

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**FERNANDO GUSTAVO KNOERR**

**HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO**

**MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;  
Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

# **O ESTADO REGULADOR, DESENVOLVIMENTO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA**

## **REGULATORY STATE, DEVELOPMENT AND PUBLIC DEMOCRATIC MANAGEMENT**

**Ana Marília Dutra Ferreira da Silva  
Patrícia Borba Vilar Guimarães**

### **Resumo**

O presente trabalho apresenta um estudo acerca da democratização da Administração Pública a partir do modelo regulatório adotado pelo país a partir da década de 1990. Defende-se que o estabelecimento do Estado Regulador confere uma maior abertura para a participação dos administrados nos processos decisórios, seja através de audiências públicas ou de consultas públicas. Afirma-se que o argumento segundo o qual existe um déficit democrático no poder normativo das agências reguladoras apenas tem sentido a partir de uma análise pautada na democracia representativa. Constatou-se que os pressupostos democráticos do Estado Regulador coadunam-se com o ideal de Desenvolvimento apresentado por Amartya Sen, o qual destaca o papel das liberdades políticas no processo desenvolvimentista. Concluiu-se que o modelo regulatório brasileiro é propício à institucionalização da participação popular.

**Palavras-chave:** Estado regulador. agências reguladoras. democracia participativa. desenvolvimento.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This work presents a study on the democratization of Public Administration stemming from the regulatory model adopted by the country from the 1990s. It defends that the establishment of the Regulatory State gives greater openness to the participation of the administered people in decision making, be it through public hearings or public consultations. It states that the argument that there is a democratic deficit in the normative power of regulatory agencies only makes sense from a guided analysis on representative democracy. It appears that the democratic assumptions of the Regulatory State are in line with the ideal of Development defended by Amartya Sen, who emphasizes the role of political freedoms in the development process. It concludes that the Brazilian regulatory model is conducive to the institutionalization of popular participation.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Regulatory state. regulatory agencies. participative democracy. development.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro contemporâneo caracteriza-se pela feição regulatória da atividade econômica, de maneira a atuar, como regra geral, indiretamente na economia. O ente estatal não se ausenta por completo, mas atua na regulação com o fito de evitar distúrbios no equilíbrio entre os subsistemas jurídico, político e econômico.

A regulação é realizada pelas agências reguladoras, as quais atuam como órgãos de harmonização dos interesses divergentes, possibilitando uma interação horizontal e negocial entre os agentes representantes dos interesses em conflito. A criação dessas autarquias especiais revela a busca pela autonomia política na regulação em contraponto a uma lógica de responsividade político-eleitoral.

O modelo regulatório, através desses órgãos de especialização técnica e competência normativa, pretende aliar a proteção do interesse público com a defesa das liberdades individuais, as quais abrangem os direitos civis e políticos.

Para cumprir o seu desiderato, as agências reguladoras possuem como uma de suas principais características o poder normativo. Acerca deste poder exurgem uma série de controvérsias, a exemplo do suposto déficit democrático do processo normativo decorrente da inexistência de transferência democrática, já que os dirigentes dessas agências não são eleitos por sufrágio popular.

O presente trabalho defende que o modelo de regulação adotado pelo país a partir da década de 1990, notadamente com a criação das agências reguladoras, contribui para a democratização da Administração Pública. Isso porque, confere meios de participação dos administrados nos processos decisórios, seja através de audiências públicas ou de consultas públicas.

Divide-se o estudo em três partes principais. A primeira volta-se à caracterização do Estado Regulador e sua evolução histórica, examinando o papel das agências reguladoras de harmonização dos interesses em conflito, sejam eles econômicos, jurídicos ou sociais.

Defende-se que, com a criação dessas autarquias houve a institucionalização da participação popular no âmbito da regulação a partir do estabelecimento de *locus* de poder decisório.

A segunda parte do trabalho pretende coadunar as características e desdobramentos do Estado Regulador com o ideal de Desenvolvimento, o qual deve ir além da noção de crescimento econômico, consistindo em uma mudança qualitativa induzida por políticas públicas e programas governamentais.

Argumenta-se, com fulcro no estudo de Amartya Sen intitulado “Desenvolvimento como liberdade”, que a democratização das instituições consiste em um dos pilares à consecução do desenvolvimento, destacando a democracia também como fator de eficiência.

A terceira e última parte deste trabalho analisa a crise da lei formal em concomitância com o advento do modelo regulatório contemporâneo. Defende a inexistência de *déficit* democrático na atuação das agências reguladoras diante da existência de instrumentos de participação popular, notadamente as audiências públicas e as consultas públicas.

No processo de construção do estudo, o método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo. A técnica de pesquisa utilizada consistiu na pesquisa doutrinária e legislativa, a partir da análise de livros, artigos científicos e revistas especializadas.

Destaque-se que o estudo priorizará os princípios e diretrizes propostos pela Constituição Federal de 1988, com ênfase em uma hermenêutica constitucional que esteja atenta à estruturação do Estado Democrático de Direito. Pauta-se no princípio participativo, na democratização da Administração Pública e no ideal desenvolvimentista lastreado nos estudos de Amartya Sen.

## **2 O ESTADO REGULADOR**

O advento do Estado regulador ocorreu como corolário das falhas apresentadas pelo modelo do Estado Positivo ou de Bem-Estar Social, caracterizado, a partir da década de 1970 pelo aumento das taxas de desemprego, altas taxas de inflação e desempenho econômico insatisfatório (MAJONE, 2004, p. 71).

Apesar da nomenclatura, para Vital Moreira a regulação sempre existiu por parte do Estado, em menor ou maior grau (*apud* DI PIETRO, 2004, p. 23). Assim, no Estado

liberal, inobstante a adoção do princípio do *laissez faire/laissez passer*, empregava-se os contratos de concessão de serviços públicos, delegando ao particular a sua execução e elaborando normas a fim controlar o exercício desta delegação.

A partir dos modelos de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) reconhece-se o robustecimento da função intervencionista estatal na esfera social, modelando-a, bem como na seara econômica, através de atuação direta como agente econômico e prestador de serviços. Percebe-se, portanto, que a intervenção estatal consistia na própria assunção, por parte do Estado, da produção de bens e prestação de serviços, tendo como característica principal a criação de estatais e seus monopólios.

Essa forte atuação econômica do Estado brasileiro se inicia na década de 40 (BARROSO, 2004, p. 88) com o sistema de substituição de importações. Começaram a ser criadas, assim, grandes estatais, como a Companhia Vale do Rio Doce, a Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco, a Petrobras, de maneira que na década de 1970 o país já possuía mais de trezentas empresas estatais. Assim, nas palavras de Barroso, o país tornou-se grande, pesado e ineficiente (2004, p. 89).

Destaque-se que neste período a regulação era realizada pelo ente estatal responsável pela produção das utilidades públicas (MARQUES NETO, 2006, p. 76). Como corolário, a regulação voltava-se à defesa dos interesses das empresas ou autarquias que geriam o serviço ou atividade respectiva, em detrimento dos interesses dos usuários.

Não obstante, com a insustentabilidade do modelo de intervenção direta, iniciou-se entre as décadas de 1970 e 1980 o período neoliberal, primeiramente nos Estados Unidos e Inglaterra. Isto acarretou a quebra dos monopólios; o processo de desestatização com as privatizações; a ênfase em um novo modelo de gestão, qual seja o gerencial, com o fomento à participação popular e à construção de vias de negociação.

Ocorreu, portanto, uma mudança ideológica, cujo desdobramento consiste na liberdade de mercado (relativa) e na ênfase aos princípios da eficiência e da subsidiariedade.

Consoante expõe Souto (2002, p. 32), através do princípio da subsidiariedade, defende-se que o Estado despenda esforços nos setores essenciais, de maneira que nas situações em que os particulares sejam mais eficientes no desempenho de determinadas

funções, estas devem ser por eles exercidas, permanecendo essencialmente atuando através da função regulatória estatal.

As mudanças das bases estruturais do Estado apenas ocorreram no Brasil a partir da década de 1990, com a promulgação das Leis Federais nº 8.031/1990 e 9.491/97, as quais compuseram o Plano Nacional de Desestatização – PND, bem como pela edição de algumas Emendas Constitucionais, a exemplo das ECs 5, 6, 7, 8 e 9.

Estas emendas geraram transformações econômicas substanciais, como a extinção de algumas barreiras ao investimento estrangeiro e a flexibilização de monopólios estatais (BARROSO, 2004, p. 89-90).

O objetivo geral desse processo consistia em mitigar o papel do Estado de intervenção econômica e enxugar a máquina do governo, através da privatização de empresas e criação de órgãos de regulação.

Estes órgãos de regulação ou autarquias especiais caracterizam-se pela autonomia orgânica, financeira e funcional, desburocratização, bem como elevado grau de especialização técnica.

A partir da regulação, concebe-se um Estado fomentador, assentado nas atribuições de fiscalização e planejamento. Nos termos do art. 174, *caput*, da Carta Magna, 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.

## **2.1 Principais Características da atual concepção de Estado Regulador**

Com lastro na conceituação trazida por Eros Grau (2006, p. 148), é possível afirmar que houve uma mitigação na intervenção do Estado no domínio econômico e um fortalecimento da intervenção sobre o domínio econômico.

Insera-se novamente a concepção de subsidiariedade, relativa à atuação estatal em detrimento do dirigismo econômico, por meio do qual submete-se ao controle do Estado todas as atividades de relevante interesse público, ocorrendo séria intromissão na iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2002, p. 21). Assim, o atual Estado Regulador tende

a limitar suas atividades na prevenção e correção de falhas de mercado, combatendo práticas abusivas adotadas por parte de agentes econômicos.

Por outro lado, a transferência ao setor privado de ativos estatais e prestação de serviços públicos, significa o robustecimento do modelo de intervenção indireta, ou seja, não se trata de um retorno ao liberalismo, muito menos de que o Estado abdica de sua função regulatória. Desse modo, o Estado passa a atuar no controle de atividades cuja essencialidade desdobra-se na tutela dos interesses públicos envolvidos, tais quais os direitos do consumidor e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Gesner de Oliveira, afirma que a desregulação e desestatização geram um reforço dos órgãos responsáveis pela regulação de determinados setores e não uma mitigação ou enfraquecimento da sua atuação (*apud* MARQUES NETO, 2006, p. 76).

Com esse modelo busca-se fundir as concepções trazidas pelo Estado de Bem-Estar Social com o reconhecimento da autonomia individual, dos direitos civis e políticos, subsumidos nos ideais de democracia e de liberdade. Desta feita, permanece a necessidade de prestação estatal para a tutela e garantia dos direitos sociais; ao passo que se promove as liberdades individuais.

É perceptível, portanto, a mudança do papel do Estado, posto o enfraquecimento do seu caráter de supremacia nas relações sociais diante de uma maior organização da sociedade civil e da emergência de grupos privados cada vez mais fortes economicamente (MARQUES NETO, 2006, p. 79).

Assim, o Estado não goza da prerrogativa única de fixar e promover o interesse público (MEDAUAR, 2003, p. 202), devendo-se submeter a novas regras de participação popular, negociação e mediação, atuando em colaboração com os indivíduos, sendo a nível interno ou no âmbito das relações internacionais.

Apesar de a doutrina apresentar diversificados modos de análise do instituto jurídico da regulação, há equivalência nos termos utilizados para caracterizá-lo. Enquanto Diogo de Figueiredo Moreira Neto menciona “subsistemas de harmonização” e “máximo de eficiência na solução de problemas”, Carlos Ari Sundfeld aborda a regulação em um contexto de “gerenciamento” por parte do Estado, a fim de que o mesmo “controle o

poder econômico” e promova a “democratização do acesso” a certos serviços e a “proteção do consumidor” (ALMEIDA, 2006, p. 119-147).

Por sua vez, Di Pietro esclarece que a regulação consiste em “regras de conduta” e “controle da atividade privada”, a fim de alcançar-se um “funcionamento equilibrado do mercado”, ao passo que Marçal Justen Filho abarca a “concepção de subsidiariedade” (ALMEIDA, 2006, p. 140 e 146).

Inferese, portanto, que a regulação é um conceito localizado entre a ideia de monopólio público e do *laissez faire*, visando corrigir as problemáticas trazidas pela ingerência da atuação estatal direta e a total liberdade de atuação dos agentes econômicos (MOTTA, 2003, p. 56). Sucintamente, a regulação através da implantação de um órgão da Administração Indireta, consiste em um modo de intervenção pública na economia, sendo lastreado em critérios técnicos, devendo ser apartado de influências políticas.

A atuação desses órgãos circunscreve-se à: i) expedição de normas, infra legais ou infra regulamentares; ii) outorga de habilitações; iii) aplicação de sanções e; iv) fiscalização, mediação e arbitramentos de possíveis conflitos. Visa-se, desse modo, a composição do interesse público com os interesses dos agentes particulares que atuam economicamente.

O surgimento das agências reguladoras relaciona-se com a identificação de três sistemas primordiais: o jurídico, o econômico e o político. A partir da relação entre estes sistemas, surgem subsistemas os quais são submetidos à regulação em razão da própria incapacidade do sistema político e jurídico dar respostas rápidas e eficientes aos reclames sociais e à complexidade e conjunturas econômicas (MARQUES NETO, 2001, p. 82).

Isso porque, cada sistema possui uma lógica de trabalho distinta, bem como princípios, interesses e peculiaridades diversas. Ou seja, o ideal liberal de que com o afastamento máximo do Estado, os benefícios sociais e a existência digna de todos seriam uma consequência espontânea da livre atuação do mercado não deve prosperar (MOREIRA, 2004, p. 97), pois persiste uma constante contraposição de interesses entre os agentes dos sistemas supracitados.

As agências reguladoras viabilizam a harmonização entre esses interesses, haja vista que a intervenção direta do Estado sempre será vertical, autoritária e impositiva. Eis, portanto, um dos fundamentos do atual Estado regulador, o qual possibilitará, através da criação desses órgãos, o alcance de equilíbrio entre os interesses divergentes.

Isto decorre do fato de que o Estado regulador proporciona uma interação horizontal e negocial com os agentes privados, de maneira a defender o interesse público paralelamente à preservação das relações econômicas (MARQUES NETO, 2011, p. 88).

O Estado Regulador advém para suprir a assimetria informacional característica dos sistemas político e econômico, bem como a carência de legitimidade dos espaços de representação política tradicionais. Almeja-se, assim, conferir legitimidade democrática às decisões que devem ser tomadas no seio do Estado para se atingir finalidades públicas essenciais.

Necessário, desse modo, entender a regulação econômica juntamente com a regulação social, principalmente quando se analisa o art. 170, da Constituição Federal, a qual busca jungir a promoção da ordem econômica com os valores da justiça social e tutela de uma existência digna.

Por conseguinte, através de normas fixadoras de determinadas condutas e de métodos de fiscalização, exerce-se o controle sobre as atividades econômicas e das atividades sociais não exclusivas do Estado, visando a tutela e promoção do interesse público (DI PIETRO, 2004, p. 22).

Paralelamente à manutenção das relações econômicas, o Estado regulador deve atuar na defesa do interesse público. Busca-se, portanto, a satisfação de um resultado prático, primando pelo interesse público com o menor sacrifício possível aos demais direitos constitucionalmente protegidos (MOREIRA NETO, 2014, p. 193).

Por tudo o exposto, pode-se sintetizar as principais características do Estado Regulador contemporâneo nos seguintes pontos: i) a transferência de atividades desenvolvidas pelo Estado para a iniciativa privada; ii) intervenção indireta, através da utilização de instrumentos políticos e normativos, visando a promoção do interesse público; iii) a existência de subsistemas que carecem de uma regulação específica e dinâmica; iv) a busca da legitimidade e respaldo popular das normas expedidas e das decisões tomadas pela administração pública, através da institucionalização de instrumentos de participação; v) o incentivo de adoção de vias alternativas à resolução de conflitos, a exemplo da negociação e mediação e vi) a ênfase na ponderação entre os interesses sociais, econômicos e políticos.

## 2.2 Regulação e o atual Estado Democrático de Direito no Brasil

A derrocada do Estado do Bem-Estar Social e o advento do Neoliberalismo ecoaram no Brasil sob a forma de um processo de desestatização e liberalização, posto a percepção de que a propriedade estatal e o controle público não se confundem (MAJONE, 2004, p. 7). Desta feita, como já afirmado, houve a mitigação da intervenção estatal na economia e a ascensão do Estado Regulador, caracterizado pelo seu poder normativo e concretizado por meio das agências reguladoras.

Segundo Justen Filho, o Estado Regulador consiste em uma organização institucional relacionada às concepções de Estado de Direito. Isso porque um dos principais pressupostos do Estado Regulador é a supremacia do Direito sobre a atuação política, ou seja, a submissão do Estado ao próprio Direito (2002, p. 16).

Por sua vez, a própria regulação harmoniza-se com o ideal de Estado Democrático de Direito, no qual uma nação organiza-se juridicamente em torno de uma Constituição e leis, fruindo os representantes de aprovação popular, mas sendo limitados por direitos e garantias providas pelo próprio ordenamento (FIGUEIREDO, 2011, p. 35).

No ordenamento constitucional brasileiro, a função regulatória é expressa nos artigos 21, inciso XI; 174, *caput* e 177, §2º, do diploma supra. No primeiro dispositivo, há explícita indicação do despontamento do Estado regulador no Brasil, o qual deve exercer a fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica.

Enquanto isso, nos dois últimos há clara determinação de criarem-se dois órgãos reguladores para atuar, respectivamente, perante os serviços de telecomunicações e em face às atividades relacionadas com petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Não obstante, além da ANATEL e da ANP, foram criadas outras agências, como a ANEEL, a ANVISA e a ANTAQ.

Trata-se, portanto, de uma nova estrutura institucional fundada a partir de critérios mais democráticos e menos burocratizados, de maneira a primar pela eficiência. Daí a inserção do princípio da eficiência no art. 37, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 19/98, fazendo-se acompanhar do princípio da publicidade, os quais, conjuntamente, amparam o direcionamento que a Administração Pública deve possuir, inclusive quanto à função regulatória estatal.

Assim, destaca-se no contexto da reforma do Estado alguns aspectos principais, quais sejam: i) a ênfase na decisão por meio de órgãos colegiados; ii) autonomia decisória

dos órgãos de regulação; iii) aumento do poder normativo no âmbito dessas autarquias e iv) a criação de instrumentos que viabilizem a participação popular nos processos decisórios dos órgãos regulatórios (MATTOS, 2006, p. 144).

A partir desses aspectos *supra*, Mattos conclui que houve a construção de um novo *locus* de poder decisório e elaboração de políticas públicas, através de um espaço que possibilita uma nova dinâmica decisória, haja vista “a institucionalização da participação popular na definição do conteúdo da regulação” (2006, p. 145), com possibilidade de *accountability* horizontal ao Poder Legislativo.

Há, desta feita, uma menor centralização e maior abertura do processo decisório dentro das agências reguladoras, através das consultas e audiências públicas. Discute-se, então, o nível de efetividade das normas que viabilizam uma maior democratização no âmbito da Administração Pública.

Compreende-se a ocorrência de uma reestruturação estatal no sentido de criar um equilíbrio entre os interesses sociais, econômicos e políticos. Não se busca uma prevalência absoluta de cada um deles - de modo a evitar a maximização dos resultados por um só agente -, mas a proteção tanto da livre-concorrência e iniciativa privada, quanto do interesse público, garantindo, ademais, o controle social sobre os atos administrativos.

Existe, por conseguinte, um dever de proporcionalidade e ponderação de interesses, sendo estes princípios legitimadores do próprio Estado (CYRINO, 2010, p. 53). Isso decorre da própria existência de inúmeros princípios que informam a ordem econômica e constitucional, os quais algumas vezes somam-se, ao passo que em outras são conflitantes.

Assim, a regulação estatal deve compatibilizar e sopesar os reclames dos setores sociais e do Estado, bem como pautar-se nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, conferindo racionalidade ao sistema.

A partir do próximo capítulo, coaduna-se as principais características do Estado Regulador com o ideal de Estado desenvolvimentista, por meio do qual, além do desenvolvimento econômico e financeiro, visiona-se o desenvolvimento do ser humano, inevitavelmente relacionadas com suas liberdades e garantias fundamentais (TAVARES, 2006, p. 65).

### **3 DESENVOLVIMENTO, DEMOCRACIA, REGULAÇÃO ECONÔMICA E EFICIÊNCIA**

A noção de desenvolvimento sofreu várias modificações ao longo dos séculos. No século XVI, o desenvolvimento era encarado como algo dependente e vinculado do poder estatal; com o advento das ideias liberais, imbricou-se o ideal de desenvolvimento ao poder econômico, o que enfatizado pelo marxismo e a sua análise econômica das sociedades (OLIVEIRA, MENDONÇA e XAVIER, 2008, p. 65).

Entretanto, a partir do Estado do Bem-Estar Social começou-se a perceber uma limitação do conceito economicista, carecendo de um exame à luz de fatores não econômico (OLIVEIRA, MENDONÇA e XAVIER, 2008, p. 65), mas históricos, sociais e antropológicos, por exemplo.

No âmbito internacional sobressai a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1986. O documento considera o direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável, enquadrando a pessoa humana como o centro deste desenvolvimento, devendo dele participar ativamente, livre e significativa.

Além disso, reconhece que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população, devendo os Estados criarem condições nacionais e internacionais favoráveis a sua realização (ONU, 1986). Por sua vez, na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 1993, adotou-se a Declaração e Programa de Ação de Viena, no qual reafirma-se o direito ao desenvolvimento como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais (ONU, 1993).

Conseqüentemente, a Constituição brasileira de 1988 fez algumas referências a este direito. Inseriu-o no preâmbulo como um dos elementos que o Estado Democrático de Direito deve assegurar, bem como no art. 3º, da Carta, no qual a garantia ao desenvolvimento nacional é apontada como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

A União, por outro lado, possui a competência de “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 21, IX, da Constituição Federal). O termo, em suma, reaparece em diversos

dispositivos constitucionais, cabendo, neste diapasão, apresentar o melhor entendimento deste conceito para os fins deste trabalho.

Amartya Sen encara o desenvolvimento como um meio de expansão das liberdades substantivas, implicando na remoção de restrições de liberdade que podem afetar membros da sociedade (SEN, 1999, p. 17 e 49). Assim, deve-se retirar os entraves sociais e econômicos que obstam o indivíduo de exercer a sua cidadania, favorecendo a efetivação dos direitos civis e políticos, os quais permitem a participação dos indivíduos em debates públicos.

Entende-se, portanto, que estas liberdades importam tanto como razão avaliatória do progresso econômico, quanto como razão de eficácia, no sentido de que o desenvolvimento depende da existência das liberdades substanciais (SEN, 1999, p. 18). Neste diapasão, as liberdades substantivas constituem um meio ao desenvolvimento, sendo instrumento para o alcance deste, mas também são garantidas e fortalecidas pelo próprio desenvolvimento (DUARTE JÚNIOR, 2013, p. 175).

As liberdades são, portanto, um meio e um fim do desenvolvimento (SEN, 1999, p. 53), de maneira que os indivíduos devem estar envolvidos neste processo, agindo ativamente como agente propulsor e beneficiário deste desenvolvimento.

Quanto ao papel instrumental da liberdade, Amartya Sen considera haver cinco tipos, quais sejam: i) as liberdades políticas; ii) as facilidades econômicas; iii) as oportunidades sociais; iv) garantias de transparência; v) segurança protetora (SEN, 1999, p. 11). Neste trabalho, confere-se ênfase às liberdades políticas, as quais estão diretamente relacionados com a argumentação aqui desenvolvida.

Segundo o autor supra, as liberdades políticas consistem nas oportunidades concedidas aos indivíduos de escolher quem deve governar e com base em quais preceitos, bem como nos meios de fiscalização e de promoção de críticas às autoridades e à gestão, ou seja, a liberdade de expressão política (SEN, 1999, p. 55). O autor complementa com a ideia do papel “instrumental” da democracia, sustentando que os direitos políticos e civis conferem oportunidades às pessoas de chamar atenção para necessidades gerais, exigindo uma conduta pública imediata.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2009, p. 126), democracia é “um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta e indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”.

Complementa essa noção, o ensinamento de Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 40), o qual se preocupa com a “participação dos cidadãos no processo de decisões políticas”, pugnando que a “autonomia pública” como cerne da democracia, de maneira que as normas apenas serão legítimas se os seus destinatários participam de sua elaboração.

É perceptível, desta feita, que o ideal de democracia encontra-se intimamente relacionado com o instituto da legitimidade, o qual pode ser entendido também como um meio de justificar o exercício de determinado poder. Nesse sentido, de Max Weber (*apud* HABERMAS, 2003, p. 96) aduz que as ordens sociais somente podem obter durabilidade se legítimas.

Ademais, a Constituição brasileira condensa o ideal de democracia e a legitimidade no princípio da soberania popular, disposto no art. 1º, parágrafo único, da Carta Magna, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

As liberdades políticas elencadas por Amartya Sen consistiriam, por sua vez, na expressão procedimental da democracia, sendo meios de alcançar uma legitimidade material às decisões governamentais. Desta feita, a liberdade política seria essencial à manifestação e alargamento das liberdades substantivas, relacionadas com a legitimidade material do Estado, ou seja, com o respeito e promoção dos direitos fundamentais (DUARTE JÚNIOR, 2013, p. 176-177).

Estas liberdades políticas exigem, assim, uma participação mais efetiva da sociedade, por meio da deliberação, controle e fiscalização, sendo esta atuação uma responsabilidade dos indivíduos enquanto beneficiários dos direitos civis e políticos.

Piovesan aponta as três dimensões do direito ao desenvolvimento: i) a importância da participação, com ênfase no elemento democrático, na transparência e na possibilidade de *accountability*; ii) a proteção a necessidades básicas de justiça; iii) a necessidade de adotar programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional (2013, p. 53).

É fato, portanto, que a ideia de desenvolvimento abarca a questão do crescimento econômico, mas o supera, devendo atuar também na transformação das estruturas sociais, econômicas e institucionais (BERCOVICI, 2005, p. 53-55).

A democracia participativa é essencial ao desenvolvimento, de maneira que o sistema democrático calcado na representação não é suficiente para tornar efetiva a participação social, política e cultura dos grupos da sociedade que necessitam ser sujeitos do desenvolvimento, agindo ativamente.

O Estado Regulador insere-se neste ideal desenvolvimentista ao passo em que busca maior eficiência e legitimidade estatal. Isso porque incorpora distintas fundamentações e técnicas juspolíticas direcionados ao aperfeiçoamento da influência e dos controles sociais sobre o aparelho estatal, indicando uma reafirmação da democracia substantiva (MOREIRA NETO, 2003, p. 99), consoante exaustivamente retratado em tópico anterior.

A concepção de regulação econômica exprime, por conseguinte, o relacionamento entre a sociedade e o Estado no âmbito da economia. Este relacionamento é o que legitima a decisão do órgão regulador e deve ocorrer, consoante entendimento de Moreira Neto (2003, p. 182), através de um processo aberto e participativo, no qual os interessados tenham livre acesso.

A partir disso, tem-se as agências reguladoras como importante *locus* de promoção deste elemento participativo, haja vista seu papel regulamentador e fiscalizador. Assim é que sobressai a necessidade destas autarquias fornecerem informações claras e acessíveis, garantindo o direito à informação e a transparência necessária ao controle social, além de e fomentar a participação popular, a partir da instituição dos instrumentos viabilizadores desta. Daí poder-se afirmar que as agências reguladoras têm o papel de incrementar as chamadas liberdades instrumentais (OLIVEIRA, MENDONÇA e XAVIER, 2008, p. 80).

A compreensão deste papel responde ao questionamento acerca da falta de legitimidade das agências reguladoras, pois ao exercer as suas funções executivas, com respaldo em sua autonomia decisória, pode formular políticas contrárias aos interesses políticos dos agentes públicos eleitos democraticamente. Viabilizando-se, por sua vez, a participação dos interessados, as suas decisões tornam-se legítimas pela atuação direta da sociedade.

Sucessivamente, a expansão das liberdades individuais de um agente econômico não pode suprimir as liberdades de outros atores sociais, de maneira que os interesses do mercado não podem se sobrepor ao da sociedade (DUARTE JÚNIOR, 2013, p. 189), mas devem se harmonizar, evitando abusos de poder econômico.

Essas autarquias se propõe a atuar intramercado, ao equilibrar os interesses dos setores, fomentando a livre iniciativa e livre concorrência ao passo em que protege os consumidores; e extramercado, quando busca a concretização dos objetivos e garantias constitucionais (DUARTE JÚNIOR, 2013, p. 185-186).

Anote-se que um dos objetivos do Estado Regulador é produzir resultados eficientes. A participação popular consiste em fator de eficiência econômica, devido à percepção de que não há incompatibilidade entre mercado e democracia, mas uma relação de complementariedade.

Isso porque a democracia, ao mitigar a exclusão por razões de mercado, fortalece a legitimidade do sistema econômico; enquanto que o mercado possibilita maior adesão aos instrumentos democráticos ao limitar o poder da política sobre a vida das pessoas (PNUD, 2006, p. 193-195).

Tem-se, nesta tonada, que através da economia pode-se solucionar algumas problemáticas da cidadania, sendo que esta mesma economia deve estar sujeita ao poder político. As liberdades políticas, os direitos civis e os procedimentos participativos são o melhor caminho para assegurar estabilidade econômica, padrões trabalhistas e a sustentabilidade ambiental (PNUD, 2006, p. 194), por exemplo.

A participação popular promove a oitiva dos mais diversos interesses e poderes sociais, ou seja, otimiza-se a utilização da razão dos indivíduos-alvo das respectivas decisões administrativas, bem como equilibra-se as relações interprivadas.

Outrossim, sabendo-se que a legitimidade advém do consenso e da aceitação pública, quanto mais uma decisão for antecedida de debates junto à população, maior será sua eficiência prática, em decorrência da menor contestação, haja vista a existência de um processo de deliberação democrático maduro.

Majone bem coloca que as questões de eficiência podem ser colocadas como um jogo de soma positiva, no qual há a possibilidade de todos ganharem, desde que se encontre a solução correta. Assim, a escolha coletiva, em determinadas condições pode

ser eficiente, uma vez que todos os afetados adversamente pela decisão podem vetá-la (2004, p. 79).

Ocorre uma diminuição da assimetria de informações existentes entre as partes interessadas e os agentes responsáveis pela tomada de decisão, tornando a regulação mais eficiente, posto reduzir a possibilidade de prevalecimento de determinados interesses que possam prevalecer em razão da captura de agentes públicos por um determinado grupo (MATTOS, 2006, p. 160).

Destaque-se a desnecessidade de previsão legal específica referente ao controle social das agências reguladoras, tendo em vista a tutela concedida pela Constituição, de modo que cabe ao legislador infraconstitucional, bem como aos regimentos internos estabelecer os modos de acesso e os processos através do qual se dará a participação, de maneira mais ampla e efetiva.

Por tudo o exposto neste tópico, percebe-se uma modificação nas estruturas de relacionamento entre o Estado, suas instituições, os agentes econômicos e da sociedade civil, estabelecendo um complexo sistema de relações e responsabilidades entre os atores que possuem a competência decisória e os destinatários destas decisões (MOREIRA NETO, 2003, p. 211-212).

Em suma, esta ênfase nos instrumentos de consensualidade advém da necessidade de: i) de aperfeiçoar a governabilidade através do aumento da eficiência; ii) mitigar as possibilidades de abuso de poder; iii) conferir maior aceitação das decisões tomadas; iv) proporcionar um melhor atendimento aos interesses conflitantes e v) robustecer a percepção de responsabilidade por parte dos administrados sobre os bens públicos (MOREIRA NETO, 2003, p. 110).

A tendência é que o desenvolvimento institucional desemboque em maior controle e exigência dos administrados perante a Administração Pública, promovendo uma melhor tutela dos direitos fundamentais. A inserção, adaptação e aperfeiçoamento dos instrumentos de participação popular faz parte, portanto, do processo de democratização das instituições estatais, conferindo-lhes maior legitimidade material.

#### **4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA: A CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO ATUAL REGIME CONSTITUCIONAL**

A partir do século XIX ocorre o aperfeiçoamento da “teoria da democracia” com ênfase no sistema representativo e liberal, calcado nos estudos de Bentham, Mill e Rousseau (PEREZ, 2004, p. 28), no qual se enfatiza a autoridade da lei e as eleições como meios para a expressão da vontade popular.

Havia, assim, a primazia do princípio da legalidade, do devido processo legal e, por conseguinte, do Poder Legislativo. A legitimidade estaria atrelada ao formalismo procedimental da elaboração das normas, de maneira que a soberania popular é traduzida na prática pela soberania da positividade jurídica (DUARTE JÚNIOR, 2013, p. 56-57).

Apesar das contradições apresentadas pelo Estado Liberal, o qual primava apenas por uma liberdade formal, um importante resultado da democracia representativa consistiu na relevância conferida ao sufrágio, na expansão das liberdades individuais e proteção de determinados direitos fundamentais.

Nusdeo aponta algumas falhas do Estado Liberal mormente na seara econômica, quais sejam: a inexistência de mobilidade de fatores; a concentração econômica; a falta de incentivo para a produção de bens coletivos e, em destaque, para os fins deste trabalho, a falha no acesso de informações relevantes (2001, p. 139), ou seja, a falta de transparência.

No decorrer do século XX passa-se a querer conciliar a intervenção do Estado no domínio econômico e social com o liberalismo, utilizando os mesmos instrumentos de controle popular sobre a arbitrariedade estatal. A partir daí começa a surgir as falhas da democracia representativa.

O passo seguinte ao liberalismo, qual seja, o estabelecimento do Estado de Bem-Estar acarretou o agigantamento da Administração Pública, cada vez mais voltada à promoção do desenvolvimento econômico e tutela dos direitos sociais, de modo que a vida da população era permeada da presença do Estado, conferindo maior complexidade à sua atuação.

O fortalecimento do Executivo deveu-se também ao aumento da burocracia, o que se mostrou um problemático vetor à ineficiência estatal. Por outro lado, o Poder

Executivo, através da edição de atos normativos passou a utilizar a técnica da deslegalização, robustecendo a crise da lei formal e, conseqüentemente, da democracia representativa.

Ocorre que este modelo de Estado não foi capaz de galgar níveis de eficiência satisfatórios, nem de promover a justiça social, além de persistir uma falta de legitimidade material das decisões, muitas vezes em razão de interesses políticos.

As práticas de corrupção dentro da burocracia estatal também contribuíram para uma mudança do modelo de Estado. Houve, portanto, uma crise de valores e de confiança diante de uma burocracia corrupta que não conseguia suprir as necessidades sociais e cumprir as políticas públicas estabelecidas.

Evidenciou-se, concomitantemente, a crise da democracia representativa pela análise dos seguintes aspectos: i) oligarquização dos partidos políticos; ii) excessiva profissionalização da política; iii) desinteresse dos eleitores em participar da política; iv) incapacidade dos parlamentares de apontar e resolver os complexos problemas econômicos e sociais; v) pouca educação política dos eleitores; vi) patente abuso de poder econômico relegado à impunidade; vii) influência prejudicial da mídia; viii) personalização exagerada do processo eleitoral; ix) concentração de poderes nas mãos do Executivo; x) cerceamento de debate parlamentar mediante edição de atos normativos pelo Executivo (PEREZ, 2004, p. 31).

Mattos aduz que as desigualdades de condições de acesso dos cidadãos em torno dos canais de circulação de poder político são acentuadas nos modelos representativos, tendo em vista a própria representação dos interesses políticos dos cidadãos não ser satisfatória através de partidos políticos (2006, p. 57). Esta situação agrava-se pela precariedade dos mecanismos de *accountability* vertical e horizontal, bem como das vias de participação social (MATTOS, 2006, p. 57-58).

Destaque-se que a problemática da democracia representativa encontra-se tanto no momento das eleições, mormente em razão da prática de abuso de poder econômico, quanto no momento posterior a este, no qual a participação direta dos cidadãos desemboca em uma insignificante participação dos cidadãos no processo de elaboração de políticas públicas (MATTOS, 2006, p. 162-163).

Isto desencadeia uma situação em que a maior parte da população torna-se alheia aos processos políticos, ao passo que alguns grupos começam a atuar junto aos representantes do povo para satisfazer seus interesses, galgando sucesso nesta empreitada pela própria falta de fiscalização popular. Trata-se de um círculo vicioso, no qual se perpetua a predominância dos interesses de determinados grupos econômicos e políticos.

A crise supra mencionada juntamente com a crise da lei formal e o aumento do poder decisório da Administração Pública e da proliferação de autoridades administrativas independentes impulsionaram a tendência da participação social nos processos de formulações de decisões administrativas (BINENBOJM, 2014, p. 78). Trata-se do que Canotilho denomina de “democratização da democracia” (1993, p. 410).

O Estado Regulador, como já explicado anteriormente, foi um modelo propício à institucionalização destas formas de participação popular. O *déficit* democrático deveras referido quando se fala das agências reguladoras é real apenas no momento em que se analisa a questão pelas lentes do modelo de democracia representativa, bem como a partir da não implementação dos instrumentos de participação popular no âmbito dessas autarquias, ou seja, da omissão da Administração Pública que não viabiliza a efetivação da sua democratização.

A própria delegação legislativa característica do Estado Regulador carece de um maior controle democrático, a fim de que alguns dos erros que fizeram o *Welfare State* ruir também não elimine o ideal fundamentador da regulação.

É por meio do Direito que se estabelece os fundamentos de instituições e procedimentos garantidores de interesses da sociedade civil, em razão da própria internalização deles no sistema jurídico.

Com a Carta Constitucional de 1988 fundou-se o Estado Democrático de Direito, dentro do qual se estabeleceu o modelo regulatório. Este Estado estrutura-se e legitima-se na conjugação dos direitos fundamentais com a democracia, os quais devem interagir a partir de uma relação de interdependência ou reciprocidade (BINENBOJM, 2008, p. 46), buscando a proteção da dignidade humana.

Bonavides defende que a evolução do constitucionalismo representativo deve ser a formação de uma teoria constitucional que faz do cidadão a medula da legitimidade de todo o sistema (2001, p. 35).

O autor aduz que deve nascer uma Nova Hermenêutica Constitucional, fundada em valores, por meio do qual as instituições hão de achar a concretude da democracia participativa (BONAVIDES, 2001, p. 36-37).

No âmbito da Constituição brasileira destaca-se que o princípio democrático informa o espírito constitucional, sendo, *prima facie*, enfatizado nas indicações valorativas do preâmbulo, no qual se insere as diretrizes da unidade da Carta, abrindo caminho para uma nova hermenêutica jurídica (BONAVIDES, 2001, p. 40).

Logo em seguida, o art. 1º do texto constitucional infere a formação de um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania e no pluralismo político, onde todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Assim, não há que se pensar que a atuação dos cidadãos na esfera pública resume-se às normas contidas no art. 14, da Constituição, o qual está adstrito principalmente ao modelo representativo.

Desta feita, o art. 37, §3º, da Carta Magna, bem expõe o espírito constitucional de tutela e promoção do modelo participativo ao possibilitar a participação do usuário na Administração Direta e Indireta, fixando a disciplina e regulamentação desta previsão por lei.

Ademais, os arts. 194, VII; 29, X; 198, III; 204, II; 227, §1º, da Constituição Federal, por exemplo, asseguram o caráter democrático e descentralizado da Administração, evidenciando a participação da sociedade, seja no âmbito da seguridade social, da organização municipal, dos serviços públicos de saúde, da assistência social ou da educação.

Tem-se, assim, que a norma democrática enraíza-se por todo o texto constitucional, direta ou indiretamente, seja estabelecendo a soberania ou a tutela dos direitos fundamentais, bem como fixando normas específicas.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, colaborou com a definição desses novos propósitos e espíritos constitucionais à medida em que inseriu uma noção mais democrática da gestão pública, bem como de uma Administração mais horizontal e descentralizada, centrando-se no princípio da juridicidade e tendo como núcleo fundamental a dignidade da pessoa humana, ou seja, a figura humana e o seu desenvolvimento.

Por outro lado, consoante bem coloca Duarte Júnior (2013, p. 157), não se pretende com essa nova concepção democrático-constitucional chegar a uma solução utópica da implementação de um modelo ateniense, mas defende-se a racionalização da participação direta ou semidireta de parcela da população interessada dentro da regulação quando esta é necessária e possível. Destaca, ainda, a utilização de ferramentas contemporâneas, a exemplo da *internet*, por meio da qual se pode aproximar o Estado da sociedade e promover espaços deliberativos.

A questão participativa constitui um reclame da evolução da sociedade, perante a qual o Direito não pode restar omissivo, devendo fornecer as bases da transposição do modelo representativo para o da deliberação, de maneira a cumprir o papel social da ciência jurídica.

Como corolário deste contexto exposto, Binjenbojm aponta para a chamada “processualização” da atividade administrativa, por meio da qual se pretende o respeito e promoção ao direito do devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa (2008, p. 55). Além disso, possibilita que a Administração tenha o conhecimento pregresso das repercussões de uma medida a ser implementada e alcançar um nível mais elevado de consensualidade, legitimação de suas decisões (BINENBOJIM, 2008, p. 55).

Na Inglaterra e nos Estados Unidos viabiliza-se a participação no âmbito da Administração a partir das fórmulas: “right to a fair hearing” e “right to a consultation”, os quais aplicam-se também junto às agências de regulação como garantias processuais (BINENBOJIM, 2008, p. 56).

A fim de promover a “processualização” ou a maior democratização do processo decisório da Administração Pública deve-se partir ao estudo dos institutos ou instrumentos de participação popular.

Estes podem ser entendidos como aqueles os quais oportunizam a integração direta ou indireta dos cidadãos integrantes de todos os seguimentos sociais ou de todos aqueles que possuem interesse na questão. Os mais frequentes são: os conselhos, comissões e comitês participativos; o orçamento participativo; a audiência e a consulta pública.

No âmbito das agências reguladoras destaque-se a utilização dos dois últimos institutos, os quais, por sua vez, não precisam estar previstos na lei que criou a autarquia, tendo em vista a garantia constitucional expressa, como explicitado supra.

A audiência pública ocorre na fase instrutória do processo decisório e consiste na realização de uma sessão pública, na qual se oportuniza a participação dos interessados e onde haverá o esclarecimento e debates de todos os aspectos e problemas referentes à determinada problemática (PEREZ, 2004, p. 168). Entende-se que a realização desta é formalidade essencial, de maneira que a omissão da Administração Pública invalida todo o procedimento.

Estas audiências, assim, devem respeito aos princípios constitucionais do devido processo, ampla defesa e contraditório. Além disso, deve ser oportunizado o acesso a todos os interessados, preservando a isonomia dos administrados, e a pauta da reunião deve ser divulgada ampla e previamente (PEREZ, 2004, p. 171).

A autoridade pública que preside a sessão, por sua vez, deve conduzi-la de acordo com os princípios da abertura, lealdade e imparcialidade (PEREZ, 2004, p. 172). Há a possibilidade, ademais, de os participantes juntarem documentos e requerer oitiva de testemunhas, assim como é possível a suspensão do procedimento para produção de provas.

Demais princípios processuais, como o da economicidade e celeridade devem ser aplicados também, tendo em conta que o fim da audiência é elaborar atos legítimos, consoante o interesse público; possibilitarem aos interessados influírem no processo e diminuir o risco de erros da decisão, conferindo maior eficiência (PEREZ, 2004, p. 174).

Por sua vez, a consulta pública é mais simples que a audiência, não possuindo debates orais, nem muitas formalidades, além de ser feita individualmente nos limites do prazo fixado. Consiste na divulgação prévia de minutas de atos normativos de interesse geral, a partir da qual os interessados fornecem críticas, sugestões, tiram dúvidas ou requeiram informações (PEREZ, 2004, p. 176-177).

Toda a consulta deve ser respondida de maneira pública, a fim de motivar, instruir e fundamentar a decisão a ser tomada. Outrossim, não pode haver modificação da matéria colocada em questão, pois de outro modo haveria a necessidade de reinício do procedimento (BINENBOJM, 2008, p. 115).

O Projeto de Lei nº 3.337/04 (Lei geral das agências reguladoras) propõe-se a introduzir a obrigatoriedade de realização de consulta pública antes da tomada de decisão sobre questão relevante, destacando a utilização da *internet* para ampliar o acesso e torná-lo mais eficiente (DUARTE JÚNIOR, 2013, p. 228), de maneira a ir além da restrita publicação no Diário Oficial.

Perceptível, desta feita, que os instrumentos de participação popular descritos primam pela participação popular e pelo pluralismo, garantindo a presença de diversos setores da sociedade durante o processo de elaboração da norma ou decisório (CASTRO, 2006, p. 51).

## 5 CONCLUSÃO

O Estado Regular possui fundamentos no Estado Democrático de Direito, o qual estrutura-se a partir dos direitos fundamentais e da democracia. Desta feita, um dos pilares do modelo regulatório deve ser a democracia, a qual abarca a possibilidade de exercer-se competências estatais sem que para isso os sujeitos tenham sido eleitos pelo povo.

Importante, pois, a institucionalização de *locus* de poder decisório e elaboração de políticas públicas, a exemplo de conselhos e comitês, bem como o estímulo à realização de audiências e consultas públicas, de maneira a transcender a obrigação formal, conferindo concretude ao princípio participativo. Dessa maneira, visa-se dar uma resposta mais célere e legítima aos reclames sociais ou econômicos.

Há muito discute-se acerca da legitimidade democrática dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras. Isso porque, os dirigentes das agências reguladoras não foram escolhidos através do voto popular, de maneira que, tendo em conta a repercussão das suas decisões sobre a vida da população em geral, passou-se a indagar se este poder seria legítimo e, se sim, qual seria a maneira de controlá-lo.

A partir de todo o exposto, é possível inferir que tal objeção não deve prosperar posto que a criação dessas autarquias especiais estimulou a participação da sociedade nos processos de elaboração das decisões administrativas. O Estado Regulador é, portanto, um modelo propício à institucionalização da participação popular.

Arguir-se o *déficit* de legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras apenas tem sentido quando se examina a questão a partir dos pressupostos da democracia representativa ou no momento em que a Administração Pública omite-se na implementação dos instrumentos de participação popular.

As agências reguladoras, a partir da institucionalização de *locus* de poder decisório, viabiliza uma interação horizontal e negocial entre os interesses apresentados pelos agentes do subsistema jurídico, político ou econômico. Permite-se, assim, a existência de uma certa dialogicidade, de modo a harmonizar as pretensões conflitantes.

O poder normativo das autarquias especiais em comento é considerado a partir da “processualização” da atividade administrativa, a qual deve possibilitar a instauração de procedimentos consensuais, com base no devido processo legal, na ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal), bem como no princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal)

Os pontos destacados no presente trabalho também possuem lastro em uma interpretação sistemática da Constituição Federal, perpassando pelos dispositivos que conferem o direito de petição (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal), bem como àqueles que contém o cerne do princípio democrático, da cidadania e do pluralismo político (art. 1º, parágrafo único, incisos II e V da Carta Magna).

Destaque-se que os aspectos explicitados no estudo coadunam-se com a noção de Desenvolvimento elaborado por Amartya Sen, o qual vai além da necessidade de crescimento econômico. Vislumbra-se o desenvolvimento do ser humano, inevitavelmente relacionadas com suas liberdades e garantias fundamentais, notadamente a liberdade política.

O presente trabalho contribui na discussão acerca da legitimidade democrática das agências reguladoras ao inseri-la no âmbito do Direito e Desenvolvimento e ao relacionar o modelo regulatório com a tendência de democratização da Administração Pública. A junção desses aspectos confere um novo olhar ao poder normativo dessas autarquias especiais, acrescentando mais um fundamento à defesa de sua legitimidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 119-147. Vol. 3.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MARCELO, Figueiredo. **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativo regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Econômico: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 19-50.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. **Democracia Participativa e Regulação Econômica: uma questão de legitimidade**. 2013. 289 f. Dissertação (Mestre) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 4ª ed, 2011, p. 35.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros. 11ª ed., 2006.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre factividade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador. In: STIGLER, George Joseph; PRADO, Mariana Mota; MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72-98.

\_\_\_\_\_. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n.33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense. 16ª ed., 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Org.: Fabiano André de Souza Mendonça; Vladimir da Rocha França; Yanko Marcus de Alencar Xavier. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>. Acesso em: 10 de out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%2>

OMundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 01 de nov. 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PNUD (Org.). **A democracia na América Latina**. 2006. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/pdf/TextoProddal.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método. 2ª ed., 2006.