

**OS CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE
LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

**THE COUNCILS OF POPULAR PARTICIPATION AS AN INSTRUMENT OF LEGITIMATION OF THE
DECISIONS OF REGULATORY AGENCIES**

**Albano Busato Teixeira¹
Caroline Müller Bitencourt²**

RESUMO: O presente ensaio propõe demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica, a reforma gerencial do Estado brasileiro de 1995 e seus reflexos na participação popular no controle da execução de políticas públicas, especialmente no que tange às agências reguladoras. Se verifica que há necessidade de um novo modelo de participação popular onde as deliberações em audiências públicas e conselhos de participação popular sejam efetivamente observadas e replicadas pela administração pública. Conclui-se que a criação e fortalecimento de conselhos de participação popular podem ser compreendidos como uma importante ferramenta para dar maior legitimidade e aceitação das regulações emanadas pelas agências reguladoras. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo e no desenvolvimento é utilizado o procedimento monográfico por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Agências reguladoras. Controle social.

ABSTRACT: The present essay proposes to demonstrate, through bibliographical research, the management reform of the Brazilian State of 1995 and its reflexes in the popular participation in the control of the execution of public policies, especially in the regulatory agencies. It is verified that there is a need for a new model of popular participation where the deliberations in public hearings and councils of popular participation are effectively observed and replicated by the public administration. It is concluded that the creation and the reinforcement of councils with popular participation can be taken as an important tool to guarantee greater legitimacy and acceptance of regulations that emanate from regulatory agencies. The method of approach used is hypothetico-deductive and in the development the monographic procedure is used through bibliographic research.

KEYWORDS: Administrative law. Regulatory agencies. Social control.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogado. Conselheiro Titular da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Passo Fundo/RS. Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil nas Faculdades João Paulo II. E-mail: albanoteixeira85@gmail.com

² Pós Doutora pela PUC Paraná (2019). Doutora em Direito (2012). Mestre em Direito (2009). Especialista em Direito Público (2007). Atualmente é professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada ao PPGD em Direito-Mestrado e Doutorado-UNISC, onde ministra as disciplinas Teoria do Direito (mestrado) e Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas (doutorado). Professora da graduação e pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Processo Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Teoria do Direito. Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público, vinculado ao Cnpq. Integrante do Grupo de pesquisa Núcleo de pesquisa de desenvolvimento humano da PUC-PR. Advogada. E-mail carolinemb@unisc.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. A reforma gerencial do Estado brasileiro de 1995. 2. Democracia, consenso, participação e o controle. 3. O papel das agências reguladoras e a quebra da unidade das decisões da administração pública. 4. Os conselhos de participação popular como meio de legitimar as decisões das agências reguladoras. 5. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The management reform of the Brazilian State of 1995. 2. Democracy, consensus, participation and control. 3. The role of regulatory agencies and the breakdown of the unit of public administration decisions. 4. The advice of popular participation as a means to legitimate the decisions of regulatory agencies. 5. Conclusion. References.

1. Introdução

Em 1989, Fernando Collor de Mello foi o primeiro presidente eleito democraticamente pelo povo brasileiro após a transição do regime militar de 1964, representando anseio por transformações políticas após um longo período de um regime não democrático. Há de se ressaltar que foi no início da década de 1990 que se iniciou a discussão sobre uma reforma administrativa e no ano de 1995 que foi dado início à chamada reforma gerencial do Estado no Brasil, o movimento foi comandado por Luiz Carlos Bresser Pereira nomeado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O movimento causou diversas modificações no Direito Administrativo no Brasil, especialmente no que tange à execução e controle das políticas públicas.

O modelo da Constituição Federal de 1988 – baseado em premissas do sistema romano-germânico –, em um curto lapso temporal, já se encontrou em descompasso com o paradigma neoliberal – alicerçado em premissas de países do *common law* – que estava sendo implementado.

A reforma gerencial foi marcada pela intenção de desburocratizar a administração pública, criando-se agências executivas e reguladoras com grande autonomia, superando, assim, os sistemas burocráticos clássicos, vistos como grandes vilões da ineficiência do Estado como agente promotor e regulador de políticas públicas. Importante ressaltar que, para o presente estudo, se focará no segundo tipo das agências criadas (agências reguladoras), pois tem como foco o controle da execução das políticas públicas.

A doutrina classifica as Agências Reguladoras como autarquias especiais, pois são possuidoras de diversas características *sui generis*, entre elas, entende-se a mais pertinente para o presente trabalho, a característica inerente ao grau elevado de independência para com o chefe do Poder Executivo, pois não se situam na linha hierárquica direta. Entretanto, tal autonomia não é vista como uma característica positiva de forma unânime pela doutrina, sendo criticada

pelo fato de ser responsável pelo rompimento da ideia de um poder administrativo unitário, o qual possibilita a *accountability* (responsividade, controle e prestação de contas pelo chefe do Executivo devidamente eleito), ou seja, caso o povo esteja descontente com o governo, pode responder diretamente pelo sufrágio universal, contudo, tal modelo dificulta o controle pela via eleitoral.

O presente artigo visa averiguar se a criação e o fortalecimento de conselhos de participação popular seriam argumentos capazes de sobrepor o rompimento da unidade administrativa, trazendo maior responsabilidade para a sociedade civil na participação do controle da execução das políticas públicas por entes terceirizados.

O primeiro item desse artigo averigua a reforma gerencial do Estado brasileiro, trazendo as suas motivações, principais características e dogmática (legislação) pertinente.

O segundo item trata da teoria do controle, abordando duas hipóteses: o controle como elemento fundante e como garantidor de constitucionalidade.

O terceiro item enfrenta a problemática da quebra da unicidade das decisões da administração pública, trazendo à pesquisa elementos de investigação sobre a origem e fontes normativas das agências reguladoras.

O quarto item apresenta um estudo sobre os conselhos de participação popular e sua eficácia como elemento legitimador das decisões e normas expedidas pelas Agências Reguladoras.

Para o estudo será utilizado, em termos de metodologia, o método de abordagem hipotético-dedutivo partindo da hipótese de que a participação social, por meio de conselhos, nas agências reguladoras é um importante instrumento para vencer a alegação de que as agências reguladoras quebram a unicidade decisória comprometendo a *accountability* eleitoral. No desenvolvimento será utilizado o procedimento monográfico por meio de pesquisa bibliográfica.

1. A reforma gerencial do Estado brasileiro de 1995

A campanha de Fernando Collor de Mello foi baseada na crítica radical às estruturas do Estado, buscando uma modernização liberal, autoritária, prevendo pacotes de ajustes, dando início a um processo de privatização das estatais, tais discursos tiveram continuidade no governo de Fernando Henrique Cardoso.³

³ ROSA, Ádima Domingues da. *Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2008, p. 77.

Nos anos 1980 e 1990, o Estado sofreu uma crise e novos papéis para o Estado e para a Administração Pública surgiram. Assim, para um Estado conservador ou neoliberal, as funções do Estado deveriam ser limitadas apenas para gestão e regulamentação, mesmo que se mantivesse inalterada a clássica tripartição da Administração Pública, mantendo-se a clássica tripartição entre fomento, política e serviço público, o balanço e o equilíbrio entre elas levaram à necessidade de reaver o papel do direito administrativo.⁴

As ideias de uma reforma, no Brasil, tiveram o seu desenvolvimento efetivo logo após o convite que Luiz Carlos Bresser Pereira recebeu do então Presidente da República do Brasil – Fernando Henrique Cardoso –, para que assumisse o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Como resultado, foram elaborados, ainda no primeiro semestre de 1995, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e a Emenda Constitucional n.19, responsável pela reforma administrativa.⁵

A Emenda Constitucional nº 19, na sua exposição de motivos, trouxe cinco resultados que se esperavam com a sua promulgação: a) incorporação da dimensão da eficiência na administração pública; b) contribuição para o equilíbrio das contas públicas; c) viabilização do federalismo administrativo; d) rompimento com formatos jurídicos institucionais rígidos e uniformizadores e; e) ênfase da qualidade e do desempenho nos serviços públicos.⁶

É importante ressaltar que a reforma gerencial não se deu apenas em nível Constitucional, sendo necessária a preparação do terreno jurídico, também com legislações infraconstitucionais aptas a propiciar uma nova forma de regulação estatal. Tais alterações legislativas podem ser resumidas em três pontos: a) abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988; b) atenuação de monopólios estatais; e c) Programa Nacional de Desestatização.⁷

Muito embora o gerencialismo tenha sido responsável por trazer muitas fórmulas, inclusive aplicadas em empresas, há problemas específicos que o modelo não conseguiu solucionar por inteiro.⁸

A reforma gerencial de 1995 foi dotada de uma dimensão institucional, outra cultural e uma terceira de gestão, sendo frequentemente alvo da oposição, levando a ser confundida, na opinião de Luiz Carlos Bresser Pereira como uma visão neoconservadora.⁹

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.2-3.

⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma Gerencial do Estado de 1995, p.7-26 In: *Revista de Administração Pública*. v. 34(4). Rio de Janeiro: FGV, 2000, p.11.

⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 19*. 1998. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaoodemotivos-148914-pl.html>

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 83-84.

⁸ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p. 33.

⁹ PEREIRA. *Revista de Administração*, cit., p.14.

Para Rosa, os principais focos da reforma a qual chama de neoliberal, foram inspiradas no Consenso de Washington, sendo que a abertura do mercado nacional propiciou uma exposição da indústria brasileira ao processo de competição internacional, compondo novos preceitos políticos e uma nova visão administrativa e economicista comum em políticas neoliberais, facilitando o fluxo de capital financeiro. Tal política é conhecida por se opor e recusar o Estado como promotor de serviços e de intervir no mercado por meio de empresas públicas, sendo que qualquer falha nos serviços estatais serve como argumento para acusar o aparelho estatal de ineficiente, a ponto de torná-lo o grande vilão dos problemas políticos e sociais, gerando-se, assim, uma falsa ideia de que a privatização de tais serviços os tornariam mais eficientes, ocorrendo quase uma naturalização da eficiência do mercado.¹⁰

A proposta de reforma do Aparelho do Estado previu a presença de quatro setores e sua forma de administração:¹¹

SETORES	FORMA DE PROPRIEDADE			FORMA DE ADMINISTRAÇÃO	
	Estatal	Público Não-Estatal	Privada	Burocrática	Gerencial
Núcleo Estratégico ¹²	●				●
Atividades ¹³ exclusivas	●				●
Serviços não-exclusivos ¹⁴		●			●
Produção para o mercado ¹⁵			●		●

Na visão de Bresser Pereira, a pecha de neoliberal não pode ser imputada para a reforma proposta, uma vez que: a) não se limita a propor a redução do aparelho do Estado; b) a reforma gerencial reconhece a especificidade da administração pública, não pretendendo reduzi-la a uma visão de administração de empresa privada; c) dá papel decisivo ao controle social dos serviços públicos e; d) acentua a possibilidade de cooperação. Dessa forma, a reforma gerencial

¹⁰ ROSA. *Agências Reguladoras*, cit., p.83.

¹¹ BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. 1995, p.59.

¹² Formado pelo Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios, Ministério Público.

¹³ Formada pela Regulamentação, Fiscalização, Fomento, Segurança Pública, Seguridade Social Básica.

¹⁴ Formado pelas Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus.

¹⁵ Formado pelas Empresas Estatais.

delega autoridade aos administradores públicos e por outro lado, mantém o controle mediante auditorias posteriores, cobrança de resultados e ainda, possibilita amplo controle social.¹⁶

Bucci declara que o que se esperava para um momento de transição não era uma reforma apenas de cunho técnico, mas uma reforma mais profunda, inclusive com alteração do modelo jurídico-institucional da Administração Pública brasileira. Uma das grandes críticas da reforma é que ela teria ocorrido “de fora para dentro”, ou seja, obedecendo uma posição subalterna do Brasil no meio de um conjunto de nações, vindo-se obrigado a seguir diretrizes e métodos dos organismos financeiros internacionais.¹⁷

2. Democracia, consenso, participação e o controle

Tratar da possibilidade do controle social e administrativo das políticas públicas é um ponto essencial para o objetivo deste trabalho, pois adiante buscará demonstrar como as agências reguladoras podem exercer a função de controle administrativo combinado com o controle social do bem público.

O controle das ações estatais somente é possível em Estados Democráticos de Direito, como a Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê no art. 1º.¹⁸ Ressalta-se que não se desconhece a crítica efetuada por Rubens Casara,¹⁹ que expressa clara preocupação com os rumos do Brasil, configurando-se como um Estado Pós-Democrático, onde desaparecem os valores democráticos, que persistem apenas como simulacros em serviço de grandes corporações.

Em que pese a crítica se mostrar muito pertinente, o objetivo deste artigo é buscar soluções, para ao menos tentar evitar que o Estado brasileiro chegue ou se perpetue em tais condições, onde o controle é apenas uma lembrança que nos conforta.

¹⁶ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p.14-15.

¹⁷ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p.29-30.

¹⁸ Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

¹⁹ CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

Na primeira metade do século V a.C. houve uma mudança nas ideias sobre gestão das instituições políticas, que antes eram governadas por governantes não democráticos, ocorrendo a transformação em sistemas onde homens livres e adultos poderiam participar do governo.²⁰ Os gregos chamaram tal forma de governo de democracia, que possui poucas semelhanças com o regime democrático que conhecemos atualmente. Para os gregos da antiguidade, o cidadão devia ser pessoa íntegra e a atividade política é algo normal, natural para o cidadão. Para a antiga democracia grega, uma ordem democrática deve seguir seis condições: 1) Deve haver harmonia entre os interesses dos cidadãos; 2) Deve haver homogeneidade de característica dos cidadãos; 3) O corpo de cidadãos deve ser pequeno para: a) auxiliar a homogeneidade; b) para que os cidadãos conheçam a sua cidade e seus cidadãos e; c) para que os cidadãos possam se reunir na assembleias; 4) O governo deve ser participativo, incluindo todos os cidadãos; 5) A participação não é limitada à Assembleia, o cidadão deve participar na administração; 6) A cidade deve ser autônoma, firmando alianças somente em períodos de guerra.²¹

Tal concepção de homogeneidade e participação direta do cidadão na política, apenas sofreu mudança na antiga Roma, onde a tradição republicana resta na assertiva que a melhor república é onde os cidadãos são iguais perante a lei e não há escravidão/dependência entre um e outro cidadão. Diferente da Grécia, a república começa a aceitar que o povo não é totalmente homogêneo, sendo tarefa republicana a criação de uma constituição que reflita e equilibre os diversos interesses.²²

Cohen destaca que a ideia fundamental da legitimidade democrática é de que o poder estatal deve surgir de decisões dos membros da sociedade, ou seja, a legitimidade surge das discussões e decisões dos membros da sociedade. O problema de consenso ocorre quando não existe moral ou religião compartilhada por uma sociedade. A solução proposta por Cohen é compreendermos que os membros de uma sociedade democrática devem ser compreendidos como livres e iguais, trata-se do pluralismo razoável, que se entende como o fato que existem concepções de valor distintas e incompatíveis, cada uma razoável. O pluralismo razoável entende-se como uma divergência persistente dos valores da escolha e autodeterminação sobre diversos

²⁰ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Patricia de Freitas Riberiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 17.

²¹ DAHL. *A democracia*, cit., p.26-27.

²² DAHL. *A democracia*, cit., p.36-37.

assuntos, é este fato que entende os cidadãos como pessoas livres reconhecidas como possuidoras de capacidades de participar na discussão em torno da autorização do exercício do poder.²³

Ainda, sobre o problema do consenso, Neto faz uma análise do debate sobre democracia deliberativa baseado nas obras de Rawls (modelo substancialista) e Habermas (modelo procedimental). Rawls usa do contratualismo como discurso de justificação válido para determinar uma “posição original”, ou seja, a “posição original” tem o objetivo de simular um ambiente ideal de deliberação que possa permitir a justificação de princípios que todos tenham boas razões para apoiar. Na posição original, as “partes” se submetem ao “véu da ignorância”, responsável por impedir que os interesses particulares interfiram na integridade do procedimento deliberativo, nesse contexto, as partes tomariam a decisão *maximin*. Após submeterem-se ao procedimento da “posição original” as partes devem se submeter ao procedimento denominado de “equilíbrio reflexivo”, sendo que, neste caso, deve-se verificar o ponto de vista dos observadores externos a ela. Sua principal função é solucionar eventual colisão entre princípios.²⁴ O objetivo da teoria de Rawls é de compreender como é possível existir uma sociedade que seja estável ao longo do tempo, e ao mesmo tempo justa, de cidadãos livres e iguais que possuam profundas divisões por doutrinas razoáveis, mas incompatíveis. A solução está nos princípios de justiça, pois tais princípios podem atribuir um fundamento razoável para cooperação entre as doutrinas divergentes, por se situarem em posição de imparcialidade.²⁵

Por outro lado, Neto explana que Habermas enfatiza que o modelo de democracia deliberativa deve conciliar a soberania popular e o Estado de Direito, pois a democracia deliberativa depende da liberdade e da igualdade institucionalizada pelo estado de direito, para o autor, não há possibilidade de se ter uma formação livre da opinião e da vontade sem os direitos fundamentais (se há censura a crítica fica limitada). Trata-se de uma condição necessária e garantia de sua integridade, sendo o embate de argumentos e contra-argumentos que racionaliza o processo decisório democrático. Ainda, não pode haver um grande desequilíbrio entre os participantes do debate público, pois assim há a manipulação da opinião pública pelas minorias privilegiadas.²⁶ Para tanto, Habermas entende que deve haver uma concepção procedimental de legitimidade da democracia, especialmente pelo fato das sociedades modernas serem plurais, o que torna inviável justificar a criação de normas jurídicas

²³ COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis e MELO, Rubio Soares. *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

²⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.99-101.

²⁵ NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p.109-110.

²⁶ NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p.128-129.

e decisões estatais com base em uma ética globalmente compartilhada. O contexto de complexidade e pluralismo faz com que toda a fonte de legitimidade repouse no processo democrático legislativo, o qual garante condições equânimes de inclusão na deliberação pública, assim, o estado do direito, deve ser abrangido pelo consenso procedimental.²⁷ No modelo procedimental de Habermas, é fundamental que os cidadãos, ao participarem do processo deliberativo democrático, possam fazê-lo em condições de liberdade e igualdade, para tanto, os cidadãos devem se predispor a aceitar as restrições à ação que a justificação pública. O modelo pressupõe cidadãos capazes de agir estrategicamente e comunicativamente.²⁸

O que se verifica é que, após o modelo antigo de democracia, proposto na Grécia antiga, que pressupõe cidadãos homogêneos, o grande debate no que tange à democracia trata sobre a complexidade em se chegar a um consenso entre os cidadãos de um determinado povo, a ponto de proporcionar legitimidade às decisões tomadas pelos seus representantes, especialmente em sociedades plurais como a brasileira. Conforme visto, há diversas teorias sobre como vencer o problema que trata da legitimidade e da aceitação pela população das decisões tomadas pelos seus representantes, contudo, há quase um consenso que a solução é sempre por meio de deliberação ampla e qualificada dos cidadãos.

Robert A. Dahl traz um conceito moderno para as democracias, chamando-o de poliarquia, ou seja, democracia de muitos, sendo que neste conceito uma democracia poliárquica é um sistema político para democracias de grande escala que conta com seis instituições a seguir listadas: a) funcionários eleitos; b) eleições livres, justas e frequentes; c) liberdade de expressão; d) fontes de informação diversificadas; e) autonomia para as associações; f) cidadania inclusiva.²⁹

Ainda sobre a democracia, é imperioso, para o presente trabalho, adentrar no tema do controle administrativo e no controle social da administração pública, para tanto, veremos duas principais formas de analisá-lo.

Como dito acima, o Estado de Direito foi o que materializou a concepção de controle como artefato de limitação, pois é responsável por ancorar a primeira justificativa de capacidade de conter a manipulação da esfera política por meio de normas jurídicas.³⁰

²⁷ NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p.130.

²⁸ NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p. 134-135.

²⁹ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2016, p. 99 – 104.

³⁰ PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Direito Constitucional democrático: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.42.

Contudo, é importante ressaltar que “uma legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa não é garantia de lisura ou proteção aos cidadãos”,³¹ ao contrário, uma clareza tão grande, se exposta ao conhecimento e deliberação da população, pode funcionar como constrangimento ao abuso do aparelho administrativo para fins de interesses muito duvidosos para a coletividade.³²

Para Rodolfo Viana Pereira, o controle pode ser visto como Elemento-Fundante da Constituição ou, ainda, como Elemento-Garantia da Constituição, ou seja, o primeiro é entendido como a razão de ser da Constitucionalidade e o segundo, como uma categoria dogmática.³³

A democracia quando serve ao propósito legitimador pode-se perceber de forma indireta a sua função controladora, o processo eleitoral pode ser visto como um dos exemplos mais claros. Indiretamente a eleição serve como um mecanismo no qual a população julga os acertos e erros de quem exerceu o mandato, assim, caso o representante tenha usado de forma inadequada o poder, o próprio povo, que é o detentor do poder, poderá manifestar o seu poder de controle nas urnas, rechaçando eventual pretensão à reeleição do representante.³⁴

A constituição deve ser vista como “a guardiã de um estado ideal de liberdade e autonomia em face de uma lógica política instável e ameaçadora”,³⁵ sendo que “a associação necessária entre os termos *controle* e *constituição* decorre da essencialidade do primeiro como mecanismo de garantia de viabilidade do segundo”.³⁶

Visando o controle da Administração Pública, o Direito Administrativo clássico criou diversos instrumentos para a contenção do poder, especialmente a normatização excessiva, contudo, tal enrijecimento pode ser entendido como uma das principais causas da fuga de um regime administrativo para o direito privado.³⁷

Para que as decisões tomadas em sede de controle sejam legitimadas, as mesmas devem seguir a forma institucionalizada.³⁸

Os controles sociais de tipo não institucionalizados servem não só ao propósito de agregar transparência e responsabilidade às condutas estatais e privadas que, de um modo ou de outro, interferem em assuntos de interesse público, como também contribuem ao próprio direcionamento da agenda política. Ainda que os processos através dos quais eles se desenvolvem não resultem em decisões vinculantes, a consequência de suas ações e táticas pode também se beneficiar de altos níveis de

³¹ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p.15.

³² BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p.16.

³³ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit.

³⁴ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p.34.

³⁵ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p.40.

³⁶ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p.201.

³⁷ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p.25.

³⁸ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 237.

eficiência, desde que consigam conquistar visibilidade e convencer a opinião pública e/ou as instâncias decisórias.³⁹

Pereira explana que os controles podem ser prévios, concomitantes ou posteriores. Os controles prévios ocorrem em estágios preparatórios e possibilitam a oportunidade de influência em que a decisão ainda não ocorreu. Os controles concomitantes ocorrem em tempo real, em conjunto com a atividade controlada. Por fim, no controle posterior ocorre apenas a constatação de irregularidade de um comportamento comissivo ou omissivo e usualmente ocorre pela via judicial. Ainda, os controles podem ser constrictivos e promotores. Os constrictivos visam limitar, paralisar as atividades controladas, buscando normalizar a normalidade da atividade atacada. Os promotores visam corrigir casos de negligência, portanto, agem sobre omissões.⁴⁰

É importante ressaltar que o primeiro caso pode ser comumente confundido com participação social, que se trata de conceito diverso de controle.

3. O papel das Agências Reguladoras e a quebra da unidade das decisões da Administração Pública

Diante do cenário que foi exposto, as agências reguladoras surgem como forma de tentar controlar e fiscalizar os serviços públicos. Passa-se a trabalhar com o surgimento dessas instituições no Brasil, a sua forma de atividades e como podem atuar para a melhor aplicação das políticas públicas.

Acelerado o processo de concessão e permissão para o exercício de serviços públicos por particulares, assim como o aumento das possibilidades de privatizações nos anos 1990, viu-se necessária a introdução no nosso sistema jurídico de algum órgão regulador para verificação de possíveis falhas, evitando que o interesse coletivo, base do regime público, fosse substituído por uma visão de lucro da iniciativa privada que passava a ter uma maior participação na execução das atividades relacionadas ao Estado.⁴¹

Existem três espécies de regulação dos serviços públicos: a) regulação de proteção da concorrência; b) regulação para garantir o funcionamento dos serviços públicos e; c) regulação de conteúdo social. A primeira para assegurar o acesso à infraestrutura e à rede aos

³⁹ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p.238.

⁴⁰ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p.242.

⁴¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 7ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 604-609.

delegatários por valores razoáveis, a segunda para proporcionar a mais ampla concorrência possível e a terceira para garantir os princípios da universalidade, continuidade e adequação da prestação dos serviços aos usuários.⁴²

As agências reguladoras podem ser divididas entre agências que regulam os serviços públicos concedidos (ex: Agência Nacional de Telecomunicações) e agências que regulam as atividades econômicas em sentido estrito (ex: Agência Nacional do Petróleo).⁴³

O Brasil teve inspiração no sistema norte-americano para a criação das agências reguladoras. Nos Estados Unidos essas instituições aparecem já em 1929, se apresentavam como independentes do Poder Legislativo, podendo legislar para controlar as atividades de delegatários e os usuários de serviços executados por aqueles.⁴⁴

Mendes explana que a história das agências reguladoras passou por quatro fases principais, sendo que a primeira trata do surgimento do modelo de regulação em 1887, quando se verificou a necessidade de conferir uma resposta reguladora às disputas travadas entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais. A segunda fase ocorreu entre os anos 1930 e 1945, momento em que a economia norte-americana se viu abalada por uma forte crise e socorreu-se de inúmeras agências administrativas que interviram fortemente na economia. A terceira fase, entre 1945 e 1965, foi marcada pela elaboração de uma lei geral responsável pela uniformização do processo de tomada de decisões pelas agências. A quarta e última fase iniciou em 1985, quando o modelo começou a ser redefinido, consolidando as agências, constituindo controles externos adequados que garantam a sua independência.⁴⁵

Existem quatro formas de regulação da economia: a) regulação estatal; b) regulação pública não-estatal; c) autorregulação e; d) desregulação.⁴⁶ O Brasil, por meio das agências reguladoras, reafirma a ideia de uma regulação estatal.

As agências reguladoras possuem independência tanto do Poder Legislativo como dos outros poderes (Executivo e Judiciário), mas depois de um tempo passou a ser questionada a sua real efetividade, os usuários de serviço começam a querer que seja demonstrada a relação

⁴² BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.28.

⁴³ OLIVEIRA. *Administração pública*, cit., p. 88-89.

⁴⁴ NOHARA. *Direito*, cit., p. 605.

⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Prâmetros de Discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.99.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.33.

custo-benefício das medidas regulatórias expedidas por elas, demonstrando a sua real necessidade.⁴⁷

Tais questionamentos ocorrem pelo fato de que a importação de inovações institucionais não trouxe o contexto cultural e jurídico originário consigo, tornando impositivas adaptações, especialmente no que toca aos princípios da legalidade e da unicidade da jurisdição que trazem discussões sobre os limites das competências normativas e sancionatórias das agências.⁴⁸

Frequentemente as normas regulamentares expedidas pelas agências reguladoras são revisadas e declaradas ilegais pelo Poder Judiciário, em clara desarmonia entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, o que levanta a discussão sobre a efetividade da tecnicidade de tais autarquias, conforme exemplifica a Apelação Cível Nº 70059100214, julgada pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Marco Antonio Angelo, a qual colaciona-se na íntegra:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS, AMBULATORIAIS E HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENUNCIÇÃO DA LIDE. Ação de cobrança ajuizada pelo hospital em face de paciente atendido em situação de emergência. Recusa de cobertura por parte da UNIMED. Cabível a denúncia à lide da operadora do plano de saúde pelo consumidor demandado em ação de cobrança movida pelo hospital (art. 70, III, do CPC). Preliminar rejeitada. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A Lei n. 8.078/90 é aplicável aos planos de saúde (Súmula n. 469 do STJ). PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. A Lei n. 9.656/98 estabelece a obrigatoriedade de atendimento nos casos de emergência ou urgência, e, como exigência mínima, quando fixado período de carência, o prazo máximo de 24 horas. Além disso, veda a limitação de prazo para internação hospitalar. RESTRIÇÕES AO ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA NO PRAZO DE CARÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Prevalência da Lei n. 9.656/98 sobre a Resolução n. 13/98 do Conselho Nacional de Saúde Complementar - CONSU. Em nenhum momento, a Lei n. 9.656/98 faz qualquer restrição no que concerne ao atendimento de emergência ou urgência quanto ao número de horas ou internação hospitalar. Impossibilidade de aplicação das regras editadas pelo CONSU estabelecendo restrições não autorizadas em lei ordinária e conflitantes com os direitos dos consumidores. A cláusula contratual impondo restrições ao atendimento de emergência que a lei não prevê estabelece desvantagem exagerada ao consumidor, sendo, por isso, nula de pleno direito (art. 51, IV, e § 2º, do CDC). CASO CONCRETO. No caso concreto, tratando-se de atendimento de emergência, ainda que tenha ocorrido no prazo de carência, incumbe à UNIMED suportar todas as despesas médicas e hospitalares, inclusive de internação. APELAÇÃO DESPROVIDA.⁴⁹

⁴⁷ NOHARA. Direito, cit., p. 617-618.

⁴⁸ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.39.

⁴⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. *Apelação Cível Nº 70059100214*, Relator Des. Marco Antonio Angelo. DJU 28/04/2014.

O caso acima citado trata de uma provedora de planos de saúde, regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, que impôs tempo limite para a internação de um de seus beneficiários, com base na Resolução n. 13/98 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar. Na ocasião, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul considerou a Resolução ilegal, pelo fato de estar em clara contradição com os direitos dos consumidores previstos em lei ordinária.

Se verifica, portanto, que embora haja uma certa autonomia das agências reguladoras, seus atos estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, tendo em vista que a Constituição Federal garante que ameaças aos direitos podem ser submetidas a ele, como consta do art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ainda, cabe ressaltar que nos Estados Unidos, a regulação das agências surgiu como um rompimento do modelo de Estado mínimo e não com um Estado do Bem-Estar Social como no Brasil. Aqui a regulação nasceu para substituir o Estado clientelista, que sempre foi ativo na economia para servir aos interesses dos diversos estamentos superiores.⁵⁰

[...] embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsão a mudança, aqui foram elas criticadas para garantir a preservação do *status quo*: enquanto lá buscavam elas a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurar-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.⁵¹

As Agências Reguladoras, no Brasil, são enquadradas atualmente como autarquias em regime especial, ou seja, possuem uma maior autonomia, definindo suas próprias regras instituidoras, tais como dirigentes nomeados para mandatos fixos, sem influência política na sua saída do cargo, período de quarentena após a saída desses cargos para que os entes regulados não os contratem por certo período após o afastamento para não terem informações privilegiadas.⁵²

Gustavo Binjenbojm explana que a independência assume quatro aspectos diversos: a) independência política dos dirigentes; b) independência técnica decisória; c) independência normativa e; d) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada.⁵³

⁵⁰ ZYMLER, ALMEIDA. *O controle externo*, cit., p.40-41.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*. V. 240 – Abr./Jun – p.147-165. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p.153.

⁵² NOHARA. *Direito*, cit., p. 596.

⁵³ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 153-154.

São também características a limitação à interposição de recurso hierárquico impróprio ao Ministério que supervisiona as atividades da agência reguladora, quando houver violação de políticas públicas estabelecidas pelo Executivo ou até mesmo se extrapolarem suas próprias competências. O colegiado das agências reguladoras é um instrumento importante para conferir uma maior garantia de que as decisões não serão tomadas com base em interesses particulares, mantendo-se, assim, a tecnocracia.⁵⁴

Quando da criação da agência reguladora haverá uma lei específica para sua instituição, bem como cada uma das agências fica responsável por regular algum setor específico do setor econômico, ficando não subordinada hierarquicamente, mas apenas submetida ao controle por meio de supervisão de algum Ministério que seja da sua área de atuação. As ações desenvolvidas pelas Agências reguladoras vão do poder de polícia, limitando administrativamente as atividades que não observam o “bem-estar geral”, bem como ações voltadas para controle, fiscalização e fomento e principalmente atividades que são executadas por meio de permissões e concessões de serviços públicos.⁵⁵

Os focos de tensão principais causados pelas agências reguladoras no Brasil são três: a) a tensão com o princípio da legalidade; b) a tensão com o sistema de separação de poderes e; c) a tensão com o regime democrático.⁵⁶

O presente artigo propõe um aprimoramento do arranjo institucional das agências reguladoras no Brasil, focando-se no terceiro item exposto no parágrafo acima, que é causado especialmente pela não sujeição dos administradores das agências reguladoras aos procedimentos de *accountability* eleitoral.

4. Os conselhos de participação popular como meio de legitimar as decisões das Agências Reguladoras

A participação popular nos Estados Unidos da América é tratada com grande importância pelo direito norte-americano, pois os Tribunais exigem que as agências analisem todas as questões levantadas pelos cidadãos, em audiências populares. Há um procedimento de análise e resposta dos argumentos apresentados. Esse entendimento que obriga as agências a

⁵⁴ NOHARA. *Direito*, cit., p. 560.

⁵⁵ NOHARA. *Direito*, cit., p. 612.

⁵⁶ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 154.

assegurar a efetividade de participação dos cidadãos nas agências é conhecido como *hard look review*.⁵⁷

Ainda que de forma embrionária, há previsão legal de participação popular nas atividades das agências reguladoras. Os mecanismos conhecidos de participação e controle social sobre a atividade das agências reguladoras são conhecidos como: a) audiências públicas; b) consultas públicas; e c) conselhos consultivos. As primeiras consistem em sessões abertas que são realizadas para cidadãos, associações e demais interessados, contudo, é importante frisar que o resultado das deliberações não possui caráter vinculante para a agência; as segundas consistem no questionamento para a opinião pública sobre assuntos de interesse coletivo, antes da elaboração de alguma norma reguladora; por fim, as terceiras são órgãos de participação social de forma institucionalizada com caráter consultivo e fiscalizador.⁵⁸

O presente estudo irá se focar na terceira hipótese de participação popular, buscando responder se o modelo implementado no Brasil é efetivo, bem como especulando soluções.

Por meio de dados gerados relacionados sobre as políticas sociais nessas cidades, verificou-se que as instituições altamente participativas possuem um bom efeito sobre as políticas sociais, especialmente nas áreas da educação e saúde. Foi possível diferenciar de forma positiva as cidades com alta participação quando relacionadas com as cidades de baixa participação, sendo possível demonstrar que este efeito é expandido também para a gestão dessas áreas de políticas sociais. Ainda, observou-se que uma participação forte é associada com a boa organização do Administração Pública. É importante ressaltar que nem em todas as cidades em que há participação intensa encontram-se os mesmos resultados acima expostos.⁵⁹

Por outro lado, ocorre que muitas vezes os espaços de participação social são apenas formais, com o intuito de viabilizar verbas de outros entes federativos, em especial da União para os Municípios, por este motivo, alguns conselhos são instituídos apenas por previsão legal do que efetivamente uma mudança de estrutura nas relações do Poder Público com a sociedade.⁶⁰

Não raro, a comunicação que se instala é ficcional, pois não há um processo de discussão democrático, há baixíssimo nível de reflexividade e as decisões geralmente já estão previamente estabelecidas. Em qualquer Administração Pública Democrática de Direito que se diga eficaz e legítima, há que se pensar em compartilhamento de competências, deveres e

⁵⁷ OLIVEIRA. *Administração pública*, cit., p.80.

⁵⁸ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p.160-163.

⁵⁹ AVRITZER, Leonardo. Introdução. In: *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010, p.101.

⁶⁰ HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC; IPR, 2007, 31.

direitos, uma vez que os mecanismos institucionais tradicionais não se mostraram eficazes em mediar as relações sociais. Exemplo disso são as práticas autoritárias e de decisões com as quais o Executivo tem exercido o governo, utilizando-se de medidas provisórias, orçamento público e trocas de favor com os outros poderes.⁶¹

Importante ressaltar que os conselhos de participação popular não são considerados novidade no Brasil, que já teve experiências nos anos 1970 com conselhos de participação popular, que eram chamados de conselhos comunitários e conselhos populares, os primeiros institucionalizados e os segundos sem estruturação formal.⁶² Contudo, a Constituição Federal de 1988 impulsionou os Conselhos Gestores de Políticas Públicas, que foram criados por normas específicas, visando atender os anseios dos movimentos sociais.⁶³

Depois da metade da década de 1990, foram criados muitos conselhos devido à reforma do Estado brasileiro e à descentralização político-administrativa das políticas públicas, possibilitando, assim, o controle social, que somente pode ser efetivado com a participação da população em conjunto com a criação de mecanismos que auxiliem o cidadão na integração do processo de definições políticas. Os conselhos são exemplos destes mecanismos, contudo, para que sejam resolutivos, se mostram necessárias algumas medidas, não exaustivas, mas que certamente contribuirão para o controle social pretendido: a) a superação da ideia de que o Estado é o único que possui a aptidão para a tomada de decisões; b) a promoção da descentralização das decisões; c) a seleção adequada dos representantes dos conselhos; d) a facilitação das formas de organização da população para exercer plenamente a democracia.⁶⁴

Ainda, mesmo que não seja objeto da resolução do problema proposto, mostra-se de extrema relevância para o presente estudo registrar dois fatos recentemente ocorridos. A publicação do Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019,⁶⁵ que alterou a composição e o funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, diminuindo drasticamente a participação da sociedade civil, em total descompasso com o que aqui se defende; e o Decreto nº 9.759 de 11 de abril de 2019,⁶⁶ que determina a extinção de órgãos de participação popular

⁶¹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 64.

⁶² TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *Movimentos Sociais e Conselhos*. Cadernos ABONG, no 7, julho de 1996, p. 8.

⁶³ GURGEL, Claudio; JUSTEN, Agatha. *Controle social e políticas públicas: a experiência dos Conselhos Gestores*. Rev. Adm. Pública, vol.47, n.2 [online]. 2013, p. 363.

⁶⁴ STEDILE, Nilva Lúcia Rech; FERRI, Caroline; OLIVEIRA, Mara de. *CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: espaços legítimos de participação social na defesa das políticas públicas*. In: RFMD, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 61-90, out./abr. 2017, p. 66-67.

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019. 2019

⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 9.759 de 11 de abril de 2019. 2019

que tenham sido criados por decreto ou ato normativo hierarquicamente inferior, o referido decreto foi suspenso parcialmente por liminar concedida pelo STF.⁶⁷

A administração da atividade regulatória deve ser pautada pela transparência, uma vez que, se há necessidade de abertura para interesses diversos e o constante diálogo entre eles, é evidente que isso deve ocorrer de forma clara, explícita e transparente, especialmente para se evitar a conversão em meras composições de interesses. “A participação social, além de conceder maior legitimidade às decisões governamentais, também tem a função de qualificar a atuação da administração pública.”⁶⁸ A participação universal deve ser compreendida como mecanismo de grande importância para alcançar esta transparência, agregada de publicidade, não tão apenas pela Imprensa Oficial, mas também pela internet e meios inovadores.⁶⁹

Nos Estados Unidos da América, quando se trata de participação popular nas agências reguladoras, se verifica que a ausência de manifestação por parte da agência reguladora sobre exposições feitas em caráter de participação social pode causar a invalidação das decisões por parte do Judiciário. Tal fenômeno jurídico é chamado de *hard-look doctrine* que visa garantir a fidelidade do processo regulatório e invalidar eventuais decisões arbitrárias. A referida doutrina tem tido papel fundamental para exigir das agências reguladoras a demonstração, de forma clara, de que as vantagens da regulação proposta são maiores que suas desvantagens, algumas vezes para o fim de invalidar medidas regulatórias que são contrárias à lei, outras vezes para exigir melhores explicações da agência reguladora referente a críticas feitas pela sociedade civil participativa. Dessa forma, o Judiciário estadunidense tem tido papel de extrema relevância para garantir a racionalidade nos processos regulatórios.⁷⁰

Já no Brasil a atuação dos conselhos tem a possibilidade de “se manifestar durante o processo de elaboração das normas, ainda que na maioria dos casos não tenham efetivamente o poder normativo, que fica a cargo da direção da agência”.⁷¹

A desnecessidade de observância ou de réplica às considerações feitas pela participação popular no Brasil, bem como a ínfima presença de órgãos governamentais, partidos

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6121. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. 12 de junho de 2019.

⁶⁸ CERVI, Jackson Roberto. *EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA GESTÃO PARTICIPATIVA LOCAL: uma leitura a partir da constituição federal brasileira*. In: SCHMIDT, João Pedro; FONTANA, Eliane; GRUNEVALD, Isabel (org). Políticas Públicas, cooperação e comunidade. Curitiba: CRV: 2018, p. 181.

⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.96.

⁷⁰ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 151.

⁷¹ FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação Social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte. In: DI PIERTRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2003, p.596.

políticos e entidades de defesa do consumidor que representem interesses da sociedade civil, são os principais motivos de severas críticas relativamente à participação popular no Brasil.⁷² Entretanto, a participação popular, mesmo que ínfima, se mostra como o principal instrumento para enfrentar o argumento do déficit democrático, responsável pela quebra da unidade administrativa.

5. CONCLUSÃO

Dentro de suas limitações de espaço e objetivo, o presente ensaio preconiza o aprimoramento de um sistema de controles das agências reguladoras, compatível com as realidades e entraves jurídicos existentes no Brasil.

Conforme visto no primeiro item deste artigo, verificou-se que no início dos anos 1990 o Brasil foi movido por uma importante, mas não completa, mudança de forma da administração pública, passando de uma administração burocrática para uma administração chamada de gerencial. Tal mudança ocorreu muito mais por uma exigência do mercado exterior do que por motivos efetivamente nobres.

No segundo item, ficou verificado que a mudança da forma de gerir a coisa pública no Brasil também importou em diversas alterações e inovações no que toca à forma de controle da execução de políticas públicas, ocorrendo terceirizações e implementações de agências reguladoras no direito administrativo nacional. O que se averiguou foi a necessidade de um amplo debate com qualificada e forte participação popular sempre que se tratar de assuntos públicos, sob pena de afronta ao princípio democrático do Estado brasileiro.

Em um terceiro momento, realizou-se uma análise sobre o contexto do surgimento das agências reguladoras no Brasil e seu funcionamento, verificando-se a necessidade de aprimoramento do modelo implementado, especialmente no que tange ao controle social e à legitimação democrática, tendo em vista a impossibilidade de *accountability* pela quebra da unicidade das decisões administrativas.

No quarto item se estudou a importância da participação popular na gestão da coisa pública, focando-se na relevância que os conselhos de participação popular possuem com uma democracia moderna e forte.

⁷² BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 164.

Conclui-se, portanto, após uma análise não exaustiva dos itens acima expostos, que há um grande caminho a ser percorrido para aprimorar um sistema de controle social das agências reguladoras. Há diversos exemplos no direito alienígena, como a *hard look review* do direito norte-americano, que, depois de adaptações com o direito brasileiro, pode representar um passo importante para a evolução do controle social, também aprimorando um sistema de unicidade decisória, quando as decisões são tomadas por meio de uma agência reguladora, uma vez que todo o poder emana do povo.

Importante ressaltar tal modelo, adaptações e aprimoramentos, especialmente considerando que a participação popular no Brasil encontra-se em um estágio prematuro de desenvolvimento e somente prosperará com acesso à informação, com divulgação do papel institucional da população e com incentivos que devem ser oferecidos pela administração pública para que o cidadão tenha interesse em participar de forma ativa no controle social da administração pública.

Referências

ALMEIDA, Ana Paula de. *O policiamento comunitário como política inovadora de segurança pública: uma análise a partir do programa nacional de segurança pública com cidadania, sob a perspectiva local de enfrentamento ao crime e à violência*. 2012. 121 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2012.

AVRITZER, Leonardo. Introdução. In: *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Ana Maria Lima. Os portadores de deficiência no Conselho de Saúde. In: CARVALHO, Maria do Carmo A.A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*. In: *Revista de Direito Administrativo*. V. 240 – Abr./Jun – p.147-165. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Decreto nº 9.759 de 11 de abril de 2019. 2019

BRASIL. Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 19. 1998. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6121. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. 12 de junho de 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASARA, Rubens. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CERVI, Jackson Roberto. *Efetivação dos direitos fundamentais através da gestão participativa local: uma leitura a partir da constituição federal brasileira*. In: SCHMIDT, João Pedro; FONTANA, Eliane; GRUNEVALLD, Isabel (org). Políticas Públicas, cooperação e comunidade. Curitiba: CRV: 2018.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis e MELO, Rubio Soares. Democracia Deliberativa. São Paulo: Singular, 2007.

DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. Patricia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2016

HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC; IPR, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. *Participação Social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Direito regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GURGEL, Claudio; JUSTEN, Agatha. *Controle social e políticas públicas: a experiência dos Conselhos Gestores*. Rev. Adm. Pública, vol.47, n.2 [online], 2013.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. Teoria Constitucional e Democracia deliberativa. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 7ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAZ, Rosângela. A representação da sociedade civil nos Conselhos de Assistência Social. In: CARVALHO, Maria do Carmo A.A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma Gerencial do Estado de 1995*, p.7-26 In: *Revista de Administração Pública*. v. 34(4). Rio de Janeiro: FGV, 2000.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Direito Constitucional democrático: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível n. 70059100214. 2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70059100214&num_processo=70059100214&codEmenta=6040938&temIntTeor=true.

ROSA, Ádima Domingues da. *Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2008.

SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil: Participação Social, Conselhos e Parcerias. In JACCOUD, Luciana. (org.). Brasília: IPEA, 2005, p. 373-407.

STEDILE, Nilva Lúcia Rech; FERRI, Caroline; OLIVEIRA; Mara de. *Conselhos de políticas públicas: espaços legítimos de participação social na defesa das políticas públicas*. In: RFMD, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 61-90, out./abr. 2017

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Movimentos Sociais e Conselhos. *Cadernos ABONG*, nº 7, julho de 1996.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Recebido em: 12.06.2019
1º Parecer em: 01.07.2019
2º Parecer em: 24.07.2019