Agências.

O sistema nas Agências Reguladoras, conforme dispõe a Lei geral n° 9986/00 que também se remete às demais leis específicas de cada Agência, funciona da seguinte forma, o presidente indica um nome e o senado, após sabatinar o indicado, aprova ou não a indicação. Havendo a referida aprovação, o dirigente tem um mandato fixo de 4 anos, portanto, não cabe sua exoneração, salvo por motivo de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar (art. 6 ao art. 9).

---

<sup>359</sup> BRASIL. STF. Liminar na ADI 1949 MC / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/11/1999, Plenário, DJE de DJ 25-11-2005.

Contudo, na maioria esmagadora dos casos o cargo de dirigentes da Administração Direta e Indireta é preenchido por escolha do Chefe do Executivo (art. 84, XXV), são definidos como cargo em comissão ou de confiança. Nestes termos que tradicionalmente a lei, a jurisprudência e a doutrina sempre entenderam que tais cargos eram de livre nomeação e exoneração, não sendo possível que a lei estabelecesse qualquer limitação ao Executivo (salvo as prevista em Constituição):

Art. 37. II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Portanto, ou se entra no serviço público pela porta do concurso público ou pelo sistema de cargos em comissão, que segundo a CF deveria ser de livre nomeação. Esse era o entendimento do STF, que inclusive tem súmula sobre o tema:

Súmula nº 8 - diretor de sociedade de economia mista pode ser destituído no curso do mandato.  
Súmula nº 25 - A nomeação a termo não impede a livre demissão pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.<sup>360</sup>

Entretanto, com base no voto de Victor Nunes Leal, que fora voto vencido na Corte, em 1962, no julgamento do MS nº 8.693/DF, Nelson Jobim resgata os argumentos que Nunes apresentou como favoráveis à constitucionalidade da investidura administrativa de prazo certo e das limitações ao poder de livre exoneração pelo chefe do Poder Executivo. Nunes analisou inclusive entidades autônomas da época, o que fez com que seu voto se encaixasse perfeitamente ao caso analisado. Diante disto, o voto do Ministro Jobim foi o que conduziu o plenário.

Resumidamente, Nelson Jobim argumenta que diante da CF de 1988 “a competência do Presidente da República de prover os cargos públicos, deve ser exercida nos termos fixados em lei. O fundamento jurídico-constitucional de edição da Súmula 25 desapareceu”<sup>361</sup>. Essa afirmativa vem da interpretação literal do art. 87 da CF de 1946, que

<sup>360</sup> A exceção sempre exposta no STF era o caso das Universidades Públicas que deveriam ter autonomia acadêmica.

<sup>361</sup> BRASIL. STF. Liminar na ADI 1949 MC / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/11/1999, Plenário, DJE de DJ 25-11-2005. pag. 140.

deu origem à súmula, comparativamente com a nova redação da CF de 1988, em 1946 se entendia que as limitações no provimento dos cargos públicos só poderiam ser as previstas na Constituição. Na Carta de 1988 a nova redação faz com que a interpretação seja no sentido de que a própria lei pode criar limitações ao Chefe do Executivo:

CF de 1946 - Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República:  
V - prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais;  
CF de 1988 - Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei (grifou-se).

No mesmo sentido é o art. 52, III da CF de 1988, ele permite que a lei apresente novas hipóteses em que o Senado vai aprovar as escolhas do Presidente:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:  
III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:  
f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

No que tange ao cargo de confiança, com base também nos argumentos de Nunes, Nelson Jobim afirma que não se trata de uma função de confiança o que os dirigentes das Agências exercem, na verdade trata-se justamente do contrário, pois eles não podem estar submetidos aos interesses do Chefe do Executivo, a autonomia vem justamente para evitar isso. Segundo o Ministro, as Agências Reguladoras devem aplicar a lei, a “política da lei” e não a vontade do Chefe do Executivo, neste sentido afirma que “Às agências compete assegurar o pleno atendimento dos usuários, seja quanto ao serviço ser adequado, nos termos da Constituição e da lei, seja quanto a modernidade de técnicas utilizadas”<sup>362</sup>.

Neste segundo argumento parece transparecer uma visão ideológica do julgador, pois não faz sentido afirmar que a Agência vai seguir a lei e aplicá-la em favor dos cidadãos e o Presidente não fará o mesmo. Como bem analisou Sepúlveda Pertence, neste mesmo julgado, ao contra argumentar o memorial apresentado pela Assembleia Legislativa que em defesa do sistema de Agências afirmava ser um sistema menos suscetível à corrupção:

O raciocínio trai o preconceito da tecnoburocracia contra os mandatários políticos do regime democrático: o que não é novidade, no catecismo do

---

<sup>362</sup> *Idem.* pag. 143.

pensamento neoliberal hegemônico: o que espanta é vê-lo utilizado em nome de uma Casa Legislativa, composta por deputados eleitos<sup>363</sup>.

O que o Ministro Sepúlveda identifica é exatamente o que vem sendo analisado neste trabalho, diversas políticas desenvolvidas na década de 1990 tomaram os rumos do insulamento burocrático ou do fortalecimento do poder normativo do Executivo para implementar políticas de governo. Assim como seu espanto apresenta sintonia com os estudos de Weber, ao afirmar que está surpreso por ser o Legislativo, que deveria presar pelo sistema representativo, quem apresenta referido preconceito.

O voto de Nelson Jobim basicamente ignora um dos principais motivos para o surgimento das Agências de primeira geração, a manutenção dos contratos administrativos de concessão para permitir maior captação de capital estrangeiro. Este fator é essencial para evitar uma visão romantizada deste sistema, que não garante por si só o atendimento do interesse público.

Esta liminar na ADI nº 1949 representa muito bem as diversas disputas ideológicas que se apresentaram no meio jurídico, assim como resume o entendimento doutrinário sobre Agências. A decisão de mérito foi tomada pelo Plenário no final de 2014, o relator foi Dias Toffoli foi seguido pelo Plenário em votação unânime que entendeu pela constitucionalidade do regime de ingresso e de saída dos dirigentes das Agências. Toffoli assim se pronunciou:

Tendo em vista o atual contexto constitucional, verifica-se que, para o presente caso, não importa analisar, simplesmente, os limites de demissibilidade *ad nutum* conferidos ao chefe do Poder Executivo pelo art. 37, II, da Constituição Federal, sem se cogitar da necessidade de se conferir certo grau de estabilidade e garantia aos dirigentes de autarquia reguladora que exercem mandato com prazo certo<sup>364</sup>.

Neste voto o ministro deixa claro que segue a doutrina que defende a necessidade de entes autônomos frente ao Executivo Central para que as normas legais sejam seguidas quando diante da regulação e fiscalização dos serviços públicos<sup>365</sup>. É interessante verificar que praticamente todas as manifestações do Supremo neste julgado parecem tratar apenas das Agências de primeira geração, que regulam de fato serviços públicos concedidos no âmbito da privatização. Porém, o Supremo não faz qualquer diferenciação entre as Agências e as

<sup>363</sup> *Idem.* pag. 59. Sepulveda também demonstra ser contrário às práticas neoliberais ao afirmar que a Constituição de 1988 havia sofrido um “esquartejamento neoliberal”. pag. 52.

<sup>364</sup> BRASIL. STF. ADI 1949 MC / RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em 17/09/2014, Plenário. pag. 18. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 7206213.

<sup>365</sup> *Idem.* pag. 17.

diversas áreas, como o caso da ANCINE ou da ANS, que definitivamente não se enquadram na primeira geração, exemplos de que o sistema de Agências foi expandido muito além do setor inicialmente pensado para elas.

Sem esta cautela, a Corte faz parecer que existe um sistema geral e uniforme de Agências Reguladoras, utilizadas unicamente para regular setores ligados a serviços públicos privatizados, além é claro de ratificar a desconfiança que este sistema tem contra os “mandatários políticos do regime democrático”.

Como dito a Corte entendeu que não é constitucional deixar o poder de exclusão dos dirigentes apenas nas mãos do Legislativo, diante disso, o art. 8 da Lei estadual nº 10.931/97, foi declarado inconstitucional. Mas como a lei previa apenas essa forma de exclusão, ficou um vazio normativo sem que houvesse garantias contra a exoneração imotivada dos dirigentes pelo Chefe do Executivo, diante disso Toffoli vai além da liminar e na decisão de mérito inclui a seguinte passagem:

A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, **sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. (grifou-se)**

A Corte basicamente tenta vincular até mesmo as futuras normas legais sobre o tema ao afirmar que outras hipóteses legais futuras devem impedir a discricionariedade da exoneração imotivada exercida pelo Chefe do Executivo. Como se sabe, as decisões em controle concentrado não vinculam o poder Legislativo<sup>366</sup>, sendo assim não alcançam o processo legislativo, que mediante iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, §1, c) poderia até mesmo por fim à Agência Reguladora.

Uma das principais premissas deste julgado foi o entendimento de que o art. 37, II e art. 84, II e XXV devem ser interpretados em conjunto, fazendo com que o atual entendimento da Corte seja no sentido de que a lei pode em certos casos limitar ou

---

<sup>366</sup> Lei 9868/99. Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

condicionar a livre nomeação e exoneração em cargos em comissão (art. 37, II c/c art. 52, III). Apesar do Chefe do Executivo exercer a direção superior da Administração Pública (art. 84, II), essa função deve ser exercida de acordo com a lei (art. 84 XXV).

A despeito da Corte ter entendido que a competência do Presidente pode ser conformada de acordo com a lei, esse posicionamento não foi seguido em caso similar, em que a lei determinava forma especial de provimento do cargo público de diretor de escola pública. Na ADI nº 2.997/2009 o Supremo resgatou sua jurisprudência antiga, que vem se reproduzido mesmo antes do julgado da liminar na ADI nº 1949/1999, em que entende que eleições diretas por parte da comunidade escolar para prover referido cargo é inconstitucional.

A ação impugnava as Leis Estaduais nº 2518/96 e nº 3067/98, assim como a Constituição do Estado do Rio de Janeiro em seu art. 308, XII, que em conjunto determinavam eleições diretas entre os membros da comunidade acadêmica para preenchimento do cargo de diretor de instituições de ensino no Estado. Neste caso o Tribunal resgatou o posicionamento que expressou em várias ações anteriores na década de 1990<sup>367</sup>.

É interessante notar que os precedentes julgados justamente no período em que o Plano Diretor de 1995 pregava a ampliação da participação através do princípio da subsidiariedade, esta avançou nas relações com o mercado (privatização), enquanto que nas relações com a sociedade civil, o Estado continuou centralizando as relações. Essa afirmativa pode ser verificada se comparada a já citada interpretação do art. 37, II que vigorou na liminar da ADI nº 1949/1999, resgatada por Toffoli quando do mérito em 2014<sup>368</sup>, com a interpretação feita do mesmo artigo na ADI nº 2997/2009:

Afigura-se-me, no entanto, com a devida vênia, provavelmente viável a adoção doutros instrumentos que, de todo capazes de promover a “gestão democrática do ensino público”, reclamada pelo art. 206, inc. VI, da Constituição, não envolvam realização de eleições diretas para cargos em comissão, nem afrontem os arts. 37, II, 61, §1, II, “c”, 84, II e XXV, da Constituição da República. Ora, a adoção de instrumento que, posto voltado à concretização da democracia na gestão do ensino público, destoe

<sup>367</sup> ADI nº 244/1990; ADI nº 123/1997; ADI nº 573/1997; ADI nº 490/1996; ADI nº 640/1997. A seguinte Ementa resume os principais fundamentos da Corte: EMENTA: - Inconstitucionalidade, perante a Carta Federal, do art. 199 da Constituição da Amazonas, na parte em que determina a realização de eleições para os cargos de direção dos estabelecimentos de ensino público. Não se confunde a qualificação de democrática da gestão do ensino público (art. 206, VI, da Constituição) com modalidade de investidura, que há de coadunar-se com o princípio da livre escolha dos cargos em comissão do Executivo pelo Chefe desse Poder (artigos 37, II, in fine e 84, II e XXV, ambos da Constituição da República). (ADI 490, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/1997, DJ 20-06-1997 PP-28466 EMENT VOL-01874-01 PP-00093 RTJ VOL-00163-01 PP-00015).

<sup>368</sup> Como dito acima o Ministro Toffoli basicamente reproduz os argumentos na liminar da ADI nº 1949/1999. Vide. pag.146.

frontalmente de norma expressa da Constituição Federal (Art. 37, II) é juridicamente inadmissível<sup>369</sup>.

O Ministro Sepúlveda identificou essa incongruência na jurisprudência da Corte e na Liminar da ADI nº 1949/1999 ele assim se manifestou:

De qualquer modo, tenho esperança de que essa discussão será relevante, quando voltarmos a discutir eleições ou nomeações a termo, dos diretores das escolas primárias, cuja legitimidade – embora repetidamente engada pela maioria do Tribunal – tem um gancho constitucional, que é a previsão da gestão democrática no ensino público<sup>370</sup>.

Sepúlveda, na ADI nº 244/2002 defendeu que nos casos em que a CF determina normas de participação social direta, esse poder de conformação pela lei poderia determinar eleições diretas<sup>371</sup>. É o caso das políticas de Saúde, Educação e Assistência Social (Cap.3 – 3.1).

Mas infelizmente sua esperança não se concretizou, pois em 2009 o Supremo ratificou sua posição contrária à essa modalidade de política participativa ampliada, que poderia direcionar o ensino público em diversos municípios para a construção de verdadeiras políticas públicas calcadas na legitimidade local. A Corte claramente demonstrou a escolha por um cainho institucional, sua interpretação dos dispositivos constitucionais prioriza as relações *intra muros* do poder, dá larga vantagem para democracia representativa e políticas de governo, isso em detrimento da democracia participativa.

Os principais fundamentos do STF nos diversos julgados giravam em torno da inconstitucionalidade formal e material. Formal porque várias leis eram de iniciativa de parlamentares, quando a CF estabelece que estas normas são de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (Art. 61, §1, c). No que se refere à inconstitucionalidade material, o argumento mostra a incongruência apontada, a lei pode conformar as formas de provimento e exoneração no caso das Agências, até mesmo em cargos em comissão, mas não pode no caso das Escolas Públicas ou demais entidades da Administração Pública que a CF determine participação

<sup>369</sup> BRASIL. STF. ADI 2997 RJ, Rel. Min. Cezar Peluzo, julgamento em 12/08/2009, Plenário, DJE de DJ 12-03-2010. pag. 14-15. Essa manifestação encontra-se no voto do Relator, que guiou o Plenário, tendo como divergentes apenas Marco Aurélio, que sempre acompanhou Sepúlveda Pertence na posição minoritária na Corte em favor da constitucionalidade das eleições em escolas públicas.

<sup>370</sup> BRASIL. STF. Liminar na ADI 1949 MC / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/11/1999, Plenário, DJE de DJ 25-11-2005. pag. 170.

<sup>371</sup> BRASIL. STF. ADI 224 RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11/09/2002, Plenário, DJE de DJ 31-10-2002. pag. 7.

social. Como já se pode perceber, essa visão se coaduna com a que vigorou no processo Constituinte de 1988<sup>372</sup>.

As Ações Diretas em sua maioria tinham em comum que as normas sobre eleições diretas viam na Constituição Estadual e exigiam Lei para sua aplicação. Diversas destas leis foram de iniciativa parlamentar, o que se choca com a iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Quanto as Constituições, elas, no geral, não vedavam a participação do Chefe do Executivo neste processo, logo, não poderiam ser acusadas de excluí-lo do processo e, por tal motivo, afrontarem a separação de poderes. Por fim, o que ficou claro no que se refere à inconstitucionalidade material foi a opção do Supremo por não diminuir a influência do Poder Executivo nestas áreas, posição diferente da que se fixou no caso das Agências Reguladoras.

### 3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Diante das bases de nossa formação ibérica (v. Cap. 2), em diversos casos as relações pessoais se sobrepõem as normas gerais e impessoais do direito e do mercado. As gramáticas do insulamento e do universalismo de procedimento se manifestam em setores que se tenta aplicar as premissas individualistas no interior da Administração Pública brasileira, mas isso não garante por si só o atendimento do interesse público.

Comum em sociedades autoritárias é o Estado que diz quem é sociedade e quem está incluído em sua proteção, as iniciativas sociais são definidas pelo Estado, o que não foi autorizado é proibido, isso é obviamente uma inversão da liberdade civil dos cidadãos, que podem realizar tudo aquilo que a lei não proíbe. Como se verificou no decorrer deste trabalho, diversas liberdades básicas são controladas e centralizadas no Estado através de políticas de governo pouco porosas à modalidades de democracia direta.

Diferente do espaço público descrito por autores estrangeiros, não temos a construção e regulação da sociedade pela sociedade, em muitos casos a coisa pública se remete ao que é Estatal e não ao que é de todos “*res pública*”<sup>373</sup>. Estas gramáticas conformadoras do Estado brasileiro fazem com que nosso sistema jurídico, nossas instituições e operadores do direito, muitas vezes às reproduzam sem nem mesmo perceber. O Titular do Poder Constituinte

---

<sup>372</sup> As Ações Diretas em sua maioria tinham em comum que as normas sobre eleições diretas viam na Constituição Estadual e nas Leis. Diversas Leis foram de iniciativa parlamentar, o que se choca com a iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Quanto as Constituições, elas no geral não vedam a participação do Chefe do Executivo neste processo, portanto, não poderiam ser acusadas de excluí-lo do processo.

<sup>373</sup> AMORIM, Maria Stella; LIMA, Roberto Kant de; TEIXEIRA MENDES, Regina (Org.). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil.** *Op. Cit.* Introdução.

Originário, o povo, em diversos casos se vê limitado em excesso pelos Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

O fortalecimento da independência do mercado frente ao Estado foi um dos projetos do Plano Diretor e que se coaduna com o princípio da subsidiariedade, porém, as soluções para maior participação social e controle das políticas de governo não tiveram o mesmo prestígio. O universalismo das leis de mercado nos setores privatizados foi acompanhado pela gramática do insulamento burocrático destes mesmos setores.

Muito embora diversas leis prevejam a participação, a previsão normativa não é mais do que letra morta caso não se modifiquem as estruturas que dão gênese à relação Estado e sociedade no país.

A retirada de matérias do âmbito do Poder Legislativo através da delegação normativa para órgãos técnicos e o consequente fortalecimento do Executivo, está em sintonia com o histórico de formação da cidadania nacional. No caso das Agências também se vincula à gramática do insulamento burocrático, pelos fatores que seguem: (1) a prioridade para políticas de governo; (2) setor extremamente técnico, que dificulta a compreensão dos cidadãos sobre o tema; (3) o sistema procedimental para realização das audiências e consultas públicas pode fortalecer estruturas corporativas do mercado em detrimento dos cidadãos, pois as empresas interessadas tem maior facilidade de se fazerem representar, enquanto os cidadãos, inseridos no abrangente grupo dos consumidores não apresentam categoria homogênea.

Passa-se a demonstrar no próximo capítulo que as audiências públicas e consultas na ANEEL não tem por enfoque uma construção de decisões conjuntas entre a sociedade e o Estado, estes instrumentos não garantem isso. A democracia participativa no interior das Agências é bem mais branda, ela só é capaz de garantir: 1- publicidade do processo regulatório para posterior crítica pública, que normalmente só surge no caso de danos gerados pela regulação; 2 – obtenção de maior número de informações para diminuir as chances de erros do regulador, o que pode se inserir na discussão sobre impacto regulatório.

## CAPÍTULO 4 - PARTICIPAÇÃO DIRETA NA ANEEL: LIMITES CONCRETOS

Na definição de Mario Fuks, a vida política constitui-se “como arena argumentativa, na qual os partidos políticos, a mídia, os grupos organizados e o poder executivo participam de um permanente processo de debate”<sup>374</sup>, obviamente cabe incluir como participantes o Legislativo e Judiciário.

O autor fala do sistema de arenas públicas, que são locais onde diversos interesses se manifestam e disputam. Muitos fatores influenciam a forma de interação dos diversos atores presentes nas arenas públicas, fatores culturais, fatores históricos ou mesmo ligados a estrutura jurídica e institucional do Estado. Essas arenas se identificam com espaços públicos para construção de políticas de governo ou políticas públicas, contudo, um ambiente institucional que apresenta insulamento burocrático e com prioridade para produção de políticas de governo tem naturalmente menor abertura para sociedade.

Como apresenta Fuks, determinadas arenas são mais propensas a prestigiar determinados assuntos e atores:

Algumas delas organizam-se a partir de procedimentos e regras que excluem o acesso mais amplo do público, como, em geral, é o caso dos setores da administração pública encarregados de lidar com políticas públicas que envolvem, predominantemente, o saber técnico e interessam apenas a uma comunidade específica<sup>375</sup>.

A instituição de uma entidade autônoma, com competência para regular temas de alta complexidade técnica e com um sistema procedimental que constrói e controla todo processo de formação da política regulatória, levou a ANEEL ao insulamento burocrático. O insulamento reduz o “escopo da arena em que interesses e demandas populares podem desempenhar um papel”<sup>376</sup> decisivo.

Justem Filho afirma que não deve ser feita uma simplificação ao analisar o déficit democrático de uma instituição, assim como a democracia se manifesta de formas distintas, seu déficit deve ser visto por vários ângulos. O autor também afirma que a eficiência regulatória não pode ser o fundamento de validade para as Agências:

---

<sup>374</sup> FUKS, Mario. **Conflitos ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001. pag. 46.

<sup>375</sup> *Idem*. pag. 51.

<sup>376</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 55.

Nessa linha, invoca-se o próprio conceito de discricionariedade técnica, cuja validade já fora afastado pela maior parte da doutrina. Chega-se à conclusão de que a legitimação das agências não se faz pela via democrática, mas por meio da eficiência de sua atuação. [...] Afirma-se-ia que as agências reguladoras não padece de um déficit democrático porque elas não necessitam ser democráticas. Democracia e agência reguladora seriam, quando muito, instituições complementares. [...] Essa concepção é insuficiente e extremamente perigosa<sup>377</sup>.

Do ponto de vista da democracia representativa, as Agências são instituídas por lei de iniciativa privativa do Presidente da República (CF - art. 61, § 1º, II, 'e'), o Projeto de Lei é votado pelo Congresso Nacional. Logo, somente pela iniciativa presidencial e votação congressual é que as Agências podem ser criadas, modificadas ou extintas. O procedimento legislativo lhes empresta certa legitimidade sob o ângulo da democracia representativa e faz com que se insiram no sistema de freios e contra pesos previsto na Constituição. Ainda neste quesito, as Agências sofrem controle do Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Constas.

No entanto, essa legitimidade pelo procedimento encontra dificuldades ao analisar-se a estrutura das entidades. No que se refere à autonomia frente ao Executivo central, para que as Agências não deixem de se guiar pelo interesse público, métodos de controle formal devem ser desenvolvidos e melhor trabalhados. Por sua vez, no que tange ao poder normativo, a Administração Pública está vinculada à lei, neste sentido que se criticou a adoção da teoria da deslegalização, que desvirtua o sistema legal ao permitir que o ato de uma Agência Reguladora revogue uma lei (*revogação diferida*).

Mas é certo que a legitimidade obtida pelo procedimento formal da democracia representativa deve ser verificada na prática, ou seja, cabe analisar se os Poderes da República e suas diversas entidades democráticas estão realizando sua função de controle sobre as Agências. Uma vez que o controle social, objeto deste estudo, sofre forte limitação nas Agências Reguladoras, o controle institucional externo<sup>378</sup>, através das penalidades, restrições e incentivos deve ganhar destaque.

A questão é que o histórico “medo” ou desconfiança que as elites nacionais desenvolveram dos mandatários do poder, e que se revigorou na década de 1990 no

<sup>377</sup> JUSTEM FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? pag. 237. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª edição. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>378</sup> Controle interno é realizado pelo próprio órgão ou entidade, controle externo é realizado por órgãos ou entidades externas à que sofre controle. É o exemplo do TCU controlando órgãos públicos do Executivo.

“catecismo do pensamento neoliberal hegemônico”<sup>379</sup>, pode ser um entrave ao maior protagonismo destes poderes.

#### 4.1 SISTEMA LEGAL PROCEDIMENTAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA ANEEL

Cabe agora explicar como se dá o processo de consultas e audiência na ANEEL, para que se possa compreender o porquê se afirmou que se trata de uma política de governo. Afirmou-se neste trabalho que as normatizações das Agências, como o caso da ANEEL, são formuladas como propostas levadas à sociedade (políticas de governo) e esta característica aliada ao conhecimento técnico, cria uma barreira difícil de ser ultrapassada pelos cidadãos.

A especialidade técnica é um dos objetivos da burocracia moderna, mas a ampliação de centros burocráticos caracterizados como ilhas de excelência técnica dificulta o controle social, pois tratam de setores que somente técnicos altamente capacitados tem real compreensão sobre o tema discutido.

O exemplo de Ulisses referente às autolimitações do Parlamento e Executivo frente ao mercado, realizadas especificamente pela delegação de poder normativo e pelos instrumentos dentro das Agências (mandatos fixos dos dirigentes e autonomia financeira), pode ser compreendido pelos instrumentos normativos utilizados para garantir tais características.

Como dito, se o Estado atribui autonomia e poder normativo via Emenda Constitucional, maior será a garantia para instituição autônoma, uma vez que a modificação de EC depende de maiorias qualificadas. Por sua vez, se a determinação vier em lei a garantia é menor, porém, ainda tem sua força. Por fim, quando as determinações e garantias vêm por decreto ou pelo citado Contrato de Gestão, a garantia perde muito de sua força, dependendo apenas de uma decisão unilateral do Presidente ou Ministros para modificar o regime.

Pó e Abrúcio criaram um quadro demonstrativo dos instrumentos normativos utilizados para construir o sistema institucional em algumas Agências:

---

<sup>379</sup> Referida citação foi retirada da ADI 1949 e se refere às manifestações do Ministro Sepúlveda na pag. 59. Sepúlveda também demonstra ser contrário às práticas neoliberais ao afirmar que a Constituição de 1988 havia sofrido um “esquartejamento neoliberal”. pag. 52. BRASIL. STF. Liminar na ADI 1949 MC / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/11/1999, Plenário, DJE de DJ 25-11-2005.

Quadro 3  
Previsão legal de dispositivos previstos no modelo básico das agências reguladoras

Dispositivo	Anatel	Aneel	ANS	ANTT
Diretoria colegiada	Cinco membros aprovados pelo Senado; mandatos não-coincidentes de cinco anos (L)	Cinco membros aprovados pelo Senado; mandatos não-coincidentes de quatro anos (L)	Até cinco membros aprovados pelo Senado; mandatos não-coincidentes de três anos (L)	Cinco membros aprovados pelo Senado; mandatos não-coincidentes de quatro anos (L)
Disponibilidade de atas do conselho diretor	Obrigatória (L)	As reuniões poderão ser públicas, a critério da diretoria (D)	Não consta	Obrigatória (L)
Conselhos	Conselho consultivo: 12 membros com mandato de três anos (L)	Não previsto	Câmara de Saúde Suplementar: 34 membros (L)	Não previsto
Ouvidoria	Nomeado pelo presidente da República, mandato de dois anos. Obrigação de produzir relatórios semestrais (L)	Exercida por um dos diretores (L)	Lei prevê existência; mandato, nomeação pelo presidente da República e produção de relatórios são definidos pelo decreto	Nomeado pelo presidente da República, mandato de três anos (L)
Realização de consultas e audiências públicas	Minutas de atos normativos devem ser submetidas e críticas e sugestões devem ficar disponíveis (L)	Para processo decisório que afetar direitos dos agentes econômicos ou consumidores (L)	Poderá ser realizada a critério da diretoria (D)	Para processo decisório que afetar direitos dos agentes econômicos ou consumidores (L)
Contrato de gestão	Não previsto	Previsto (L)	Previsto, o descumprimento pode acarretar demissão do diretor-presidente (L)	Não previsto

L — previsto na lei específica; D — previsto no decreto específico.

Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz<sup>380</sup>

Verifica-se que, na ANEEL, parte importante de sua estrutura é prevista em lei, mas cabe considerar qual o nível de vinculação que estas leis criam à diretoria da instituição. Primeiramente, não há obrigação de disponibilização das atas do conselho diretor. Por sua vez, a Lei n° 9427/96 exigiu a realização de audiências públicas pela ANEEL nos seguintes termos:

Art. 4° A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

§ 3° O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

<sup>380</sup> Pó, Marcos Vinícius; Abrucio, Fernando Luiz. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças.** *Op. Cit.* pag. 692.

O Decreto nº 2335/97 que constitui a Agência no âmbito do executivo renovou a exigência da seguinte forma:

Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

Posteriormente a Portaria nº 349/97 do Ministério de Minas e Energias não foi muito além do Decreto, apenas acrescentou de relevante que as Atas de audiência pública podem ser requeridas pelos interessados e remeteu as demais normatizações para a própria Diretoria da Agência.

O que se interpreta deste quadro normativo é que apesar da exigência legal, se deu um espaço discricionário amplo para a Diretoria da ANEEL, em momento algum se tem uma especificação de casos obrigatórios de realização de procedimentos participativos. Da letra da lei, ao estabelecer “afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores”, só casos patentes como o debate sobre modificação tarifária são exigíveis<sup>381</sup>.

A Resolução nº 273/2007 conceituou as Audiências e Consultas Públicas na ANEEL. Diferente do conceito normalmente encontrado em doutrina, que estabelece que consultas públicas são procedimentos que a administração abre prazo para manifestações escritas, e audiências públicas seriam os casos que o procedimento se desenrola em uma reunião presencial da administração com os interessados, na ANEEL tanto audiência como consulta seguem o mesmo modelo. Ambas podem ser apenas por manifestações escritas (contribuições) ou manifestação escrita somada a uma reunião presencial.

O que diferencia os institutos não é o procedimento em si, a diferença é está no órgão que convoca o procedimento de participação, as audiências são convocadas pela diretoria e as consultas são convocadas pelos líderes de unidades organizacionais da ANEEL, tudo dentro

---

<sup>381</sup> No mesmo sentido: MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pag. 157.

de suas respectivas competências. Portanto a distinção é hierárquica e não procedimental. Diante disto a presente pesquisa analisou as 123 audiências públicas convocadas no ano de 2013.

A referida Resolução deixa claro que a convocação de audiências ou consultas trata-se de um ato com grande espaço discricionário, para audiências se exige aprovação pela Diretoria Colegiada (Art. 15 da Resolução), já as consultas, ficam no campo discricionário dos Líderes das Unidades Organizacionais (Art. 23 da Resolução). Estes instrumentos são totalmente dependentes da decisão da diretoria das Agências, fica claro que se tratam de políticas de governo em que os cidadãos são chamados apenas para apresentarem informações ou críticas, sem real construção conjunta entre as partes envolvidas.

Trata-se de ato unilateral, em que não há contraditório, nem recurso e que independe de participação real, basta estar disponível e ter publicidade para que seja reputado válido. Só resta concluir que se trata de um forma branda de democracia participativa que tem por finalidade dar publicidade aos atos da instituição e de recolher informações que possam vir a ser pertinentes, como dito, o intuito destes institutos não é a construção conjunta de uma política regulatória.

Egon Bockmann expressa com clareza a existência do insulamento e as características desta política de governo quando afirma que nas audiências e consultas “discute-se o que a agência reguladora quer discutir, quando ela quer discutir, nos exatos limites prefixados para a discussão (cronológicos e materiais)”<sup>382</sup>.

Pela análise normativa, fica claro que quem de fato toma a decisão coletiva e monopoliza todo o procedimento administrativo para tanto é a Diretoria da instituição. Somado a isto, o déficit no acesso à informação e a capacidade econômica e informacional dos agentes regulados, fazem com que essa Arena Pública seja extremamente hermética. A gramática do corporativismo também se apresenta neste espaço, pois as empresas interessadas se fazem representar em números muito superiores ao abrangente grupo dos consumidores. Os consumidores só se fazem representar com maior capacidade quando se trata de grandes consumidores, é o caso de indústrias e associações de empresas.

Já se apontou que a problemática referente à democracia representativa tem tido como proposta de solução a valorização da tecnicidade e da processualização das decisões

---

<sup>382</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras**. *Op. Cit.*, pag. 157.

normativas das Agências<sup>383</sup>, mas essa solução se mostra ineficiente, uma vez que o controle por parte dos cidadãos é deficitário e aparentemente continuará sendo.

É interessante notar que no *site* da ANEEL as audiências e consultas ficam na aba intitulada “espaço do consumidor”, que inclui o desenho de um cidadão falando em um microfone.

Figura 1<sup>384</sup>



Ao entrar neste espaço diversas audiências e consultas são disponibilizadas, uma publicidade ampla, vários documentos e vídeos podem ser acessados. Porém é um desafio ler e entender a sempre presente “Nota Técnica”, que, por exemplo, no caso das revisões tarifárias traz a justificativa do ato. Não é surpresa verificar que, por exemplo, dentre as audiências analisadas neste estudo, a que mais teve contribuições de consumidores, sequer teve resposta da Agência Reguladora.

A Audiência Pública nº 2/2013, tratou de revisão tarifária e diferente das demais, teve um número expressivo de contribuições por parte dos consumidores individuais, foram 128 “contribuições”, contra apenas 7 de outros atores. Contudo, as diversas manifestações serviram apenas para que os cidadãos manifestassem sua insatisfação com o serviço prestado e com o valor cobrado. No geral trataram de temas que não tinham a menor pertinência com o que se debateria na audiência<sup>385</sup> ou, na maioria dos casos, não passavam de manifestações de insatisfação, é o exemplo da que segue:

<sup>383</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 154.

<sup>384</sup> Espaço do Consumidor. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/areaPerfil.cfm?idPerfil=4>

<sup>385</sup> Por exemplo:

“Boa tarde! Sou de Belo Horizonte e gostaria de repassar um caso de abuso por parte da CEMIG No mês de dezembro de 2012, o consumo de energia foi bem reduzido, tive menos tres pessoas em minha casa e estamos em fevereiro e continua a mesma redução de pessoas. Pagamos o mesmo valor nos meses de DEZEMBRO e JANEIRO. Favor verificarem, pois o funcionario da leitura disse que a empresa faz uma média gasta nos meses anteriores.

Não ao aumento da conta de Luz!  
 Não ao aumento da conta de Luz!  
 Não ao aumento da conta de Luz!  
 Não ao aumento da conta de Luz!<sup>386</sup>

Ao verificar que não se tratavam de contribuições, a ANEEL parece que propositalmente juntou todas em um arquivo que nomeou de “Manifestacoes\_publicas\_ap002\_2013” e não respondeu estas manifestações quando publicou o resultado do processo administrativo. Formalmente não caberia resposta às manifestações no ato técnico, mas a ausência de qualquer resposta/comunicado da Agência às declarações dos consumidores é atitude criticável, uma vez que fica clara a insatisfação do cidadão com o serviço prestado e valor cobrado.

O resultado regulatório desta audiência foi a Resolução Autorizativa nº 4.028, de 5 de Abril de 2013, que, devido a linguagem também técnica, é de difícil compreensão por parte dos cidadãos insatisfeitos com o serviço prestado pela concessionária<sup>387</sup>. Porém, o resultado cívico da regulação é a clara insatisfação de diversos cidadãos com o serviço prestado.

Mas normalmente a participação dos cidadãos é pequena, o espaço é dominado principalmente por agentes do setor e pelo procedimento definido pela Agência. A conclusão é que “apesar de usualmente haver participação, ela é restrita a camadas privilegiadas da população (especialmente empresas dos respectivos setores), em temas previamente circunscritos por juízos discricionários das próprias agências”<sup>388</sup>.

#### 4.2 EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS E A FÁBULA SOBRE UMA ÁGORA QUE NUNCA EXISTIU

---

Não posso acreditar que isso seja verdade, e quero uma explicação”. Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/002/contribuicao/manifestacoes\\_publicas\\_ap002\\_2013rv.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/002/contribuicao/manifestacoes_publicas_ap002_2013rv.pdf).

<sup>386</sup>Manifestacoes\_publicas\_ap002\_2013rv. Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaContribuicao.cfm?attAnoAud=2013&attIdeFasAud=719&attAnoFasAud=2013&id\\_area=13](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaContribuicao.cfm?attAnoAud=2013&attIdeFasAud=719&attAnoFasAud=2013&id_area=13)

<sup>387</sup> Como exemplo citamos o art. 3: Art. 3º Estabelecer os valores dos componentes Pd e T do Fator X em 1,15% (um vírgula quinze por cento) e 0,68% (zero vírgula sessenta e oito por cento), respectivamente, a serem aplicados na atualização da “Parcela B”, nos reajustes tarifários da Cemig-D de 2014 a 2017. Parágrafo único. O componente Q do Fator X deverá ser apurado em cada reajuste tarifário, a partir de 2014, conforme metodologia definida no Submódulo 2.5 do PRORET.

<sup>388</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 154

A pergunta feita no início deste trabalho foi: O espaço das agências Reguladoras é propício à participação popular? Esta pergunta passa pelo debate dos limites e possibilidades da legitimidade democrática construída pelos procedimentos de participação direta previstos nas leis criadoras das Agências.

O que ficou claro nesta pesquisa é que a participação nas Agências não tem qualquer finalidade de construção conjunta, as propostas são levadas já formuladas pelo regulador. A finalidade deste instituto, se considerado como de democracia participativa, é um controle brando, ligado principalmente à: (1) publicidade do processo regulatório para posterior crítica pública, que normalmente só tem eficácia no caso de danos gerados pela regulação; (2) obtenção de maior número de informações para diminuir as chances de erros do regulador, o que pode se inserir na discussão sobre impacto regulatório.

Ao analisar o material disponibilizado pela ANEEL em seu site, verificou-se que 61 resoluções normativas foram produzidas no ano de 2013<sup>389</sup>. Estes atos seguiram um sistema procedimental que não representa o pluralismo que alguns textos jurídicos defendem como fundamento para as Entidades Autônomas em sociedades complexas que exigem dinamismo e imparcialidade.

#### **4.2.1 Os Dados Pesquisados**

Ao analisar as 123 audiências, todas realizadas no ano de 2013, foi feita uma separação em 7 categorias de participantes: 1 - Concessionárias e empresas privadas atuantes no setor; 2 - Conselho de Consumidores; 3 - Consumidores; 4 - Poder Público; 5 - Instituições de Ensino; 6 - Sindicatos; 7 - Outros.

Os Conselhos de Consumidores previstos na Lei nº 8631/93 são formados pelas próprias concessionárias e a lei traz regras quanto a sua formação e necessária independência. Trata-se de instituição com regras estabelecidas pelo Estado devido sua criação ser exigência legal, sua estrutura é em parte regulada pela lei e parte pela Resolução nº451/2011 da ANEEL.

Os Consumidores são incluídos em uma categoria ampla, que se separou em três subcategorias: Consumidores Individuais, Grandes Consumidores (grandes empresas que não são do setor e associações como a Associação De Grandes Consumidores De Energia) e associações de defesa dos Consumidores individuais.

---

<sup>389</sup> Dados disponíveis em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/>. Cabe informar que a definição de resolução normativa é feita pela própria instituição, e que não verificamos se outros atos também geraram direitos e deveres para os integrantes do setor regulado.

Poder Público foi subdividido em: Legislativo; Executivo; Judiciário; Ministério Público; Tribunais de Contas. Por sua vez, as Instituições de Ensino incluem faculdades, universidades e demais instituições que se pode vincular a algum interesse acadêmico. Os Sindicatos são as entidades que representam categorias profissionais, por fim, na categoria Outros, foram incluídos todos os atores que não se pode identificar com as categorias anteriores<sup>390</sup>.

Foram propostas três tabelas, a primeira geral, apresentando todos os grupos relatados e duas tabelas específicas, uma contendo apenas as subcategorias de Consumidores (Grandes Consumidores<sup>391</sup>, individuais e associações civis<sup>392</sup>) e a segunda com as subdivisões da categoria poder público (Legislativo; Executivo; Judiciário; Ministério Público; Tribunais de Contas). Como dito, as Audiências públicas abrem um período de contribuição escrita e, em alguns casos, é marcada uma reunião presencial.

A reunião presencial tem participantes e expositores, estes fazem alguma exposição oral e aqueles apenas estão presentes no local. Portanto, separou-se a primeira tabela em participantes, contribuições e expositores. Na primeira tabela chegou-se aos seguintes resultados ao final das 123 audiências públicas de 2013:

TABELA GERAL DE REPRESENTAÇÃO NAS AUDIÊNCIAS ANEEL

Participantes:

Participantes: 1411	Concessionárias e empresas privadas do setor	Conselho de Consumidores	Consumidores (Planilha 2)	Poder Público (planilha 3)	Instituições de Ensino	Outros	Sindicato
<b>TOTAL</b>	<b>783</b>	<b>32</b>	<b>211</b>	<b>229</b>	<b>33</b>	<b>123</b>	<b>44</b>
%	55,49%	2,27%	14,95%	16,23%	2,34%	8,72%	3,12%

<sup>390</sup> Algumas informações preliminares são importantes: (1) as Audiências que tem mais de uma fase tiveram o número de participantes, contribuintes e expositores da primeira e da segunda fase somados; (2) partidos políticos foram inseridos na categoria “outros”; (3) o Operador Nacional do Sistema Elétrico e a Câmara De Comercialização De Energia Elétrica – CCEE foram inseridos na categoria Poder Executivo.

<sup>391</sup> Como exemplo desta categoria pode ser citado a ABRACE – Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres

<sup>392</sup> Como exemplo desta categoria pode ser citado o Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

## Contribuições:

Contribuições: 961	Concessionárias e empresas privadas do setor	Conselho de Consumidores	Consumidores (Planilha 2)	Poder Público (planilha 3)	Instituições de Ensino	Outros	Sindicato
<b>TOTAL</b>	<b>669</b>	<b>25</b>	<b>203</b>	<b>50</b>	<b>2</b>	<b>12</b>	<b>18</b>
%	69,61%	2,60%	21,12%	5,20%	0,21%	1,25%	1,87%

## Expositores:

Contribuições: 196	Concessionárias e empresas privadas do setor	Conselho de Consumidores	Consumidores (Planilha 2)	Poder Público (planilha 3)	Instituições de Ensino	Outros	sindicato
<b>TOTAL</b>	<b>72</b>	<b>4</b>	<b>57</b>	<b>46</b>	<b>4</b>	<b>13</b>	<b>10</b>
%	36,73%	2,04%	29,08%	23,47%	2,04%	6,63%	5,10%

Verifica-se de plano que Concessionárias e empresas privadas do setor tem maioria em todos os casos, seja expondo seus argumentos, seja participando ou enviando contribuições. Porém, quando se trata das contribuições escritas, elas alcançam 69,61%, o que é preocupante. Primeiro porque a maior parte das audiências públicas só tem período de contribuição, apenas 32 audiências analisadas tiveram reunião presencial, as demais só se recolheram contribuições escritas via internet. Segundo porque as contribuições permitem que se apresentem sugestões para modificação da política regulatória, portanto, o baixo número de contribuições pelos consumidores demonstra que as empresas tem maior capacidade para se manifestar no setor técnico<sup>393</sup>.

Cabe lembrar que várias das contribuições de Consumidores Individuais se limitam ao campo da manifestação contra a má qualidade do serviço e altos preços, foi o caso da Audiência Pública nº2 de 2013, que destoou das demais. Inclusive, se forem desconsideradas as manifestações de descontento dos consumidores nesta audiência pública<sup>394</sup>, o número de Consumidores Contribuintes cai para 9% e o de contribuições de empresas do setor sobe para 80,31%.

A segunda tabela propõe analisar especificamente a categoria Consumidores. Verifica-se que Associações Civis de defesa de direitos de consumidores têm pouca participação,

<sup>393</sup> Mattos apresenta a mesma conclusão ao analisar as audiências públicas na ANATEL. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. *Op. Cit.* Pag. 284

<sup>394</sup> Foram 128 contribuições de Consumidores Individuais e 1 contribuição de Grande Consumidor.

diferente do que ocorre com os Grandes Consumidores, que se fazem presentes por suas associações ou mesmo pelas empresas individualmente consideradas.

### CONSUMIDORES – CARACTERÍSTICAS (Tabela 2)

Participantes:

<b>Consumidor participante</b>			
<b>Participantes 211</b>	<b>Grandes Consumidores</b>	<b>Consumidor Individual</b>	<b>Associações de Defesa de Consumidores</b>
<b>TOTAL</b>	<b>27</b>	<b>16</b>	<b>14</b>
<b>%</b>	<b>28,44%</b>	<b>50,24%</b>	<b>21,33%</b>

Contribuições:

<b>Consumidor - Contribuições Escritas</b>			
<b>Contribuições 203</b>	<b>Grandes Consumidores</b>	<b>Consumidor Individual</b>	<b>Associações de Defesa de Consumidores</b>
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>168</b>	<b>15</b>
<b>%</b>	<b>20,69%</b>	<b>72,92%</b>	<b>7,39%</b>

Expositores:

<b>Consumidor expositor</b>			
<b>Expositores 57</b>	<b>Grandes Consumidores</b>	<b>Consumidor Individual</b>	<b>Associações de Defesa de Consumidores</b>
<b>TOTAL</b>	<b>27</b>	<b>16</b>	<b>14</b>
<b>%</b>	<b>47,37%</b>	<b>28,07%</b>	<b>24,56%</b>

No campo das contribuições escritas, assim como a tabela anterior, a Audiência Pública nº 2 de 2013 influencia bastante o resultado final, conforme dito, ao analisar as contribuições dos diversos consumidores, constatou-se que se tratavam de manifestações de descontento. Sendo assim, se desconsideradas estas manifestações como algo que possa influenciar na decisão final, uma vez que não apresentam propostas concretas ao agente regulador, ter-se-ia 56% de contribuições por parte de Grandes Consumidores, 24% pelos Consumidores Individuais e 20% por Associações de Defesa de Consumidores.

Nota-se que os Grandes Consumidores, devido sua burocracia especializada e capacidade econômica para, por exemplo, contratar consultorias, tem maior capacidade para

contribuir e concretizar propostas para o agente regulador. Este é o mesmo fator que pode justificar a maior capacidade propositiva dos agentes econômicos do setor.

Relegar a participação à boa vontade e voluntarismo dos cidadãos, sem criar condições para que ela ocorra é a maior demonstração de que se trata de uma instituição para regular a relação entre Estado e mercado. Sendo a sociedade apenas terceira interessada neste processo, sua total ausência sequer justifica realização de nova audiência, bem da verdade, a ausência de qualquer das categorias em nada invalida o processo. Entretanto, empresas ligadas ao setor econômico regulado estão presentes na maioria dos casos e em número maior do que autores representantes da categoria Consumidor.

As audiências públicas não apresentam participação relevante dos cidadãos categorizados como consumidores pela ANEEL, assim como os limites cognitivos dos consumidores individuais são uma barreira de difícil transposição. E, infelizmente, a Agência não parece tomar qualquer medida para facilitar a compreensão dos atores que não dominam a linguagem técnica. Suas cartilhas para consumidores se limitam a explicar a importância da participação, mas não apresentam explicações simplificadas sobre os temas debatidos em audiência.

A publicidade é ampla, mas a linguagem é excludente, as informações e conhecimentos dos agentes econômicos do setor são infinitamente superiores se comparados com o que se tem disponível para os cidadãos. Como dito no início, os ditos instrumentos de democracia participativa tem alcance limitado em um ambiente técnico em que as políticas de governo são construídas de forma insulada, portanto, não permitem uma construção conjunta com a sociedade.

Devido a baixa capacidade de controle social sobre o mercado regulado e sobre a Agência, a participação do poder público nas audiências poderia ser um fator positivo. Contudo, essa participação ou contribuição também é reduzida (16,23% e 5,20% respectivamente), assim como instituições de ensino como universidades participam pouco (2,34%) e apresentam poucas contribuições (0,21%).

PODER PÚBLICO – CARACTERÍSTICAS (Tabela 3)<sup>395</sup>

Participantes 229	Legislativo	Executivo	MP	Judiciário	TCU ou TCE
<b>TOTAL</b>	<b>68</b>	<b>154</b>	<b>5</b>	<b>1</b>	<b>1</b>
%	29,69%	67,25%	2,18%	0,44%	0,44%

<sup>395</sup> Vale lembrar que Instituições de ensino foram contabilizadas em separado da categoria Poder Público. Vide tabela 1.

<b>Contribuições 50</b>	<b>Legislativo</b>	<b>Executivo</b>	<b>MP</b>	<b>Judiciário</b>	<b>TCU ou TCE</b>
<b>TOTAL</b>	<b>3</b>	<b>44</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>1</b>
<b>%</b>	6,00%	88,00%	2,00%	2,00%	2,00%

Feita estas conclusões, passa-se a apresentar três tópicos que colaboram com a interpretação neste presente estudo: (1) o caso da formação das ouvidorias em Concessionárias de Energia Elétrica; (2) outros estudos sobre Agências de primeira geração; (3) um caso em uma Agências Reguladora Estadual.

#### **4.2.2 A Ouvidoria**

O caso concreto que pode ser apresentado é a formação da Resolução n° 470, que trata das ouvidorias nas concessionárias de energia elétrica, a escolha desta análise se refere a consulta pública no ano de 2010 e se estendeu a uma audiência pública no ano de 2011, fuge ao período de análise proposto no início do trabalho.

Mas são pertinentes breves comentários sobre este caso, uma vez que as ouvidorias são um dos canais mais importantes na relação cidadão e prestador de serviço<sup>396</sup>. Percebam que se trata de um canal de acesso das demandas sociais e sua estruturação se deu por normas que seguiram o procedimento de democracia participativa proposto pela ANEEL, portanto, cabe analisar como ocorreu esta participação. A resolução n° 470, ainda em vigor, trata sobre ouvidorias das concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

O processo na ANEEL ocorreu da seguinte forma, primeiro foi feita a consulta pública n° 21/2010, que recebeu um total de 14 contribuições escritas, sendo que 7 foram feitas por empresas do ramo, 1 por cidadão não vinculado a nenhuma instituição, 1 por instituição ligada ao Estado para fins de defesa do consumidor (Procon) e 1 por associação privada de defesa de interesses do consumidor (CONACEN - Conselho Nacional de Consumidores de Energia Elétrica) e 1 de associação privada de defesa de interesses de grandes consumidores de energia elétrica<sup>397</sup>.

Na sessão presencial, de 5 expositores, 1 representava grandes consumidores de energia elétrica (Associação Nacional dos Consumidores de Energia - ANACE) e 1 tratava-se

<sup>396</sup> CALLEGARI, Jose Antônio. **Ouvidoria de Justiça: Cidadania Participativa no Sistema Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2014.

<sup>397</sup> Dentre as contribuições ainda teve manifestações da Assembléia Legislativa de Pernambuco, da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP) e da Associação Brasileira de Ouvidores.

de Conselho de Consumidores (da Companhia Energética de Brasília – CEB)<sup>398</sup>. Por fim, dentre os 15 participantes da fase presencial apenas 1 era representante direito de interesses de consumidores<sup>399</sup>.

Em seguida, foi realizada a audiência pública nº 46/2011, que totalizou 15 contribuições, sendo que apenas 4 foram feitas por entidades que representam consumidores e 1 por cidadão não vinculado a instituições. Na Audiência presencial teve 17 participantes, sendo 16 empresários do setor e 1 entidade da Administração Indireta, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. Como se verifica, a participação na criação da resolução que regula as ouvidorias nas Concessionárias teve baixa participação e poucas contribuições por parte da categoria de consumidores individuais e associações civis de defesa dos consumidores.

#### 4.2.3 Outras Pesquisas em Agências de Primeira Geração

Outros estudos demonstram como o espaço é preponderantemente ocupado pelos agentes econômicos do setor, enquanto a ocupação de representantes de consumidores é baixa. Egon Bockmann analisou as consultas públicas da ANEEL no período de 1998 a 2002 e a análise deste período chegou às mesmas conclusões que se teve neste trabalho.

No ano de 2002 a ANEEL realizou 36 consultas públicas sobre propostas normativas e neste ano foram editadas 14 resoluções, por fim, chegou-se ao total de 404 contribuições recebidas<sup>400</sup>. Egon apresentou os dados sobre os participantes, Empresas e Associações interessadas no setor deram 351 contribuições (aprox. 86%), por sua vez, associações de consumidores apresentaram apenas 5 contribuições (aprox. 1,2%) e Universidades também participaram pouco, com 8 contribuições (1,9%)<sup>401</sup>.

Cristiana Espírito Santo Rodrigues ao analisar os dados de participantes em audiências públicas da ANEEL no período de 2002 até 2005, conclui que “do total de 8866 participantes nas audiências consideradas na amostra, 3357 foram da categoria concessionárias, 1842 consumidores, 138 instituições de ensino, 1032 sociedade civil organizada, 1671 poder

---

<sup>398</sup> Os demais participantes foram duas empresas do ramo elétrico, ELEKTRO e EDP Energias do Brasil, e uma empresa especializada em cursos para qualificação de ouvidores, a OMD SOLUÇÕES PARA OUVIDORIA.

<sup>399</sup> O Conselho de Consumidores da ELETROCAR.

<sup>400</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. Op. Cit. pag. 160-162.

<sup>401</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras.** Op. Cit. pag. 161.

público e 826 – outros”<sup>402</sup>. No que tange às contribuições, foram “1242 contribuições consideradas na amostra, 485 são oriundas das concessionárias, 269 dos consumidores, 33 de instituições de ensino, 285 da sociedade civil organizada, 103 do poder público e 67 de outros segmentos”<sup>403</sup>. Verifica-se de plano que em todas as amostras referentes à ANEEL o setor econômico tem maior inserção do que os consumidores.

Por fim, Paulo Todescan analisou outra Agência de primeira geração, a ANATEL, demonstrando que essa segue a mesma disparidade quando se compara a participação de representantes de consumidores com a participação de empresas e associações com interesses econômicos no setor. O autor analisou as audiências entre 1998 e 2003 que tratavam especificamente sobre o tema universalização do serviço de telecomunicações.

Ficou demonstrado que as empresas e grupos privados do setor tem preponderância no que diz respeito ao número de sugestões apresentadas à Agência Reguladora, totalizando 61,36% das sugestões, ficando a categoria “pessoa física” com o total de 17% das sugestões<sup>404</sup>.

Todescan também verificou que o número de manifestações é mais equilibrado as empresas ficam com 45,26% e as pessoas físicas com 35,79%, porém, a capacidade da empresas do setor em transformar suas manifestações em sugestões é muito maior. Assim concluiu o autor:

Na análise das sugestões de ambos os grupos, fica claro o maior nível de detalhamento das sugestões das empresas e associações do setor de telecomunicações, o que pode justificar a desproporção entre os índices de manifestação e os índices de sugestão dos dois grupos<sup>405</sup>.

As diversas pesquisas realizadas em anos diferentes e até mesmo em Agências distintas, conclui pela baixa participação e influência dos consumidores nas audiências ou consultas públicas. A afirmação de Egon é um resumo dos diversos estudos:

A ampla maioria da população não sabe que existem as consultas públicas; se souber, não conhece do assunto tratado; se conhecer, não tem pleno acesso aos

---

<sup>402</sup> RODRIGUES, Cristiana Espírito Santo. Participação popular no âmbito das agências reguladoras brasileiras. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2011. Pag. 124. Disponível em: <http://uol12.unifor.br/oul/conteudosite/F1066349095/Dissertacao.pdf>

<sup>403</sup> *Idem.* pag. 124

<sup>404</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade.** *Op. Cit.* Pag. 283-284.

<sup>405</sup> *Idem.* Pag. 284.

dados e alternativas; se tiver, não tem nenhuma garantia da medida em que as suas considerações serão levadas em conta<sup>406</sup>.

#### 4.2.4 Um Caso em Agência Estadual

Um caso de Agência Estadual que se assemelha ao processo formador das Agências Federais de primeira geração é a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGETRANSP (RJ). Diferente das ANEEL que tem ampla publicidade e fácil acesso às informações, a AGETRANSP apresenta outro quadro. Seu site é de difícil utilização e as informações são jogadas de forma desordenadas, assim como não se encontrou todas as audiências e consultas realizadas.

Nesta Agência a audiência e consulta certamente não apresenta um grau de publicidade adequado, se o sistema de divulgação via internet ainda não tem alcance para todos os cidadãos, quem dirá o caso que nem mesmo este sistema está bem formulado. Diante das dificuldades e tendo em vista que se trataria apenas de mais um exemplo para este trabalho, selecionou-se apenas um caso nesta Agência.

A Consulta Pública realizada em 16/08/2011<sup>407</sup> pela Agência Estadual, tinha como foco a 2ª Revisão Tarifária Quinquenal de Barcas, tema de grande interesse de cidadãos dos Municípios do Rio de Janeiro e Niterói. Contudo, a consulta recebeu somente 7 e-mails a título de contribuições por cidadãos.

Além, é claro, de contribuições que não tinham a menor pertinência com o tema revisão tarifária, que demonstravam a falta de conhecimento quanto às normas contratuais da concessão ou mesmo sobre as exigências legais, como o caso que o cidadão se limitou a dizer: “acho um absurdo os serviços prestados pela Barcas S.A. Não há o menor respeito ao consumidor, o serviço tem uma péssima qualidade, e as tarifas são exorbitantes!”. Obviamente que o cidadão está dentro de seu direito ao fazer tais afirmativas, mas a falta de contribuições aliada à falta de conhecimento técnico na área limita muito o poder de controle social sobre o ato administrativo.

Já quanto aos 56 participantes da audiência pública realizada após às contribuições, apenas 1 fora incluído na categoria usuário, enquanto 26 eram membros da própria Agência e 6 representantes da concessionária prestadora do serviço.

---

<sup>406</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 153.

<sup>407</sup> BRASIL. Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro. **Audiência Pública nº 1/2011**.

### 4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

A conclusão não guardou surpresa frente o que se expos no capítulo anterior, os ditos instrumentos de democracia participativas na ANEEL não representam uma forma de construção conjunta de políticas regulatórias, são políticas de governo insuladas frente à sociedade civil. Basicamente, como se adiantou, tem duas finalidades: (1) publicidade do processo regulatório para posterior crítica pública, que normalmente só surge no caso de danos gerados pela regulação; (2) obtenção de maior número de informações para diminuir as chances de erros do regulador, o que pode se inserir na discussão sobre impacto regulatório.

Conforme consta da Resolução nº 273/2007 (art. 15 e art 23), são instrumentos de apoio ao processo decisório, não se trata nem perto de uma proposta de construção conjunta. A Agência dá ampla publicidade via internet, que pese a exclusão digital, ao menos em seu site é fácil fazer a busca do material, mas que tem como barreira todo um método de comunicação técnico.

Por sua vez, no que tange à análise de impacto regulatório, como técnica que envolve um “conjunto de procedimentos administrativos que, servindo a avaliar uma regulação nova ou já existente”<sup>408</sup>, tanto quanto a seus impactos positivos ou negativos, a participação nestas audiências e consultas ganha relevo quando se consegue apresentar propostas ou apontar erros na regulação. Conforme se verificou, a empresas e concessionárias que atuam no setor têm dominado esse ambiente, mesmo no que se refere às contribuições feitas por consumidores, a participação de empresas consumidoras também prepondera.

#### **4.3.1 O déficit social e o protagonismo da burocracia**

Conforme se delineou neste texto, a escolha pela autonomia vem se repetindo no histórico das instituições brasileiras e a gramática do insulamento burocrático se instalou em diversas entidades. O histórico brasileiro ligado a preponderância do Estado no direcionamento social e escolhas públicas parece ser um dos principais fatores para que as Agências Reguladoras de primeira geração tenham se insulado.

As políticas de governo não parecem ir em direção à sociedade para que possam ser debatidas em um processo conjunto, elas simplesmente tem sua publicidade e a Instituição controladora faz o que quiser com as contribuições e manifestações. Os atos submetidos ou

---

<sup>408</sup> MENDONÇA, José Vicente de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. *Revista JC*, Ed. Nº 122, ano 2010.

não às consultas e audiências públicas mantêm suas características: atos unilaterais, em que não há contraditório, nem recurso e que independe de participação real. Feita a publicidade no “Diário Oficial da União e na página eletrônica da ANEEL”<sup>409</sup>, não há qualquer necessidade de efetiva participação para que o processo administrativo siga seu tramite.

Se a ANEEL não parece realizar atitudes no intuito de modificar o déficit na representação dos cidadãos consumidores, instituições do poder público poderiam aumentar sua participação e controle nos processos decisões participando das audiências e consultas. Contudo, os dados demonstram que o poder público também tem baixa participação.

Lawrence Krader, analisando a formação dos Estados e governos, divide a delegação do poder em primária e secundária. A primeira corresponde à delegação que o povo faz diretamente aos governantes, na atualidade se dá pelo sistema de democracia representativa. Por sua vez, a secundária é a transferência que os governantes fazem aos agentes públicos por eles escolhidos. Se a teoria de que os detentores da delegação secundária na ANEEL seriam controlados pelos titulares do poder não se concretizou, continua sendo dever legal e constitucional dos detentores da delegação primária o controle sobre as instituições, mesmo que autônomas.

Sendo assim, Tribunais de Contas, Universidades, Judiciário, Legislativo e Executivo deveriam se propor a participar com maior frequência das audiências e consultas. Por sua vez, a ANEEL deveria fazer juntamente como os relatórios técnicos, relatórios com linguagem simplificada para que leigos possam entender, mesmo que pouco, o que está em debate e em que condições.

### **4.3.2 Ato administrativo participativo**

Cabe esclarecer que um ato participativo pleno deveria propor a substituição gradativa dos atos simples pelos atos complexos. Como observado pelo Ministro do STF Marco Aurélio de Melo, na liminar da ADI 1949/1999<sup>410</sup>, um ato que depende do acordo entre as partes é complexo, pois para se formar necessita em igual medida das vontades dos envolvidos. O ministro deu esse exemplo para criticar a exclusão do chefe do executivo do processo de exoneração de dirigentes em Agências Reguladoras. A lei impugnada dava a liberdade decisória totalmente ao legislativo e essa foi justamente a parte tida como inconstitucional.

---

<sup>409</sup> Art. 16, I da Resolução 273/2007.

<sup>410</sup> BRASIL. STF. Liminar na ADI 1949 MC / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/11/1999, Plenário, DJE de DJ 25-11-2005. pag. 64

A classificação dos atos administrativos quanto à formação da vontade, divide-os em atos simples e atos complexos. Simples são os atos formados pela vontade de um só órgão ou agente público e complexos são os atos em que mais de uma vontade concorre em sua formação<sup>411</sup>. Exemplo dos primeiros são as licenças e nomeações em cargos que apenas uma autoridade tem a decisão final. Por sua vez, atos complexos por excelência são as nomeações para cargos que a CF exige a concorrência da vontade do Presidente e a do Senado, é o caso dos Ministros do STF e dos dirigentes das Agências Reguladoras.

As leis que permitem eleições na administração direta ou indireta poderiam ser vistas como atos complexos, como sistemas de lista ou posterior aprovação pelo chefe do executivo, gerando necessária concorrência entre a vontade da população e de seu representante. Mas, como visto, a interpretação que prevalece no judiciário reduz o argumento a exigibilidade de um ato simples e impositivo do Executivo.

Definitivamente, uma democracia participativa com essa amplitude não ocorre e talvez nem seja possível de ocorrer em ambientes técnicos e insulados como o das Agências Reguladoras. Não se defende neste trabalho que todas as áreas estatais devem ser permeadas por este tipo de construção, contudo o que se conclui é que é impossível um ato participativo pleno se a teoria é estruturada na lógica da autoridade e não na lógica do diálogo<sup>412</sup>. Conforme exposto por Celso Antônio, a teoria do ato administrativo brasileiro foi alicerçada principalmente nos estudos sobre atos restritivos, “sobre atos que se apresentam como impositivos para os administrados”<sup>413</sup>, o que se coaduna perfeitamente a preponderância das políticas de governo.

---

<sup>411</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. *Op. Cit.* pag. 126

<sup>412</sup> Um aprofundamento sobre atos administrativos pode ser encontrado em: NEURAUERD, Maíra. **A visão estrutural à visão funcional: a evolução doutrinária sobre os atributos do ato administrativo no Direito Administrativo Brasileiro**. Dissertação de mestrado não publicada, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. UFF, Niterói. 2015. Agradeço a colega de mestrado que disponibilizou seu texto.

<sup>413</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. Cit.* pag. 419

## CONCLUSÃO

Neste trabalho defende-se que a real compreensão dos institutos de Direito Administrativo brasileiro, o que envolve seus avanços e limitações, só pode ser alcançada por uma análise que conjugue a ciência jurídica com a construção institucional da burocracia de nosso país e com o histórico sobre a relação Estado, sociedade e mercado. Para isso os estudos das demais ciências sociais são de grande valia para arejar a análise dos textos normativos do ordenamento jurídico nacional.

As análises jurídicas sobre seu próprio campo também são imprescindíveis, motivo pelo qual o enfoque deste trabalho foi conjuga-las com outras perspectivas e visões sobre temas que foram tidos como essenciais para compreender o lugar das Agências Reguladoras de primeira geração e a função de seus instrumentos de democracia participativa.

Dentro desta proposta sustentou-se que a vantagem de atribuir poder normativo para as estruturas burocráticas do executivo está justamente na “fuga da tribuna” e aproximação com o gabinete. A opção pelo aumento do protagonismo do executivo costuma garantir decisões rápidas na medida em que se distancia de arenas públicas em que o consenso leva maior tempo para ser gerado. Também foram apresentados diversos estudos que verificam uma descontinuidade das reformas administrativas no país, o que cria uma série de entraves jurídicos e administrativos, causados pela série de normas e institutos conflitantes que cada reforma inseriu no direito.

Por sua vez, as quatro gramáticas estudadas por Edson Nunes foram adotadas como um aparato interpretativo das instituições brasileiras e conseqüentemente da própria forma como direito é interpretado e aplicado no Brasil. Intepretações com caráter mais conservador são comuns e garantem o maior protagonismo do Estado frente à sociedade, o que gera grande dificuldades para institutos de democracia participativa se expandirem ou terem real eficácia. Este sistema foi apresentado como uma conseqüência da formação da cidadania brasileira identificada por José Murilo como “Estadania” e por Santos como “Cidadania Regulada”, o que também gera mais uma característica do Poder Público brasileiro, a prioridade na formação de políticas de governo insuladas frente à sociedade civil.

Sustentou-se que as Agências Reguladoras de primeira geração estão inseridas neste contexto estatizante e insulador, assim como tiveram como principal objetivo institucional modificar a relação entre Estado e mercado na década de 1990. Os danos sobre participação nas audiências públicas e consultas colaboram para essa interpretação ao demonstrarem que o ambiente é de fácil acesso para as empresas e de difícil acesso para os cidadãos.

A estrutura autônoma das Agências Reguladoras repete a gramática do insulamento político e a delegação de grande capacidade normativa para estas entidades da Administração indireta tenta garantir o universalismo de procedimentos e segurança jurídica na relação Estado e mercado. Os instrumentos de democracia participativa são controlados do início ao fim pela burocracia das Agências e tem como finalidade dar publicidade em seus atos e obter informações pertinentes no que tange aos riscos, vantagens e consequências da regulação. Ainda que referidos objetivos sejam importantes, é necessário que se tenha em mente que não se trata de forma alguma de uma construção conjunta da decisão administrativa.

A limitada participação no interior das Agências é contrastada com sua vantagem técnica, entretanto, o que se desenvolve nas Agências Reguladoras não é uma decisão técnica formada exclusivamente pela ciência, blindada da política. A discricionariedade técnica como teoria que dá validade<sup>414</sup> as decisões nas Agências serve mais para “tornar a política um território inalcançável pela cidadania”<sup>415</sup> do que para verdadeiramente expressar o conteúdo destes atos e dos fundamentos que lhes dá sustentação.

O argumento neoliberal parece confiar em demasia no mercado e desconfiar em excesso do Estado. No Brasil, em que se teve uma sociedade construída pelo Estado, ainda parece razoável o argumento de Celso Antônio no sentido de que na Constituição Social “não se presumiu que a Sociedade, no livre jogo das forças de mercado, produzisse e promovesse espontaneamente ditos objetivos e resultados”<sup>416</sup>. Mesmo que se possa admitir flexibilizações, mesmo que determinadas áreas não sejam ambientes propícios à democracia participativa plena, deve ficar claro que o “patrimonialismo é um sistema. Aceita ser governado pela esquerda, direita, centro. É civil ou militar [...]”<sup>417</sup>, portanto, mecanismos de controle devem ser pensados e estudos quanto sua real eficácia.

As reformas da década de 1990, conforme se analisou, não foram implementadas em sua plenitude e a inserção do debate sobre controle pelo resultado parecem permitir o enfraquecimento do controle sobre o patrimônio público através da flexibilização de diversos instrumentos, sem que o controle social seja fortalecido ou que se tenham controles

---

<sup>414</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica**. *Op. Cit.* pag. 4

<sup>415</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 14. Esta passagem encontra-se no prefácio de Paulo Delgado à 4ª edição do livro de Nunes.

<sup>416</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. Cit.* Pag. 1057.

<sup>417</sup> NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. *Op. Cit.* pag. 14 Esta passagem encontra-se no prefácio de Paulo Delgado à 4ª edição do livro de Nunes.

institucionais claramente delineados. Desta questão alguns temas, que só poderão ser aprofundados em outras pesquisas e que não tiveram desenvolvimento pleno neste trabalho, surgem das interações aqui propostas.

Debate-se a flexibilização dos sistemas de licitação, concurso e gestão financeira. Mas pouco se estuda a lógica do Clientelismo e sua inserção nas Parcerias Público Privada, nos consórcios públicos, nas OS e OSCIP. O Direito Administrativo se debruça sobre o tema através do estudo do desvio de finalidade do ato administrativo, busca-se evitar o desvio sem tratar das suas causas.

Por sua vez, nas Agências, a democracia participativa não faz uma revolução no sentido de ampliar os cânones democráticos do país<sup>418</sup>, pois não modificam as gramáticas informadoras das políticas brasileiras. Muda-se a instituição, mas permanecem as bases do insulamento e do direcionamento para políticas de governo, portanto, o controle social tem capacidade reduzida neste ambiente.

O universalismo de procedimentos se insere na lógica das normatizações técnicas das Agências, ocorre que a vinculação à relação com os mercados e insulamento geram o deslocamento do conceito de serviço público para o conceito de Atividade Econômica e o conseqüente deslocamento do conceito de cidadão para o conceito de consumidor. Sem resolver a equação entre cidadania e mercado o que se tem é a diminuição do cidadão à categoria de consumidor, o direito ao consumo não abarca todas as dimensões da cidadania e exclui do debate questões políticas importantes<sup>419</sup>.

Incluir o cidadão na categoria de consumidor de serviços públicos pode esconder um lógica perversa, que faz com que a única preocupação legítima possa ser a qualidade do serviço individualmente prestado, escondendo as implicações sociais e interesse público envolvido na prestação de serviços públicos. “Não se pode ler o Direito Administrativo da Economia à luz do Direito Privado e muito menos submetido apenas à lógica de econômica”<sup>420</sup>.

As agências de primeira geração ao mediar a relação mercado e estado não consegue solucionar as dificuldades da relação Estado e cidadão, assim como não estão protegidas do clientelismo. Como o caso do clientelismo identificado por estudos em Agências Estaduais, ao analisar a AGETRANSP-RJ Alrley Assucena identificou as diversas nomeações que se

---

<sup>418</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático**. *Op. Cit.*

<sup>419</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. *Op. Cit.* pag. 226

<sup>420</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras**. *Op. Cit.* pag. 137

caracterizaram muito mais por um currículo político do que técnicos, dirigentes com ampla carreira política e com formações universitárias não vinculadas à atividade regulatória da Agência<sup>421</sup>. Por sua vez, as Agências Reguladoras federais têm mais de 3 mil cargos comissionados que sem um controle sobre as nomeações podem se vincular a lógica clientelista<sup>422</sup>, assim como as nomeações para dirigentes passam por ampla disputa entre PT e PMDB<sup>423</sup>.

Este trabalho também não deu enfoque as grandes mudanças que o projeto das Agências Reguladoras sofreram nos governos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, o que conseqüentemente demonstra que o projeto de Estado Regulador sofreu uma guinada devido ao novo projeto de Governo. A subsidiariedade como um projeto neoliberal permaneceu em certas áreas, assim como o Estado voltou a intervir em outras, mas as Agências persistem, a regulação continua.

A judicialização das políticas públicas também ganha relevo e se apresenta como uma válvula de escape dos cidadãos insatisfeitos. Enquanto estes não conseguem respostas nas Agências ou nem mesmo sabem de sua existência, questões ligadas ao setor elétrico lotam os Tribunais do país, p.ex., as concessionárias de energia elétrica LIGHT e AMPLA, ambas no Rio de Janeiro, constam respectivamente no 2º e 4º lugar na lista de Fornecedores de Produtos e Serviços Mais Acionados nos anos de 2009 a 2013 na justiça cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>424</sup>.

Acredita-se que o estudo feito neste trabalho tenha avançado sobre o lugar da democracia participativa nas reformas de 1990 e no sistema de Agências Reguladoras, assim como suas conseqüências para o atual debate no Direito Constitucional e Administrativo. Espera-se que as análises feitas possam contribuir para outras com fundo crítico do atual

---

<sup>421</sup> “Em dezembro do ano passado, foram aprovadas pela ALERJ a nomeação de 5 (cinco) conselheiros. Quatro das indicações ilustram bem o anteriormente dito: um advogado, com especialização em Políticas Públicas, 4 (quatro) mandatos como deputado estadual e que era, no momento da nomeação dirigente nacional do seu partido. Uma pedagoga que já havia sido Chefe de Gabinete do Presidente da Assembleia Legislativa. Outra pedagoga com 5 (cinco) mandatos como deputada estadual. Um analista de sistemas que foi assessor da Presidência da Assembleia Legislativa e Chefe de gabinete da Secretaria de Estado da Casa Civil. Da análise de seus currículos completos, que integram as mensagens de indicação, saltam mais aos olhos os cargos políticos que ocuparam do que propriamente a qualificação profissional, embora todos cumpra o requisito formal de possuir formação universitária”. ASSUCENA, Arlei de Lourival. **Uma análise crítica do papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos: AGETRANS e o transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro**. No prelo 2015. Agradeço o autor por ceder o texto antes de sua publicação.

<sup>422</sup> Jornal Estadão 22.08.2013. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,agencias-reguladoras-tem-quase-3-mil-cargos-em-comissao-imp-,1066524>>.

<sup>423</sup> Jornal Estadão 21.08.2013. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pmdb-e-pt-retomam-loteamento-de-cargos-nas-agencias-reguladoras,1066107>>.

<sup>424</sup> Dados disponíveis em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>

cenário das Agências Reguladoras e que também tenham enfoque na história do desenvolvimento do Direito e dos direitos em âmbito nacional.

## BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 2, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/345>>. Acesso em: 03/01/2015.

ANDRADE FILHO, Jovelino Muniz de; LEITÃO, Sonia Nogueira; NEURAUTER, Maíra; BACELLAR ROMANO, Marcus Vinicius. **Os desafios para efetivação da participação social frente o decreto n° 8.243/14**. No prelo 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e A Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARRUDA Jr., E. L. de.; GONÇALVES, M. F. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: Cesus, 2002.

ASSUCENA, Arlei de Lourival. **Uma análise crítica do papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos: AGETRANS e o transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro**. No prelo 2015.

AVRITZER, L. (Org.). **A dinâmica da participação local no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010.

AVRITZER, Leonardo. Reforma Política e Participação no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 1, Fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 25/01/2012

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Agências reguladoras e democracia**. 1ª edição, Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out-, 2005. Disponível em:  
<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 03/01/2015

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. 2ª edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal? **Pesquisa e Planejamento Econômico 21(1) abril 1991: 3-23**. Aula Magna no XVIII Congresso da ANPEC (Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia). Brasília, 4 de dezembro 1990. Disponível em:  
<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1991/91-acriseamericalatina.pdf>>. Acesso em: 19/04/2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Emenda da Administração Pública**. O Globo, 24.6.1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=741>. Acesso em: 22/04/2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da reforma do estado**; v. 1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. 58 p. Disponível em:[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB\\_Sege\\_s\\_Mare\\_caderno01.PDF](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Sege_s_Mare_caderno01.PDF). Acesso em: 06/10/2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, nº 34(4), julho. 2000. Disponível em:  
<<http://bresserpereira.org.br/papers/2000/81RefGerenc1995-INA.pdf>>. Acesso em: 19/04/2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. (Orgs). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1998. Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/98-GestaoDoSetorPublico-Estrategia&Estrutura.pdf>>. Acesso em: 19/04/2015.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Direito constitucional**. Trad. Carlos Souza. 27ª Edição. Barueri: Manole, 2005.

CALLEGARI, Jose Antônio. **Ouvidoria de Justiça: Cidadania Participativa no Sistema Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COSTA, V. M. F. A dinâmica institucional da reforma do Estado: um balanço do período FHC. In: ABRUCIO, F. L.; LOUREIRO, M. R. (Orgs.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC. Brasília: MP/Seges, 2002**. Disponível em: [http://www.cedec.org.br/files\\_pdf/OEstadonumaeraderformasOsanosFHCparte1.pdf](http://www.cedec.org.br/files_pdf/OEstadonumaeraderformasOsanosFHCparte1.pdf). Acesso em: 03/10/2013

CYRINO, André Rodrigues. O regulamento autônomo e a EC n. 32/2001: uma reserva de administração. **Revista de Direito, Rio de Janeiro**, v. 8, n. 13, jan./dez. 2004. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti\\_regulamentoautonomo.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_regulamentoautonomo.pdf)>. Acesso em: 18/02/2015.

DA MATTA, Roberto. **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DA MATTA, Roberto. Você sabe com quem está falando: um ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil. In: \_\_\_\_\_. **Carnavais, Malandros e Heróis**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUARTE JR., Ricardo. **Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa - uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada. **Revista da**

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. COMO REGULAR AGÊNCIAS REGULADORAS? In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acessado em: 25 de março de 2011.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Agosto 2007, número 20, pp. 61-80.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. Igualdade à Brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. In: AMORIM, Maria Stella; LIMA, Roberto Kant de; TEIXEIRA MENDES, Regina (Org.). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FONTES, André. **A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª edição. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradutor: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1991.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito administrativo, parte 1: estado gerencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRADER, Lawrence. **A Formação do Estado**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1970.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Tradução: Walter Stönnner. eBooksBrasil.org.

LIMA JÚNIOR, Olavo de. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. *Revista do Serviço Público*. Ano 49. Número 2. Abr-Jun de 1998. Disponível em: [http://www.enap.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2723](http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2723). Acesso em: 19/04/2015.

LIMA, Roberto Kant de.; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica**. Disponível em: [http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o\\_desafio\\_de\\_realizar\\_pesquisa\\_empirica\\_no\\_direito.pdf](http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf). Acesso em: 07/07/2014.

LIMA, Telma Cristine Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamoso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. *Revista Katál*. Florianópolis v. 10 n. esp. p. 37-45, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v10nspe/a0410spe.pdf>.

LOBÃO, Ronaldo. 2012. **Acoplamentos e engajamentos em defesa do ambiente: a construção de ideologias e discursos que informam políticas de governo e ações na sociedade**. Texto apresentado nos IV Encontros de Portalegre, Portugal. 2012.

LOBÃO, Ronaldo. Tempo(s) e Espaço(s) do(s) Direito(s): articulações do global ao local sem vice-versa. *Revista Humanidades*. n. 59, outubro 2012.

MARSHALL, T.H. Cidadania e classe social. In: **Cidadania , classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar,1967.

MARTINS, H. F. Reforma do Estado E coordenação Governamental: As Trajetórias das Políticas de Gestão Pública na Era FHC. In. ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (Orgs.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC**. Brasília: MP/Seges, 2002.

Disponível em:

[http://www.cedec.org.br/files\\_pdf/OEstadonumaeradereformasOsanosFHCparte1.pdf](http://www.cedec.org.br/files_pdf/OEstadonumaeradereformasOsanosFHCparte1.pdf). Acesso em: 03/10/2013

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MAURÍCIO JR, Alceu. **O Estado de Risco e a Burocratização do Espaço Democrático**. (mimeo). 2009. Disponível em:

<[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=4b81d68c-d060-407c-b5d2-8340c8023024&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4b81d68c-d060-407c-b5d2-8340c8023024&groupId=10136). Acessado em: 13/01/2015>.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação **In: RBSC. Vol.16 n°46 junho/2001**. Disponível em:<  
<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>>. Acessado em: 19/07/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, José Vicente de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **Revista JC**, edição n° 122, ano 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 30/12/2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MOTA, Fábio Reis. **Cidadãos em toda parte ou cidadãos à parte? Demandas de direitos e reconhecimento no Brasil e na França.** 2009. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009.

NEURAUTER, Maíra. **A visão estrutural à visão funcional: a evolução doutrinária sobre os atributos do ato administrativo no Direito Administrativo Brasileiro.** Dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2015.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Revista Lua Nova, n.º.37. São Paulo: 1996.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>. Acesso em: 19/04/2015.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional.** Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

NUNES, E. et al. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional.** Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007.

NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático.** 4 Ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato De Gestão E Modernização Da Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.º 8, dezembro 2006/ janeiro/ fevereiro 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessando em: 21/01/2015

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. **Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Comentários ao art. 1, parágrafo único. RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. Comentários ao art. 37, §3. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 1ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

PÓ, Marcos Vinícius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Rev. Adm. Pública**, vol.40 no.4 Rio de Janeiro July/Aug. 2006. Pag. 679-698. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6846>>. Acesso em: 26/12/2014.

REZENDE, Flávio da Cunha. Por que reformas administrativas falham? **Rev. bras. Ci. Soc.** 2002, vol.17, n.50, pp. 123-142. Disponível em: [http://www.enap.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2638](http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2638). Acesso em: 20/12/2014.

RODRIGUES, Cristiana Espírito Santo. **Participação popular no âmbito das agências reguladoras brasileiras**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2011. Disponível em: <http://uol12.unifor.br/oul/conteudosite/F1066349095/Dissertacao.pdf>. Acessado em: 14/08/2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Décadas de espanto e uma apologia democrática**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 29/11/2012.  
**Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Agosto 2007, número 20, pp. 61-80.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição - São Paulo:Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição**. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Estadual das Concessões. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n° 65, 2010**. Disponível em: <http://download.rj.gov.br>. Acessado em: 05/10/2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª edição. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°. 13, Fevereiro, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VERONESE, A. **Reforma do Estado e Organizações Sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

WARLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas. Uma apreciação geral. **Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro**, v. 18, n°1, jan./mar de 1984. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/10623/0>. Acessado em: 10/11/2014.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 1**. Brasília: UnB, 1999.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 2**. Brasília: UnB, 1999.

WEBER, Max. **O que é burocracia?** Conselho Federal de Administração, Ano [201?]. Disponível em: <[http://www.cfa.org.br/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro\\_burocracia\\_diagramacao\\_final.pdf](http://www.cfa.org.br/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf)>. Acessado em: 10/07/2013.

WEBER, Max. **Parlamento e Governo na Alemanha Reordenada – Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos**. Tradução de Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993.

## NOTÍCIAS:

Revista IDEC nº171 - Novembro 2012. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/revista/o-banco-que-voce-nao-ve/materia/agencias-reguladoras-e-os-direitos-do-consumidor>

O Globo 20.05.2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>.

O Globo 08.05.13. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/senado-aprova-reconducao-de-manoel-rangel-para-ancine-8335307>>.

Site ANCINE 09.05.2013. Disponível em: <[www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/recondu-o-de-manoel-rangel-aprovada-no-senado](http://www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/recondu-o-de-manoel-rangel-aprovada-no-senado)>.

Notícias Site ANCINE, 09.05.2013. Disponível em: <[www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/recondu-o-de-manoel-rangel-aprovada-no-senado](http://www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/recondu-o-de-manoel-rangel-aprovada-no-senado)>.

Câmara Notícias. 08.08.2013. Notícia Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/448805-DEPUTADO-VAI-APRESENTAR-PROJETO-PARA-AGENCIAS-REGULADORAS-ATE-O-FIM-DO-ANO.html>

Jornal Estadão 21.08.2013. Disponível em: <

<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pmdb-e-pt-retomam-loteamento-de-cargos-nas-agencias-reguladoras,1066107>>.

Jornal Estadão 22.08.2013. Disponível em: <

<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,agencias-reguladoras-tem-quase-3-mil-cargos-em-comissao-imp-,1066524>>.

Folha de São Paulo 28.10.2013. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/10/1363585-brasil-melhora-14-posicoes-em-ranking-deburocracia.shtml>>.

O Globo 29.10.2013. Disponível em:

<[oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2013/10/29/burocracia-atrapalha-vida-dos-empresenedores-brasileiros-513540.asp](http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2013/10/29/burocracia-atrapalha-vida-dos-empresendedores-brasileiros-513540.asp)>.

UOL Notícias 04.11.2013. Disponível em:

<[educacao.uol.com.br/noticias/2013/10/11/burocracia-deixa-76-onibus-escolares-novos-parados-na-garagem-no-df.htm](http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/10/11/burocracia-deixa-76-onibus-escolares-novos-parados-na-garagem-no-df.htm)>.

Jornal Estadão 04.11.2013. Disponível em:

<[www.estadao.com.br/noticia\\_imp.php?req=impresso,burocracia-trava-comercio-exterior-,1090511,0.htm](http://www.estadao.com.br/noticia_imp.php?req=impresso,burocracia-trava-comercio-exterior-,1090511,0.htm)>.

Revista Veja 25.07.14. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/homem-forte-de-paes-opera-esquema-de-corrupcao-na-prefeitura>.

O Globo 08.08.2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/prefeitura-ja-tinha-identificado-indicios-de-irregularidades-em-contratos-da-ong-tesloo-13530906>

## DOCUMENTOS OFICIAIS:

BRASIL. Agência Reguladora de Energia Elétrica. **Audiência Pública nº 46/2011**. Assunto: Obter subsídios à proposta de regulamentação das Ouvidorias das concessionárias de serviço.

BRASIL. Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro. **Audiência Pública nº 1/2011**. Data: 16/08/2011. Hora: 09:00:00. Local: Auditório DER - Av. Presidente Vargas, nº 1100, 14º andar. Assunto: Segunda revisão quinquenal de tarifas Barcas S/A. Disponível na Internet: <<http://www.agetransp.rj.gov.br/upload/sessao/audiencia/4.pdf>>. Acessado em: 30 de abril de 2012.

BRASIL. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Congresso Nacional. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente).

BRASIL. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Congresso Nacional. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente).

BRASIL. **Anteprojeto Constitucional**. Diário Oficial. Brasília-DF. Sexta-Feira, 26 De Setembro De 1986. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>

BRASIL. **ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL**. Diário Oficial. Brasília-DF. Sexta-Feira, 26 De Setembro De 1986. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 05/01/2015.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 05/01/2012.

**BRASIL. Decreto Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm)>. Acesso em: 05/12/2013.

**BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art37](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art37)>. Acesso em: 05/01/2012.

**BRASIL. Lei no 10.871, de 20 de maio de 2004.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.871.htm)>. Acesso em: 27/12/2013.

**BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8031.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm)>. Acesso em: 20/12/2013.

**BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm)>. Acesso em: 27/12/2013.

**BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm)>. Acesso em: 05/01/2012.

**BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 05/01/2012.

**BRASIL. Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 15/12/2013.

**BRASIL. Plano Diretor Da Reforma Do Aparelho Do Estado Presidência Da República.**

Governo Fernando Henrique Cardoso. Brasília, 1995. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/colecao/plandi.htm](http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm). Acesso em: 03/03/2012.

**BRASIL. STF. ADI 1266 BA**, Rel. Min. Eros Graus, julgamento em 05/04/2005, Plenário, DJE de DJ 23-09-2005.

**BRASIL. STF. ADI 1923 MC/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO. Pendente de julgamento.

BRASIL. STF. **ADI 1949 MC / RS**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em 17/09/2014, Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 7206213

BRASIL. STF. **ADI 2997 RJ**, Rel. Min. Cezar Peluzo, julgamento em 12/08/2009, Plenário, DJE de DJ 12-03-2010.

BRASIL. STF. **Liminar na ADI 1949 MC / RS**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/11/1999, Plenário, DJE de DJ 25-11-2005.

BRASIL. TCU. **Acórdão 2.261/2011**, Rel. Min. JOSÉ JORGE, Publicação na Ata 35 - Plenário, 24/08/2011.

IBGE. **Perfil dos Municípios Brasileiros 2011**. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62479.pdf>. Acessado em: 08/07/2014.