I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos

Janaína Rigo Santin

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-026-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública III, durante o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020. Cabe ressaltar a magnitude do evento diante do momento presente, no qual vivenciamos uma das maiores pandemias da história - a Covid-19. E mesmo diante de tantas adversidades atingiu seu escopo com grande sucesso. O encontro ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, reunindo um amplo, qualificado e diversificado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com produções científicas marcadas pela destacada pertinência acadêmica e substancial importância empírica.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISES. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 20 (vinte) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares. Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Discricionariedade administrativa e segurança jurídica; Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise do controle judicial da atuação administrativa discricionária sob a luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do Direito Administrativo (Cleonácio Henrique Afonso Silva, Davi Prado Maia Oliveira Campos e Daniel Ferreira dos Santos); 2) Espetacularização do Controle e o Déficit de eficiência nas políticas de desapropriação (Sílzia Alves Carvalho e Daniel Lopes Pires Xavier Torres); 3) Limites Impostos pela

LINDB ao poder sancionador exercido pela Corte de Contas potiguar(José Anderson Souza de Salles); 4) O perigo do controle judicial sobre os atos normativos regulatórios discricionários das agências reguladoras federais, quando exorbita a sua legitimidade constitucional de atuação e substitui o administrador (Carolina Feitosa Cruz Cabral); 5) O assédio moral na Administração Pública como ato de improbidade: o direito à dignidade humana no trabalho (Marlisa Ramos de Oliveira, Giovana Tognolo Vilela Macedo e Felipe Pedroso dos Santos); 6) Das sanções administrativas no âmbito das licitações (Renata Souto Rocha e Sarah Lara Alves Martins); 7) O controle (não) consensual dos acordos firmados na fase inquisitória e preparatória à ação de improbidade administrativa (Flávia Baracho Lotti Campos de Souza), e 8) A responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos frente aos seus usuários: uma análise crítica sobre o tema (Sandro Eduardo Roussin Soares).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e enfretamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo Discricionariedade administrativa e segurança jurídica, foram apresentados os trabalhos 1) Discricionariedade administrativa: o conceito de interesse e a falsa concepção da supremacia a priori do interesse público (Sérgio Augusto Veloso Brasil); 2) Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper (Gláucia Milagre Menezes e Ricardo Torres Oliveira); e 3) Segurança Jurídica e estabilização na interpretação de normas de conteúdo indeterminado na atividade administrativa (Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro e Ivan Lira de Carvalho). Assim, o administrador público, com intuito de proporcionar a prestação de serviços à sociedade civil não pode afastar-se da necessária e imprescindível submissão aos termos legais e constitucionais. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública, com um conjunto de 9 (nove) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) O direito ao erro do administrador público e o dever de precaução (Fernando Angelo Ribeiro Leal); 2) Regulação paternalista em tempos de pandemia (André Martins Bogossian); 3) O princípio da eficiência na atividade regulatória brasileira (Ana Flávia Lins Souto); 4) A força normativa das agências reguladoras no Estado brasileiro: similitudes e diferenças do modelo americano (Kelly Helena Santos Caldas, Miriam Coutinho de Faria

Alves e Tâmis Hora Batista Fontes Couvre); 5) A aplicação analógica da nova Lei Geral das Agências Reguladoras ao regime especial de autarquias tradicionais (Daniela dos Santos Ferreira de Almeida); 6) Exigibilidade constitucional da sustentabilidade nas contratações públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência (Salete Oro Boff e Dionis Janner Leal); 7) Controvérsia na aplicação da obrigatoriedade de contratação dos egressos do sistema prisional nas licitações públicas (Melissa Lara Andrade); 8) Gestão de Parques Urbanos Municipais por particulares; reflexões sobre a utilização da concessão de serviço público à luz da experiência do município de São Paulo (Juliana Patricio da Paixão) e 9) A competência do Poder Executivo estadual para decretar o fechamento de rodovias e aeroportos durante o estado de calamidade (Lucas Fagundes Isolani e Rafael Clementino Veríssimo Ferreira). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

Nota técnica: O artigo intitulado “Reflexão sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito "Instituições Sociais, Direito e Democracia" - Universidade FUMEC, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública III apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme

previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ATIVIDADE REGULATÓRIA BRASILEIRA

THE EFFICIENCY PRINCIPLE IN BRAZILIAN REGULATORY ACTIVITY

Ana Flávia Lins Souto [1]

Resumo

Este artigo aborda o princípio da eficiência inserido como princípio da Administração Pública na Constituição Federal de 1988, analisando a sua relação com a atuação das agências reguladoras. Trata também a influência que este princípio tem com a fiscalização e gerenciamento das atividades das agências reguladoras, haja vista que as agências devem ter amparo nos demais princípios da Administração Pública.

Palavras-chave: Princípio da eficiência, Agências reguladoras, Constituição federal, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the principle of efficiency as an inserted principle of Public Administration in the Federal Constitution of 1988, analyzing its relation to the performance of the regulatory agencies. It also addresses the influence that this principle has with supervision and management of the activities of regulatory agencies, given that agencies should take shelter in other principles of public administration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Efficiency principle, Regulatory agencies, Federal constitution, Public administration

[1] Professora Adjunta da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da eficiência possui o objetivo de garantir que a Administração Pública promova o aperfeiçoamento dos serviços e atividades prestadas, buscando melhorar os resultados e prestar o interesse público com um maior grau de adequação, eficácia e satisfação.

Em seguida o trabalho abordará as agências reguladoras no Brasil. O seu surgimento, o processo de evolução, o que influenciou a criação dessas agências, para que serve, em que ajuda a Administração Pública.

O artigo tem como objetivo geral analisar a eficiência da atividade regulatória no Brasil, apontando as ineficiências e sugerindo o que pode ser feito para melhoria dessa atividade. Foi utilizada como método de abordagem o método dedutivo, haja vista que primeiro analisamos o princípio da eficiência e em seguida estudamos a atividade regulatória e seus avanços no Brasil.

Para que isso ocorra faz-se necessário tecer um breve histórico, desde a criação do Estado e o por quê foi criado o Estado, até os dias atuais. Vale ressaltar que se fez necessário a criação do Estado, para se evitar o fim da humanidade, tendo em vista que não existiam regras, nem leis que regulavam a sociedade então sempre que ocorria alguma demanda vencia o mais forte e nem sempre o mais forte é quem possui a razão, foi através desses conflitos que surgiu o Estado, que possui como escopo principal a criação de leis para por ordem na sociedade e esta viver com tranquilidade e quando surgir litígios a serem resolvidos cabe ao estado-juiz resolvê-las.

Por último se analisará o princípio da eficiência na atuação regulatória brasileira. Como nas atividades das agências reguladoras estão presentes algumas características, dentre elas: o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, eficácia e a busca da qualidade.

Considerando a atuação regulatória brasileira, o presente trabalho busca demonstrar a sua importância para a sociedade, como as agências interferem na prestação dos serviços as quais são responsáveis e qual o seu grau de influência na implementação de medidas necessárias para estabelecer padrões de qualidade nos serviços prestados.

É importante destacar que as agências reguladoras foram criadas no sentido de ajudar o poder público na prestação dos serviços públicos, visando à melhoria da

sociedade. É uma pessoa jurídica de direito público, que normalmente é criada sob a forma de autarquia especial podendo ser outro ente da administração indireta, possuindo como finalidade regular a atividade de determinado setor da economia do país. Marçal Justen Filho (2002), fala da importância de um Estado Regulador, afirmando que o Estado regulador presume o monopólio do Direito por parte do Estado, assim como a subordinação do Estado ao Direito, e que o Estado Regulador, só é apenas bem entendido quando se compreende a preponderância da ordem jurídica sobre a atuação política.

2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

2.1 PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Há uma predileção por tratar o termo princípio isoladamente do sistema normativo, devido a sua relevância, que é capaz de influenciar todos os demais elementos do sistema, assim assevera Rizzatto Nunes (2019). O termo princípio como regra, designa o início de algo, todavia, na seara jurídica, refere-se ao alicerce de uma norma, a existência da norma, assim como, a aplicabilidade da norma.

Para Aristóteles, princípio era uma atitude que gerava uma ação, que limitava os fenômenos sociais. Já, Cícero (apud DINIZ. 2019), entendia que os princípios serviriam para resolver casos novos. Com isso, verifica-se que, na Antiguidade, os princípios eram vistos como fonte de direito.

Entende-se por princípios como sendo as inovações de um sistema, que dá um sentido lógico na compreensão de seu modo de organizar-se, assim é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld (2017): “Os princípios são as idéias de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.”.

Miguel Reale (2009) afirma que os princípios gerais de Direitos são enunciados normativos de valor genérico, que orientam o entendimento do direito, assim como auxiliam na sua aplicação e integração. Já, Sílvio Venosa (2016), acredita que os princípios são uma regra de convivência.

Princípio é diferente de norma, devido pertencer a um plano anterior as normas, os princípios auxiliam as normas na sua existência e aplicação. No sistema jurídico brasileiro, há princípios constitucionais que se aplicam a todo o sistema; e, também, há

os princípios infraconstitucionais que se aplicam a partes menores do sistema.

Conclui-se, portanto, que os princípios são deveras relevantes ao direito contemporâneo. A coesão, harmonia e padronização de entendimentos se observam com a utilização dos princípios.

2.2 SURGIMENTO DESSE PRINCÍPIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Princípio da eficiência é que estabelece a todo agente público para realizar as suas obrigações com presteza, perfeição e rendimento funcional. Este princípio foi imposto no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, quando estabeleceu todo o funcionamento público ao controle de "qualidade", obrigando aos agentes públicos, a realização dos serviços públicos com eficiência. Este princípio foi inserido no rol do artigo 37 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Para Eros Grau (2018, p. 194-196), o princípio da eficiência na Administração Pública teve uma grande valorização, haja vista que não é do interesse público possuir uma Administração Pública ineficiente. A publicidade dos atos adquiriu normatividade, passando a ser um princípio respeitado por todo o ordenamento jurídico.

O princípio da eficiência apresenta dois fundamentos: o primeiro, quando se refere à atuação dos agentes públicos, que deve desempenhar suas atividades de forma a se alcançar o melhor resultado; o segundo, diz respeito à maneira de organizar a Administração Pública, com o objetivo de alcançar os melhores resultados na realização dos serviços públicos.

É necessário que se diga que eficiência é diferente de eficácia e efetividade. Por eficiência entende-se a maneira que se desenvolve a atividade administrativa, ou seja, se refere à conduta dos agentes. Eficácia, diz respeito aos mecanismos e métodos utilizados pelo agente, no desempenhar de suas obrigações, isto é, eficácia se refere ao sentido instrumental. Enquanto que, efetividade é utilizado no sentido dos resultados, ou seja, analisa os efeitos que a atividade realizada pelo agente público causou na sociedade, se cumpriu com seus objetivos.

O que se deseja é que esses três conceitos sejam aplicados de maneira simultânea, todavia, é possível admitir que existam condutas administrativas que sejam realizadas de forma eficiente, mas que não tenha eficácia muito menos efetividade.

Assim como, pode ocorrer que a conduta não seja totalmente eficiente, mas que possui eficácia e efetividade. Inclusive, é possível que uma conduta seja eficiente e eficaz, mas devido a não alcançarem os resultados desejados, não possuem efetividade.

O Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995 (PEREIRA, 1995), diz de maneira expressa, que é necessário melhorar não apenas a organização do Estado, mas também suas finanças e todo o sistema, de modo a permitir uma relação positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permite que seu núcleo estratégico adote medidas mais efetivas, e que os serviços sejam realizados de modo mais eficiente.

Em obediência ao princípio da eficiência é que estão sendo planejados alguns conceitos, como por exemplo, o contrato de gestão[1]. Todavia, esse princípio não deve ser aplicado de forma absoluta e ilimitada, conjuntamente ao princípio da eficiência deve ser aplicado o princípio da legalidade, haja vista que de nada adiantaria um ato eficiente, mas, que é ilegal isso quer dizer que a eficiência é um princípio que deve se sujeitar as leis, não sendo superior a nenhum princípio, assim como a nenhuma outra lei.

O princípio da eficiência para ser real depende da atuação e fiscalização da sociedade, que pode exigir presteza e celeridade na prestação de serviços por parte da Administração Pública. Devido a isso a própria administração deve se usar de métodos apropriados para a realização das suas atividades.

O princípio da eficiência tem que ser observado pelos agentes públicos, devido a não utilização do poder público para interesse pessoal do administrador, não sendo permitido o desperdício e gasto sem justificativa. Todo o recurso, em respeito a este princípio deve ser aplicado de modo legal e eficiente, sob pena de punição para aqueles que desrespeitam a lei.

3 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A história da sociedade surgiu basicamente com a Antiguidade que teve um importante marco para a história, com a invenção da escrita e com a criação de diversas

[1] O contrato de gestão significa alguns modelos de acordos realizados entre a Administração Direta e Administração Indireta, bem como, com entidades privadas que prestam serviços de forma paralela para o Estado.

civilizações, como por exemplo, as civilizações clássicas, como Grécia e Roma, a civilização Persa, os Hebreus, os Fenícios entre outros. Tal Era foi tão importante, pois nessa época tivemos a formação de Estados organizados com certo grau de nacionalidade, territórios e organização mais complexas que as cidades que encontramos antes desse período da história. Segundo Hobbes, em seu livro o Leviatã, a importância do Estado se caracteriza, com a indicação de uma pessoa que passará a governar os outros e juntos terão que defender seu estado de invasões estrangeiras.

Com o crescimento da economia de mercado, passou-se a existir uma maior circulação de mercadorias em toda a Europa, o que ocasionou a desintegração do sistema feudal onde a quantidade de terras separava os nobres dos pobres e deu início a uma emergencial instituição de uma nova classe social, a burguesia, que com a doutrina marxista, os burgueses foram identificados como a classe dominante do modo de produção capitalista. De acordo com o jurista Dalmo Dallari (2019, p. 68-69), na época Medieval, tudo era precário devido a improvisação de chefias, presença de uma burocracia voraz e a constante situação de guerra, ocorria uma indefinição das fronteiras políticas, a tudo isso se acrescenta a forte influência do feudalismo.

Quando a Idade Média estava em alta, os burgueses, normalmente artesãos e comerciantes começaram a emergir como uma força econômica, no que diz respeito ao plano de Estado trata-se de um dos períodos mais difíceis, bastante instáveis e heterogêneos. Por volta dos séculos XVII e XVIII os burgueses apoiaram a Revolução Francesa, fazendo cair às leis e os privilégios da ordem feudal absolutista, limpando o caminho para a rápida expansão do comércio, o que ocasionou na decretação da primeira forma de Estado – O Estado Liberal. O liberalismo é uma doutrina baseada na defesa da liberdade individual, nos campos econômico, político, religioso e intelectual, contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder estatal. Apesar de diversas culturas e épocas apresentarem indícios das ideias liberais, o liberalismo definitivamente ganhou expressão moderna com os escritos de John Locke e Adam Smith.

As funções desse tipo de Estado eram bem restritas e estavam mais voltadas para a segurança. Sob sua égide surgiram os direitos individuais de primeira geração[2],

2 Faz-se necessário comentar da existência do termo direito de primeira dimensão, tal linguagem nada mais é do que um entendimento de alguns doutrinadores que entendem que o termo geração leva a ideia de que a geração posterior exclui a anterior, o que não ocorre tendo em vista que uma geração complementa a outra, por isso alguns doutrinadores entendem que deve ser utilizado à terminologia dimensão, ao invés de geração.

conhecidos como direitos civis (direito de liberdade, de propriedade, etc.). Tais direitos possuíam nítida função de manter o Estado fora de atuação, ou seja, o Estado não interviria de forma alguma em qualquer atividade relacionada com esses direitos, prevalecendo assim, uma separação bastante evidente entre o Estado e a Sociedade.

Este Estado recém-criado apresentava semelhante modelo de Administração Pública, com uma nítida conformação tanto do ponto de vista organizacional quanto funcional. Sob o ponto de vista organizacional, gerou-se uma Administração Pública centralizada, hierarquizada e ainda pouco complexa, encarregada de velar pela realização das poucas atribuições do Estado Liberal, e, sob a ótica funcional, a atividade administrativa era predominantemente uma atividade de polícia, de caráter esporádico e não contínuo, uma vez que o Estado não assumira nesta época uma função transformadora. Era o tempo do *laissez faire* (deixai fazer) e do *laissez passer* (deixai passar), princípios próprios do liberalismo, fundados numa confiança exagerada no mercado.

No início do século XIX, com o crescimento da industrialização, o Estado Liberal foi bastante combatido, onde a classe proletária, que existiam apenas para o trabalho, e não possuíam vantagem alguma, quanto mais trabalhavam, menos tinham para sobreviver, passou a reivindicar seus direitos, já que o crescimento da industrialização ocasionou o único surgimento de fonte de renda desse período que era a fonte de lucros, acarretando dessa maneira no aparecimento das reivindicações do proletariado, que buscavam os direitos sociais.

Os princípios liberalistas, como os princípios de liberdade e igualdade, não surtiam mais os efeitos pretendidos na época da Revolução Francesa. Fixando-se assim, logo após a Segunda Guerra Mundial, o *Welfare State*, ou o Estado do bem-estar Social.

Nesse ambiente surgiram os direitos de segunda dimensão, como a promoção de melhorias na saúde, da previdência, a geração de empregos, além da criação de empresas estatais para a promoção de políticas públicas. Em um primeiro momento, coube ao Estado intervir na economia porque não havia empresas particulares com capacidade financeira, ou infraestrutura suficiente, para promover o desenvolvimento. Tal fato, por exemplo, não ocorreu nos Estados Unidos da América, país que sempre lutou pela não intervenção direta na economia. Tudo isso, proporcionou uma

aproximação entre Estado e Sociedade, rompendo, assim, os enormes limites estabelecidos entre iniciativa pública e privada do Estado Liberal.

Importante salientar que com a superação do liberalismo, a sociedade passou a reivindicar cada vez mais a intervenção do Estado na economia, à sociedade passou a exigir escola, hospitais, segurança pública, moradia, entre outros direitos coletivos, isso ocasionou uma ameaça aos limites de poder e à liberdade individual que era requerida anteriormente no liberalismo.

Com o crescimento das complicações o Estado Social passou a ser repensado em alguns países. A Inglaterra e EUA foram os precursores na mudança de tipo de Estado e tal modificação ocasionou em mudanças em alguns países da Europa e da América Latina. Esses dois países, sob a liderança de Margareth Tatcher e Ronald Reagan, respectivamente, foram fundamentais para a implantação de uma nova concepção de Estado, quando a liberdade econômica era um princípio fundamental.

Os direitos de terceira dimensão são conhecidos como os direitos de fraternidade e foram criados no século XX. Iniciando com isso a criação dos direitos que pertencem a todos os indivíduos, fugindo da realidade dessa época, onde os direitos eram voltados para um indivíduo e não para a coletividade.

Como uma tentativa de elencar tais direitos tem-se: o direito a paz, a autodeterminação dos povos, o direito a um meio ambiente saudável, qualidade de vida, a conservação do patrimônio histórico e cultural, entre outros.

Para acabar com o estudo dos direitos fundamentais têm-se os direitos de quarta dimensão, que são aqueles que surgiram na última década, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da população mundial, portanto, tais avanços não poderiam ficar de fora das pretensões de direitos.

Os direitos de quarta dimensão são aqueles ligados a pesquisa genética, onde se busca a manipulação genética e o avanço da cibernética, com o rápido avanço da tecnologia, assim entendido por Norberto Bobbio (2019).

A primeira reforma da Administração Pública, no Brasil, foi realizada no governo de Getúlio Vargas, que adotou a administração burocrática no lugar da patrimonialista. O Estado Brasileiro do ponto de vista administrativo era um Estado patrimonial, onde a confusão entre o patrimônio privado e público era ligada ao sistema. Getúlio Vargas tentou romper com esse quadro, criando carreiras de Estado e exigindo concurso público para a entrada ao serviço público, acarretando um enorme esforço de

profissionalização da Administração Pública.

Em tal período foi iniciado os projetos e ações voltados para o crescimento tanto econômico quanto industrial do país, firmando tal fase de desenvolvimento por décadas. Nas décadas de 1950 e 1960 os setores de infraestrutura brasileiros ensejaram a formação de monopólios naturais, isto é, quando o mercado absorve apenas a oferta de uma única empresa, não comportando concorrência, devido à necessidade de criação em larga escala e aos altos custos de produção. A prestação dessas atividades pelo Estado foi à solução apontada para lidar com esta estrutura de mercado. Apenas no final da década de 1960, o avanço começou a diminuir com o regime militar e continuou a decair na década de 1970 com o aumento da dívida externa, com a inflação e o desequilíbrio econômico.

Surgiu no Brasil, uma nova fase onde o Estado se retira da prestação direta dos serviços públicos, isso se deu a partir da década de 80. Tal fenômeno se justifica pela globalização econômica, o crescimento acelerado das inovações tecnológicas com o objetivo de diminuir, até mesmo acabar com a importância política estatal. Isso trouxe um risco para o Estado, porque com a desestatização das empresas o Estado perde o poder de influência e controle sobre determinados setores econômicos que estavam em alta no Brasil.

É importante dizer que o neoliberalismo surgiu na década de 70, sob os estudos de Milton Friedman, que afirmou que a crise que atingiu a economia mundial em 1973, decorrente da alta do preço do petróleo, só não traria maiores impactos para a sociedade se fosse implementado a doutrina neoliberal.

Com o surgimento dessa nova fase no Brasil, aumenta-se a intervenção estatal, de modo que o Brasil volta ao regime democrático e participa ativamente do setor produtivo, tornando a influência sobre a gestão privada maior do que quando o Poder Público participava diretamente, o que ocasionava num melhor resultado.

No âmbito administrativo, o Brasil resolveu reformular seu corpo administrativo, tentando substituir o modelo instituído por Vargas, o modelo weberiano, por um modelo gerencial, iniciado com o projeto de Reforma da Administração Pública em 1995.

No que tange as atribuições estatais, foi criado o PND (Programa Nacional de Desestatização), que foi idealizado com o fim de ocasionar na modernização do Estado e conferir uma maior eficiência e rapidez na prestação dos serviços. Com isso, foram transferidas várias atividades que eram realizadas no setor público, para o setor privado,

nesse caso o Estado passou a exercer um papel menos executor na prestação de serviços e as entidades privadas assumiram cada vez mais, as tarefas que anteriormente eram desenvolvidas pelo Estado.

A fim de proteger o interesse coletivo foram criados entes que têm como mister mediar as relações que se estabelecem entre as esferas pública e privada, de modo a torná-la equilibrada, bem como fiscalizar o que está sendo explorado pelo setor privado, tais entes são conhecidos como agências reguladoras.

Portanto, o Brasil sai de uma fase intervencionista direta e entra no novo século com vistas a consolidar um novo modelo, o do Estado Regulador. Esse Sistema traz consigo, como objeto principal, as agências reguladoras.

3.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A origem do vocábulo administração vem do latim *ad* + *ministro* que significa servir, executar; ou para outros doutrinadores vem de *ad* + *manus trahere*, que significa o poder de direção ou de gestão. Por isso, se vê que alguns doutrinadores utilizam tal expressão abrangendo legislação e execução. É importante frisar que toda atividade de administração tem que ser útil ao interesse do administrado, cujo interesse deve ser realizado pelo administrador.

Pode-se dizer também que o regime republicano é um regime de responsabilidades onde os agentes públicos respondem por seus atos, sendo assim todos responsáveis. Obviamente, o principal desafio das gerações atuais se dá em estabelecer a melhor forma de como o povo governará ou participará das escolhas de suas próprias decisões.

No Brasil, o governo democrático foi instalado formalmente em 1988, com a chamada Constituição da República, onde em seu artigo 1º, constitui o Estado Democrático de Direito, ao assegurar os direitos individuais e coletivos. As principais características de nossa República dizem respeito à alternância do exercício do poder, pelo prazo determinado de exercício do poder e pelo regime representativo, onde todos os cidadãos escolhem apenas um para representá-los. O que difere da Monarquia que considera o poder público decorrente da soberania, não respondendo o mesmo por seus atos e possuindo suas funções vitalícias.

O estado de direito é ligado aos princípios da hierarquia das normas, da separação de poderes e dos direitos fundamentais. Em outras palavras, o estado democrático de direito é aquele onde os mandatários políticos são subordinados as leis promulgadas. A divisão de poderes, baseada na teoria de Montesquieu, afirma a separação dos três poderes: executivo, judiciário e legislativo, juntamente com suas mútuas limitações, mas frise-se que o poder do Estado é indivisível e uno, entretanto sua função é que se divide em três: a função legislativa, a judiciária e a executiva.

Antes de Montesquieu, na Antiguidade, Aristóteles já previa a divisão de poderes, com a teoria acerca das funções do Estado. Nessa teoria pregava-se a divisão do governo em três partes com objetivos distintos, onde um não poderia atingir a função do outro, são elas: a primeira era responsável pelo desenrolar dos negócios públicos, a segunda exercia a magistratura que era uma espécie de poder executivo, e, por fim, a terceira que era responsável pela administração da justiça.

No Brasil, ainda é muito forte a tentativa de identificar o pleno exercício da democracia com a predominância e o respeito aos direitos políticos, mas com isso esquece-se que a ineficácia ou até mesmo as violações frequentes dos direitos básicos colocam a condição democrática em dúvida. Os principais aspectos da poliarquia, assim conhecida a democracia política, são: a realização de eleições regulares, a liberdade de participação dos indivíduos em organizações, a liberdade de imprensa e de expressão, entre outros. No entanto, a efetivação dessa condição resulta em uma cidadania cruel, que se vê comprometido até os direitos civis, quem dirá do respeito aos direitos políticos?

A cidadania até então considerada, é a que consiste na consciência da participação dos indivíduos na vida societária e nos negócios que a envolvem, sendo alcançados em igualdade de direitos e dignidade através de construção da convivência coletiva, com base no sentimento correto, comum capaz de torná-los partícipes no processo de poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público, já que democracia pressupõe uma sociedade civil forte, consciente e participativa de todos os atos que devem ser realizados na sociedade.

O contexto atual não mais permite que o Direito seja dotado de uma autoridade antes conquistada, aquela que permite obter a obediência e a adesão dos destinatários, sem necessitar de uma prévia discussão dos seus fundamentos. Nisso, os sujeitos envolvidos em processos específicos devem ser chamados a participar da definição das

normas às quais se submetem e também são chamados a participar da construção das soluções para os conflitos que o cercam.

Por fim, a abertura de espaços de discussão e sugestões acaba por contribuir para o exercício da cidadania, pois a população, uma vez motivada a participar dos processos construtivos, tanto na elaboração de políticas públicas e de normas, quanto de soluções para seus eventuais conflitos, se sente inserida no contexto político e social, o que só tende a legitimar as ações da Administração Pública.

3.3 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O plano diretor da Reforma do Estado e da Administração Pública tinha como função principal dar a Administração Pública um aspecto mais democrático, com o intuito de uni-la ao cidadão. Antigamente, as decisões das entidades estatais que prestavam serviço público não tinham a aprovação da população. Com o processo de desestatização tal fenômeno ficou mais raro de ocorrer, uma vez que as agências reguladoras permitem um controle social através das ouvidorias.

Observam-se no Brasil, várias agências criadas com o objetivo de exercer a prestação de serviço público que possuem em sua estrutura a ouvidoria, que é o órgão responsável de receber, solucionar e processar as reclamações dos usuários relacionadas com a prestação de serviços públicos. A missão das agências reguladoras não se refere apenas a impor as concessionárias suas determinações. Juntamente, a esta tarefa, está a de solucionar os conflitos por meio de diálogo, isto é, por meio da conciliação, com o fim de diminuir os processos no Judiciário (GUIMARÃES, e, LEMOS, 2009). Com isso, observa-se que a regulação deve favorecer não a imposição de serviços a serem prestados, mas sim a procura da conciliação de interesses, sem deixar de observar os interesses da população.

O plano diretor da Reforma do Estado foi responsável pela introdução da possibilidade de criação de entes regulatórios, na ordem jurídica brasileira. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 não trouxe de forma expressa a atuação e a legitimação das agências reguladoras. Cabendo a doutrina, a responsabilidade de demonstrar tal atuação e legitimação (PEREIRA, 1995).

Com a adoção do atual modelo estatal, é óbvio de se constatar a necessidade de

regulação da atividade econômica, tendo em vista que tal atividade foi deixada à livre atuação dos particulares, o Poder Público, atuando apenas quando for demonstrado um perigo a segurança nacional e for de relevante interesse público.

As agências têm que ter como dever: o incentivo a efetiva participação dos membros da sociedade, para que a legitimação, na seara do processo normativo das agências de regulação não possua um déficit de participação democrática (CARVALHO FILHO, 2019). Tal dever é uma mera consequência do chamado Estado-rede, que é próprio do modelo regulador, em que ocorre uma descentralização das atividades estatais, com o escopo de se prestar com maior eficiência os serviços oferecidos e evitar a crise de legitimação decorrente do estado Social, que decorreu da desconfiança da população em relação ao Estado.

O processo de regulação traz à tona o pluralismo político e a participação popular. Isso se dá em consonância com a divisão em vários centros do poder, gerando com isso uma carência de democracia representativa, que, deve ser corrigida, através da participação dos particulares no processo de produção normativa, no qual as decisões sejam tomadas de forma mais próxima da população (CARVALHO FILHO, 2019).

Pode-se dizer que é necessário que uma agência reguladora, em seu escopo primordial busque o fortalecimento democrático e a ratificação da Administração Pública, que esta seja capaz de aceitar a opinião da sociedade através de oportunidades para uma maior participação dos cidadãos (SUNDFELD, 2017). Esse é o principal desafio da regulação, incentivar a população para participar do controle dos serviços públicos regulados pela agência, isso apenas sendo possível quando a sociedade detém da agência informações precisas acerca dos seus serviços.

A doutrina e a legislação brasileira, infelizmente ainda não estão preparadas para o direito regulatório, no que diz respeito à aliança de solução de conflitos. Da mesma maneira, que ainda não se tornou fixa na sociedade a cultura desse serviço que tende apenas a favorecer a inclusão social na Administração Pública.

A informação sobre a atividade de regulação precisa ser mais divulgada, tendo em vista que a sociedade ainda não conhece devidamente a atuação das agências reguladoras. Os conceitos técnicos básicos aos serviços de regulação são bastante inacessíveis à população, o que acarreta numa maior dificuldade de participação destes nas decisões.

3.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO BRASILEIRO

No Brasil, as mudanças na Administração Pública começaram a ocorrer com Getúlio Vargas, este tentou implementar provas de concurso público para o ingresso no serviço público o que ocasionou um esforço de profissionalização para a população. Nesse período, foram criados incentivos para o crescimento estatal tanto no plano econômico como no plano industrial.

Com o fim da Era Vargas, por volta das décadas de 50 e 60, o setor de infraestrutura brasileiro ensejavam um avanço do monopólio, por que não havia investimentos suficientes para ocasionar uma concorrência entre as empresas. Na década de 80, surgiu no Brasil uma nova fase onde este se retira da direta intervenção estatal, tal fenômeno ocorreu com a globalização econômica, através dos altos avanços tecnológicos com o objetivo de acabar com a intervenção estatal na economia.

Com a finalidade de proteger o interesse da população, o Brasil cria entes que servem para mediar às relações que ocorrem entre as esferas públicas e privadas, de modo a equilibrá-la, bem como de fiscalizar o que é explorado pelo setor privado, tais entes são denominados de agências reguladoras.

O Estado não conseguindo realizar todas as atribuições e responsabilidades que possui, resolveu descentralizar o poder de suas mãos, incentivando as privatizações dos serviços públicos. Algumas dessas atividades, pela importância que possuíam para a coletividade, não foram privatizadas, porque a privatização é a entrega total do serviço nas mãos do setor privado. Por conseguinte, os serviços públicos deixaram de ser realizados pelo Poder Público que as delegou ao setor privado, que começou a desempenhar tais serviços, no entanto, sofriam a fiscalização da Administração Pública, sob a figura das agências reguladora.

No que se refere às atividades reguladoras, o artigo 174 da Constituição Federal prevê a regulação a ser desempenhada pelo Estado. Vale dizer, que na década de 60, foi criado o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que possui função regulatória.

As agências reguladoras possuem independência em relação ao Poder Executivo, nos limites estabelecidos em sua lei criadora, haja vista que seus atos não podem ser alterados no âmbito do Poder Executivo. Possuem essa autonomia em relação a esse poder, mas em relação aos Poderes Judiciário e Legislativo, pois estes devem controlar

as atividades desempenhadas pelas agências. Tais agências decorrem da descentralização da Administração Pública, pertencendo à administração indireta, mas possuem um regime diferenciado decorrente das leis que as instituem.

Segundo Carvalho Filho (2019, p. 466), essas autarquias possuem a função principal de controlar em toda a sua extensão a prestação dos serviços público, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, bem como a adequação aos fins desejados pelo governo. Devido a isso se afirma que essas autarquias são fortes e atendem à sua área de controle, sem essas características pode surgir o perigo de essas concessionárias praticarem o abuso do poder econômico, acabando com a concorrência, ocasionando o aumento arbitrário de seus lucros.

Desse mesmo modo como ocorre nos EUA, as agências reguladoras possuem o Poder Normativo de editar normas com forças de lei. Isso gera alguns conflitos, porque o poder normativo é exercido com base nas leis instituidoras das agências. As agências que possuem previsão constitucional são: a ANATEL, em seu artigo 21, XI e a ANP, em seu artigo 177, §2º, III.

A Constituição Federal ao se referir a órgão regulador, se referindo a essas agências traz alguns fundamentos jurídico-constitucionais e delegam funções normativas a tais autarquias especiais. A regulação nesses casos é exercida se observados algumas características, entre elas: respeito aos limites dos conceitos gerais das leis instituidoras; conteúdo relacionado às matérias dos respectivos contratos de concessão, autorização e permissão, não podendo haver invasão em relação a matérias de competência do legislador por parte dessas agências.

4 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 OS LIMITES IMPOSTOS PELA EFICIÊNCIA

Quando nos referimos à eficiência, deve ficar claro que quando se refere a uma delegação para alocar meios e fins específicos devem ser postas pelo legislativo a serviço de uma decisão tomada dentre várias políticas públicas. Deve ser compreendido que o Congresso assume uma posição quanto a uma política setorial, e que os fins dessa política são analisados como meios plausíveis.

Para ficar claro, essa responsabilidade é necessário ter em mente a chamada

eficácia técnica das normas contidas na lei. Neste sentido, a eficácia refere-se à aplicabilidade em sua aptidão para produzir os efeitos, ou seja, para uma realização normativa, a norma tem funções eficaciais, assim diz Tércio Sampaio (2019, p. 199).

As normas possuem três funções: impedir a ocorrência de comportamentos – visa o bloqueio de condutas não corretas – visam à consecução de um objetivo – que funciona como uma função programática – visam assegurar um comportamento – função de resguardo. Essas funções possuem graus de intensidade e importâncias divergentes. Faz-se necessário distinguir as funções secundárias e primárias com o objetivo de se verificar a prioridade e/ou dependência

Na doutrina norte-americana o assunto é tratado há algum tempo. A teoria da regulação, tem por base o interesse público, que admite que a regulação é dirigida ao mercado e é desenhada para o seu benefício. Posteriormente, tal entendimento foi questionado.

Na Constituição Brasileira, essa preocupação encontra-se no §8º do art. 37 (BRASIL, 1988), ao autorizar a celebração dos contratos de gestão. Tais preceitos ao discutirem a delegação instrumental da solidariedade da Administração aplicadas as agências reguladoras adquirem alguns métodos que são sintetizados da seguinte forma: uma política regulatória eficiente deve procurar preservar uma distribuição de rendas equalitária; políticas que reduzem a riqueza total disponível para a redistribuição devem, em princípio, ser evitadas na medida em que reduzem a recompensa política do ato regulatório; regras orientadoras das análises que conduzem a uma ação reguladora devem ser previamente conhecidas; os atos regulatórios devem ser tomados por autoridade dotada de mandato; por sua impermeabilidade institucional, o Poder Judiciário deve ser levado a decidir sobre o mérito das regulações; a eficiência é pressuposto tanto de atos vinculados quanto de discricionários, estando o agente da regulação obrigado a afinar suas decisões com os objetivos políticos setoriais prescritos em lei; a participação do usuário de serviços e atividades regulados no controle das atividades de regulação deve estar prevista.

Obviamente que estas regras gerais para controle da eficiência não são suficientes. São limites para políticas reguladoras, que o acréscimo técnico deve observar e cuja disciplina é sujeita ao caso concreto.

4.2 A INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS E SEUS LIMITES NA LEGISLAÇÃO

BRASILEIRA.

O Brasil não possui uma lei geral que disciplina as agências reguladoras. Como regra, as agências são criadas por leis próprias, devido ao processo de privatização, todavia, algumas agências têm sede constitucional. Devido a isso as diversas formas de independência das agências não são uniformes. E, pode ocorrer também, órgãos que gozam de algumas independências, mas que não chegam a ser agências reguladoras, como é o caso do CADE.

Os conselheiros do CADE possuem mandato, exercem função judicante, cuja decisão não se limita a revisão hierárquica. O CADE é uma simples autarquia. Há, outros casos de autarquias especiais, que foram criadas antes da figura das agências reguladoras, onde suas funções decorrem da Constituição Federal e de sua lei de criação, seus dirigentes não possuem mandato certo, mas esses órgãos possuem outras liberdades, mas nem por isso são chamadas de agências; é o caso do Banco Central.

Para verificar o efetivo funcionamento de uma agência e a efetividade dos mecanismos de controle, cito como exemplo a ANP (Agência Nacional de Petróleo), é uma das agências previstas na Constituição Federal, em seu art. 177, §2º, III.

Pela Lei Federal n° 9.478/97, a ANP usufrui de independência decisória, garantida em face de eventuais pressões políticas, seus dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, desde que tenha a aprovação do Senado Federal, possui mandato fixo de quatro anos. Há o instituto da quarentena, após o término do mandato, o seu dirigente não pode trabalhar em nenhuma empresa que é vinculada a ANP por um período de 12 meses.

Dentre suas competências inclui-se a de resolver pendências entre os agentes econômicos e entre as concessionárias e usuários. As sessões deliberativas são públicas e tidas na forma colegiada. A lei prevê, a conciliação e arbitragem, para a solução de conflitos. A independência financeira é obtida pela previsão das receitas próprias, enumeradas expressamente no art. 15 da lei supracitada.

Sua função está referida à indústria do petróleo, entre essas funções está a de fiscalizar o adequado funcionamento do sistema nacional de estoques bem como o cumprimento do plano anual de estoques estratégicos de combustíveis em geral, regulando e autorizando as atividades relacionadas, assim prevê o art. 8º, XIII, XV do lei da agência.

4.3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR E A EFICIÊNCIA DAS AGENCIAS REGULADORAS.

A inclusão da participação popular como meio do regime jurídico administrativo não é livre de críticas e a principal delas é que a participação bate de frente com o princípio da eficiência. Tanto a participação popular e a eficiência são princípios, não há conflitos entre eles, ao se chocarem em um determinado caso concreto utiliza-se o princípio da proporcionalidade.

O Direito Administrativo Brasileiro admite várias formas de participação popular, desde a participação em audiências públicas até mesmo a consultas prévias a algumas espécies de normatização das agências reguladoras. Disso decorre diferentes classificações sobre a participação popular.

García de Enterría (2014) divide a participação popular em orgânica, funcional e cooperativa. Na participação orgânica, os cidadãos integram órgãos administrativos, colaborando para seu funcionamento, como ocorre nos conselhos das agências reguladoras. A participação funcional considera a participação do cidadão em funções administrativas a partir de sua posição privada, assim ocorre nos procedimentos de audiências públicas, por exemplo. Por último, na participação cooperativa, os cidadãos realizam funções materialmente públicas, sem deixar de utilizar a denominação de sujeitos privados, como por exemplo, instituições de assistência social.

Haja vista, a participação orgânica ser a mais presente nas agências reguladoras e a que recebe mais críticas por entrar em conflito com o princípio da eficiência é o tipo de participação que terá ênfase.

Primeiro ponto de críticas é a adoção de procedimentos participativos, seja pela criação de conselhos que representam diversas classes, torna mais lento e caro os processos decisórios da Administração Pública. Essa demora, confere maior legitimidade à atuação estatal (ENTERRÍA, 2014). Este tipo de participação popular, tal como ocorre nos procedimentos das agências reguladoras, não é o bastante para efetivar sua atuação, sendo esta mais legitimada pela eficiência do que como um procedimento de participação popular.

Outro ponto de críticas à participação popular são chamados de overintrusion e underprotection (GUIMARÃES e LEMOS, 2009), assim denominados pelos norte-

americanos. A invasão excessiva da população provoca um desequilíbrio que desampara interesses individuais. Todavia, a Administração não pode ficar passiva nos procedimentos participativos, sem exercer um papel atuante e interventor que estimule a atuação de todos os interesses, ocorrendo a overintrusion.

Percebe-se que ambos são vícios interligados, o underprotection é uma atuação deficitária do Estado no procedimento participativo que pode ocasionar numa overintrusion, ou seja, uma intromissão excessiva de alguns interesses mais presentes. Conclui-se que os conflitos que possam existir entre a participação popular e o princípio da eficiência são inúmeros, haja vista o conteúdo de ambos os princípios estarem delimitado de maneira que não haja choque, ou este ocorrendo, que seja em número reduzido e de fácil contorno pela Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoliberalismo conduziu a um novo modelo de Estado, diferente do Estado do bem estar social, típico da época. Iniciava-se o Estado Mínimo, ou seja, o Estado como resposta aos abusos cometidos pela atividade estatal. Com isso, o Brasil iniciou, tardiamente, programas de desestatização – privatizações – com o objetivo de diminuir as atividades desempenhadas pelo Estado que se tornava predominantemente regulador, ou seja, o Estado executava menos atividades, no entanto fiscalizava mais as atividades desempenhadas por particulares.

A partir disso, o Brasil desenvolveu diversas reformas, a Emenda Constitucional nº 19/98, acrescentou ao rol dos princípios da Administração Pública o princípio da eficiência, que garantiu a boa execução dos serviços públicos.

Com as diversas cargas de atividade sobre a responsabilidade estatal, não foi possível o Estado prestar seus serviços de maneira eficaz, motivo pelo qual o estado passou a transferir para a iniciativa privada grande parte dos serviços que anteriormente era prestado pelo próprio Estado. Como a execução desses serviços não poderiam deixar sob a responsabilidade de particulares integralmente, foi devido a isso que surgiram as agências reguladoras, autarquias especiais, com o intuito de fiscalizar e controlar as atividades delegadas as concessionárias/permissionárias.

As agências reguladoras têm função parecida com as que o Poder Executivo exercia em relação as suas concessões/permissões. Em decorrência disso, as agências

têm que apresentar uma eficiência superior, devido a sua preocupação com a regularidade, continuidade e universalidade da prestação dos serviços públicos. Aém da eficiência em suas atividades, as agências avaliam a eficiência dos serviços prestados por particulares.

Com base em tudo o que foi exposto, verifica-se um relacionamento entre o princípio da eficiência e as atividades das agências reguladoras, por isso se diz que o princípio da eficiência serviu de fundamento para a criação de agências que melhor fiscalizam os serviços públicos prestados pelas concessionárias/permissionárias. Como ensejo a esse entendimento as atividades que as agências reguladoras controlam devem ser realizadas com presteza, perfeição e rapidez, tudo isso só poderá ser atingido se as agências exercerem suas atividades com essas mesmas qualidades o que ensejará eficiência aos serviços prestados. Por último, pode ser dito que as essas qualidades só podem ser exigidas devido ao princípio da eficiência, que fundamenta com legitimidade todas as prestações dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/politica.pdf> Acesso em: 17.05.2019.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed., Rio de Janeiro: Elsevier. 26 ed. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Emenda Constitucional 19, de 05 de junho de 1998. Dá nova redação ao artigo 37.

BRASIL. Lei federal nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm > Acesso em: 23.03.2019

BRASIL. Lei federal nº 9.074 de 07 de julho de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm > Acesso em: 23.03.2019

BRASIL. Lei federal nº 9.478 de 06 de agosto de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm > Acesso em: 23.03.2019

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo***.** 33 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2019.

DALLARI. Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado.* 35 ed. São Paulo: Saraiva.2019.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito.* 6 ed., São Paulo: Saraiva. 2019.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. Manual de Direito Administrativo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1 ed. 2014

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Saraiva. 11. ed. 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 19 ed. 2018.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar, e LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. *Participação popular e eficiência nas agências reguladoras: fundamentos, limites e conflitos.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1862.pdf > Acesso em: 24.03.2018

HOBBES, Thomas. *O Leviatã.* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf> Acesso em: 15.05.2019

JUSTEN FILHO. Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes***.** São Paulo: Dialética. 1. ed. 2002.

PERREIRA, Bresser. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Disponível em<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf > Acesso em 20.03.2020.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* São Paulo: Saraiva. 27. ed. 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Saraiva. 16. ed. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* São Paulo: Malheiros. 5. ed. 7 tiragem. 2017

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas. 6 ed. 2016.