

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* em
Direito da Regulação**

Sandro Giraldi

**A Participação Pública nos Desígnios
Regulatórios no Âmbito da Agência Nacional
de Energia Elétrica - ANEEL**

**Brasília – DF
2013**

Sandro Giraldi

**A Participação Pública nos Desígnios
Regulatórios no Âmbito da Agência Nacional
de Energia Elétrica – Aneel**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Hector Vieira

Brasília – DF
2013

Sandro Giraldi

**A Participação Pública nos Desígnios
Regulatórios no Âmbito da Agência Nacional
de Energia Elétrica – Aneel**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

“Dedico esta monografia primeiramente a Deus, aos meus pais que me deram muito apoio nos momentos mais difíceis da minha vida, a minha esposa querida Márcia que sempre esta do meu lado, me ajudou e nunca mediu esforços para me ajudar, a Eletronorte e a sua Consultoria Jurídica. Obrigado por tudo!”

RESUMO

O trabalho teve como campo temático a participação popular no dia a dia da função regulatória da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, especialmente no tocante as audiências públicas, consultas públicas e as reuniões públicas da diretoria daquela autarquia, aonde procuraremos jogar uma luz nesse assunto tão palpitante e que às vezes não é tratado com a importância devida pela doutrina pátria especificamente no caso pontual da ANEEL. Abordaremos a origem histórica desses institutos, bem como os princípios que o cercam, nos quais podemos citar: princípio da soberania popular, da transparência, da consensualidade, da precaução, da oralidade, bem como o da publicidade, de outro lado trataremos das normas internas, ou seja, do procedimento de cada um dos mecanismos de controle, além do que debateremos a aparente ineficácia da incorporação das contribuições dos participantes nas normas regulamentares que foram submetidas a estes processos, após falaremos do Projeto de lei que obriga a que todas as agências reguladoras brasileiras implementem as audiências e consultas públicas como meio de participação social as políticas regulatórias. A análise dessa pesquisa, consubstancia-se em um conjunto de conhecimentos que se espera, contribui objetiva e efetivamente para a disseminação desses mecanismos públicos no âmbito da sociedade brasileira e na doutrina pátria.

Palavras - chave: Participação Popular, Audiências, Reuniões, Consultas Públicas, Princípios, Eficácia, Regulação, ANEEL.

ABSTRACT

The present essay develops the popular participation in the regulatory function on the daily basis of The “Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL as its theme, mainly in the subject of public hearings, public consultations and public meetings promoted by the board of that municipality. Our main goal is to analyze this thrilling subject that are sometimes not treated with due importance by the homeland doctrine, specifically in ANEEL’s case. We discuss the historical origin of these institutes, as well as the principles that surround it, such as the following we can mention: the principle of popular sovereignty, transparency of consensus, of precaution, oral argument as well as publicity; in other words, the procedures of each control mechanism; besides these we debate the aparent inability of incorporating participant’s contribution, brought by in the hearings; after that we talk about the Bill which requires all Brazilian regulatory agencies to implement public hearings and consultation as a tool of social participation in regulatory policies. This analysis embodied a set of datas that are expected from the expert in the field wich would, contribute to achieve the effectively dissemination of these mechanisms to the public to the Brazilian society and homeland doctrine.

Keywords: Popular Participation, Hearings, Meetings, Public Inquiries, Principles, Effectiveness, Regulatory, ANEEL.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. CONCEITOS, HISTÓRICO E CRIAÇÃO.....	10
1.1 Conceitos de audiências, consultas e reuniões públicas.....	10
1.2 Origens históricas.....	13
1.3 Introduções dos institutos no direito brasileiro.....	14
1.4 Fontes normativas dos institutos de participação pública na ANEEL	16
2. PROCEDIMENTOS INTERNOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA	18
2.1 Audiências públicas	18
2.2 Consultas públicas.....	20
2.3 Reuniões públicas da diretoria.....	21
3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES.....	24
3.1 Princípio da transparência	25
3.2 Princípio da publicidade.....	27
3.3 Princípio da oralidade	28
3.4 Princípio da soberania popular	29
3.5 Princípio da consensualidade.....	34
3.6 Princípio da precaução.....	36
4. QUESTÕES RELEVANTES ATINENTES A PARTICIPAÇÃO PÚBLICA	38
4.1 A aparente ineficácia dos mecanismos de participação pública na ANEEL	38
4.2 A obrigatoriedade na execução das consultas e das audiências nas agências reguladoras federais.....	44
CONCLUSÃO	46

INTRODUÇÃO

A concepção de mecanismos de controle público das agências reguladoras é um progresso imperioso para o funcionamento do sistema, na avaliação de que esse controle atua como elemento de eficiência e de legitimidade na ação regulatória por parte do Estado. Nesse diapasão, a experiência estrangeira sinaliza que o desenvolvimento de entes reguladores independentes deve ser temperado por mecanismos mais eficazes de controle social e de prestação de contas a sociedade, apesar de que no Brasil, essas autarquias muitas das vezes são apêndices dos interesses do governo e não instrumentos de políticas estatais sérias e comprometidas.

Deixando essas mazelas um pouco de lado, partimos do princípio que a audiência pública, como gênero, é um instrumento que leva a uma decisão política/legal com legitimidade e transparência, e tendo em vista que existe uma significância enorme, dado que poucas pessoas se debruçaram para fazer uma avaliação principiológica e pontual sobre esses procedimentos para avaliar as audiências, consultas e reuniões públicas da Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL como ferramenta de política pública e no tocante a alguns assuntos basilares e importantes a regulação. Entre os quais citamos: a aparente ineficácia da participação popular frente às determinações regulatórias e ainda sobre o projeto de lei que obriga a execução de consultas e audiências em todas as agências reguladoras federais, que nos levou a optar por fazer um diagnóstico mais denso do assunto, o que acarretou na elaboração de uma monografia sobre o tema.

A monografia teve como campo temático, a apresentação dos conceitos, das origens histórias, tanto no mundo, como no Brasil no que pertine aqueles mecanismos de controle, as fontes normativas que tratam dos assuntos, além disso, esmiuçaremos os procedimentos que deverão serem tomados pelos interessados em aperfeiçoar e contribuir com a política regulatória capitaneada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

De outra mão, analisaremos a efetividade ou a inefetividade da participação pública dos principais atores do setor elétrico brasileiro nas normas regulamentares que foram submetidas a estes processos, para tanto trataremos esta problemática sobre dois vieses, o primeiro seria o principiológico, para tanto é importante trazer o estudo dos principais princípios norteadores das audiências, consultas e reuniões públicas da diretoria da ANEEL, entre os quais podemos citar: transparência, publicidade, oralidade, soberania popular, consensualidade e por último o da precaução.

Segundo, há a observação sobre a ótica política, no sentido de que os mandamentos reguladores teriam a preponderância dos interesses do governo e da política, tornando as agências reguladoras, especificamente a ANEEL, um mecanismo de governo e não de Estado, como aparentemente deveria ser, para tanto confrontaremos algumas contribuições da Eletronorte nas audiências públicas, perante a avaliação final daquele órgão regulador.

Por derradeiro e ainda no campo político, foi pesquisado ainda o Projeto de Lei nº 3.337/2004 de autoria do Governo Federal, no qual deve uniformizar as atividades de todas as agências reguladoras federais, o que irá em tese fortalecer a autonomia, a estabilidade e previsibilidade das regras do mercado, bem como ampliar a transparência, a participação e o controle da sociedade brasileira, em todas as suas matizes.

Na análise do material das audiências, consultas e das reuniões públicas da diretoria da ANEEL, aos quais constam a exploração dos principais “cases” envolvendo a Centrais Elétricas no Norte no Brasil – Eletronorte, como efetiva colaboradora daquele ente regulador, foi possível observar a não aceitabilidade das contribuições, por uma gama extensa de justificativas, das mais simplórias as mais complexas, isso quando a agência se detém a justificar os subsídios apresentados por aquela empresa, desta forma será pertinente esmiuçar também o componente político que está intrincado nos ditames daquele ente regulador. Ante a esses fatos foi possível também, observar as deficiências existentes nesses mecanismos de participação e as sugestões para o melhor exercício dos procedimentos e normas regulamentares instituída pela Agência Reguladora.

Dado o conjunto de temas de grande relevância abordados nas audiências, consultas e reuniões públicas da diretoria da ANEEL, considerando-se as restrições inerentes a trabalhos doutrinários e ao campo referente à atividade regulatória propriamente dita, a análise do campo científico circunscreveu aos instrumentos de participação popular na área regulatória, especificamente na área de geração e de transmissão por ser um dos temas de maior importância ao autor, em decorrência de que este desenvolve atividade profissional na área provocando uma automática sinergia nestes assuntos.

Sobre os temas geração e transmissão, há uma leve preponderância de assuntos referentes à distribuição, seja porque é a “ponta” de todo o Sistema Elétrico Brasileiro, que se inicia na geração e termina na distribuição, onde alcança os consumidores residenciais e industriais, parcela bastante considerável na sociedade brasileira e que é atingida sobremaneira pelos desígnios regulatórios, com desdobramentos na produção industrial, ou para baixo ou para cima, de acordo com o custo da energia, bem como na medição da apuração dos índices inflacionários, o que levou o governo brasileiro a expedir a Medida Provisória nº 579/2012, de 11/09/2012, ao qual visa antecipar a renovação das concessões elétricas e reduz a tarifa da conta de luz, com a redução de encargos que incidem sobre a energia elétrica tendo o intuito de incrementar o Produto Interno Bruto - PIB.

Este estudo tem o intuito de aclarar e trazer cores as audiências, consultas e reuniões públicas da diretoria da ANEEL, com um cotejo principiológico, haja vista que o pouco tratamento doutrinário é referente a algumas pinceladas dentro do direito regulatório, sem se deter especificamente a uma importante agência reguladora, como é a Agência Nacional de Energia Elétrica, para tanto não ficamos restrito aquela autarquia e também nos dispomos a discorrer sobre outras implicações maiores, como por exemplo, a obrigatoriedade das Audiências Públicas - AP's e as Consultas Públicas - CP's em todas as agências reguladoras federais, mas sempre com o fito nos mecanismos de participação e controle social da ANEEL.

1. CONCEITOS, HISTÓRICO E CRIAÇÃO

1.1 Conceitos de audiências, consultas e reuniões públicas

Podemos conceituar preliminarmente a audiência, consulta e a reunião pública no mundo do direito e no mundo dos fatos, no mundo jurídico conceitua-se como sendo um processo administrativo que tem por escopo, incentivar a interação dos interessados (coletividade) no exercício do desempenho administrativo e informar os envolvidos a respeito da atividade administrativa.

Já sobre o viés do mundo dos fatos, esses institutos a nosso ver podem apresentar resultados benéficos e maléficis, aos quais poderemos analisar adiante. Como resultados alentadores, a participação popular pode conferir maior validade à decisão da Administração, maior limpidez ao exercício da função, facilitar o controle do judiciário dos atos administrativos, ajustar o exercício da função administrativa com as vontades e reivindicações da sociedade, e formalizar os caminhos de grupos organizados de coação, digo lobbies relativamente à atividade administrativa.

De outra mão, os deslindes negativos a essas formas de participação podem contribuir para resultar no engessamento do processo administrativo e no atraso das decisões serem um teatro engendrado apenas para angariar uma falsa percepção de um apoio popular à proposta, e recentemente à decisão administrativa e favorecer interesses organizados e mais poderosos da sociedade em lesão de outros menos estabelecidos, como a sociedade civil em geral.

A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL conceitua as duas primeiras manifestações de participação social e delimita a finalidade da última, da seguinte forma:

A Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos administrativos.
Já a Consulta Pública é um instrumento administrativo, delegado pela Diretoria da Agência aos superintendentes da ANEEL, para apoiar as atividades das unidades organizacionais na instrução de processos de

regulamentação e fiscalização ou na implementação de suas atribuições específicas.

A realização das reuniões públicas para deliberação de assuntos que envolvam interesses dos agentes do setor elétrico e consumidores tem como finalidade aumentar o grau de transparência do processo decisório da ANEEL permitindo, assim, que qualquer pessoa possa acompanhar e participar efetivamente do processo de tomada de decisões da Agência.¹

Já Diogo Figueiredo Moreira Neto, define audiência pública como:

"um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual."²

De outro lado, temos o conceito de consulta pública trazido pelo Ministério da Saúde em seu sítio eletrônico, que assim explica:

A consulta pública é um instrumento criado para ampliar a oportunidade de participação da população na elaboração e no aprimoramento de políticas públicas. Com ela, a produção de instrumentos legais que norteiam as ações governamentais torna-se democrática e transparente, pois torna possível a discussão sobre os temas de interesse da sociedade.³

As reuniões públicas da diretoria nos moldes utilizados na ANEEL têm um caráter de exclusividade no direito regulatório, o que leva a inexistência da criação de conceitos jurídicos por parte da doutrina pátria, essa peculiaridade de ser inédito e que impossibilitou de collocarmos outros conceitos, além daquele criado pelo ente regulador federal.

As audiências públicas propiciam o "debate público e pessoal por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil", considerado "o interesse público de ver debatido tema cuja relevância ultrapassa as raias do processo administrativo e alcança a própria coletividade"⁴. Trata-se, no cerne, de um tipo de consulta pública,

¹ Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso: em janeiro 2012.

² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial*, 1992. p 129.

³ Portal da Saúde do Sistema Único de Saúde – SUS do Ministério da Saúde. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/area.cfm?id_area=1253>. Acesso: janeiro 2013.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*, 2001. p. 185-186.

com a especificidade de se concretizar através de "debates orais em sessão previamente designada para esse fim"⁵.

As consultas, por sua vez, têm a ver com o empenho do Estado em "compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de *peças formais*, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo".⁶

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*, 2001. p. 186.

⁶ *Ibid.* p. 186.

1.2 Origens históricas

Quanto à origem histórica desses institutos de participação popular, existem indicações de que as consultas públicas foram criadas na década de quarenta do século passado nos Estados Unidos quando foi decretado a famosa *Administrative Procedure Act (APA)* de 1946, que criou uma estrutura para regular as Agências (com efeito estadunidense) e sua função.

Em seus estudos Sérgio Bruna Varella encontrou a natureza jurídica da participação coletiva no processo político como meio de controle dos atos regulatórios através da APA, senão vejamos:

O reconhecimento do caráter político dos procedimentos regulamentares levou parte dos doutrinadores norte-americanos a preconizar a participação popular nos processos decisórios, como a forma mais adequada de controle, buscando reproduzir, assim, na medida do possível, o processo político próprio dos parlamentos, uma idéia que também se fez presente em outros países.⁷

Para ilustrar o panorama regulatório ao qual foi criado a APA nos Estados Unidos, trouxemos as impressões segundo Peter L. Strauss (1989 apud Figueiredo, 2004, p.35):

Este dispositivo legal foi promulgado em 1946, quando os regulamentos americanos, na maioria, diziam respeito a questões econômicas como, por exemplo, a da obtenção de autorização para que uma rota aérea servisse duas cidades ou da aprovação de uma tarifa proposta para o transporte de mercadorias entre essas cidades por meio de caminhões interestaduais. Nesse contexto, o processo de regulamentação foi uma ferramenta útil, porém o processo dominante continuou sendo o do pronunciamento de uma decisão administrativa.⁸

Por meio da *Administrative Procedure Act* de 1946 é que foi disseminado os contornos do que hoje é considerada as audiências públicas, embrião dos outros meios de participação social nos processos decisórios nas agências reguladoras, mas tem-se notícias de mecanismos similares na Áustria em 1925, na Espanha no

⁷VARELLA BRUNA, Sérgio – *O controle judicial da atividade normativa do Poder Executivo na regulação dos mercados: o papel da procedimentalização e da participação dos interessados*, Tese de Doutorado, 2002. p. 39.

⁸FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*, 2004. p. 35.

ano de 1958, Uruguai em 1966 e na Alemanha e na Argentina na década de setenta do século passado.

1.3 Introduções dos institutos no direito brasileiro

No Brasil as consultas à população sobre as ações da administração pública em audiências públicas ainda são novas, com mais razão ainda as reuniões públicas da diretoria.

Conforme Patrícia Brant⁹ as audiências foram introduzidas no Brasil no ano de 1986 pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente¹⁰ nos processos de licenciamento ambiental dos grandes empreendimentos. A audiência pública nasceu como um procedimento de consulta à sociedade nos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos de profundo impacto ambiental como canal de participação da comunidade nas decisões locais, possibilitando ao público afetado o acesso à informação ambiental. Assim, elas surgem como resposta ao anseio da sociedade brasileira ao buscar maior participação nas discussões das questões do país, principalmente as ambientais.

Para corroborar as assertivas do parágrafo anterior no tocante a legislação ambiental, temos o que foi descrito por Maria D'Assunção Costa Menezello, ao qual acrescenta o viés administrativista ao assunto:

Lembre-mo-nos de que esses institutos não foram inaugurados na legislação de criação das agências, mas já de há muito, tinham sido implantados na legislação ambiental e na Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666, de 21-6-1993). Assim, não resta dúvida de que essa prática há tempos faz parte integrante do ordenamento jurídico pátrio e “*tem progredido com grande visibilidade desde a expansão da politização das massas, da tomada de consciência dos interesses metaindividuais e de que, efetiva e não apenas retoricamente, todo o poder emana do povo*” (apud Menezello, 2000. p.

⁹BRANT, Mourão Teixeira Mendes, Patrícia *et al.* *Audiências Públicas: Limites e possibilidades nos processos decisórios – Regulação – Controle Social as Prestação dos Serviços de Águas e Esgoto.* 2007, p. 117.

¹⁰ Resolução CONAMA nº 001/1986, Alterada pelas Resoluções nº 11, de 1986, nº 05, de 1987, e nº 237, de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>> Acesso em: janeiro 2012.

131), *passando gradativamente a integrar-se em nossa cultura político-social*.¹¹

Da mesma forma, o Regimento do Senado Federal, no art. 90, em seu inciso II, utiliza a participação social no processo administrativo, instituindo como uma das atribuições das comissões temáticas a realização de audiências públicas com entidades organizadas da sociedade civil brasileira, já no âmbito das esferas municipais, temos como outro exemplo de participação popular e primo dos institutos aqui tratados, os orçamentos participativos, mecanismos que permitem a intervenção da população local na fixação de primazias e na aplicação dos recursos públicos, de acordo com o art. 29, inciso XII, da Constituição Federal.

Outro exemplo da entrada da participação social é o que é visto na Lei Orgânica do Ministério Público de nº 8.625/1993 que ordenou a possibilidade da efetivação da audiência pública em seu art. 27, § único, IV¹², aonde que a sociedade em um intuito colaborativo com o *parquet* em trazer elementos para a guarida dos máximos interesses da coletividade.

Logo após essa norma notamos a presença das audiências publicas também na lei 8.666/93¹³, no qual a exigência da mesma, em todas as vezes que o valor da licitação for superior a um teto, de 100 (cem) vezes o montante de R\$ 1.500.000,00 (art. 23, I, alínea c, também da lei 8.666/93).

¹¹MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa Menezello. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*, 2009. p. 131.

¹² Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

(...)

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

(...)

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

¹³ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Mas é no final da década de 1990, com a edição da Lei nº 9.784, que as audiências públicas tomam corpo em diversas leis estaduais e federais, no intuito de normatizar os processos administrativos da administração pública direta e indireta, em várias áreas: meio ambiente, licitações, contratos administrativos, concessão e permissão de serviços públicos, serviços de telecomunicações e agências reguladoras.

1.4 Fontes normativas dos institutos de participação pública na ANEEL

A Lei nº 8.987, de 13.02.1995, que cuida do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e que tratou do art. 175 da Constituição Federal começou embrionariamente a normatizar a participação dos usuários nas fiscalizações das concessões públicas, por meio do seu art. 3º, in verbis: “art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”.

Do mesmo modo, o art. 30 da precitada norma indica que:

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

A Lei nº 9.074, de 07.07.1995, que normatiza a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos normatiza que:

Art. 33. Em cada modalidade de serviço público, o respectivo regulamento determinará que o poder concedente, observado o disposto nos arts. 3º e 30 da Lei nº 8.987, de 1995, estabeleça forma de participação dos usuários na fiscalização e torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados.

As audiências públicas são tratadas especificamente na Lei que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica, através do § 3º do art. 4º da Lei nº 9.427, de 26.12.1996, conforme podemos notar:

Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

(...)

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

Já no âmbito da Agência, o seu Regimento Interno trata as audiências públicas, em seu art. 28, do seguinte modo:

Art. 28. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública, observados os objetivos e disposições estabelecidos no art. 21 do Decreto no 2.335, de 1997.

No tocante às consultas públicas, a mesma tem um papel de menor relevância em relação aos temas abordados em audiência pública, sobretudo nos aspectos regimentais, como podemos notar unicamente no inciso III do art. 23 do Regimento:

Art. 23 Constituem atribuições específicas das Superintendências:

(...)

III – de Mediação Administrativa Setorial, executar as atividades relacionadas aos processos de consulta aos agentes econômicos, a consumidores de energia elétrica e à sociedade e de atendimento as suas reclamações;

2. PROCEDIMENTOS INTERNOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

2.1 Audiências públicas

Após estudarmos os princípios que regem os mecanismos de participação popular na abrangência da ANEEL, iniciaremos a análise do passo a passo dos procedimentos internos de cada um dos instrumentos aqui estudados, tendo o intuito de desmistificar e aclarar cada um desses importantes meios de acompanhamento social, no tocante ao direito regulatório, aonde começaremos com o a audiência pública.

Podemos inserir a audiência pública no capítulo da instrução do processo administrativo (Lei nº 9.784/99), momento em que se estabelece a fundamentação das decisões administrativas e se efetua a consideração dos interesses dos envolvidos a questão, da mesma forma o administrador deverá demonstrar os procedimentos acerca das audiências, consultas e porque não da Reunião pública da diretoria, conforme o preceito estabelecido no artigo 34¹⁴ daquela retromencionada norma.

Portanto, é meio criado para subsidiar o processo regulatório, ao qual envolverá possível restrição de direitos, tanto aos consumidores, como aos atores econômicos envolvidos com a energia elétrica, acarretado por uma decisão administrativa ou norma proposta por aquela agência, em que seu diretor - geral instaurará um processo específico com a posterior deliberação de sua diretoria, informa-se ainda que na eventualidade da existência de uma norma sem a sua procedimentalização, a mesma será eivada de nulidade, fato esse que existirá também em relação aos outros meios.

Depois da aprovação da audiência pública, há dois modos de realização, a primeira é a vivo - presencial e a outra é a por intercâmbio documental, a escolha

¹⁴ Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

será definida por deliberação da diretoria da ANEEL, ocorrendo a vivo - presencial, haverá a fixação de data e de horário, bem como o período de recebimento das contribuições, além da conseqüente publicação do aviso no Diário Oficial da União – DOU/sítio da ANEEL com a precedência mínima de oito dias até o fim do interstício de encaminhamento.

Os objetivos, tanto de uma modalidade, como da outra, são os seguintes: arrecadar informações e subsídios ao processo administrativo, possibilitar aos consumidores e os agentes econômicos o envio de opiniões e pleitos e por último observar todas as matizes referentes à matéria objeto da audiência.

Verificam-se duas fases instrutórias a efetiva audiência pública, primeira é a referente ao encaminhamento pelos agentes/usuários das sugestões e contribuições por escrito e em um segundo momento a análise das contribuições recebidas em forma de relatório de análise das contribuições feito pelas áreas técnicas do ente.

Na propriamente dita audiência pública, em sua versão vivo - presencial, a mesma será instalada pelo Diretor ou ao Superintendente que for designado para presidi-la, carecendo da restrição ao exame dos assuntos da pauta, por parte dos participantes, informa-se ainda que para participar e manifestar durante a audiência é necessário a inscrição prévia e de que é permitida a apresentação de documentos e arrazoados, aonde será delimitado pelo presidente da audiência o tempo de exposição de cada um dos interessados.

Ato seguinte o secretário da sessão fará constar na ata, as seguintes condutas: o dia, o horário e o local da realização, o nome dos componentes que compuseram a mesa diretora, o nome dos expositores, os fatos ocorridos durante a audiência, bem como a síntese das exposições verbais que subsidiarão o processo regulatório da ANEEL e por derradeiro a ata será encaminhada para a aprovação do presidente da sessão, com a disponibilização futura no sítio da Agência.

Logo depois, as contribuições feitas pelos atores econômicos, interessados e cidadãos serão apresentadas com livre acesso, também no sítio da ANEEL, em ato contínuo os interessados poderão manejar a modificação ou anulação de uma decisão da Agência, no tocante a improcedência das contribuições enviadas por

eles, para tanto é disponibilizado os seguintes meios: Pedido de Reconsideração; o Procedimento de Invalidação e o Recurso, sendo que esse último será direcionado a diretoria colegiada e terá o prazo de dez dias¹⁵ a partir da cientificação oficial da decisão a ser combatida.

2.2 Consultas públicas

No aspecto da consulta pública, temos que se trata de outro ferramental administrativo para subsidiar a diretoria e as superintendências da ANEEL na instrução de políticas regulatórias ou ainda na execução de suas prerrogativas específicas, já a Agência conceitua a Consulta pública da seguinte forma:

Consulta pública é um instrumento administrativo, delegado pela Diretoria da Agência aos Superintendentes da ANEEL, para apoiar as atividades das Superintendências na instrução de processos de regulação, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de recolher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão.¹⁶

Como a audiência pública, a consulta tem dois meios de se realizar, uma é através do intercâmbio documental e a outra por meio de sessão ao vivo - presencial e ambas têm como objetivo coletar dados e elementos dos usuários, entidades e empresas ligadas ao Setor Elétrico Brasileiro com o intuito de aperfeiçoar os enfoques importantes da disciplina em debate e também com o escopo de avaliar democraticamente a suas condutas, junto aos interessados envolvidos na matéria debatida.

Os detalhes do procedimento da consulta pública, como período, horários de começo e término do acolhimento das contribuições e bem assim a data, horário e o local de concretização da sessão vivo - presencial, serão publicados no Diário Oficial da União - DOU e da mesma forma no sítio da ANEEL, com a precedência mínima de quatro dias, diferente da Audiência que é oito dias, para o encaminhamento das

¹⁵Art. 48. Ressalvada disposição legal específica, é de (10) dez dias o prazo para interposição de recurso, contado a partir da cientificação oficial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 39 desta Norma.

¹⁶ Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso: janeiro 2012.

contribuições, de uma maneira em geral utiliza-se subsidiariamente¹⁷ o procedimento da audiência na consulta pública.

Causa perplexidade a forma como a ANEEL maneja, tanto a audiência, como a consulta pública, diga se isso em decorrência de que em ambos os institutos verificam - se a possibilidade da ocorrência de sessão vivo - presencial, com o franqueamento de manifestações orais, ocorre que é cediço na doutrina pátria que esse é o balizamento que define a distinção entre a audiência, em que há precipuamente debates e discussões orais, e as consultas públicas aonde impera as manifestações escritas, o que não é levado em conta na esfera da ANEEL, como podemos perceber em linhas acima e que pode ser confirmado nos ensinamentos de Mário Dittrich Bilieri¹⁸: “As consultas públicas distinguem-se das audiências públicas por caracterizarem-se pelo debate feito através das manifestações escritas”.

Portanto encerramos esse capítulo que teve o intuito de desmistificar um pouco o rito de cada um dos mecanismos de participação social na esfera da ANEEL, trazendo as peculiaridades processuais de cada um, bem como “jogar uma luz”, quanto às reuniões públicas da diretoria, meio este a ser disseminado as outras agências reguladoras conferindo maior publicidade e transparência a elaboração das políticas regulatórias.

2.3 Reuniões públicas da diretoria

Mecanismo menos conhecido e menos tratado na doutrina, a Reunião pública da diretoria é quase que uma novidade utilizada pela ANEEL, perante as outras agências reguladoras brasileiras, como nota cabe ressaltar a grande similitude entre o procedimento observado nas reuniões e o verificado nas Turmas, Câmeras e Plenos dos Tribunais de Justiça de todo o País, ou seja, ocorreu uma judicialização

¹⁷ Art. 24. Aplicam-se às Consultas Públicas o disposto nos arts. 17, 18, 19, 20 e 21 desta Norma, com as adaptações terminológicas requeridas.

¹⁸ BILIERI, Mário Dittrich, *O devido processo legal e o controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras*. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Org). *Direito concorrencial e regulação econômica*, 2010. p. 497.

do trâmite das reuniões públicas, com a preponderância de aspectos do devido processo legal, do contraditório, da publicidade e da concentração de atos.

A reunião pública começa com a distribuição dos processos aos diretores realizada pela Secretaria - Geral, por meio de sorteio em sessão pública, após esse ato os autos serão encaminhados ao diretor-relator, onde ficaram conclusos para análise e para a instrução do feito, logo depois a confecção do relatório, o relator requererá o registro do processo na pauta da reunião da diretoria, a mesma será divulgada previamente no período de dois dias úteis antes da reunião, no sítio da ANEEL na web e na afixação em local apropriado na sede da Agência.

Em ato contínuo, a Agência disponibilizará até o final do mês de novembro de cada ano o calendário das reuniões e os períodos nos quais se suspenderá as deliberações, que por esse motivo ficarão pendentes os prazos processuais, indica-se ainda que as ordinárias sejam efetuadas preferencialmente as terças-feiras e as extraordinárias (reuniões que poderão ser convocadas por qualquer diretor, durante o tempo de suspensão das ordinárias), quando forem exigidas, comunicando também que salvo deliberação em sentido contrario, as reuniões serão efetuadas na sede da Agência, em Brasília.

A presidência dos trabalhos será por parte do seu Diretor-Geral ou de seu substituto legalmente constituído, com o quorum de instalação de no mínimo três diretores, nos quais sempre com a presença de seu diretor geral/substituto, como todo trâmite de julgamento, este deverá seguir um rito, que aqui é o seguinte: verificação do número de diretores, discussão e aprovação da última ata da reunião anterior, comunicados e requerimentos, deliberação dos processos em pauta e o seu encerramento.

De um modo resumido, a deliberação do processo será na seguinte ordem: leitura do relatório, pronunciamento das partes envolvidas na lide, manifestação do procurador - geral/substituto, leitura do voto pelo relator com ao prosseguimento dos debates entre os vogais, a votação propriamente dita e por final o anúncio do resultado. Como nota característica da oralidade, da ampla defesa e do contraditório, temos que depois da leitura do relatório as partes envolvidas no julgamento ou os seus representantes terão o prazo máximo de dez minutos para a

sustentação oral, em seguida a leitura do relatório é facultada aos diretores da agência à formulação de perguntas as partes e aos seus representantes legais.

A seguir a ocorrência da manifestação da procuradoria - geral do regulador, o relator lerá o seu voto, com o início da etapa de debate, com o término dessa fase se principiará a votação na ordem inversa de antiguidade, em que em seu deslinde terá a divulgação do resultado com pelo menos três votos favoráveis a decisão vencedora, este escrutínio será a descoberto, em que o voto deverá ser fundamentado por escrito ou verbalmente, urge mencionar também que o diretor que não se sinta confortável em julgar naquele momento, poderá pedir vistas dos autos e apresentar o seu voto até a quarta reunião posterior¹⁹.

Como nos tribunais judiciais, aqui há também exceções a legitimidade do julgador, nos casos de impedimento e suspeição, em que a alegação motivada do vogal nesses dois casos levará a não discussão e da mesma forma a não votação do processo, de outra parte e após o transcurso de dois dias da comunicação do resultado, o relator deverá juntar o seu voto aos autos, quanto ao registro da sessão o Secretário - Geral constará em ata os detalhes caracterizadores da reunião, bem como o nome dos diretores presentes e os ausentes, o comparecimento dos envolvidos, os fatos ocorridos e o resultado da votação.

¹⁹ Art. 24 da RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL Nº 468, de 06.12.2011. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2011468.pdf>> Acesso em: fevereiro 2012.

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES

Após nos determos nos conceitos, e a origem histórica da audiência, consulta e da reunião da diretoria, traremos breves comentários acerca da compreensão do que sejam os princípios jurídicos que lastreiam esses institutos de participação popular no âmbito das Agências Reguladoras, especificamente na ANEEL.

Princípio é todo arcabouço sobre a qual se edifica alguma coisa, são mandamentos capitais e gerais que balizam de onde devemos partir em busca de algo, verdades práticas que apontam treinar nosso intelecto para melhor discernirmos sobre os caminhos adequados a serem tomados nos propósitos. É por meio deles que podemos extrair preceitos e ditames de metodologia.

Os Princípios são o sustentáculo, o esteio de um ordenamento jurídico. Eles traçam os rumos, as linhas mestras que devem ser seguidas por todo o Direito pátrio. A estrutura do Direito é consequência de tal forma dos princípios jurídicos, que dificilmente pode-se discorrer doutrinariamente sobre qualquer tema decorrente desta disciplina, sem que haja uma série de preceitos a serem citados.

Princípio é, por acepção comezinha, um ensinamento basilar de um método, verdadeira fundação dele, disposição principal que se irradia sobre diferentes regras, compondo lhes a alma e servindo de critério para a sua apropriada compreensão e perspicácia, exatamente por definir a lógica de um sistema legal, no que lhe confere a predominância que lhe dá sentido simétrico. É a noção dos princípios que ordena o entendimento das diferentes partes componentes de um todo que há por nome ordenamento jurídico positivado.

Salientando a importância dos princípios como meio de apoio a interpretação, integração, orientação e aplicação de normas e de seus institutos, observamos o que foi relatado por Menezello:

Neste livro e nos demais que enveredam pelo estudo dos princípios com bem assinala Ruy Samuel Espíndola, os “princípios são multifuncionais”, ou seja, podem ser utilizados em todas as áreas do Direito e devem ser suporte

para a interpretação, quer seja dos Tribunais, quer dos órgãos da Administração Pública, ou para a solução amigável de conflitos.²⁰

Após trazermos algumas linhas sobre a importância dos princípios jurídicos no tocante a interpretação e a instrumentalidade do Direito, nesse momento atribuiremos o rol dos preceitos que imperam no Direito da Regulação, especificamente no que pertine a participação popular no dia a dia das Agências Reguladoras, cito ANEEL.

Entre os princípios norteadores que adiante iremos discorrer, podemos citar: a Transparência, a Publicidade, da oralidade, da Soberania Popular, da Consensualidade e da Precaução.

3.1 Princípio da transparência

O papel da Agência Nacional de Energia Elétrica em realizar audiências públicas revela o compromisso com a transparência dos atos da Agência, constituindo importante elo de realimentação, pois possibilitam ouvir a sociedade, os consumidores, os agentes e entidades representativas, visando obter subsídios, elementos e contribuições para o aperfeiçoamento dos regulamentos emitidos por aquele ente, aqui o princípio da transparência “conversa” com outros preceitos que serão tratados a frente, como por exemplo, o da soberania popular, o da consensualidade e o da precaução.

Maria D’Assunção Costa Mezenello traz importantes esclarecimentos sobre o princípio da transparência em referência as consultas públicas, o que é totalmente observado, tanto em relação às audiências, quanto nas reuniões da diretoria:

Além disso, em nome da transparência que deve permear todas as atividades da agência, precisam ser disponibilizada também todas as sugestões recebidas, por tempo razoável e suficiente, para conhecimento público, a fim de que todos os interessados acompanhem a confecção da futura norma que terão de obedecer, da maneira e forma com que são divulgadas as consultas públicas.²¹

²⁰MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*, 2002. p. 35.

²¹Ibid., p. 35.

O princípio da transparência está também inserido na Resolução Normativa nº 273 – ANEEL, de 10.07.2007, norma esta que trata dos procedimentos para o funcionamento dos processos decisórios na ANEEL, no inciso VIII, do seu art. 5º:

Art. 5º Os processos administrativos observarão o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e, dentre outros, os seguintes critérios:

(...)

VIII - clareza e transparência das decisões de modo a propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados;

Os mecanismos de participação social, mais especificamente a audiência pública produz efeitos indiretos na elaboração de normas por parte da regulação, isso porque a sujeição de decisões ao juízo democrático, por si só, sinaliza um avanço na tentativa de atribuir transparência à Administração. Tal transparência acabará por infundir a concepção das normas reguladoras voltadas ao controle das atividades econômicas.

De outra mão, podemos notar ainda que a ANEEL de certa forma peca na efetivação do princípio da transparência e conseqüentemente ao preceito da motivação, haja vista que é ao verificar inúmeros resultados das audiências, nota-se que as justificativas apresentadas pelo regulador nas análises de contribuições são falhas ou inconclusivas, sem uma condizente fundamentação, como por exemplo: “não e contribuição”, “ver nova redação no edital”, “a comissão entende que a redação está adequada”, “fora do escopo do edital”, “a complexidade dos temas requer aprofundamento de longo prazo, entre outras justificativas nada condizentes com o relevante papel regulatório da ANEEL.

3.2 Princípio da publicidade

Outro mandamento imperioso quando se fala no assunto audiências, consultas e reuniões públicas da diretoria da ANEEL é o referente ao Princípio da Publicidade que tem assento constitucional e por óbvio, cumprimento obrigatório em toda a Administração Pública de todas as três esferas políticas, conforme podemos notar

A publicidade é preceito da Administração Pública e deve ser seguido em todos os procedimentos de natureza administrativa, sendo, a audiência, a consulta e a Reunião pública da diretoria da ANEEL importantes instrumentos para tornarem públicos os processos decisório-normativos na esfera do ente regulador.

Sobre a importância do princípio da publicidade na Administração Pública, especificamente com o olhar no direito regulatório, imbricado com o relevante preceito da transparência, ao qual acima tratamos, transcrevemos a lição do ínclito mestre José dos Santos Carvalho Filho:

Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar - lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.²²

A expressa norma atinente a publicidade dos atos administrativos, no que se refere aos instrumentos de participação popular no âmbito da ANEEL, essa norma esta constante no inciso IV, do art. 5º da Resolução Normativa nº 273 – ANEEL, de 10.07.2007:

Art. 5º Os processos administrativos observarão o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e, dentre outros, os seguintes critérios:
(...)
IV - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei;

²²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2006. p. 20.

3.3 Princípio da oralidade

Traço marcante, quanto aos princípios norteadores dos instrumentos de participação coletiva no direito regulatório, é o referente ao princípio da oralidade, em que se reconhece nele uma garantia dos participantes a um processo justo e Democrático, no qual é estimulado o diálogo entre a agência reguladora incumbida de manejar aquela política pública e as partes interessadas, digo entidades e usuários.

A oralidade seria, então, o instrumento capaz de possibilitar a ANEEL não só ouvir, mas, especialmente, “conhecer” as partes, por conseguinte, avaliar melhor as contribuições diante dela produzidas e formar, com mais certeza e precisão, o seu convencimento na produção de normas regulatórias.

A oralidade é a ferramenta que objetiva dar maior celeridade ao processo regulatório, pois as partes interessadas, além de apresentarem as contribuições escritas, apresentam-nas oralmente, sendo esta a característica marcante da distinção entre a primeira que é a consulta pública e a segunda manifestação, que no caso é a audiência pública, há presença da oralidade também na Reunião pública da diretoria, há vista a possibilidade da manifestação dos interessados, através da sustentação oral, ou ainda na leitura de relatórios e da fundamentação, bem como nos debates acaso existentes.

Privilegiando este importante princípio, a ANEEL cuidou dele ao normatizá-lo nos parágrafos 4º e 5º da Resolução Normativa nº 273, de 10.07.2007, como podemos notar adiante:

Art. 15. A Audiência pública, realizada para dar subsídios ao processo decisório que implique efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, terá seu processo instaurado pelo Diretor-Geral, após deliberação da Diretoria da Agência.

(...)

§ 4º Na hipótese de realização de Sessão ao Vivo-Presencial, os participantes, devidamente inscritos, podem se manifestar de viva voz, apresentando contribuições sobre a matéria em pauta, bem como comentar sobre contribuições já encaminhadas.

§ 5º A Audiência pública, com Sessão ao Vivo-Presencial ou apenas por Intercâmbio Documental, tem por objetivos:

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

- II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;
- III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;
- IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Na Reunião pública da diretoria, o mandamento da oralidade está presente também no momento da leitura do relatório/sustentação²³ oral por parte dos interessados nas demandas, nos debates ocorridos e nas perguntas²⁴ formuladas pelos diretores as partes/representantes o processo.

Tratam-se dessa maneira de mecanismos de celeridade nas conduções do processo regulatório, por parte do regulador; sendo certo que a avaliação da oralidade significa a introdução de etapas no processo administrativo em que se privilegia o contato direto do ente regulador com os interessados, bem como visa delimitar o uso da burocracia estatal, tão vigente no dia a dia da Administração Pública Brasileira.

3.4 Princípio da soberania popular

A participação popular no papel regulatório é tão expressiva que a própria Constituição Federal em seu artigo 37, § 3º, inciso II decorrente da Emenda Constitucional de nº 19, determinou que se expedisse uma lei ordinária para tratar as formas de participação dos usuários na administração pública direta e indireta, portanto, inclusive as Agências Reguladoras, autarquias que são deverão obedecer a esse preceito constitucional, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

²³ Art. 21. Logo após a leitura do relatório será conferida a palavra às partes do processo ou aos seus representantes legais para sustentação oral, pelo prazo máximo de 10 (dez) minutos, nos termos do disposto no art. 15, § 1º, desta Norma.

(...)
²⁴ § 3º Os Diretores poderão formular perguntas às partes do processo ou aos seus representantes legais.

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

(...)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

O princípio este mais robustecido constitucionalmente ainda com a norma que expressamente instaurou a Democracia participativa ou democracia direta na norma máxima da República no art. 1º em seu parágrafo único, desta forma:

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:

(...)

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

Desta forma, o exercício da democracia popular por ter esteio na Constituição Federal da República de 1988 donde provém o poder regulamentar infralegal que é outorgado às agências reguladoras, propicia o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, no qual destacamos:

É nesse quadro que podemos apontar como fenômeno relevantíssimo a ampliação e o aperfeiçoamento dos controles da sociedade civil sobre os atos de administração dos interesses públicos, independentemente de quem os pratique, se entidades públicas ou privadas.²⁵

Ou ainda o pensamento de Rosolea Miranda Folgosi de que:

Com a Constituição de 1988 - a Constituição Cidadã - podemos dizer que se iniciou, no Brasil, a democratização da Administração Pública. O cidadão recebeu, da Constituição Federal de 1988, o direito de participação social, participação esta tida como “expressão da liberdade fundamental do homem em sociedade”.²⁶

O governo federal através do projeto de lei que visa tratar da gestão, organização e do controle social (intuito desse estudo) das agências reguladoras, incentiva a assistência de um representante com expertise acerca da matéria debatida, quando as associações forem constituídas a mais de um ano e tiverem em

²⁵ FILHO, Marçal Justen. *O direito das agências reguladoras independentes*, 2002. p. 109.

²⁶ FOLGOSI, Rosolea Miranda. A participação social na regulação, As audiências e consultas públicas - vinculação. *Revista do Direito de Energia*, nº 01, 2004. p. 29.

suas finalidades a defesa ao consumidor, à ordem econômica ou a livre concorrência, conforme os ditames do § 5 do art. 4 do Projeto de Lei:

Art.4º Antes da tomada de decisão sobre questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consulta ou audiência pública para manifestação dos interessados e formação de juízo das autoridades envolvidas no processo.

(...)

§ 5º É assegurado às associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora representante portador de notória especialização no objeto da consulta pública, para acompanhar o respectivo processo e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar, observadas as disponibilidades orçamentárias e os limites e requisitos fixados em regulamento, com as despesas decorrentes.

Da mesma forma e com supedâneo no princípio da soberania popular, o art. 5º, também do Projeto de Lei estimula a criação de outros meios de participação social por parte das agências reguladoras, que não as usuais formas da audiência e da consulta pública: “Art.5º As Agências Reguladoras poderão estabelecer outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”.

O direito do cidadão em participar desses processos administrativos na administração pública brasileira advém da mais pura expressão do Estado Democrático de Direito, em que essa coletividade de usuários não se satisfaz com o exercício do sufrágio, mas que, igualmente, implica uma participação, um direito a conhecer, um direito a ser escutado, um direito a solicitar e um direito a ter um retorno de todo um conglomerado de cidadãos frente à administração pública como um todo.

Para demonstrar o papel de destaque do princípio da soberania popular em pertinência às Agências Reguladoras, temos a lição de Alexandre Santos de Aragão de que:

Se isso coloca, de forma geral, em relação à Administração Pública, em relação às Agências Reguladoras, ela é mais grave ainda. Por quê?

Por que as características essenciais à Agência Reguladora, que ela possui em relação aos outros órgãos e entidades da Administração Pública, em geral, faz com que, aquele lapso de legitimidade democrática, que existe em

razão da evolução do Estado, seja mais forte, em relação à Agência Reguladora.²⁷

A importância da participação popular na elaboração de novas normas regulatórias no que foi relatado por Diogo Figueiredo Moreira Neto:

O princípio da participação política, também denominado *tout court* de participação, incluindo, além das modalidades legislativas e judiciais, as administrativas, esta diretamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutirão sobre as pessoas interessadas.²⁸

Ademais e para demonstrar a preponderância da vontade popular sobre a velha política partidária, o mesmo mestre debate que:

A despolitização se combina também com a subsidiaridade, pois o núcleo deste princípio consiste em reconhecer a prioridade da atuação dos corpos sociais sobre os corpos políticos no atendimento de interesses gerais, só justificando cometimentos a estes, depois que a sociedade, em seus diversos níveis de organização, vier a necessitar de sua atuação subsidiária.²⁹

De outra mão, com participação de outros atores na função regulatória, temos a observância de um grau maior de legitimidade a Agência, pois exercerá a capacidade de um determinado poder para conseguir obediência sem necessidade de recorrer à coação, que supõe a intimidação da força, de tal forma que o Estado, através deste ente, será legítimo no caso da existência de um “acordo” entre os membros da sociedade política para aceitar a autoridade por ela vigente.

Esses atores, ou interessados como designa a ANEEL estão encartados especificamente no art. 8º da Resolução Normativa nº 273 - ANEEL, de 10.07.2007, como podemos observar à seguinte:

Art. 8º São legitimados como interessados nos processos administrativos:
I - pessoas físicas ou jurídicas que os iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de petição e representação;
II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Participação nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras. As Agências Reguladoras*, 2004. p. 65.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 1992. p. 21.

²⁹ *Ibid.* p. 188.

- III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos de seus interessados; e
- IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas, quanto a direitos ou interesses difusos.

Mesmo com esse tratamento legal por parte da regulação, temos que a participação popular é confrontada por um oponente de peso, que é a grande discricionariedade técnica apresentada diuturnamente pela ANEEL, em sua função regulatória, sendo que na discricionariedade técnica não existe uma decisão política, segundo análise do interesse público e de que há somente uma solução a ser implantada com base em estudos técnicos tratados pelas ciências e conseqüentemente pelos técnicos.

De outro lado, há a crítica aqueles que apóiam a discricionariedade técnica levado a cabo pelas Agências Reguladoras, especificamente a ANEEL, como por exemplo, a que é apresentada por Sérgio Varella Bruna:

Aqueles que acreditam no conhecimento técnico como fonte de controle, esquecem - se que normalmente existe mais de uma solução técnica para um determinado problema. Nessas situações, a decisão entre as diversas soluções tecnicamente justificáveis pode dar-se por critérios políticos.³⁰

Ou ainda e nesse mesmo diapasão, temos o escólio de Mário Dittrich Bilieri com o apoio da doutrina de Marçal Justen Filho:

Não obstante, não se pode olvidar que na grande maioria das vezes a ciência não é capaz de oferecer uma única alternativa viável diante de um determinado caso concreto. Isso porque "é muito problemático defender uma concepção de ciência que assegure absoluta certeza acerca das decisões a adotar. Deve ter-se em vista que inúmeras situações de ordem técnica não envolvem certezas, mas meras probabilidades."³¹

Sobre a não neutralidade dos critérios técnicos, há o pensamento de Marçal Justen Filho:

³⁰BRUNA, Sérgio Varella. *Atribuições das agências reguladoras, Peculiaridades do modelo brasileiro. Revista do Direito de Energia*, nº 01, 2004. p. 22.

³¹. BILIERI, Mário Dittrich, *O devido processo legal e o controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras*. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Org). *Direito concorrencial e regulação econômica*, 2010. p. 501.

Não se admite que as decisões nesses setores sejam efetivamente, orientadas apenas por critérios técnicos. Quando muito, a técnica delimita o campo decisório, na acepção de que o conhecimento técnico - científico produz o surgimento de uma única e exclusiva solução. Na quase totalidade dos casos, a agência reguladora disporá de um elenco das alternativas reciprocamente excludentes entre si. A seleção de uma delas far-se-á segundo um juízo de conveniência e oportunidade.³²

Com esse apego a discricionariedade técnica e a ciência, temos que a ANEEL dissocia-se dos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da soberania popular, o que acarretará em estabelecer regras de conduta que unilateralmente irão afetar os direitos individuais dos usuários implicados por suas decisões.

3.5 Princípio da consensualidade

Preceito umbilicalmente ligado ao Princípio da Soberania Popular é o relativo ao Princípio da Consensualidade, mandamento que dirige também a função regulatória, no sentido de que as Agências devem buscar o diálogo e a composição, entre os interesses dos usuários e as determinações meramente administrativas oriundas das políticas estatais.

Sobre a essencialidade do Princípio da Consensualidade e a sua observância nos três mecanismos de participação dos usuários na função regulatória, temos o escólio de Alexandre Santos de Aragão:

Tão bem aqui colocado pelo Professor Floriano de Azevedo Marques no sentido de que a administração, as Agências Reguladoras, sobretudo, pela sua própria independência, que tem que ser compensada com esses requisitos, ela deve buscar o acordo porque, com o acordo, até nossa vida privada, quando determinadas atitudes são conversadas conosco, quando não são impostas simplesmente de cima para baixo, tendemos a aceitar essa determinação de forma muito mais eficiente.³³

Ao incentivar a participação do povo e das entidades ligadas ao Setor Energético, como a Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia

³²FILHO, Marçal Justen. O direito das agências reguladoras independentes, 2002. p. 528.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Participação nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras. *As Agências Reguladoras*, 2004. p. 69.

Elétrica - ABRAGE, Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica – ABRATE ou ainda a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, entre outras instituições ligadas ao setor elétrico brasileiro, como as empresas estatais, as associações de defesa dos consumidores e os cidadãos que individualmente possam contribuir com a autarquia fiscalizadora, essas importantes contribuições consensuais se ligam a outro importante preceito de cunho constitucional, que é o da eficiência³⁴, imperativo da administração pública brasileira, pois sem dúvida alguma o tratamento de questões administrativas de alta relevância com o selo da consensualidade é mais eficiente que uma imposição vertical e autoritária e por que não despótica.

Para confirmar o liame entre o Princípio da consensualidade e o Princípio da eficiência manifestou assim Alexandre Santos de Aragão:

Então, essa passagem aqui é um pouco sintética do que vimos até agora no sentido de que a realização das Audiências Públicas pelas Agências Reguladoras é uma expressão dos Princípios Constitucionais da Administração Pública, qual sejam: Princípio da Eficiência porque ela escutando hoje todos os interessados, vai ter condição de participar daqueles dados concretos de maneira muito mais eficiente. Ou seja, ela vai ter acesso dados concretos que não teria apenas com as suas próprias informações.³⁵

Portanto, o princípio da consensualidade como norteador do diálogo entre todos os agentes componentes da sociedade brasileira implicados com todos os regramentos regulatórios provenientes da ANEEL, é de vital importância no incremento das políticas, tendo como paradigma a legitimidade e a soberania popular.

³⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Participação nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras. *As Agências Reguladoras*, 2004. p. 69.

3.6 Princípio da precaução

Por derradeiro, temos o princípio da precaução, mandamento esse menos conhecido de todos os anteriormente aqui tratados, trata-se de princípio que ordena que a ANEEL escute previamente a todos os agentes e usuários envolvidos, através das audiências, consultas e reuniões da diretoria, para se prevenir de ocasionais externalidades contraproducentes que o ente regulador pode criar, ou melhor, de eventuais implicações transversais em que a ANEEL pode gerar.

Alexandre Santos de Aragão traça um liame entre o princípio da precaução e o preceito da proporcionalidade:

Por último, é também em decorrência do Princípio da Proporcionalidade da visão da discricionariedade, como ponderação de interesses, porque, a proporcionalidade, ela propicia a participação de todos os envolvidos. Ela propicia que a administração conheça os interesses envolvidos e saiba a intensidade que ela deve ponderar todos eles.³⁶

Porque com a participação dos envolvidos, o regulador pode se anteciper a normas rígidas ou desarrazoadas da realidade, o que conseqüentemente poderá acarretar prejuízos aos concessionários, permissionários, autorizatários e a um sem número de usuários do sistema elétrico brasileiro, ou seja, o regulador pode “errar a mão” no seu mister.

De outro lado, o princípio da precaução “perde força” na ANEEL, em decorrência da baixa participação pública ou até da total falta de participantes em atender aos avisos de audiências públicas³⁷, para tanto, temos como exemplo a audiência pública de nº 40/2012 (intercâmbio documental em 31/05/12 a 29/06/12), que analisava a obtenção de subsídios para o aprimoramento da revisão tarifária da Força e Luz Coronel Vivida (FORCEL), relativa ao terceiro ciclo de revisões tarifárias das concessionárias de distribuição de energia elétrica, e para a definição dos correspondentes limites dos indicadores de continuidade de DEC (Duração Equivalente de Continuidade) e FEC (Frequência Equivalente de Continuidade) para

³⁶DE ARAGÃO, Alexandre Santos. A Participação nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras. *As Agências Reguladoras*, 2004. p. 70.

³⁷ Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=13>>. Acesso em: fevereiro. 2013.

o período de 2013 a 2016, sendo que para esta AP, houve um só participante que foi a própria ANEEL.

Da mesma forma, houve a audiência pública 078/2012 (intercâmbio documental entre 04/10/12 a 05/11/2012), que tratava de obter subsídios e informações adicionais para regulamentar os procedimentos relativos ao cálculo das quotas de custeio e das de energia elétrica referente ao Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA, de que trata o submódulo 5.3 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET.

Portanto, o princípio da precaução observado nos meios de participação social frente às agências reguladoras encarta alguns dos principais mandamentos da Administração Pública, entre os quais o da economicidade, da proporcionalidade, da eficácia e até porque não da moralidade.

4. QUESTÕES RELEVANTES ATINENTES A PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

4.1 A aparente ineficácia dos mecanismos de participação pública na ANEEL

A questão da ineficácia na participação social nas consultas, audiências e reuniões públicas no âmbito da ANEEL e questão atual e palpitante em termos regulatórios, haja vista que este mecanismo carece de uma aparente efetividade. Esse fato foi revelado em uma pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas na ANEEL por três profissionais ligados ao Setor de Energia Elétrica (pesquisa que será mais bem tratada abaixo) e pelas constatações empíricas observadas pelo autor dessa singela monografia, em sua função de advogado de uma empresa estatal de energia elétrica, estas observações foram feitas na análise de uma gama de contribuições em audiências públicas e de um largo montante de recusas pouco ou nada motivadas pelo ente fiscalizador, acarretando inúmeras improcedências injustas nos campos da geração, transmissão e da comercialização.

A análise dos atores que participam dessas consultas públicas permite entrever que essa participação concentra-se no grupo que atua no ramo de energia elétrica, as empresas e outros organismos a elas ligados, tais como escritórios de advocacia, somando-se uma expressiva maioria das contribuições oferecidas às AP's e as CP's realizadas pela ANEEL como, por exemplo, as contribuições e a participações das Centrais Elétricas no Norte do Brasil – ELETRONORTE, nota se ainda, mesmo que sem uma profunda análise quantitativa considerável, que há presença de órgãos governamentais, bem como partidos políticos e entidades de defesa do consumidor, como o Instituto de Defesa do Consumidor - PROCON e o Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo – IBEDEC, se revelou ínfima.

A ausência de segmentos da sociedade civil que não representam os interesses das empresas de energia elétrica ou de suas entidades representativas,

conduz à verificação de existência de um verdadeiro déficit democrático a manchar a atuação dessas agências.

Esta situação indica que, no Brasil, a participação popular na Administração Pública encontra-se em um estágio ainda prematuro de desenvolvimento, em decorrência de três motivos a serem elencados: falta de publicidade mais severa e efetiva por parte da ANEEL em demonstrar os chamamentos a esses instrumentos, ausência de grupos mais efetivos e organizados de cidadãos (associações) ou de organizações não governamentais ligadas à área de energia elétrica ou por último e mais considerável a nosso ver é o desconhecimento do “exercimento” do dever de cidadania por uma parte bem expressiva da população brasileira.

No sentido de que a participação pública é relegada a um segundo plano nos desígnios regulatórios e que pode ser muito bem estendido a ANEEL, temos o escólio de Flávio Brant Mourão:

O grande desafio nas audiências públicas é a participação popular efetiva da comunidade nas tomadas de decisão, e uma das dificuldades está na concepção de participação popular entendida pelos gestores públicos, que aparece na dinâmica das audiências públicas. Ela pode ser entendida como uma pseudoparticipação, onde a população está lá para fazer número mas não tem espaço nem voz no debate, uma participação passiva, pois a população participa do processo mas não entende as regras do jogo do debate nem mesmo na hora da decisão.³⁸

Inúmeras vezes, além da falta de importantes segmentos da sociedade nos desígnios da regulação elétrica, notamos deficiência a uma motivação/justificação mais detalhada nos indeferimentos das justificativas apresentadas pelos atores, por parte do ente regulador, diga-se ANEEL, ou por mera vontade em não debater aquelas questões com o restante da sociedade, o que demonstra um ranço absolutista por parte da administração pública brasileira, o que é mencionado por Rosolea Miranda Folgosi:

Para que isso ocorra, não podem as consultas e audiências públicas se mero faz-de-conta, em que não há diálogo com cidadãos e sim monólogo da autoridade pública, devendo esta, ao editar o ato administrativo, acolhendo ou não a opinião dos participantes, manifestar--se motivada e justificadamente, sobre o seu posicionamento.³⁹

³⁸ MOURÃO, Flávio Brant. *A legislação de uso e ocupação do solo: a experiência de Jacareí e Itaquaquetuba*, 2002. p. 131.

³⁹ FOLGOSI, Rosolea Miranda. *A participação social na regulação, As audiência e consultas públicas - vinculação*. *Revista do Direito de Energia*, nº 01, 2004. p. 39.

Outro jurista que comunga da mesma ideia, de que a participação popular deve ser efetiva e de certa forma levada mais a fundo, é a apresentada por Alexandre Santos Aragão:

Agora, o que é fundamental na realização da Audiência pública é que ela não seja apenas um teatro. A Agência Reguladora tem que levar a sério aquela Audiência pública. E ela deve se pautar pelo Princípio – que foi adotado pela primeira vez nos EUA, em relação às suas Agências Reguladoras – do “*hard look*”. O nome já diz: olhar da verdade. Depois, tem que apreciar a proposta e motivar, de forma suficiente e razoável, a aceitação ou a recusa das propostas recebidas, apesar disso pode ser feito em conjunto de propostas parecidas. (grifos do autor)⁴⁰

Para reafirmar a inefetividade da participação social propriamente dita, temos ainda a prevalência do poderio das grandes corporações e das empresas em detrimento das vozes dos cidadãos/usuários, conforme assevera Sérgio Varela Bruna:

Finalmente, a participação popular não é capaz de exercer de forma plena essa espécie de controle, uma vez que apenas os grupos mais articulados costumam reunir condições de participar dos procedimentos de consulta pública, havendo uma natural tendência a que prevaleçam os grupos melhor estruturados, em detrimento daqueles mais fracos, a despeito do mérito dos interesses em combate.⁴¹

Quanto à deficiência na motivação/justificação mais detalhada nos indeferimentos das justificativas apresentadas pelos agentes do sistema elétrico nacional, informa-se no quadro a seguir as contribuições da Eletronorte na audiência pública nº 075/2011, que teve como objeto o mapeamento de áreas e bens imóveis de concessão de usinas hidrelétricas, como também apresenta o resultado do não acatamento e a não justificação (motivação) da ANEEL especialmente na primeira e na terceira linha da tabela a seguir:

CONTRIBUIÇÕES RECEBIDAS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 075/2011

AUTOR	TEXTO	APROVEITAMENTO	JUSTIFICATIVA ANEEL
Abrage/Eletronorte	Art. 4º As concessionárias	Não Acatado	Consideramos que o prazo de 12 meses é

⁴⁰ DE ARAGÃO, Alexandre Santos. A Participação nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras. *As Agências Reguladoras*, 2002. p. 68.

⁴¹ BRUNA, Sérgio Varela. *Atribuições das agências reguladoras, Peculiaridades do modelo brasileiro. Revista do Direito de Energia*, nº 01, 2004. p. 22.

	deverão encaminhar à ANEEL as informações constantes do Anexo II em prazo pactuado entre a ANEEL e a concessionária contados a partir da entrada em operação comercial da primeira unidade geradora.		suficiente para entrega dos estudos requeridos.
Abrage/Eletronorte	§1º. As concessionárias deverão atualizar os arquivos e encaminhá-los à ANEEL sempre que houver qualquer alteração na área de concessão, inclusive por ampliação, aquisição de novos terrenos e desvinculação. ou cessão de uso	Não Acatado	Áreas cedidas permanecem por um período de tempo prolongado destinadas a outras atividades, sendo importante que sejam mapeadas. É uma informação relevante para gestão sociopatrimonial do reservatório. Foi acrescido que apenas as áreas de cessão que precisaram de anuência da ANEEL devem ser mapeadas.
Abrage/Eletronorte	§2º. Para os aproveitamentos que já estejam com a primeira unidade geradora em operação comercial, as informações constantes do Anexo II deverão ser encaminhadas em prazo pactuado entre a ANEEL e a Concessionária, contados a partir da publicação desta Resolução, independentemente da Concessionária já ter enviado qualquer informação anteriormente.	Não Acatado	Consideramos que o prazo deve estar definido. Está sendo proposto prazo de 30 meses.

Em decorrência do explicitado no quadro acima, demonstra-se a falta da motivação do ato administrativo, o que fere sensivelmente o art. 2º da Lei 9784/99, *in verbis*: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Para clarificar ainda a inefetividade dos instrumentos de participação popular e a rejeição de matérias de fundo e o consequente apego a meras questões formais foi verificada por Fernando Amaral Almeida Prado Jr, Gilberto Alves da Silva e Hugo Riyoiti Yamaguchi que analisaram 283 Audiências Públicas, 68 Consultas Públicas, 15.406 participantes e o encaminhamento de 9.411 contribuições, durante o período compreendido entre os anos de 1998 a 2007, para tanto chegaram à seguinte conclusão:

Pelo lado da Aneel, a análise indicou que, em relação à incorporação de contribuições de interesse coletivo, a rejeição foi de 61%; grande rejeição pode ser percebida também com relação aos interesses corporativos, que tiveram 79% de suas contribuições rejeitadas. Por outro lado, as contribuições de interesse formal tiveram maior proporção de aceitação total ou parcial (59%) do que de rejeição (41%). Isto é compreensível, pois trata-se de contribuições cujas finalidades são apenas corrigir problemas estritamente formais de redação legislativa, sem defender ou se contrapor aos efeitos pretendidos na minuta da legislação. A manifestação da Aneel, como não poderia deixar de ser, fica facilitada no sentido de acatar e corrigir os erros formais do ato que se pretende editar.⁴²

De outra mão, podemos verificar que a Agência Nacional de Energia Elétrica procura de certa forma mitigar a fama de autoritária em “impor” a regulação no setor elétrico sem levar em consideração as infundáveis contribuições dos outros atores ou ao não incentivar uma maior participação social em detrimento da prevalência dos interesses governamentais, digam-se pessoas físicas no entabulamento das normas regulamentares e na política energética, para tanto notamos a existência do Fórum Forte de Integração, espaço criado pelo ente fiscalizador para que a sociedade como um todo possa discutir matérias atinentes ao setor energético, conforme consta em seu sitio na internet, “O Fórum Virtual do "Forte Integração - Fórum Técnico de Integração da ANEEL e Sociedade" é o lugar permanente onde a Sociedade pode se encontrar para debater livremente ideias e assuntos de interesse do setor energético do País”.

Nesse diapasão sobre as boas práticas regulatórias, o que inclui os mecanismos de participação popular, no âmbito da ANEEL, tem também a boa

⁴² PRADO JÚNIOR, Fernando Amaral Almeida; DA SILVA, Gilberto Alves; YAMAGUCHI, Hugo Riyoiti. *Audiências Públicas – A experiência de formatação de políticas públicas no setor elétrico brasileiro*. Revista de Economia & Relações Internacionais. v. 9, n. 18, p. 5-18. jan. 2011. Disponível em: <http://www.faap.br/faculdades/economia/ciencias_economicas/pdf/revista_economia_18.pdf > Acesso em: janeiro. 2012.

avaliação feita pelo Banco Mundial, em estudo designado “Brasil - Fortalecendo a governança para o crescimento” (Relatório sobre a Reforma Regulatória) feito pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, a seguir:

A ANEEL e a ANATEL são bem avaliadas internamente, incluindo-se as percepções advindas de investidores estrangeiros em potencial e consumidores. Elas também são consideradas entre as melhores agências reguladoras econômicas do Brasil na avaliação do Banco Mundial. De diversas maneiras, seus processos, consultas e capacidade de avaliação alcançam os padrões internacionais de melhor atuação.⁴³

Apesar da excelente avaliação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, no tocante a ANEEL, observamos que no dia a dia das AP's e das CP's, muitas das colaborações importantes provenientes dos agentes e que colaborariam com o aperfeiçoamento das normas regulatórias são rejeitadas sem o menor critério, o que denota algumas vezes um caráter ditatorial e impositivo daquela *longa manus* do governo federal em detrimento da soberania e da legitimidade popular.

⁴³ OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Brasil - Fortalecendo a governança para o crescimento* (Relatório sobre a Reforma Regulatória, 2007. p. 335.

4.2 A obrigatoriedade na execução das consultas e das audiências nas agências reguladoras federais

Na data de 12.04.2004, através do Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional, o projeto de lei que dispõe acerca da "gestão, organização e controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e da outras providências", desta forma este Projeto de Lei significou um incremento do esforço de exame, através do Grupo de Trabalho Interministerial capitaneado pela Casa Civil, com o auxílio dos Ministérios da Justiça, Fazenda, Orçamento e Gestão, Saúde, Meio Ambiente, Comunicações, Minas e Energia, Defesa, Transportes e por último a Advocacia Geral da União, grupo este que tinha o fito de estabelecer o balizamento regulatório das agências reguladoras, bem como fomentar o aprimoramento do modelo institucional brasileiro das agências reguladoras.

Ao analisar o conteúdo do referido Projeto de Lei que recebeu o nº 3.337/2004, observamos que ele visa o aperfeiçoamento do controle social ao ampliar a participação e influência do público em geral nos processos regulatórios nos âmbitos das agências, isso fica no momento que o PL em seu art. 4º determina a obrigatoriedade da implementação de consultas e audiências públicas em todas as nove agências reguladoras federais, nota-se a ausência da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, que fora criada em 27.09.2005, portanto um ano e meio depois do envio do referido PL em debate.

Para ilustrar o raciocínio e a clara disposição da obrigatoriedade das audiências e das consultas públicas, transcreveremos o aludido art. 4º⁴⁴ e seu § 1º do retromencionado projeto de lei:

Art.4º Antes da tomada de decisão sobre questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consulta ou audiência pública para manifestação dos interessados e formação de juízo das autoridades envolvidas no processo.

§1º São objetos de consulta pública as minutas de atos normativos, as alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos, de

⁴⁴ BRASIL. Sítio do Palácio do Planalto. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta.../agencias_reguladoras.htm> Acesso em: janeiro 2012.

consumidores ou usuários dos serviços prestados, devendo tais documentos permanecer à disposição do público em local especificado.

Aqui fazemos justiça a ANEEL, já que o intuito do Projeto de Lei é cumprido pelo regulador elétrico, desde os idos do ano de 1998, quadra essa que foram praticadas as primeiras audiências e consultas públicas, ou seja, seis anos antes da pretensão governamental.

Por outro lado, o PL traz inovações consideráveis quanto às condições de controle político das agências reguladoras, os mecanismos de responsabilidade do governo e do serviço público perante os cidadãos final, mais precisamente os poderes eleitoralmente constituídos, isto é, os poderes executivo e o legislativo, especialmente no tocante aos Contratos de Gestão e de Desempenho, assunto esse que por ser marginal ao estudo aqui tratado, traremos essas poucas palavras mencionadas sem o anseio de uma aprofundamento maior.

Quanto ao andamento do processo legislativo informa-se que o referido PL encontra-se parado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde 06.02.2012, onde teve o seguinte despacho:

Deferido o Req. 3383/2011 conforme despacho do seguinte teor: "Defiro o Requerimento n. 3383/2011. Apensem-se o Projeto de Lei n. 2.057/2003, com seus apensados ao Projeto de Lei n. 2.275/2003, nos termos do art. 142, caput e parágrafo único, c/c o art. 143, inciso II, alínea a, ambos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Em consequência, transfira-se ao Projeto de Lei n. 2.275/2003 o despacho inicial apostado ao Projeto de Lei n. 2.057/2003. Publique-se. Oficie-se. [Atualização do Despacho: Projeto de Lei n. 2.275/2003: Decido pela criação de Comissão Especial, conforme determina o art. 34, inciso II, do RICD, tendo em vista a competência das seguintes Comissões: CDEIC, CEC, CSSF, CME, CVT, CCTCI, CTASP, CFT (art. 54, RICD) e CCJC (art. 54, RICD). Proposição sujeita à apreciação do Plenário - Regime de Tramitação: Urgência (art. 155, RICD)]."⁴⁵

Desta maneira, fica a sociedade brasileira no aguardo da conclusão do processo legislativo para que o PL nº 3337/2004 seja convertido em Lei e introduza o controle social, a transparência e a legitimidade a todas as agências reguladoras federais, não só a ANEEL, objeto desse estudo, como a todos os outros entes reguladores componentes do governo brasileiro que carecem daqueles importantes mecanismos.

⁴⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>> Acesso em 6 fev. 2012.

CONCLUSÃO

A realização de audiências consultas e reuniões da diretoria da ANEEL, como meio garantidor da participação popular na função administrativa, é intrínseca ao Estado Social e Democrático de Direito, servindo, também, para vigilância da atividade administrativa dos entes reguladores das atividades econômicas.

A participação da sociedade aspira a ser desenvolvida para uma maior consignação de uma tradição costumeira democrática e para que as autoridades administrativas tenham condições de melhor gerir, consubstanciada em opiniões mais contíguas da realidade, apresentadas pelos atores dos mais diversos interesses coletivos, o que às vezes não é puramente representado nesses mecanismos democráticos.

Para tanto e para compreender esses instrumentos trouxemos a conceituação elaborada pelo próprio agente regulador e pela doutrina, como também as reminiscências históricas, onde buscamos as origens na Administrative Procedure Act de 1946 dos Estados Unidos da América, bem como em outros importantes países e por derradeiro no Brasil com a Resolução nº 11/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, apesar de a atividade regulatória ser mais antiga no Brasil, com indícios ainda na primeira metade do século XX.

A audiência e a consulta pública, no Brasil, têm previsão na Lei nº 9.784/1999, mas poderíamos inserir porque não a Reunião pública da diretoria, como instrumento de instrução do processo administrativo federal, visando ao desempenho da função administrativa pelos entes da Administração Pública Direta e Indireta, especialmente nas agências reguladoras, aqui com a ótica especial na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Para compreender razoavelmente um instituto, é importante tomar conhecimento dos seus procedimentos, para tanto trouxemos os deslindes processuais para o manejo destes três importantes mecanismos de controle social das atividades estatais, principalmente no que toca as agências reguladoras, mas precisamente em referência a ANEEL.

Ao capitanear uma audiência, consulta e uma Reunião pública da diretoria o agente público (ANEEL) deverá se atentar pelos seus princípios norteadores, particularmente a transparência, a publicidade, a oralidade, a soberania popular, a consensualidade e por ultimo, mas não menos importante o principio da precaução, no que pertine relevante interesse público que consubstanciou a sua participação naquelas matérias de cunho regulatório, bem como notamos que a ANEEL não observa muito os mandamentos carreados naqueles princípios o que explicita sobremaneira a (in)efetividade da participação popular frente a regulação elétrica brasileira.

Vimos também que o executivo federal, através do Projeto de Lei nº 3.337/2004, procura disseminar essas boas técnicas de controle, transparência, legitimidade e de soberania popular no que se refere aos atos governamentais, mas especificamente aos atos regulatórios, as demais agências reguladoras federais, as quais ainda não possuem essas importantes especificidades.

De outra mão, observamos que ainda falta um maior comprometimento do governo federal, através das agências reguladoras em ouvir as vozes da sociedade (populares, empresas, ONG's e etc) e dar uma credibilidade aos seus legítimos anseios, posto que não serão satisfatórios para consecução dos objetivos se for resolvida a questão estadista atinente ao grau de desenvolvimento e efetivação do poder democrático, vez que os engenhos jurídicos não bastam, por si só, para determinar a participação popular, que de uma maneira em geral é acomodado e desinteressado das questões nacionais mais consideráveis, sem deixar de lado também a preponderância dos interesses político-governamentais sobre os interesses legítimos da coletividade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A participação nos processos decisórios das agências reguladoras*. ANAIS DO SEMINÁRIO AS AGÊNCIAS REGULADORAS DA ESMAF DA 1º REGIÃO. Memory – Centro de Memória Jurídica. Rio de Janeiro: 2004.

BRANT, Mourão Teixeira Mendes, Patrícia *et al.* *Audiências Públicas: Limites e possibilidades nos processos decisórios – Regulação – Controle Social as Prestação dos Serviços de Águas e Esgoto – ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação*, Distrito Federal: p. 115-143, 2007.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>> Acesso em: janeiro 2012.

BRASIL, Presidência da República. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>> Acesso em: janeiro 2012.

BRASIL, Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta.../agencias_reguladoras.htm> Acesso em: janeiro 2012.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>> Acesso em: janeiro 2012.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=12&idPerfil=2>> Acesso em: janeiro 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal (Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999)*, 2. ed. rev. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FILHO, Calixto Salomão (Cor.). *Regulação e desenvolvimento*. 1. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FILHO, Marçal Justen. *O direito das agências reguladoras independentes*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FOLGOSI, Rosolea Miranda. *A participação social na regulação – As audiências e consultas públicas – Vinculação*. 1º CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DA ENERGIA. São Paulo. Congresso...São Paulo: IBDE, p. 28-40, 2004.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Org). *Direito concorrencial e regulação econômica*, Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

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

MOURÃO, Flávio Brant. *A legislação de uso e ocupação do solo: a experiência de Jacareí e Itaquaquecetuba*. 2002. Dissertação de Mestrado em Arquitetura e Urbanismo, São Paulo: FAU/USP, 2002.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Brasil - Fortalecendo a governança para o crescimento” (Relatório sobre a Reforma Regulatória)*. [2007] Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=768&cat=34&sec=6>> Acesso em 23 jan. 2012.

PRADO JÚNIOR, Fernando Amaral Almeida; DA SILVA, Gilberto Alves; YAMAGUCHI, Hugo Riyoiti. Audiências Públicas – A experiência de formatação de políticas públicas no setor elétrico brasileiro. *Revista de Economia & Relações Internacionais*. v. 9, n. 18, p. 5-18. jan. 2011. Disponível em: <http://www.faap.br/faculdades/economia/ciencias_economicas/pdf/revista_economia_18.pdf> Acesso em: janeiro 2012.

VARELLA BRUNA, Sérgio. *Atribuições das agências reguladoras, Peculiaridades do modelo brasileiro*. 1º CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DA ENERGIA. São Paulo Congresso São Paulo: IBDE, p. 18-27, 2004.

VARELLA BRUNA, Sérgio – *O controle judicial da atividade normativa do Poder Executivo na regulação dos mercados: o papel da procedimentalização e da participação dos interessados*, Tese de Doutorado, USP, 2002.