

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

Victor Costa Campelo

**A CONSULTA PÚBLICA NA AGERBA - AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA, TRANSPORTES E COMUNICAÇÕES
DA BAHIA**

A PROCESSUALIZAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA A PARTIR DO ART. 29 DA LINDB

BRASÍLIA, DF

2022

Victor Costa Campelo

**A CONSULTA PÚBLICA NA AGERBA - AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA, TRANSPORTES E COMUNICAÇÕES
DA BAHIA**

A PROCESSUALIZAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA A PARTIR DO ART. 29 DA LINDB

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Pós - Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, no curso de Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito.

Orientador: Professor Dr. Leonardo Estrela Borges.

BRASÍLIA, DF

2022

Código de catalogação na publicação – CIP

C186c Campelo, Victor Costa

A consulta pública na AGERBA – Agência estadual de regulação de serviços públicos de energia, transportes e comunicações da Bahia: a processualização da consulta pública a partir do art. 29 da LINDB / Victor Costa Campelo. - Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, 2022.

93f.

Trabalho de conclusão de curso (Dissertação) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado em Direito, 2022.

Orientador: prof. Dr. Leonardo Estrela Borges

1.Democracia. 2.Agência reguladora. 3.Consulta pública. 4.Processualização administrativa. 5.Participação popular. I.Título.

CDD 341.3

VICTOR COSTA CAMPELO

**A CONSULTA PÚBLICA NA AGERBA - AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA, TRANSPORTES E COMUNICAÇÕES
DA BAHIA**

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Pós - Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, no curso de Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito.

Aprovada em 12 de dezembro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Orientador/Presidente

Prof. Dr. Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Avaliador

Prof. Dr. Flávio José Roman
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Avaliador

Aos meus pais, Jailda e Narcizo, que dedicam e sempre dedicaram tudo o possível para minha educação, à minha irmã Máira, que sempre confiou em mim e à minha esposa Camila, por ter me dado forças e me apoiado, principalmente nas partes difíceis deste trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LEGITIMIDADE NA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	10
1.1 Agência reguladoras como espaço de discricionariedade técnica.....	10
1.2 Regulação democrática e participação popular na produção do ato normativo.....	13
1.3 Poder normativo das agências reguladoras.....	18
1.4 Teoria Geral do Processo Administrativo e a consulta pública.....	20
1.4.1 Legitimidade na Teoria Geral do Processo.....	24
1.4.2 Audiência pública x Consulta pública.....	27
1.4.3 Lei Geral das Agências Reguladoras e Governança Regulatória.....	29
1.4.4 A Legitimidade na Consulta Pública e a delimitação dos espaços públicos.....	33
1.4.5 Possibilidade de delimitação da Legitimidade no Procedimento de Consulta Pública...	36
2 DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA ATUAÇÃO DA AGERBA	39
2.1 AGERBA – apresentação.....	39
2.2 A autonomia da AGERBA	41
2.3 Participação popular na AGERBA.....	43
2.3.1. Produção Normativa X Participação Popular na AGERBA em 2021 e 2022.....	46
2.4 Impacto regulatório na AGERBA.....	50
2.5 Limitações encontradas na realização da consulta pública pela AGERBA.....	53
2.5.1. O dever de realização da consulta pública.....	53
2.5.2 Efetividade da participação popular x captura do espaço público.....	56
3 PROCESSUALIZAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA NA AGERBA DE ACORDO COM O ART. 29 DA LINDB	64
3.1. Governança regulatória.....	65
3.2. Identificação dos legitimados e forma de participação administrativa.....	70
3.3. Necessária motivação da decisão da consulta pública.....	74
3.4 Consulta pública, precisão técnica e redução da discricionariedade.....	77
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

A participação popular direta na atuação da Administração Pública e na execução de sua finalidade – a efetivação de direitos fundamentais - há muito não somente é exigida pela sociedade como também estimulada pelo poder público, já prevista na Constituição Federal em diversos aspectos bem como em normas infraconstitucionais. E se antes a participação popular direta era motivo de entraves burocráticos e complexa prática logística na execução, nos últimos tempos a difusão dos meios de comunicação passou a permitir a intervenção do cidadão em espaços públicos praticamente em qualquer lugar em que se encontre.

A conclusão inicial tanto da busca pela participação popular quanto do seu incentivo tende a ser a busca pela validação das decisões tomadas pelo poder público em vista da crise de legitimidade do poder político e a necessidade de submissão da atuação administrativa aos que conferiram poderes (o povo) aos seus representados (os políticos).

As agências reguladoras, já há muito existentes no ordenamento jurídico e estudadas durante todo este tempo, possuem certa peculiaridade no desempenho das atividades dentro da Administração Pública, uma vez que, dotadas de atribuições intrinsecamente técnicas e não políticas e de independência funcional, podem se afastar do interesse imediato da população e não corresponder aos anseios da sociedade.

Como principal Função Regulatória estas autoridades administrativas independentes agem sem o quadro completo da legitimação política, posto que foram criadas para terem atuação eminentemente técnica na regulação dos setores econômicos para os quais estão direcionadas, motivo pelo qual devem passar por um crivo de legitimação de sua atuação.

Em vista disto o ordenamento jurídico previu a participação popular como instrumento de controle da produção normativa das agências reguladoras e, a partir da Lei 13.655/2018, inseriu dispositivo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para estabelecer a consulta pública como o meio indicado para exercer a participação popular quando da edição de atos normativos pelo poder público.

Assim é que este estudo se propõe a fazer uma análise do instrumento criado pelo ordenamento jurídico, qual seja a consulta pública, da forma como está prevista no art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, se sua aplicação a um caso concreto de modo a identificar se a previsão do referido artigo está sendo devidamente observada e quais indicações para eventuais incorreções.

Antes da imersão ao caso concreto, o estudo pretende trazer conceitos estabelecidos e alguns conceitos novos ou até mesmo de outros ramos do direito para identificar qual a situação da consulta pública no atual direito administrativo, de forma que as conclusões iniciais permitam a aplicação dos conceitos apresentados no momento posterior.

Aspectos da consulta pública ainda não previstos em lei ou não enfrentados diretamente pela doutrina serão abordados visando analisar a legitimidade dos interessados em atuar no espaço público da consulta e evitar sua captura por interesses privados ou majoritários em detrimento do direito das minorias.

Elegeu-se, com a finalidade de especificar a análise da atuação de uma Agência Reguladora, a AGERBA - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – e sua atuação como autoridade regulatória independente responsável por diversos serviços públicos no âmbito das competências do referido ente federativo, especificamente no que diz respeito à realização de consultas públicas e a legitimidade na participação dos atores no referido espaço público.

Ao tratar da AGERBA, já no capítulo 2, a intenção do estudo será fazer, uma introdução acerca da referida agência reguladora, sua delimitação na regulação dos serviços públicos estaduais, bem como o arcabouço normativo em que a agência está sedimentada para posteriormente imergir na atuação da AGERBA na produção normativa e a realização de consultas públicas.

A definição metodológica será através do método do estudo do caso da AGERBA na realização de suas consultas públicas. Como objeto da investigação o estudo delimitará a amplitude do binômio produção normativa *x* consultas públicas realizadas nos anos de 2021 e 2022 – até o momento em que o trabalho está sendo feito – com a obtenção de uma descrição e compreensão completa da forma de realização das consultas e os resultados obtidos com os relatórios apresentados¹.

Após levantamento dos dados obtidos com o estudo das consultas públicas da AGERBA no referido período, será apresentada comparação com agências reguladoras de âmbito nacional para se obter parâmetro de qualificação adequado para as conclusões acerca da qualidade do espaço público proporcionado pela AGERBA e sua efetividade para uma adequada produção de atos normativos.

Com as conclusões do estudo de caso será aplicado o método observacional² para, a partir das premissas estabelecidas nos dois primeiros capítulos, deduzir para o que deveria ser

¹ FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68.

² *Ibidem*. p. 58.

uma produção normativa legitimada através de participação popular efetiva de acordo com a previsão do art. 29 da LINDB.

O capítulo final apresentará soluções a partir do estudo de caso estabelecendo ligação entre a melhor prática de um direito regulatório fundado na governança administrativa com preceitos constitucionais que já reconhecem a necessidade de a participação popular ser efetiva, sob pena da precariedade do espaço público dar ensejo a uma regulação direcionada pelos próprios agentes econômicos que capturem o espaço público.

A importância do estudo está não somente na análise macro da teoria da participação popular e da realização da função administrativa, mas também em aferir o exercício democrático longe das grandes agências reguladoras, altamente estruturadas e de importância nacional, de modo que se procure entender a participação popular a nível local e em ambiente técnico.

1 LEGITIMIDADE NA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 Agência reguladoras como espaço de discricionariedade técnica

Importante, nesse momento, tratar da atuação das Agência Reguladora frente às relações sócio-econômicas de modo a estabelecer a devida conexão com o presente trabalho e a necessidade de maior participação social nas decisões advindas de um ente da Administração Pública direta com certa desvinculação das decisões políticas e do poder democraticamente constituído.

Neste sentido é que a Regulação estatal traz como consequência a intervenção na economia para o estabelecimento de conexão entre relações de produção e relações de troca extremamente heterogêneas e entre mercados de trabalho profundamente segmentados e descontínuos.

Odete Medauar³, ao reconhecer a importância do surgimento da regulação estatal, aponta que a quebra de monopólios e exclusividades, a transferência de atividades do setor estatal para o setor privado e a flexibilização de normas incidentes sobre atividades econômicas não vão acarretar necessariamente a ausência do Estado nessas atividades. Tratando-se de serviços públicos que passam a ser desempenhados por particulares, o Estado jamais se desliga. No caso de atividades econômicas, o Estado deve ter ascendência principalmente sobre os setores sensíveis e que trazem impactos imediatos e mais profundos na vida da sociedade.

Gustavo Binenbojm⁴ sintetiza que a tarefa da regulação econômica é interferir nos incentivos gerados pelo mercado real sobre os fornecedores e consumidores em busca da realização de objetivos determinados pelo processo político-democrático e traduzidos em pautas jurídicas de ação do Estado.

Resume o autor que a intervenção do Estado por meio da regulação deve ocorrer por dois motivos: (i) corrigir *falhas de mercado*, que dificultam ou inviabilizam a maximização do bem-estar das pessoas, produzindo resultados indesejáveis; (ii) corrigir *falhas de escolha*, que impediriam o indivíduo de orientar seu comportamento no sentido da obtenção dos melhores resultados para si próprio.

³ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 253.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 260.

Num primeiro momento, a regulação voltada à correção de falhas de mercado, que tem por objetivo econômico evitar resultados ineficientes em termos de alocação de recursos, desenvolve duplo papel em relação aos direitos fundamentais: (i) combate à ineficiência, evitando o desperdício de recursos sociais, estimula a eficiência produtiva, aperfeiçoa a eficiência alocativa, aumentando o grau de bem-estar em termos gerais; e (ii) torna as relações menos assimétricas, aumentando o nível de autonomia das pessoas, a exemplo da regulação consumerista, que aumenta o leque de opções dos consumidores impede o aviltamento da liberdade de sua liberdade de escolha pelos fornecedores.

A regulação com vistas à correção de falhas de escolha, por outro lado, serve aos direitos humanos na medida em que, com base em uma ótica de economia comportamental presente, protege o bem-estar das pessoas nas situações em que sua racionalidade se mostra limitada. A regulação, neste ponto, cumpre papel decisivo tanto na promoção da autonomia real dos indivíduos como na proteção de seu bem-estar ou de sua própria vida, nessas específicas situações de risco, na visão de Binjenbojm, que vislumbra estarmos diante de uma nova fronteira regulatória que ofereça novas oportunidades de proteção e promoção de direitos fundamentais.⁵

Como principal instrumento do desenvolvimento da intervenção do Estado no domínio econômico através da Regulação é possível identificar a criação das Agências Reguladoras Independentes, resultado de um movimento de descentralização da atividade administrativa para garantir ao mercado que a intervenção estatal não estava sujeita, predominantemente, a interesses políticos.

Se, de uma parte, a criação de agências reguladoras dotadas de acentuado grau de autonomia servia a bom propósito de desestruturar os chamados “anéis burocráticos” existentes nos Ministérios, de outra parte, o mandato fixo de seus dirigentes e seu compromisso técnico sinalizavam ao mercado o compromisso do próprio país de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir o cumprimento fiel dos contratos celebrados ao cabo dos processos de privatização e desestatização.⁶

Deve-se ressaltar, no entanto, um enfrentamento necessário com a finalidade de exercer o controle democrático sobre o alcance do trabalho das Agências Reguladoras, que hoje possui regulamentação através da Lei Geral das Agências Reguladoras que, entre outras

⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 263.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 102.

alterações, outorgou maiores poderes às agências, assegurando desvinculação hierárquica para decisão sobre recursos administrativos, por exemplo, em seu art. 3º.⁷

Outro importante instrumento regulatório recente é a Análise de Impacto Regulatório – AIR – igualmente prevista na Lei das Agências Reguladoras, no art. 6º, com regulamentação realizada pelo Poder Executivo através do Decreto nº 10.411/2020.

Na visão da doutrina especializada a AIR é um dos instrumentos disponíveis para melhorar a qualidade da regulação e consiste na análise e avaliação dos possíveis benefícios, custos e impactos de regulamentações novas ou já existentes.⁸

A adoção da AIR como método decisório no bojo dos processos regulatórios tem como objetivos (i) superar a natural assimetria de informações entre reguladores e agentes econômicos; (ii) dotar tais processos de maiores transparência, legitimidade e accountability (responsividade e controlabilidade social); bem como (iii) promover eficiência regulatória, com a redução de custos (para a sociedade e o próprio Estado) e a maximização de benefícios sociais.⁹

Há, no entanto, quem critique a AIR por ser um instrumento majoritariamente técnico, afastando das amarras da democracia, o que no sentido da doutrina não encontra muito apoio. Deve-se observar que na maioria dos casos a AIR será submetida ao crivo das Consultas Públicas e que, se por um lado a sua confecção por um corpo técnico afasta nesse momento o controle democrático, da mesma forma ocorrerá com a interferência política – tenderá a ser rejeitada.

Sobre a aplicação da AIR no âmbito das agências reguladoras mais será falado em momento oportuno deste trabalho.

É de se compreender, portanto, intensa dicotomia entre o desenvolvimento da discricionariedade técnica - e seus respectivos parâmetros de controle - a ser exercida legalmente pelas Agências Reguladoras e as aspirações sociais que nem sempre estão totalmente de acordo com a previsão técnica.

A necessidade de se ordenar a vida social e econômica tem origem na igual necessidade de se viabilizar o funcionamento de um sistema de direitos internamente, além de compatibilizá-lo com aspirações e interesses transindividuais, de modo que isso seja feito de forma democrática. É uma relação dinâmica que exige e limita, simultaneamente, as funções de ordenação/regulação pelo Poder Público e pelas diversas instâncias da sociedade civil. Não

⁷ GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 96. Jul./set. 2020.

⁸ PECCI, Alketa. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 69.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 181.

há, portanto, supremacia geral em favor do Estado e nem sujeição geral em desfavor dos particulares, mas a busca incessante pela conformação possível entre posições individuais e coletivas.¹⁰

Deve-se destacar, por outro lado, que a introdução das agências reguladoras independentes no rol de entes públicos permite que se busque a efetivação de políticas públicas e a melhor atuação administrativa através de um parâmetro técnico, que se devidamente observado reduz o espectro da atuação discricionária, como bem define Flávio Roman¹¹.

Técnica e discricionariedade estão em relação inversa: quanto menor a precisão da linguagem técnica empregada, maior será a discricionariedade da Administração; inversamente, quanto maior a precisão da técnica envolvida, menor a discricionariedade da Administração.

Com efeito, nas hipóteses em que os conceitos indeterminados empregados pelas normas possuem alto grau de imprecisão, derivado de seu caráter valorativo (ou polêmico ou, ainda, cientificamente não comprovado), maior será a discricionariedade. Contudo, em outras hipóteses, a norma poderá oferecer critérios adicionais de compreensão do conceito, o que, certamente, reduzirá o espaço de atuação discricionária da Administração.

Em momento mais oportuno do trabalho a precisão técnica será analisada como possível consequência da realização da Consulta Pública em busca da melhor regulamentação da atividade econômica.

1.2 Regulação democrática e participação popular na produção do ato normativo

Há de se apontar, neste sentido, que uma produção regulatória desordenada e deslegitimada é obstáculo efetivo para que o desenvolvimento econômico e a efetivação de direitos humanos caminhem lado a lado, motivo pelo qual se entende aqui que uma regulação democrática, com a efetiva participação popular, pode contribuir para a redução da distância entre o pensamento voltado para o desenvolvimento da economia e o pensamento oriundo da aplicação das normas da constituição com a finalidade de assegurar os direitos humanos.

Binjenbojm reconhece que o objetivo da democratização da atividade administrativa é marcado pela abertura e fomento à participação popular no processo de formação do ato administrativo, tanto na defesa dos interesses individuais, como em nome de interesses gerais da coletividade, posteriormente tratando da consequência da “proliferação” de autoridades

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 67.

¹¹ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 175-176.

administrativas independentes e a necessidade de legitimação de atos praticados pelas agências reguladoras:

A crise da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, não diretamente *responsivas* à vontade política de agentes eleitos, impulsionam hoje a tendência quase universal, embora não imune a críticas, ao fomento à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas. Tamanha é sua importância na atualidade que já tem sido considerada uma forma de *democratizar* as democracias representativas.¹²

Evidente que a abertura à participação popular com cada vez mais intensidade e quantidade de situações tem clara finalidade de trazer a sociedade para efetivar validação da atuação administrativa, exercendo verdadeiro controle social dos atos praticados pelos gestores públicos.

Controle público pressupõe o reconhecimento dos destinatários dos atos administrativos como sujeitos políticos capazes de orientar e fiscalizar as ações do Estado. Muda-se a mirada e desencastela-se os agentes investidos de funções públicas, colocando os cidadãos numa espécie de instância superior de controle. Reconhece-se, também, a frustração gerada pelo *welfare state*, surgindo como alternativa possível o *welfare community*.¹³

É possível observar, neste sentido, que o processo de produção de atos normativos regulamentares pode ser pormenorizado à luz do art. 29 da LINDB, de modo a prever na teoria do processo administrativo de produção de atos regulamentares a realização de consultas públicas que legitimem e adequem a atuação técnica do setor econômico aos verdadeiros anseios da sociedade.

Ao tratar dos processos administrativos normativos, Carlos Ari Sundfeld¹⁴ reconhece a ausência de tratamento pelo Ordenamento Jurídico de diversos aspectos necessários de regulamentação, a exemplo da necessidade de contraditório e de motivação da resposta às Consultas Públicas.

Não obstante, ao propor que a sociedade possa exercer algum tipo de controle na produção do ato normativo, é necessário que não apenas os cidadãos – individual ou coletivamente - saibam que podem participar, mas principalmente que saibam como

¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 78/79.

¹³ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor (orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 315.

participar; e que a publicização das regras de participação esteja clara e disposta para todos os interessados.

Mas claro que esse mecanismo só será efetivo se os administrados tiverem condições efetivas de influenciar na formação da decisão da Administração Pública. Daí por que a consulta pública deve ser modelada, de sorte a reduzir eventuais assimetrias de informações existentes entre o Poder Público e os administrados. Assim é que, ainda que a manifestação dos administrados não vincule a decisão do poder público, este terá o dever de se manifestar acerca dos termos das contribuições dos administrados (sob pena de se gerar o conhecido efeito da fadiga das consultas públicas). Razão pela qual a parte final do dispositivo obriga a que as contribuições sejam “consideradas na decisão”, o que amplia o espectro do controle dos atos normativos da Administração Pública para além dos seus aspectos formais.¹⁵

O presente estudo não tem a pretensão de afirmar que a regulação econômica é a salvação dos direitos humanos, mas apenas destaca a necessária intervenção do Estado nas relações salariais e econômicas e a busca da melhor forma de legitimar atuações puramente técnicas, pois o Estado heterogêneo “[...] não se baseia nem no direito, nem na violação do direito e é mais positivo que negativo [...]”¹⁶.

Neste sentido é que o art. 29 da LINDB pode servir para o estabelecimento de regras no sentido de legitimar a produção da regulação estatal através da participação popular, adequando a intervenção estatal aos anseios populares e destinando o desenvolvimento econômico à efetivação dos direitos humanos.

Noutro sentido, no exercício da Democracia Participativa deve-se observar que já existe previsão Constitucional para o incentivo à participação popular, não apenas sob a perspectiva do art. 1º, mas também em diversas passagens do Texto Constitucional sinalizando este caminho: art. 29, X; art. 194, § único, VII; art. 198, III; art. 204, II; art. 206, VI; art. 216, § 1; art. 225, *caput* e VI:

A configuração, no sistema constitucional brasileiro, do direito à participação nas decisões estatais, comprova que, de uma *perspectiva unidimensional Estado-súdito* (o indivíduo não era possuidor de direitos frente ao Estado, mas unicamente de deveres para com o Estado), passou-se a uma *perspectiva bidimensional Estado-cidadão* (direitos e deveres originados do vínculo da cidadania destinam-se tanto ao Estado quanto aos indivíduos).¹⁷

¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. N.p.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 62.

¹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://publicacoes.uniceub.br/prisma/article/view/569/494>. Acesso em 01 de novembro de 2020.

Soluções já têm sido apresentadas com a finalidade de locupletar o espaço de legitimidade que ficou aberto pela Democracia Representativa com a atuação efetiva da Democracia Participativa, o que não representa subversão da atual estrutura democrática, mas uma complementação:

Contrariamente ao que se pretendeu em muitas lutas sociais de períodos anteriores, não se trata agora de substituir a democracia representativa por outros tipos de democracia considerados mais genuínos (participativos ou comunitários), mas antes de construir uma democracia genuína com base na articulação entre todos os tipos disponíveis. É essa vastíssima experiência de lutas democráticas que nos permite hoje ampliar o cânone democrático e produzir teorias de democracia que vão muito além da teoria liberal.¹⁸

É possível identificar a participação popular, também, em sua natureza de controle dos atos administrativos, afastando-se de uma atuação direta de agentes públicos e possibilitando ao cidadão o reconhecimento do que seria a atuação legítima da Administração Pública.

Controle público pressupõe o reconhecimento dos destinatários dos atos administrativos como sujeitos políticos capazes de orientar e fiscalizar as ações do Estado. Muda-se a mirada e desencastela-se os agentes investidos de funções públicas, colocando os cidadãos numa espécie de instância superiores de controle. Reconhece-se, também, a frustração gerada pelo *welfare state*, surgindo como alternativa possível o *welfare community*.¹⁹

O instituto da Consulta Pública desponta, neste sentido, como um dos principais instrumentos de exercício da Democracia Participativa, mas ainda sem sua procedimentalização concretizada em normas gerais, o que impede até o presente momento a identificação dos legitimados para participação do Processo Democrático dentro do espaço público disponibilizado.

Assim, se há uma “crise de legitimidade” dos agentes políticos, não se deve olvidar a necessidade de definição da legitimidade dos interessados em integrar o certame de exercício da Democracia Participativa para que este “novo” espaço de tomada de decisões do Poder Público também não reste contaminado por outra crise do tipo.

Importante ressaltar que a oferta de espaços públicos foi reduzida em passado recente com a revogação no ano de 2019 do Decreto federal nº 8.243/2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS – e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS -, que em seus artigos trazia previsão normativa acerca de conceitos importantes para a

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia**: reinventar as esquerdas. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 126.

¹⁹ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor (orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

democratização da atuação estatal, articulando os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.

Dentre as definições apresentadas no Decreto, importante ressaltar: (i) sociedade civil - o cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações; (ii) audiência pública - mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais; (iii) consulta pública - mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação; (iv) ambiente virtual de participação social - mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil; dentre outros.

Destaque-se que o momento de estabelecimento e chamamento da sociedade civil para a participação das decisões estatais ocorreu em situação clara de cumprimento de exigências políticas que a população estava demandando nas vésperas da eleição do ano de 2014 e com intensa polarização política iniciada a partir do ano de 2013.²⁰

Passada a eleição, *impeachment* e nova eleição no ano de 2018, em abril de 2019 o Poder Executivo federal publicou decreto que, em seu art. 1º “extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, constando dispositivo expresso em que revoga o Decreto federal nº 8.243/2014. Trata-se, portanto, de norma que tem clara finalidade de reduzir a participação social nas decisões da Administração Pública, representando importante manifestação política no sentido de retroceder à democratização da atuação estatal.

Não obstante a mudança efetuada por Decreto, parte dos colegiados existentes na Administração Pública federal foram criados por Lei, não podendo ser extintos por norma infralegal em clara violação ao princípio da separação dos poderes, o que foi devidamente reconhecido no julgamento da ADI 6121²¹ pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁰ “Em 2014 tivemos a mais acirrada e conflitiva eleição deste ciclo democrático. Marcada por uma conduta irresponsável do partido governista, que contribuiu para o agravamento da crise fiscal, com acentuado impacto sobre o emprego e as políticas sociais.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo, Companhia das Letras. 2018. P. 19) Em que pese o autor não tivesse como prever que outra eleição pudesse ser ainda mais acirrada.

²¹ PROCESSO OBJETIVO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – DEFERIMENTO PARCIAL. Surgindo a plausibilidade jurídica parcial da pretensão e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro normativo atacado, impõe-se o deferimento de medida acauteladora, suspendendo-o. COMPETÊNCIA NORMATIVA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ÓRGÃOS COLEGIADOS – PREVISÃO LEGAL –

Resta saber, a partir de então, se o ordenamento jurídico tenderá a ser tensionado acerca da necessidade da participação popular para legitimação da atuação estatal ou se, com o tempo e recente arrefecimento do autoritarismo político, a democracia será novamente enaltecida.

1.3 Poder normativo das agências reguladoras

Importante discorrer, neste momento, acerca da origem e autorização do ordenamento jurídico para possibilitar a criação da Regulação como fonte de norma jurídica pelas agências reguladoras, antes da Administração Pública descentralizada, mas que devem ter condição de estabelecer as regras devidas para promover a regulação da respectiva atividade econômica.

O art. 174 da Constituição Federal, situado no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira” e no Capítulo I, “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” da Carta Maior, prevê o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, o que deve ser feito “na forma da lei”, sem tratar nesse momento da descentralização da atividade regulatória, o que pode ser encarado, num primeiro momento, como uma impossibilidade de se conceder a autoridades externas à Administração Direta poder regulamentar de toda uma atividade econômica.

Sobre este ponto, no entanto, já se entende pacificada a possibilidade de regulação pelas agências reguladoras, inclusive com toda a autoridade que lhe deve ser inerente, com uma margem ampla de atuação, apesar de ainda se entender necessária previsão constitucional mais específica na conferência do poder normativo às agências:

Sente-se a necessidade, todavia, de uma reformulação do texto constitucional no que concerne à atividade normativa dos órgãos reguladores, em especial, das agências. Isso porque parece restar claro que as normas editadas por tais órgãos, cada qual no seu campo de atuação, possuem uma margem de atuação ampla, que não pode ser reduzida a uma atividade meramente regulamentadora da lei. A própria ideia da criação de agências reguladoras parecer trazer consigo a noção de que a regulação dos serviços públicos submetidos à tutela desses órgãos demanda deles uma atuação mais abrangente. Assim, uma reforma constitucional que expressamente autorizasse às agências reguladoras essa função normativa mais ampla teria o condão de melhor equipá-las para o exercício de seu *múnus precípua*, bem como esclarecer juridicamente os seus poderes normativos”²²

EXTINÇÃO – CHANCELA PARLAMENTAR. Considerado o princípio da separação dos poderes, conflita com a Constituição Federal a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de órgãos colegiados que, contando com menção em lei em sentido formal, viabilizem a participação popular na condução das políticas públicas – mesmo quando ausente expressa “indicação de suas competências ou dos membros que o compõem”. (Supremo Tribunal Federal. ADI 6121 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, DJ de 27/11/2019)

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1090.

Destaque-se que a Lei que instituiu a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019 -, ao vir a tratar das garantias da livre iniciativa, dispõe expressamente que é dever da “administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei” o exercício do poder regulatório. Tal previsão se encontra no art. 4º do diploma, que tem aplicação em âmbito nacional nos termos do § 4º do art. 1º da mesma Lei.²³

Dentre as novidades apresentadas está a Análise de Impacto Regulatório como procedimento prévio obrigatório²⁴ para qualquer tentativa da Administração de editar ou alterar ato normativo “de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários de serviços públicos”.

Sobre a discussão constitucional acerca do regulamento autônomo, o art. 5º da referida Lei reforça a ideia ao dizer que o mesmo disporá sobre o conteúdo, a metodologia e os requisitos desta análise de impacto regulatório, bem como as hipóteses em que será dispensada. É um claro reconhecimento de que a lei não possui condições técnicas e materiais de tratar de assuntos mais específicos e técnicos.

Neste mesmo sentido Egon Bockmann, em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aduz que a atuação das agências reguladoras está de acordo com uma nova compreensão do princípio da legalidade, com indicação de mutação constitucional em detrimento da concepção clássica propagada com a finalidade de “assegurar o bom desempenho das funções regulatórias, sem perder de vista os limites, standards, previstos em lei.”²⁵

Afirma ainda, o autor, que se bem exercido o poder normativo atribuído às agências reguladoras não implica em subversão ao sistema, mas sim decorre do seu aperfeiçoamento em cumprimento às finalidades exigidas de um Estado Regulador.

Se é certo que o princípio democrático não torna dispensável a existência da lei — nem mesmo no que diz respeito à regulação de setores econômicos técnicos e dinâmicos — que continua sendo hierarquicamente superior aos atos infralegais, é certo que no que toca à regulação dos setores sujeitos à desestatização a lei passa a

²³ Art. 1º. Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.[...]§ 4. O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico, conforme o disposto no inciso I do caput e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição Federal, e será observado para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do § 2º deste artigo.

²⁴ BONFADINI, Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 320.

²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 15 de nov. de 2022. p. 14.

assumir função diferenciada: ela deixa de ter como finalidade estabelecer regras específicas e minuciosas e passa a prever *standards* gerais e abstratos a serem complementados, dissecados, especificados por meio de atos administrativos com natureza normativa — os regulamentos expedidos pelas agências reguladoras.²⁶

Também Luís Roberto Barroso²⁷ aponta que se deve dar maior amplitude ao termo “forma da lei” constante do art. 5º, inciso II da Constituição Federal, por conta do crescimento do papel do Estado e pela necessidade de a Administração Pública intervir nas áreas econômicas que se desenvolveram com conhecimento técnico especializado.

Bonfadini²⁸ ratifica o entendimento sobre a constitucionalidade do regulamento autônomo com a finalidade de regular a economia, afirmando que somente com a lei, muitas vezes genérica e incapaz de atender a questões técnicas ou novas do ponto de vista econômico, não se consegue implementar a regulação da sua essência. A utilização do regulamento autônomo seria imprescindível, portanto, para pôr termo às finalidades para as quais as agências reguladoras foram criadas.

Evidente, portanto, que o Poder Normativo das agências reguladoras têm fundamento em previsão constitucional, notadamente a partir das regras que determinam que o Estado tem o dever de exercer a função de fiscalização, incentivo e planejamento como agente responsável pela ordenação e regulação das atividades econômicas.

A atribuição da função regulatória às entidades autárquicas já é entendida como constitucional, mas o desenvolvimento das atividades precípuas das agências reguladoras está delimitado não somente em sua lei de criação, mas também nas previsões legais que hoje estabelecem regras e limitam seu poder normativo, conforme se verá mais à frente.

1.4 Teoria Geral do Processo Administrativo e a consulta pública

Ao abordar uma Teoria Geral do Processo Administrativo com a finalidade de encontrar o “conceito” e qualidades do Processo Administrativo, Carlos Ari Sundfeld reconhece que a Constituição Federal de 1988 tratou de delinear o termo a partir do momento

²⁶MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 15 de nov. de 2022. p. 15.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras**. In: DALLARI, Adilson Abru; NASCIMENTO, Carlos Vader do; e MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tratado de direito administrativo, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 52 – 53.

²⁸ BONFADINI, Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 204.

em que determina que a atividade administrativa decisória seja realizada de acordo com os grandes princípios constitucionais.

Se antes existiam correntes que apontavam a diferenciação entre “procedimento” e “processo” administrativo, a partir de 1988 essa diferenciação – para muitos - passa a ser incontroversa.

Se toda atividade administrativa decisória é impactada por princípios processuais, como sustentado por essa linha de pensamento, um conceito amplo de processo administrativo deve necessariamente coincidir com o conceito de atividade administrativa decisória, e assim não haverá espaço no direito administrativo para procedimentos administrativos entendidos com instrumento juridicamente livres para a produção de atos.²⁹

Passa a ser entendido, portanto, que uma Teoria Geral do Processo Administrativo está devidamente inserida no art. 5º, LV, que deve permear toda a atividade administrativa decisória, aqui também se incluindo a Consulta Pública, que deve sofrer as devidas interferências dos conceitos teóricos previstos em leis processuais para definição de seus institutos e devida utilização no âmbito do Processo Administrativo.

Neste mesmo sentido Odete Medauar³⁰ explica que a resistência ao uso do vocábulo “processo” no campo da Administração Pública deixou de ter resistência quando se escolheu a processualidade ampla, qual seja aquela associada ao exercício de qualquer poder estatal. Significa, portanto, que utilizar a expressão “processo administrativo” indica um procedimento com participação dos interessados em contraditório, implicando em o “verdadeiro processo” também ocorrer no âmbito da Administração Pública.

Ao afirmar a superação do “ato administrativo autista”, Floriano de Azevedo Marques Neto³¹ igualmente aponta que a processualidade administrativa foi vetor responsável pela superação da natureza unilateral e autoritária do ato administrativo.

Afirma o autor que ao usar o termo “litigantes em processo administrativo” a Constituição consagrou que a atividade administrativa não se realiza isoladamente aos interesses e pretensões dos administrados, devendo ser resultado de um processo administrativo.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. P. 310.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. P. 41.

³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Superação do Ato Administrativo Autista**. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 109/110.

Conclui, neste sentido, que a processualidade implica em possibilidade de atuação das partes interessadas:

“Ao nosso ver, ela (*a prescrição constitucional pela processualidade*) obriga que todo ato seja praticado no ambiente da processualidade. Estabelece um dever para a Administração de promover e facilitar a participação processual dos interessados. Isso se verifica, por exemplo, no dever de promover audiências e consultas públicas para a edição de certos atos, independentemente de solicitação prévia por parte de interessados.”

Entende a doutrina administrativista que o contexto democrático a partir do fim do governo autoritário e promulgação da Constituição de 1988 propiciou o retorno do debate da processualização do direito administrativo, inclusive com o incentivo à codificação, o que não encontrava apoio num momento de ausência de espaço democrático.

É claro observar que, a partir da mudança de um modal autoritário, a realização do processo administrativo não apenas racionaliza o agir da Administração, mas o submete a controle pelos interessados e pela sociedade em geral, assim como a formalização e a publicidade dos atos procedimentais contribuem para a transparência administrativa³².

A redemocratização do país não foi simplesmente concluída com a promulgação de uma Constituição dirigente e garantidora de direitos fundamentais. Este foi um passo muito importante, marco temporal de mudança de um regime, mas ainda parte de um processo contínuo de reafirmação das conquistas democráticas, o que se comprova dos recentes ataques às instituições democráticas e nova necessidade de reafirmar as conquistas obtidas.

Com a possibilidade de se fixar limites de atuação à atividade administrativa, passa-se também a falar em codificação do único ramo do direito ainda não delimitado em leis: o Direito Administrativo. A intenção, novamente, era quebrar o paradigma de uma Administração Pública calcada na discricionariedade administrativa como regra – assim como o fora com a Revolução Francesa – e passar a fixar nas leis um limite mais concreto para a atividade administrativa.

Hoje, deve-se ressaltar que o Princípio da Juridicidade faz a conexão com os dois aspectos: o legal e o constitucional. Juridicidade que vem muito mais da ideia de que a fundamentação direta dos regulamentos da Administração vem da Constituição e dos direitos fundamentais e não necessariamente da lei, que pode ser omissa e não conter as respostas para uma gestão eficiente e que observe as finalidades constitucionais.³³

³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 189.

³³BONFADINI. Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras**: critérios e controles. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 180.

Evidente a mudança do paradigma que subverte o dogma do Princípio da Legalidade como vetor primordial da atuação da administração pública, conforme entendimento de Carlos Ari Sunfeld ao afirmar que a missão da doutrina moderna passa a ser não tolher a criação administrativa para defender o espaço do legislador, mas sim assegurar que o direito – aqui se referindo ao Direito como ciência -, em suas múltiplas formas, passe a ter influência sobre o espaço de deliberação administrativa sem, no entanto, monopolizá-lo.³⁴

Neste sentido é que passamos a ter, então, não apenas uma Constituição que prevê o Devido Processo Legal, mas leis que passaram a procedimentalizar – em alguma medida - o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, voltadas principalmente para a proteção dos cidadãos.³⁵

Compondo com o advento da redemocratização vieram os instrumentos de participação administrativa – ou participação nas decisões da administração³⁶ -, como a consulta pública e a audiência pública, representando a harmonização do interesse popular na tomada de decisões administrativas, principalmente em relação à elaboração de políticas públicas, coadunando com a disseminação da noção de democracia deliberativa³⁷.

A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.³⁸

Evidente que quanto mais participação popular nas decisões das agências reguladoras, ainda que os argumentos dos interessados sejam rejeitados de forma fundamentada, maior será o grau técnico da decisão tomada. No mesmo sentido também será o grau de aceitação de uma norma quando sua redação final contar com a participação dos interessados. Há maior satisfação quando suas considerações são tratadas na decisão da agência que firmou a regulamentação. Diferentes visões técnicas que venham a ser discutidas nas consultas e audiências públicas e a oitiva das manifestações dos interessados certamente darão melhor subsídio à normatização a ser exercida pelas agências reguladoras.³⁹

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 235.

³⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 191.

³⁶ Que não representam diretamente a participação da população na elaboração do ato administrativo, mas tão somente na participação no processo de elaboração do ato, que pode ou não ser levada em consideração.

³⁷ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 228.

³⁸ *Ibidem*, p. 230.

³⁹ BONFADINI, Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 273.

Já em análise do Processo de Consulta Pública, foco do presente estudo, Marques Neto atribui caráter evolutivo do Direito Administrativo no desenvolvimento da processualidade administrativa:

Saí, então, do centro do direito administrativo o “ato administrativo”, dando lugar ao “processo administrativo”, na qualidade de um iter procedimental participativo que tem por fim produzir uma decisão administrativa que respeite os direitos fundamentais do administrado; surge, pois, a doutrina da “processualização da atividade administrativa”, segundo a qual o procedimento passa a ostentar posição de centralidade no desenvolvimento da atividade administrativa e, portanto, no trato da Administração com os administrados.⁴⁰

Resta demonstrado que o caminho trilhado pelo legislador constitucional e mais tarde reconhecido pela moderna doutrina administrativista é pela ampla processualização dos atos administrativos e, conseqüentemente, a nosso ver, pela incidência de conceitos jurídicos aplicados ao Processo, pelo que passamos a observar o processo administrativo em sua Teoria para o desenvolvimento deste trabalho.

1.4.1 Legitimidade na Teoria Geral do Processo

Ainda compõe outro aspecto do reconhecimento da processualidade administrativa a aproximação entre processo administrativo e processo judicial.

Aponta romeu Felipe Bacellar Filho⁴¹ que todo processo é procedimento, mas que a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento converte-se em processo, tendo em vista que nem sempre o exercício da competência envolve a atuação e interessados sobre a incidência do contraditório e ampla defesa.

Segue afirmando que a relação entre processo e procedimento é a de gênero e espécie, derivando deste entendimento a identificação de um regime jurídico processual que, sem perder de vista as exigências do regimento procedimento, apresente características próprias.⁴²

Aponta, em seguida, que o estudo do “processo” já concluiu que o termo não é utilizado restritamente ao exercício da função jurisdicional, sendo em verdade o desenvolvimento das funções administrativa, jurisdicional ou legislativa. “Os processos são

⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)** Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 140

⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo/** Romeu Felipe Bacellar Filho, Ricardo Marcondes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 371.

⁴² *Ibidem.* 372.

jurisdicionais ou não, conforme se trate do exercício do conjunto de atividades denominadas jurisdição ou de outra manifestação do poder estatal.”⁴³

Haveria, portanto, um receio de que o termo “processo” somente identificaria a processualidade jurisdicional, de modo que confundiria com o processo administrativo. E neste mesmo sentido destaca-se que o processualista tem o hábito de considerar o processo jurisdicional o único processo possível, se referindo a outras formas de manifestação procedimental como “mero procedimento”, como se o processo não fosse, antes de tudo, um procedimento.⁴⁴

A conclusão é de que o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, resultando na formação de um núcleo constitucional comum de processualidade. Odete Medauar aduna com tal posição e afirma: “Portanto, a ideia de um núcleo comum de processualidade não é incompatível com a existência de particularidades em cada tipo de processo, decorrente, sobretudo, da modalidade de função a que se vincula.”⁴⁵

Neste momento da pesquisa se faz importante dar um passo atrás no estudo da Teoria Geral do Processo Administrativo e trazer o que Fredie Didier Jr. distingue entre “conceitos jurídicos fundamentais” (ou conceitos lógico-jurídicos) e conceitos jurídico-positivos existentes dentro da Teoria Geral do Processo.

Os conceitos jurídico-positivos são construídos a partir da observação de determinada realidade normativa, aplicando-se especialmente a esta realidade. É noção que somente pode ser concebida a posteriori, após a observação do fenômeno quando aplicado a determinado Direito Positivo.⁴⁶

Por sua vez, os conceitos jurídicos fundamentais são aqueles construídos pela Filosofia do Direito com a pretensão de auxiliar o entendimento do fenômeno jurídico onde quer que ele ocorra, possuindo validade universal, servindo aos operadores do direito para aplicação em qualquer ordenamento jurídico determinado.

É conceito a priori, alheio a qualquer realidade jurídica determinada, embora seja produto da experiência jurídica, o que não é paradoxal: não se consegue conceber produção do intelecto humano que não tenha por base alguma experiência. A partir da observação do fenômeno jurídico, criam-se esses conceitos, que funcionam como instrumentos indispensáveis à investigação empírica.⁴⁷

⁴³BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**/ Romeu Felipe Bacellar Filho, Ricardo Marcondes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 372.

⁴⁴ *Ibidem*. 373.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. **Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. P. 46.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 51

⁴⁷ *Ibidem*, p. 55

Os conceitos jurídicos fundamentais são, ainda, produtos da cultura e da realidade onde e quando o fenômeno está sendo observado e podem variar de acordo com as circunstâncias da aplicação, a exemplo de variação da ideologia predominante.⁴⁸

Para Fredie seria a Legitimidade um conceito jurídico fundamental que, seguindo os parâmetros acima estabelecidos, tem sua aplicação pelo operador do direito variável de acordo com a situação fática onde ocorre o fenômeno jurídico.

A doutrina processualista, ao tratar da legitimidade, aponta o instituto como “pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o pólo passivo dessa demanda”⁴⁹. Afirma, ainda, que “serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante”⁵⁰.

É nítido observar que o conceito do instituto não encontra vedação em sua aplicação no Processo Administrativo, objeto do presente trabalho.

Ainda nesta toada, o professor Fredie Didier Jr, em seu Curso de Processo Civil, ao tratar da legitimidade, reconhece a todos o direito de ingressar em juízo, mas certos limites existirão para o exercício do direito constitucional à jurisdição – o que também pode ser entendido em relação ao Processo Administrativo.

A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida.⁵¹

A intenção deste estudo é justamente analisar, a partir dessa ótica de conceito jurídico fundamental, a possibilidade de variação do instituto da legitimidade processual no campo específico do Direito Administrativo e, dentro desta área, quando ocorrer no âmbito da Consulta Pública, de modo a identificar quais partes possuem o direito – a legitimidade – para atuar no campo democrático da Consulta Pública.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 58.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

1.4.2 Audiência pública x Consulta pública

Para fins de conceituação, identificação e limitação do objeto deste trabalho, se faz necessário distinguir audiência pública de consulta pública como instrumentos de participação popular, mas como características e finalidades distintas.

Conforme bem demonstra a etimologia da palavra, a audiência pública representa a oitiva da participação popular, momento em que o Poder Público se coloca à disposição da sociedade para que esta se manifeste acerca de determinado tema – uma licitação, por exemplo, de acordo com o art. 39 da Lei de Licitações – em determinado ambiente que permita aos interessados indagações e a busca por esclarecimentos, que deverão ser prestados, sob a ótica de Marçal Justen Filho⁵², de modo motivado. Até mesmo os aspectos discricionários poderiam ser objetos de pedido de esclarecimentos.

A audiência é realizada em local e horário determinado, em manifestações orais e informais, oportunidade em que as indagações serão respondidas, mas sem a necessidade de que os esclarecimentos prestados tenham sido satisfatórios aos interessados presentes ou mesmo possibilidade de os presentes “votarem” a favor ou contra o projeto, uma vez que a audiência representa o exercício do Princípio da Transparência da Administração Pública.

Outro ponto de necessário destaque é que a audiência não se destina a garantir direitos subjetivos de pessoas determinadas, mas a proteger o interesse público, e a sua não realização acarreta invariavelmente, no caso da previsão do art. 39 da Lei 8.666/93, em nulidade do procedimento licitatório⁵³.

A consulta pública é procedimento direcionado a análise de ato normativo – projeto de lei, decreto, regulamento -, mas, além de também cumprir a finalidade de dar transparência à atividade administrativa, é etapa de procedimento administrativo prévio à edição do ato administrativo normativo.

Binenbojm⁵⁴ destaca que a consulta pública consiste no questionamento à opinião pública sobre assuntos de interesse coletivo a ocorrer, em regra, previamente à elaboração de normas jurídicas, onde é possível que os interessados emitam suas opiniões a respeito do conteúdo das regras que as agências pretendem editar. As respostas à consulta pública devem

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 493.

⁵³ Marçal Justen Filho aponta que “a ausência da audiência, a insuficiência de informações, a distorção ou a ocultação dos fatos relevantes, autoriza qualquer interessado a buscar tutela perante o Poder Judiciário. Verificada a procedência da impugnação à conduta administrativa, caberá não apenas invalidar os atos pertinentes, mas promover a responsabilização pessoal dos agentes administrativos envolvidos.” (Curso de Direito Administrativo. 10ª ed, p. 494).

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 312.

ser examinadas pela agência com a devida consideração e a rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e publicizada. Não pode haver, ainda, mudança na matéria exposta ao questionamento que não tenha sido apresentada ao público, admitindo-se apenas alterações que decorrem logicamente das contribuições apresentadas, sob pena de ser necessário reiniciar o procedimento em caso de apresentação de nova disposição pela Administração sem a disponibilização à consulta pública.

Neste caso, no entanto, não há uma temática genérica a ser debatida e a ausência da tutela do direito subjetivo: há uma apresentação prévia do ato normativo⁵⁵, em regra se trata de uma análise técnica objeto da regulamentação proposta e se trata de uma oportunidade de os interessados defenderem expressamente seus direitos subjetivos, inclusive com o dever de a Administração motivar a resposta. Ainda que a manifestação dos administrativos não vincule a decisão do poder público, este terá o dever de se manifestar acerca dos termos das contribuições dos administrativos.

A consulta pública tem como pressuposto uma manifestação formalizada dos interessados, em meio escrito – preferencialmente eletrônico – dentro de um prazo fixado previamente para que a manifestação aconteça, diferente da oralidade informal da audiência pública.

Quanto à obrigatoriedade da realização da consulta pública, no caso específico da consulta pública prevista na LINDB o texto da norma prescreve que os órgãos da administração “poderão” realizar a consulta, apesar da manifestação em contrário por parte da doutrina administrativa moderna.

Independentemente de sua obrigatoriedade, é evidente, a nosso ver, que a consulta pública integra a processualidade administrativa, constituindo etapa dentro do processo administrativo realizado para a produção do ato administrativo normativo. E como etapa da processualidade administrativa está sujeita aos conceitos jurídicos fundamentais próprios da Teoria Geral do Processo, conforme anteriormente exposto.

⁵⁵ Em que pese a previsão do § 1º do art. 29 da LINDB fale apenas em minuta do ato normativo, a doutrina aponta a necessidade de uma interpretação ampla, “de modo que sejam fornecidos tantos quantos forem os documentos necessários para que a participação seja efetiva a exemplo de estudos técnicos, pareceres, entre outros.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 155.)

Na visão de Fredie Didier Jr, ao tratar da Teoria Geral do Processo, deve-se partir do pressuposto de que uma das abordagens jurídicas do processo⁵⁶ é a compreensão do mesmo como “método de criação de normas jurídicas”:

O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido processualmente. Assim, fala-se em processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), processo administrativo (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e processo jurisdicional (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o processo negocial, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada. Rigorosamente, o processo é de construção de atos normativos – leis, atos administrativos, decisões judiciais e negócios jurídicos; a partir da interpretação desses atos normativos, surgirão as normas jurídicas.

Sob esse enfoque, o conceito de processo pertence antes à Teoria Geral do Direito, em nível ainda mais abstrato do que a Teoria Geral do Processo, que, de resto, como visto, é um excerto daquela.⁵⁷

A consulta pública prevista no art. 29 da LINDB seria, portanto, procedimento que, quando realizado, deve obedecer às regras para que se observe o Devido Processo Legal (Administrativo).

1.4.3 Lei Geral das Agências Reguladoras e Governança Regulatória

Além das modificações realizadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, promovidas pela Lei 13.655/2018, outro diploma normativo recente importante para o presente estudo foi a Lei 13.848/2019, que se identifica hoje como a Lei Geral das Agências Reguladoras ou também “Lei-Quadro das Agências Reguladoras”.

Apesar de identificada como uma lei que traria regulamentação geral acerca da atuação das agências reguladoras, a intenção do legislador foi bem mais pragmática e trouxe “regulamentação” enxuta em 53 artigos e 6 capítulos: (i) Do processo decisório das agências reguladoras; (ii) Da prestação de contas e do controle social; (iii) Da interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência; (iv) Da articulação entre agências reguladoras; (v) Da articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente; (vi) Da interação operacional entre as agências reguladoras federais e as agências reguladoras ou órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais.

Observa-se, portanto, que ficaram de fora diversos aspectos possíveis de definição por lei acerca do funcionamento de uma agência reguladora – autarquia especial voltada para regulamentação de determinado ramo da economia –, fazendo com que instrumentos já

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 22/24.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 81/82.

utilizados e outros apresentados inicialmente fossem apenas relacionados pela lei, sem que tenha ocorrido uma definição mais evidente destes instrumentos ou mesmo a codificação que se espera da atuação de uma agência reguladora.

O Processo Decisório das Agências Reguladoras é tratado logo de cara no primeiro capítulo da lei, o que demonstra certa importância ao tema, mas ainda com diversas pontas soltas, mantendo ausente no direito brasileiro uma regulamentação efetiva do processo decisório, com a delegação de parte do tema a ser realizado por decreto, especificamente no que diz respeito à Análise de Impacto Regulatório (AIR). Há uma pretensão de se criar uma governança na realização da produção normativa das agências reguladoras, mas talvez uma timidez na oportunidade que o legislador teve de estabelecer as regras necessárias, optando-se por remeter a decreto presidencial a fixação dos detalhes.

Em um aprofundamento maior da AIR, deve-se destacar a recomendação de sua utilização pela própria OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – organização internacional voltará para a construção de melhores políticas públicas que promovam prosperidade, igualdade de oportunidades e bem-estar para todos.

A OCDE emitiu em 2012 a “Recomendação do Conselho sobre Política Regulatório e Governança”, onde apontou a AIR como:

tanto uma ferramenta como um processo de decisão com o objetivo de informar os tomadores de decisão sobre se e como devem regular para atingir as metas das políticas públicas. Melhorar a base empírica da regulação através de uma avaliação *ex ante* (prospectiva) do impacto da nova regulação é uma das mais importantes ferramentas regulatórias disponíveis para os governos.⁵⁸

Apesar de ser apresentado como instrumento de natureza anterior à conclusão do processo normativo, há quem defenda que nada impede que a AIR seja utilizada *ex post*, com a finalidade de validar o ato normativo já produzido, apontando se deve continuar em vigor ou ser revogado, integral ou parcialmente.⁵⁹

O que se deve compreender, no entanto, é a importância da divulgação de estudos técnicos, o que pode ser feito através da Análise de Impacto Regulatório ou outro instrumento que tenha a mesma finalidade. Ocorre que a escolha de um instrumento padronizado, com definição e governança necessários para uma boa regulação, passou a ser do interesse dos órgãos reguladores e, principalmente, de agentes econômicos dos setores regulados.

⁵⁸ OCDE. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Paris, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em 17 de nov. de 2022. P. 25.

⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Pg. 182.

Assim foi que a regulamentação da AIR veio através do Decreto nº 10.411/2020.

Dentre pontos positivos da regulamentação realizada através do decreto, deve-se destacar o detalhamento acerca do conteúdo do relatório da AIR⁶⁰, previsto no art. 6º com 12 incisos e um parágrafo único que torna claro que se trata de um rol exemplificativo, cabendo, no caso concreto, complementar o AIR com elementos adicionais de acordo com seu grau de complexidade, abrangência e repercussão da matéria em análise.

O art. 7º, por sua vez, trouxe importante previsão de metodologia⁶¹ para elaboração do AIR, que deve ser adotada para aferição da razoabilidade do impacto regulatório, quais sejam: (i) análise multicritério; (ii) análise de custo-benefício; (iii) análise de custo-efetividade; (iv) análise de custo; (v) análise de risco; ou (vi) análise de risco-risco. Com igual ressalva de que pode ser escolhida outra metodologia, desde que justificada com a melhor a ser adequada àquele caso concreto.

O autor levanta questionamentos, por outro lado, acerca da vagueza do decreto ao falar de alguns institutos, sem direcionar claramente o caminho a ser adotado pelas agências para a formulação de normas que gerem impacto econômico, o que não supre a omissão já identificada na Lei 13.848/2020.⁶²

A perspectiva de uma governança regulatória, portanto, não foi cumprida com a satisfação que se esperava.

Novamente retornamos à crítica da ausência de previsão legal sobre procedimentos normativos da Administração Pública, sendo este um momento recente em que o Poder Legislativo – ao editar a lei – e o Poder Executivo – ao editar o decreto - tiveram a oportunidade de codificar especificamente o Poder Normativo das agências reguladoras e não o fizeram.

O que se conclui é que a ciência do Direito tem estudando formas de dar um tratamento gerencial às atividades da Administração Pública e, no que tange a atuação das agências reguladoras, enaltecer 2 aspectos: (i) a legitimação da atuação das agências e (ii) a eficiência que se espera ser mantida apesar da regulação daquele setor.

⁶⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A regulamentação da Análise de Impacto Regulatório na Administração Federal: entre o procedimento, as exceções e o nada. **Jota**, edição de 1 de jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/a-regulamentacao-da-analise-de-impacto-regulatorio-na-administracao-federal-01072020>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² BONFADINI. Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 311.

Por vezes, no entanto, o embate entre esses dois aspectos estará em evidência e um será priorizado em detrimento do outro, havendo casos em que o critério da eficiência não deverá ser acolhido, devendo as agências considerarem outros fundamentos jurídicos para a formulação de normas. Daí a importância, ao lado da interação entre a Economia e o Direito, das justificações fáticas pelas agências para motivarem suas normas.⁶³

A AIR passa a ser instrumento essencial para permitir que se identifique o caminho que a regulação está tomando, de modo que seja possível analisar se e quem será prejudicado por aquela regulação e a medida do prejuízo que justifique a adoção ou não daquela regulação.

Sobre quem vê a AIR como um instrumento antidemocrático, Gustavo Binembojm é enfático ao responder com argumentos concretos:

Em primeiro lugar, a incomensurabilidade de alguns bens preciosos, como vida e saúde humana, não impede que esses bens sejam *precificados* para fins de planejamento econômico de políticas públicas estatais (alocação de despesas nos orçamentos de saúde pública), nem que o sejam pelo mercado privado (v.g., o preço dos prêmios de seguros de vida e de seguros de saúde). O fato de a vida e a saúde humana serem bens sagrados não nos permite ignorar que (i) a sua preservação importa custos, (ii) que os recursos são escassos, (iii) que há ainda outras despesas muito importantes e que, por conseguinte, (iv) algumas escolhas trágicas serão necessariamente feitas. Não se trata de reduzir o valor de bens sagrados, mas de reconhecer que os recursos disponíveis para preservá-los não são infinito, nem excluem outros interesses humanos.⁶⁴

O autor aponta, ainda, que na maioria das oportunidades a ausência de um estudo de impactos permite, com maior facilidade, que reguladores adotem medidas baseadas em crenças e preconceitos populares sem levar em consideração a melhor abordagem técnica do assunto. Nestas situações, grupos de interesses podem vir a ser beneficiados sem que haja oportunidade para esclarecimento da sociedade sobre quem ganha e quem paga a conta, ao fim e ao cabo.⁶⁵

Aqui é possível identificar diversas medidas técnicas que têm sido adotadas em detrimento da contrariedade de parte da população no combate ao COVID-19 e que se estivessem sob a competência exclusiva de órgãos políticos provavelmente não seriam adotadas, conforme se observou das diversas críticas do Poder Executivo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária com a aprovação dos imunizantes.

⁶³ FIGUEIREDO CHAVES, Vinicius; FLORES, Nilton Cesar da Silva. Possibilidades e limites no aproveitamento dos critérios econômicos na apreciação e justificação de escolhas normativas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 131-148, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2500/1591>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Pg. 186.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 187.

Paulo André Espírito Santo Bonfadini⁶⁶, no mesmo sentido, ressalta a importância da AIR para o processo democrático de tomada de decisões por parte das agências reguladoras, de forma que permite maior participação da sociedade e legitimam a norma da agência, destacando as situações em que a norma da agência tiver natureza autônoma, quando passa a inovar no mundo jurídico com a imposição de deveres e obrigações.

Conclui o referido autor, no sentido que se apresenta este trabalho, que a democratização na formulação de normas pela agência exige mais que a mera oitiva dos interessados – aqui se afastando a audiência pública -, exige-se a consideração dos argumentos lançados – que se dá em sede de consulta pública - e a fundamentação da decisão da agência quando da publicação da norma.

A AIR, portanto, vai ao encontro de uma Administração Pública pragmática – destacada também pela Lei da Segurança para a Inovação Pública, Lei 13.655/2018 que alterou a LINDB – e, como procedimento pragmático-consequencialista por excelência, não permite que a atividade regulatória se esconda por meio da invocação de valores jurídicos abstratos, devendo dar importância ao resultado prático de suas decisões.

1.4.4 A Legitimidade na Consulta Pública e a delimitação dos espaços públicos

Importante apreciar por este estudo que a definição de Legitimidade para atuação no processo administrativo de consulta pública se mostra hoje incerta, representando mais um ponto de esquecimento pelas normas gerais e ainda não enfrentada pela doutrina, a qual, de início, deverá abordar a definição de normas gerais da processualização da consulta pública antes de adentrar ao estudo especializado da consulta a ser realizada em cada setor.

A definição de normas de processo de consulta pública caberá, neste sentido, às leis setoriais que regulamentam aquela atividade econômica regulada e que estabelecerão os atos, a forma, os prazos, as partes e demais institutos de direito processual em sua respectiva área de atuação.

Se a interpretação da lógica legislativa em apenas regulamentar normas gerais sobre a realização da consulta pública indica que esta foi a intenção do legislador, a consequência será pela criação das regras específicas pelo espaço público local geográfica e economicamente,

⁶⁶BONFADINI. Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 319.

que terá condição de proporcionar a melhor participação popular de acordo com a atividade econômica regulada e o ambiente geográfico onde se pretenda obter a resposta popular.

Podemos apresentar como exemplos de normas setoriais a previsão legal da realização de Consultas Públicas e a forma de realização inseridas no diploma normativo de criação de determinadas Agências Reguladoras, bem como normativos internos ou mesmo constantes do Regimento Interno da autarquia especial.

Estas serão, inexoravelmente, definições de procedimento de realização de consulta pública mais adequadas às características do setor econômico regulado e dos indivíduos afetados pela exploração econômica.

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – ANP -, por exemplo, traz em seu Regimento Interno detalhamento da forma de “participação social”, elencando os seguintes instrumentos: (i) audiência pública; (ii) consulta pública; (iii) e consulta prévia; com a indicação de divulgação dos relatórios de contribuições recebidas na consulta pública:

Art. 41. O relatório de contribuições recebidas na consulta pública deverá ser publicado no sítio da ANP na internet (www.gov.br/anp), em até dez dias após o término do prazo de consulta pública.

Parágrafo único. O relatório de contribuições recebidas na consulta pública deverá conter: I - a referência ao item da minuta de ato normativo (artigo, parágrafo, inciso ou alínea), quando couber; II - as contribuições recebidas; III - as justificativas apresentadas pelos proponentes; e IV - a identificação dos proponentes.⁶⁷

Carlos Ari Sundfeld⁶⁸, por sua vez, ao tratar especificamente do processo normativo, ponto importante deste trabalho, levanta questionamento sobre a atuação regulatória da Administração na realização das Consultas Públicas.

Apresenta o autor que ainda resta em aberto a resolução de procedimentos dentro do processo de Consulta Pública que somente poderá ser solucionado através de normas setoriais a serem criadas pelos entes da Administração Pública direta ou indireta responsável pela realização deste processo de participação popular, a exemplo do dever de motivação das decisões.

Questiona se existiria realmente um dever ao contraditório nos expedientes administrativos de criação dos atos normativos que garanta aos “interessados” que possam ser

⁶⁷ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível. **Portaria nº 265/2020**. Regimento Interno da ANP. Brasília: ANP, 2022.

⁶⁸SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 315.

atingidos pela norma que venha a ser criada o direito de “externarem e defenderem seus pontos de vista”.

É de se reconhecer, portanto, a ausência de definição quanto à intensidade desse direito ao contraditório no âmbito do processo de consulta pública: se este seria absoluto e amplo para todos que se sentissem no direito de intervir no processo de Consulta Pública e, ainda mais, se a Administração teria a obrigação de analisar a proposta de todos que participassem do processo democrático.

Deve-se destacar que a chamada Lei da Segurança para a Inovação Pública – Lei nº 13.655/2018 – que alterou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro resolveu alguns dos pontos acima elencados e aparentemente passou a determinar que o Poder Público deve apreciar as manifestações quando se observa tanto o texto do artigo 29 quando fala que a manifestação dos interessados “será considerada na decisão”, quanto a norma do artigo 30 que determina a atuação das autoridades para aumentar a segurança jurídica com a “resposta a consultas”:

Mas claro que esse mecanismo só será efetivo se os administrados tiverem condições efetivas de influenciar na formação da decisão da Administração Pública. Daí por que a consulta pública deve ser modelada, de sorte a reduzir eventuais assimetrias de informações existentes entre o Poder Público e os administrados. Assim é que, ainda que a manifestação dos administrados não vincule a decisão do poder público, este terá o dever de se manifestar acerca dos termos das contribuições dos administrados (sob pena de se gerar o conhecido efeito da fadiga das consultas públicas). Razão pela qual a parte final do dispositivo obriga a que as contribuições sejam “consideradas na decisão”, o que amplia o espectro do controle dos atos normativos da Administração Pública para além dos seus aspectos formais.⁶⁹

Não obstante a LINDB determinar que as manifestações em tais espaços democráticos devem ser respondidas, ainda resta em aberto quem pode se manifestar nas Consultas Públicas. Entende Carlos Ari⁷⁰ que as respostas dependerão da adaptação de normas gerais de processo administrativo que disciplinam atos de efeitos concretos ou mesmo de princípios gerais de Direito e que estas acabarão sendo feitas dentro do setor onde será aplicado.

Já é possível observar à luz do quanto exposto a edição de diplomas normativos que vieram a regulamentar setor onde haveria mais urgência na atuação do legislador na criação de regras para as consultas públicas, qual seja o âmbito das Agências Reguladoras, nos termos

⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)** Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. N.p.

⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. P. 315.

da Lei 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão organização, processo decisório e controle social de onze Agências Reguladoras citadas no artigo 2º.

Em seu artigo 9º, ao definir o que deve ser objeto da Consulta Pública, a Lei aponta “as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados”.

Por este dispositivo estariam legitimados, indistintamente, todos os agentes econômicos e consumidores/usuários, dos serviços prestados pela Agência Reguladora, com a consequência de que a manifestação destes deve obrigatoriamente ser respondida pelo Poder Público.

Entendemos, no entanto, que o § 6º deste mesmo artigo traz a possibilidade de tratamento mais específico quando determina que “a agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.” Evidente que há abertura do legislador para definição mais concreta dos participantes do espaço público.

Neste sentido que deve-se destacar representação ainda mais específica da atuação das Agências Reguladoras, qual seja o Decreto Federal nº 10.411/2020, que regulamenta a Análise de Impacto Regulatório na tomada de decisões das Agências Reguladoras e possibilita que a AIR seja objeto de “participação social”, conforme se verá a seguir.

1.4.5 Possibilidade de delimitação da Legitimidade no Procedimento de Consulta Pública

Neste momento vemos importante distinção realizada a bem da defesa dos direitos contra majoritários que entendemos ser plenamente válida desde que restrita à finalidade que se impõe, quando o artigo 11⁷¹ do Decreto Federal nº 10.411/2020 não só delimita a disponibilização direta do texto da proposta de ato normativo aos interessados, afastando a exigência de publicação; como também desobriga o órgão ou entidade de adotar posicionamentos predominantes.

Entendemos que o texto do referido artigo pode ser benéfico para a participação popular por coibir a captura do espaço público por interesses contra majoritários no instante em que, ao permitir o direcionamento da Consulta Pública, pode se entender possível a delimitação dos participantes do espaço público.

⁷¹ “Art. 11. A disponibilização do texto preliminar da proposta de ato normativo objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados não obriga a sua publicação ou condiciona o órgão ou a entidade a adotar os posicionamentos predominantes.”

Não se está falando aqui em redução da transparência ou diminuição do controle do processo administrativo, pois este deverá estar de acordo com os preceitos do Devido Processo Legal Administrativo, mas apenas expondo que o próprio legislador entende ser possível a redução/direcionamento da legitimidade no Processo Administrativo de Consulta Pública.

Por outro lado, quando o dispositivo permite a definição de um processo administrativo decisório sem a obrigação de adotar posicionamentos predominantes, o que se vê é a garantia do direito das minorias no que se entende hoje pelo Princípio Contramajoritário.

Ratifique-se que a produção decisória também deve ser técnica e passível de controle, mas o incentivo à participação popular não pode ser justificativa para sobreposição de direitos fundamentais, sob pena de permitir a captura por interesses antidemocráticos.

Neste sentido Odete Medauar aponta a possibilidade de captura dos espaços públicos por interesses corporativistas:

No rol de problemas, a doutrina aventa a disfunção situada na ‘apropriação pseudocorporativa das decisões administrativas por forças sociais, organizadas ou não, que logram assenhorar-se ou predominar na participação’. A disciplina básica das formas participativas e a conduta mediadora da autoridade administrativa contribuem para atenuar o risco, que existe nesta prática e em muitas outras típicas do pluralismo vigente na sociedade e no Estado, que não informam a concepção, mas convidam à busca de aprimoramento.⁷²

Também é possível observar concordância no sentido de não admitir a subserviência à predominância de posicionamentos na Consulta Pública quando Floriano de Azevedo Marques Neto fala em unilateralidade reflexiva:

Não que se diga, repita-se, que o ato administrativo estará convolado em negócio jurídico bilateral ou que a Administração possa renunciar ao manejo ponderado do poder extroverso. Porém, no ambiente da processualidade, as posições conflitantes têm de ser consideradas no momento da produção do ato. Emerge o que poderíamos chamar de unilateralidade reflexiva, em que o exercício da autoridade não se desvanece, mas se sofisticada, perdendo o seu viés autoritário.⁷³

Carlos Vinícius Alves Ribeiro⁷⁴ não se afasta deste ponto ao afirmar que, ao atuar sob a forma de um “controle popular” dos atos administrativos, ainda que realizados

⁷² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 233/234.

⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Superação do Ato Administrativo Autista**. In: Os caminhos do ato administrativo. Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

⁷⁴ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor (orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 379-389.

preventivamente, haverá uma imposição à Administração de, no mínimo, argumentar para o afastamento legítimo das opiniões dos cidadãos. Este seria, portanto, um ônus que cabe à Administração tornar transparente ao atuar perante esta forma de controle dos atos administrativos.

Assim é que o Poder Público não fica adstrito a decidir na forma e direcionamento do debate realizado no âmbito da Consulta Pública, tendo em vista que ainda cabe às autoridades responsáveis pelo processo administrativo decisório a construção da motivação da manifestação de vontade da Administração Pública.

Enfim, caberá à autoridade, atuando na forma regulamentada no âmbito do ente público responsável pela elaboração do ato, identificar os interessados e restringir – quando necessária – a participação popular em tarefa árdua, mas que deverá ser tratada à luz do Devido Processo Legal Administrativo ao tempo em que exalta o exercício de Democracia Participativa no processo de tomada de decisão da Administração Pública.

2 DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA ATUAÇÃO DA AGERBA

2.1 AGERBA – apresentação

Importante, nesse momento, tratar do conceito de Agência Reguladora e de sua atividade frente às relações sócio-econômicas, de modo a estabelecer a devida conexão com o presente trabalho e a necessidade de maior participação social nas decisões advindas de um ente da Administração Pública direta com certa desvinculação das decisões políticas e do poder democraticamente constituído.

A AGERBA - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia -, autarquia de regime especial vinculada à Secretaria estadual de Infraestrutura, foi criada em 1998 pela lei estadual nº 7.314 do Estado da Bahia, que atribuiu à autarquia, em seu artigo 1º⁷⁵, a atuação, mediante disposição legal ou pactuada especificamente nas áreas de combustível, rodovias, hidrovias, terminais aeroportuários, hidroviários e rodoviários, transportes intermunicipais de passageiros e comunicações.

Nota-se a intenção do ente público estadual de, na esteira da recepção da regulação estatal da década de 90, fazer o mesmo em área de transporte, energia e comunicação estadual, o que talvez demonstre ter sido: (i) uma vontade administrativa superior à capacidade de atuação da autarquia; (ii) a finalidade de simplesmente retirar da estrutura política do Estado da Bahia e não ter que lidar diretamente com os problemas advindos desse campo regulado; (iii) ou mesmo esse conjunto de fatores.

Assim é que a AGERBA atualmente regula a atuação das concessionárias que atuam na execução dos serviços públicos específicos referidos exercendo a devida competência regulatória previsto para as agências reguladoras independentes, com previsão expressa no artigo 3º da lei para exercer, nos limites da competência do Estado da Bahia, o poder de regulação, controle e fiscalização dos serviços públicos delegados, gozando das franquias, privilégios e isenções asseguradas aos órgãos da administração direta.

⁷⁵ “Art. 1º - Fica criada a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, patrimônio próprio, vinculada à Secretaria de Energia, Transportes e Comunicações, tendo por finalidade regular, controlar e fiscalizar a qualidade dos serviços públicos concedidos, permissionados e autorizados, nos segmentos de energia, transportes e comunicações, competindo-lhe: I - atuar, mediante disposição legal ou pactuada, em especial nas áreas de energia elétrica, gás natural, petróleo e seus derivados, álcool combustível, rodovias, hidrovias, terminais aeroportuários, hidroviários e rodoviários, transportes intermunicipais de passageiros e comunicações; [...]”

Ainda para a importância deste trabalho, cumpre abordar que em seu regulamento – Decreto estadual nº 7.426/1998 – a participação popular ocorrerá, na forma do artigo 37⁷⁶, quando o seu processo decisório “violar os direitos dos agentes econômicos” dos setores regulados decorrentes de ato administrativo da agência, sendo precedido de audiência pública com objetivos de: (i) recolher subsídios e informações para o processo decisório; (ii) propiciar aos regulados a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões; (iii) identificar de forma ampla os aspectos relevantes ao objeto da consulta pública; (iv) dar publicidade à regulação.

Concluí o Regulamento da AGERBA, apenas apontando em seu artigo 41, que os procedimentos de participação popular serão definidos pela diretoria, assegurando contraditório e a ampla defesa, cabendo destacar a parte final do artigo quando deixa claro que o devido processo legal administrativo – contraditório e ampla defesa – serão exercidos “com os meios e recursos a ela inerentes”.

Não há, no entanto, qualquer regulamento publicado que estabeleça as normas de realização de consulta pública, em que pese exista uma massiva produção normativa através de resoluções criadas pela Diretoria da AGERBA em regime de colegiado.

Tais resoluções são produzidas com fundamento no caput do art. 7º do Decreto que regulamenta a autarquia em texto que atribui à Diretoria da AGERBA, composta pelo Diretor Executivo e por dois Diretores Gerais, competência para “analisar, discutir e decidir matérias de competência da autarquia”, bem como outras atribuições dispostas em 12 incisos⁷⁷.

⁷⁶ “Art. 37 - O processo decisório que violar os direitos dos agentes econômicos dos setores de energia, transportes e comunicações ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência, será precedido de audiência pública com os objetivos de: I. recolher subsídios e informações para o processo decisório da AGERBA; 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 AGERBA.”

⁷⁷ “Art. 7º - À Diretoria da AGERBA, em regime de colegiado, constituída pelo Diretor Executivo e os 02(dois) Diretores Gerais, compete analisar, discutir decidir, em instância superior, as matérias de competência da Autarquia, bem como: I. dar cumprimento ao Contrato de Gestão firmado com a Secretaria de Energia, Transporte e Comunicações; II. aprovar as políticas e diretrizes básicas da AGERBA, programação anual de suas atividades, bem como planos, programas e projetos fixando suas prioridades; III. proferir a decisão final no âmbito da AGERBA, servindo como instância administrativa nas questões referentes a serviços públicos regulados de competência originária do Estado ou, quando tal competência for outorgada à AGERBA, pelo poder concedente; IV. examinar e aprovar as políticas administrativas internas de recursos humanos e seu desenvolvimento; V. examinar as propostas orçamentárias anual e plurianual, os orçamentos sintéticos e analíticos, suas alterações, assim como as solicitações de créditos adicionais; VI. autorizar a aquisição, a alienação e o gravame de bens imóveis da Autarquia, obedecidas as exigências da legislação pertinente; VII. autorizar a celebração de contratos, convênios e acordos que envolvam, direta ou indiretamente o comprometimento dos bens patrimoniais da AGERBA; VIII. aprovar previamente e autorizar operações de crédito e de financiamento; IX. aprovar previamente o quadro de pessoal da Autarquia, o plano de carreira dos seus servidores e suas alterações; X. autorizar o afastamento de servidores do País, para desempenho de atividades técnicas e de desenvolvimento profissional, mediante aprovação do Secretário de Energia, Transportes e Comunicações; XI. examinar e aprovar o Regimento da AGERBA e suas alterações; XII. dirimir dúvidas decorrentes de interpretações ou omissões deste Regimento.”

Parágrafo único complementa a referida norma ao apontar que as deliberações relativas às matérias dos incisos V, VI, VIII, IX e XI serão submetidas à decisão final do Governo do Estado.

2.2 A autonomia da AGERBA

Conforme anteriormente exposto, a atividade regulatória passou a ser entendida como função administrativa a partir da necessidade de estabelecimento de regras de intervenção estatal sobre o domínio econômico.

No caso do Brasil a incorporação da atividade regulatória como Função Administrativa ocorreu no cenário de liberalização de setores anteriormente monopolizados por empresas estatais, com a criação de agências reguladoras com autonomia reforçada sendo parte fundamental para efetivar o programa de privatizações.⁷⁸

Evidencia-se, neste sentido, a presunção de que a autoridade administrativa deveria atuar em posição externa à Administração Pública, atuando de forma independente no exercício da função para a qual fora criada, conforme apresenta o escólio de Gustavo Binenbojm.

As autoridades ou agências independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois a sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica *externa* à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado a autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de *recondução* direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho *piramidal* para uma configuração *policêntrica*.⁷⁹

No caso específico da AGERBA, no entanto, o que ressalta é a identificação de ausência de efetiva autonomia da agência reguladora na execução das atividades de autarquia especial para a qual foi criada, em que pese o texto do art. 1º da sua lei de criação fale expressamente em “autonomia administrativa e financeira” e a identifica realmente como uma autarquia de regime especial.

Se, por um lado, a finalidade das agências reguladoras têm relação com a privatização da prestação do serviço público, por outro lado a intenção é a estatização da supervisão sobre o exercício regular da atividade.⁸⁰

⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. In: KLEIN, Alune Lícia. MARQUES, Floriano de Azevedo (orgs). Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 521.

⁷⁹ BINENBOJM. Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 259.

⁸⁰ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 141.

Assim é que o objetivo da concessão de grau de autonomia às agências reguladoras têm ligação direta com a ampliação do clamor por decisões mais técnicas e não politizadas pelo administrador⁸¹,

Bonfadini destaca que a criação das agências teve a intenção de afastar tais órgãos, necessariamente técnicos e especializados, das influências políticas e das burocracias típicas da Administração centralizada.

“Não que as agências sejam organismos insulares alheios a toda e qualquer vontade política do governo, como se Estados paralelos fosse. A despeito de serem sujeitas a controles, as agências devem ter um mínimo de liberdade para agir e intervir nas atividades econômicas que regulam, de modo mais técnico e menos preocupadas com questões políticas-eleitorais.”⁸²

O reconhecimento da necessária autonomia das agências na legislação veio com a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais – Lei 13.848/2019 – ao prever, em seu art. 3º a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica aos Ministério setoriais aos quais as agências estão vinculadas. Trata-se de necessária autonomia político-institucional, atribuindo independência aos dirigentes e técnicos das agências para tomada de decisões, independente da vontade política dos governos de plantão⁸³.

Ao analisar a autonomia da AGERBA, Wildberger, Gileá e Spinola⁸⁴ apontam que a primeira violação à autonomia da agência perante o Poder Executivo está na ausência de disposição acerca do mandato dos diretores gerais, afirmando que estes serão nomeados, mas sem mandato fixo; bem como estarem passíveis de exoneração a qualquer tempo pelo Governador, nos termos do *caput* do art. 17, I, da Lei estadual nº 7.314/98 – que criou a AGERBA.⁸⁵

A mera referência do dispositivo à existência de um “mandato” não diminui a gravidade da situação, uma vez que a lei em momento algum fixa prazo para o exercício de

⁸¹ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 144.

⁸² BONFADINI, Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021, p. 50.

⁸³ GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. **Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, jul./set. 2020. P. 96.

⁸⁴ WILDBERGER, Mateus; GILEÁ, José; e SPINOLA, Noelio Dantaslé. **Análise da autonomia da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de energia, transportes e comunicações da Bahia – AGERBA e Agência reguladora de saneamento básico do Estado da Bahia – AGERSA**. In: Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE - Ano XXII – V. 1 - N. 45 - Abril de 2020 - Salvador, BA. P. 353.

⁸⁵ “Art. 17 - O Diretor Executivo e os Diretores Gerais somente perderão o cargo antes do término do seu mandato em virtude de renúncia, ou em quaisquer das seguintes hipóteses, isolada ou cumulativamente: I - a constatação de que sua permanência no cargo possa comprometer a independência e a integridade da AGERBA;

mandato dos Diretores, que são nomeados exclusivamente pelo Governador do Estado, com previsão do art. 14 da lei.

Um segundo aspecto de violação de autonomia se encontra na ausência de regimento interno elaborado pelos diretores no exercício do mandato com a contribuição dos servidores de carreira da autarquia em regime especial, existindo desde a sua criação - em 1998 – regimento criado pelo Chefe do Poder Executivo estadual.

Mais importante para este trabalho é a ausência de autonomia no processo decisório, o que se evidencia das normas do regimento da AGERBA que tratam da atuação de sua Diretoria em regime de colegiado, bem como da atuação da Diretoria Executiva, que conforme acima destacado no parágrafo único do art. 7º, têm grande parte de suas deliberações submetidas à decisão final do Governo do Estado, em uma completa inversão da lógica de criação de uma autoridade que teria independência para atuar no escopo da discricionariedade técnica.

Sobre a intervenção direta da administração pública centralizada nas atividades das agências reguladoras, Adriano Soares da Costa⁸⁶ aborda o tema para apontar que a questão, nestes casos, é saber se esse instrumento não fere autonomia das agências, pois o objeto da regulação deveria estar delimitado sobre um conjunto de ações estritamente técnicas, circunscritas unicamente ao escopo de atuação da agência.

Assim é que já se identificam alguns equívocos na estruturação da Agência Reguladora objeto do presente estudo, que se apresentam (i) seja quando se analisa a atuação necessariamente técnica de uma agência sem autonomia; (ii) seja em relação à legitimidade do processo decisório previsto. Este último caso terá abordagem mais crucial de modo a esclarecer de que forma se dá a participação popular no processo decisório da AGERBA.

2.3 Participação popular na AGERBA

Este trabalho já destacou a deficiência de atualização das regras que dispõem sobre a atuação da AGERBA, tanto em sua lei de criação – Lei estadual nº 7.314/1998 - quanto em seu regulamento – Decreto nº 7.426/1998 – em replicar o que se entende hoje por um exercício da função administrativa de regulação de acordo com as normas de uma processualidade administrativa adequada, prezando legitimação democrática.

⁸⁶ COSTA, Adriano Soares. Poder normativo e regulação ferroviária no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, abr. / jun. 2018. P. 198.

Neste sentido Bonfadini⁸⁷ explica que a democratização do processo de constituição das normas das agências reguladoras têm por finalidade, ao mesmo tempo, servir como critério de legitimação de tais normas, bem como instrumento de controle das mesmas, no que se identifica como “controle social”, principalmente quando se fala de uma norma autônoma elaborada por agência reguladora.

As agências reguladoras, no exercício de sua atividade típica de regulação de mercado, atuam realizando produção normativa ampla e irrestrita dentro dos limites para os quais foi criada, muitas vezes de forma autônoma.

Se num primeiro momento a criação de autoridades regulatórias independentes tinha por finalidade retirar do controle político imediato da Administração Pública a normatização das atividades econômicas; posteriormente se verificou necessário um parâmetro de controle democrático da atuação técnica das agências reguladoras de modo a permitir que a participação popular atribuísse contornos de legitimidade, com a criação e estabelecimento de diversas formas de participação popular, não somente para a Administração Pública de forma geral, mas especificamente para legitimar as atividades das autoridades regulatórias independentes.

O que se identifica logo de início, no entanto, quando da análise das formas de participação popular na AGERBA, é clara tentativa de limitação das hipóteses de interferência popular na atividade da agência reguladora, em previsão única de possibilidade de audiência pública para “solução de divergências”, como bem intitulou do capítulo IX do Decreto nº 7.426/98 – Regimento da AGERBA.

O art. 37 do referido decreto confere expressamente sobre (i) hipótese de aplicação, (ii) legitimidade e (iii) finalidade da realização da audiência pública, o que passaremos a discorrer individualmente.

Inicialmente, no que diz respeito às hipóteses de aplicação, a norma estabelece a realização de audiência pública para “o processo decisório que violar direitos dos agentes econômicos ou dos consumidores”.

Deve-se entender que a atuação regulatória, em regra, estabelece limites de direitos dos agentes econômicos, dos consumidores, ou de ambos, pelo que se percebe que a realização de audiência ou consultas públicas deveria ser a regra e não uma exceção como quer fazer crer a norma do art. 37.

⁸⁷ BONFADINI. Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 252.

Floriano de Azevedo Marques Neto⁸⁸, ao tratar da necessidade de superação da bipolaridade do Direito Administrativo em direção um paradigma relacional de conciliação de interesses, apresenta a regulação como exercício da atividade administrativa que interfere na esfera de interesses de particulares, que pode se traduzir em um condicionamento, limitação ou, mesmo um sacrifício de direito daqueles.

Esse caráter necessariamente interferente é mais nítido na função de polícia ou na atividade regulatória. No âmbito dos serviços públicos isso está presente na restrição à liberdade de iniciativa (naqueles serviços sujeitos ao regime de exclusividade de titularidade estatal), assim como também naqueles serviços submetidos à atividade regulatória estatal em que os direitos dos agentes econômicos estão condicionados às determinações do Poder Público.

Quanto o Estado-Administração intervém diretamente na ordem econômica temos também essa intrusão, pois no segmento objeto da atuação estatal haverá inegável constrição na liberdade econômica dos demais atores. E mesmo na atividade de fomento, em que o caráter restritivo a direitos é mais brando, isto poderá ser percebido.

O mesmo autor, ao discorrer sobre a função arbitral da intervenção das agências reguladoras, aponta que esta deve ser exercida pelo arbitramento dos interesses presentes no setor regulado. A atividade de regulação, como um todo, pressupõe o arbitramento dos diversos interesses envolvidos no exercício da função regulatória, assim como na tutela dos interesses dos hipossuficientes. De forma ampla, a prerrogativa de conciliação se configura na capacidade de a autoridade regulatória conciliar ou mediar os tantos interesses envolvidos no setor regulado.⁸⁹

O que se percebe, no entanto, é uma alta produção normativa, realizada com fundamento nos arts. 7º e 8º do Decreto nº 7.426/98, que não precede da realização de consultas ou audiências públicas em comparação com a efetiva realização das consultas, demonstrando que a função arbitral e a consensualidade na produção normativa não são observadas pela agência.

Em análise específica à participação popular, este trabalho passará a fazer análise comparativa da produção normativa dos anos de 2021 e 2022 pela AGERBA em relação à realização de audiências e consultas públicas, bem como será analisado o procedimento adotado nos certames.

⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A bipolaridade do direito administrativo e sua superação**. In *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. Carlos Ari Sundfeld e (orgs.) São Paulo: Malheiros Editores. 2015. P. 397.

⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. In: *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado* / Aline Lícia Klein e Florian de Azevedo Marques Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 556.

2.3.1. Produção Normativa X Participação Popular na AGERBA em 2021 e 2022

Ao longo dos anos, a AGERBA tem demonstrado aperfeiçoar a quantidade e a qualidade da realização de consultas públicas previamente à produção de normas regulamentadoras das atividades que fiscaliza.

No ano de 2021 a agência reguladora realizou 5 procedimentos de consultas públicas, sendo que 3 delas tratam de reajuste de tarifas de aeroportos estaduais e 2 de regulamentação do setor de gás.

Deve-se observar, por outro lado, que ao longo do ano de 2021 a AGERBA publicou 60 Resoluções, dentre os seguintes temas: (i) reajuste de pedágios de rodovias estaduais; (ii) horários de saída de embarcações no sistema ferry-boat para execução do transporte público intermunicipal hidroviário; (iii) multas aplicadas aos agentes econômicos regulados pela agência; (iv) medidas de enfrentamento da COVID-19 no setores regulados; (v) regras sobre o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros; (vi) reajuste de tarifas e procedimentos no setor de gás; dentre outros.

Evidente observar que menos de 10% da produção normativa da AGERBA no ano de 2021 foi precedida de participação popular de modo a legitimar a atuação de autoridade administrativa independente no exercício da atividade administrativa regulatória, demonstrando, por exemplo, que foram aprovados reajustes de tarifas de pedágio de rodovias estaduais sem que os usuários da infraestrutura rodoviária (população local ou agentes econômicos) fossem consultados.

Destaque-se, ainda, que das 5 consultas públicas realizadas em 2021, 4 não tiveram conclusão disponibilizada no sítio eletrônico da AGERBA, onde deveriam constar, nos termos do Aviso de Consulta Pública publicado em Diário Oficial, com a publicação do ato normativo logo em seguida sem que tenha sido divulgado sequer informação sobre a participação no procedimento de consulta pública.

Nestas mesmas 4 consultas, ainda, há claro descumprimento à previsão do parágrafo único do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tendo em vista não ter sido disponibilizada minuta do ato normativo.

Se a norma do art. 29 da LINDB traz em sua redação da possibilidade de realizar consulta pública para edição de atos normativos, o seu parágrafo único é claro ao determinar que o instrumento convocatório da consulta deve, obrigatoriamente (com o perdão da

redundância), trazer a minuta do ato normativo, além de fixar prazo e demais condições da consulta.

Em análise mais específica se observa que dessas 4 consultas sem publicação de minuta do ato normativo, 3 dizem respeito ao reajuste de tarifas de aeroportos estaduais e 1 trata da aprimoração do modelo de contrato do serviço de movimentação de gás canalizado.

As resoluções de reajuste de tarifas realmente não trazem um arcabouço complexo e contam com somente 2 artigos: o percentual do reajuste e o momento da entrada em vigor da nova tarifa. O percentual do reajuste proposto consta expressamente no ato de publicação da consulta, o que demonstra que aparentemente não houve prejuízo, apesar da ilegalidade em não constar minuta da resolução⁹⁰.

O Aviso de Consulta Pública nº 01/2021, no entanto, publicado em 17 de fevereiro de 2021, tem por objetivo “obter subsídios, sugestões, contribuições e informações adicionais para aprimorar os modelos de contratos do serviço de movimentação de gás canalizado no Estado da Bahia assim como os modelos dos Termos de Compromisso dos comercializadores, a fim de garantir o princípio da transparência, bem como buscar maior validação ao valor final calculado, o que atenderá ao interesse público.”

É possível observar que no sítio eletrônico da AGERBA onde deveria constar minuta da Resolução não existe a disponibilização nem da minuta e nem do resultado final da consulta pública realizada, com período para recebimento de contribuições entre 18 de fevereiro e 22 de março do ano de 2021.

Não obstante a precariedade da consulta pública, em 04 de maio de 2021 foi publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia a Resolução nº 14 de 28 de abril de 2021, que institui e regulamenta a modalidade de serviço de distribuição de gás, em produção normativa que trata da regulamentação de todo um setor econômico de distribuição de gás, através da concessão do serviço com 49 artigos e diversos incisos e parágrafos, tecendo a detalhes técnicos (i) o objetivo da resolução; (ii) as regras do serviço de movimentação e fornecimento de gás encanado; (iii) a definição de quem pode ser usuário do mercado ativo de gás encanado; (iv) previsões do contrato de prestação de serviço de fornecimento de gás; (v) os investimentos necessários a serem realizados pelas concessionárias para o atendimento aos novos usuários;

⁹⁰ Aviso de Consulta Pública AGERBA nº 003/2021 de 23 de março de 2021: “ **1. OBJETIVO DA CONSULTA:** Obter subsídios, sugestões, contribuições e informações adicionais para o aprimoramento da **Minuta da Resolução que institui o reajuste linear de 12,07%** (doze inteiros e sete centésimos por cento) **das Tarifas cobradas pela utilização do Terminal Aeroportuário de Vitória da Conquista**, e demais documentos apresentados.”

(vi) a titularidade do gás entregue; (vii) a comercialização do gás; (viii) tarifas; (ix) multas e penalidades; dentre outros.

Neste ponto a indicação é de que a ausência de participação popular para produção normativa puramente técnica referente ao setor de gás para concessionárias, usuários e comerciantes tem o condão de interferir de forma ampla no direito dos administrados, que não tiveram direito a um procedimento de participação popular regular, de acordo com as normas previstas expressamente para esta situação.

Em meados do ano de 2021, no mês de agosto, foi realizada a última consulta pública, está com a finalidade de “recolher contribuições e informações que subsidiarão a Nota Técnica definitiva e, conseqüentemente, a futura resolução referente à revisão tarifária anual que estabelece a margem bruta de distribuição do gás natural canalizado para o ano de 2021.”

Desta vez o procedimento da consulta foi realizado com maior observância às previsões normativas, com a disponibilização, junto ao Aviso da Consulta Pública, de documento de Análise de Variação do Custo Operacional e Nota Técnica elaborada pelo Departamento de Tarifas e Pesquisas Socioeconômicas da AGERBA.

Importante destacar que as 2 contribuições de interessados na consulta que foram feitas constam no Relatório Final da consulta pública, inclusive com a disponibilização dos pontos de contribuição e da resposta da AGERBA sobre cada intervenção, demonstrando que as manifestações dos interessados foram levadas em consideração, conforme previsão da parte final do caput do art. 29 da LINDB.

Em que pese a ausência clara de disponibilização de “minuta do ato normativo”, esta consulta também se referia a reajuste de tarifas, demandando mais uma análise técnica da norma a ser produzida do que o texto da resolução, que ao final veio a ser publica em de outubro de 2021 com 5 artigos que informam a aprovação do reajuste das tarifas e anexos que apresentam tabela tarifária que constou da Nota Técnica do Departamento de Tarifas.

O ano de 2022, por sua vez, demonstrou evolução da agência na realização das consultas públicas, com a disponibilização, em todas as 6 consultas públicas feitas até o presente momento, de minutas de ato normativo, ainda que 5 delas tratam de reajuste de tarifas e somente 1 de regulação do setor de gás.

Em mesmo comparativo feito com a produção de atos normativos, deve-se observar que até o presente momento foram publicadas 37 resoluções para o total de 6 consultas públicas no ano de 2022, representando 16% de participação popular na produção dos atos normativos elaborados pela AGERBA no referido ano.

No que diz respeito à produção normativa elaborada pela AGERBA no ano de 2022, compreendem os temas: (i) alteração do quadro de horários do sistema ferry-boat; (ii) procedimentos para reajuste de tarifas dos terminais rodoviários e hidroviários; (iii) autorização tarifária do fornecimento de gás para o setor termelétrico; (iv) implantação de sistemas de transporte rodoviário e centro de controle operacional; (v) reajuste de tarifas aeroportuárias; (vi) reajuste de tarifas do serviço público do transporte hidroviário de passageiros; (vii) reajuste de tarifas de pedágio de concessionárias de rodovias estaduais; dentre outros.

Ainda há defasagem clara na participação popular para produção de atos normativos da AGERBA, que se limita a oportunizar a participação popular apenas para limitados temas em detrimento de toda uma amplitude regulatória que é de competência da agência.

O destaque no ano de 2022 fica para a regularização do procedimento de consulta pública na agência reguladora, com evidente padronização do procedimento que passou a contar com apresentação de minuta de resolução, nota técnica e relatório final em todas as consultas realizadas no referido ano.

Única ressalva a ser feita é em relação a consulta 01/2022, sobre o reajuste de tarifa do terminal aeroportuário de Porto Seguro, que por não ter recebido manifestação de interessados na consulta, informou a ausência de manifestação no sítio eletrônico e que a publicação da resolução que efetivou o reajuste ocorreria 30 dias após a publicação do aviso de consulta pública. Neste caso, por óbvio, não teve relatório final com a divulgação das manifestações e respostas da agência.

Ainda que se tenha dado publicidade ao certame e “possibilitado” que interessados participassem da Consulta Pública, a ausência a participação popular compreende falha de eficiência da Administração Pública, não bastando a mera divulgação da consulta sem que haja efetiva participação dos interessados, o que será melhor destacado em momento a frente.

É de se identificar, neste sentido, que o ano de 2022 propiciou para a AGERBA uma evolução na aplicação de um bom procedimento de consulta pública, com o estabelecimento de procedimentos – ainda que não codificados ou preestabelecidos em atos internos da agência - e alguns dos valores públicos necessários para a prática regulatória.

Os pontos positivos devem ser reconhecidos, é claro, mas sem deixar de apresentar e discorrer sobre equívocos na produção do ato normativo pela AGERBA que se mostram prejudiciais à boa regulação não somente por descumprir previsão da LINDB, mas por não

observar, em nosso entendimento, preceitos de uma participação popular voltada à legitimação de atos normativos.

2.4 Impacto regulatório na AGERBA

O texto do art. 29 da LINDB, como já dito, não fixa regramento expresso ou lista os procedimentos e requisitos taxativos para a realização da consulta pública, mas evidente que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro deve ser lida e interpretada em sua inteireza, principalmente pelas novidades trazidas pela Lei 13.655/2018 – também chamada de Lei da Segurança para a Inovação Pública.

Importante mencionar que o Decreto nº 9.830/19 regulamentou o disposto nos arts. 20 a 30 da LINDB na esfera federal e no exercício regulamentar para “fidel execução” da lei, uma vez que tem com fundamento o art. 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a” da Constituição Federal, motivo pelo qual suas regras também devem ser levadas em consideração pelos entes públicos subnacionais.

Nesse contexto é que se identifica que um dos pontos principais das duas normas é a relevância do consequentialismo nas decisões proferidas pela Administração Pública e mais ainda quando se trata de uma autarquia com finalidade técnica: deve-se ponderar quanto de técnica deve ser aplicada na decisão em prejuízo ao interesse da população.

A análise do impacto regulatório, portanto, é instrumento crucial para permitir que regulador e regulado identifiquem quanto do direito será limitado com a interferência do Estado, sendo mais indicado que esteja disponibilizado juntamente com a minuta do ato normativo quando da publicação da Consulta Pública, mas sem que isso hoje tenha previsão legal.

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, ao tratarem do dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração, falam da necessidade de divulgação dos estudos técnicos em medidas de impacto econômico-financeiro do setor regulado:

A propositura de qualquer mudança regulatória deve ser acompanhada de justificativa técnica, jurídica e econômica explicando a viabilidade da medida. É preciso apontar o porquê da supressão ou criação de uma dada obrigação às prestadoras de serviços. Mais ainda quando se tratar de concessionária, em função do inafastável dever de obediência ao equilíbrio econômico-financeiro, a medida deve ser respaldada em demonstrativos que indiquem que a alteração não afeta o referido equilíbrio. Assim, criado um novo ônus, há de se demonstrar quais as fontes de receita que cobririam as necessidades de investimento adicionais. De outro lado, se houver proposta para suprimir obrigações inócuas ou ineficientes, a medida demandará a demonstração de que ela não proporcionará enriquecimento sem causa das concessionárias, ou seja, de que, apesar da extinção das obrigações, o equilíbrio

será mantido em virtude de outros fatores (criação de outras obrigações, alteração tarifária, constatação de prejuízos imprevistos, por exemplo).⁹¹

Vera Moraes, por sua vez, aponta que o dever de motivar atos administrativos normativos só será cumprido de forma legítima se a Administração der acesso a todos os elementos que embasaram a sua provocação regulatória. Assim é que dar acesso a todos os elementos que suportam a minuta do ato normativo é condição necessária para o exercício do direito de defesa dos interesses por ela alcançados.⁹²

Importante trazer, ainda, estudo de Cass Sunstein⁹³ acerca de uma “regulação inteligente” (*smart regulation*), em que destaca a necessidade da divulgação de elementos técnicos ao afirmar que no processo de edição de atos normativos as agências não devem meramente fornecer ao público a oportunidade de comentar acerca das propostas; devem, também, fornecer acesso online e tempestivo a informações técnicas e científicas, permitindo que estas sejam examinadas.

A Lei das Agências Reguladoras – Lei 13.848/2019 –, por sua vez, é expressa ao prever a utilização da AIR para as agências reguladoras federais, indicando claramente de qual forma o parâmetro de controle da interferência do Estado se dará em âmbito federal.

Especificamente no que diz respeito ao impacto regulatório quando da edição de atos normativos da AGERBA nem a lei de criação e nem o decreto regulamentador definiram qual parâmetro de análise do impacto regulatório praticado pela agência, uma vez que a o decreto, do ano de 1998, sequer previa possibilidade de Consulta Pública.

O que se vê na prática da Consulta Pública da AGERBA, instrumento de participação popular que a agência adotou e tem feito progressões positivas na sua utilização, é a emissão de uma Nota Técnica com a clara intenção de dar condições ao regulador de analisar a interferência da agência no setor regulado.

Conforme relatado, no ano de 2022 as Consultas Públicas realizadas trataram basicamente de reajuste de tarifas aeroportuárias, o que implica em impacto regulatório

⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011. P. 19.

⁹² MONTEIRO, Vera Moraes. **Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública.** *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 225–242, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77656. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77656>. Acesso em: 9 nov. 2022. P. 07.

⁹³ SUNSTEIN, Cass. “SMARTER REGULATION: REMARKS FROM CASS SUNSTEIN, ADMINISTRATOR, OFFICE OF INFORMATION AND REGULATORY AFFAIRS.” *Administrative Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 7–13. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/23065469>. Acessado em 12 nov. 2022. P. 11.

objetivo de acordo com a majoração dos valores praticados e Notas Técnicas também objetivas que analisam basicamente índices monetários de correção de valores.

A exceção do ano de 2022 foi a Consulta Pública nº 03, que tratou da intenção de edição de regulação junto ao setor de gás, especificamente em relação à disciplina acerca do preço a ser praticado pelas fornecedoras de gás à Bahiagás, sociedade de economia mista sob a Administração do Estado da Bahia responsável pela distribuição de gás natural no Estado.

Assim foi que a Nota Técnica nº 24/2022, elaborada pela Diretoria de Tarifas da AGERBA nos autos do Processo Administrativo estadual SEI nº 081.2159.2021.0004284-98, trouxe como razão da regulação a necessidade de se estabelecer um parâmetro de precificação do valor praticado pelas fornecedoras, tendo em vista que o preço do gás se relaciona com os preços internacionais de referência do petróleo e com a variação cambial entre Real e Dólar.⁹⁴

O documento emitido, apesar de trazer informações relevantes e fundamentar os motivos da intenção da regulação de modo a permitir ao agente regulador tomar a decisão, não analisa os impactos que a regulação vai trazer, principalmente para a população em geral, se limitando às interferências causadas pelo setor econômico.

Este trabalho não esquece que a regulação vem para trazer estabilidade para o domínio econômico. A regulação econômica seria, neste sentido, a intervenção do Estado na economia visando a manutenção das melhores condições para o desenvolvimento dos negócios⁹⁵ e, por consequência, desenvolvimento econômico de toda a sociedade. É isto que identifica a regulação como função administrativa e destaca sua natureza de interesse público.

O trabalho da regulação não é fácil: coordenar a atuação dos agentes econômicos sem deixar de pensar nos direitos suprimidos dos particulares. Estabelecer instrumentos e critérios – os mais objetivos possível – é essencial para que o processo decisório não seja tomado com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão⁹⁶. Assim é que a edição de atos normativos poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados.

⁹⁴ “Essa vinculação, dentre outros fatores atuantes na oscilação do preço do gás, resulta em diferenças acumuladas, positivas ou negativas, entre os preços contidos nas tarifas de fornecimento do gás aplicadas aos faturamentos mensais dos usuários, pela prestação do serviço de distribuição, e aqueles faturados pelos supridores à Concessionária, de acordo com os Contratos de Suprimento. Assim, para compensar estas diferenças, salvaguardar o equilíbrio econômico-financeiro e a estabilidade tarifária, se faz necessária a implantação de um mecanismo de recuperação dessas variações no repasse do preço de aquisição do gás natural.”
Disponível em:

http://www.agerba.ba.gov.br/sites/default/files/documentos/2022-04/Nota%20T%C3%A9cnica%20No.%2024-2022-DTAF_0.pdf

⁹⁵ ROMAN, Flavio José. Op. Cit. P. 123.

⁹⁶ Lei 13.655/2018. “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Evidente, portanto, que a análise do impacto regulatório, como previsto pela doutrina e pelas normas que se aplicam às agências reguladoras e à produção de ato normativo, não está sendo aferida em seu caráter democrático, que se relaciona justamente com a ponderação entre interferência econômica no setor regulado e as consequências que recaem sobre consumidores e população em geral.

2.5 Limitações encontradas na realização da consulta pública pela AGERBA

2.5.1. *O dever de realização da consulta pública*

Por fim, da análise das Consultas Públicas realizadas pela AGERBA nos anos de 2021 e 2022 cabe destacar mais dois pontos que dizem respeito justamente à legitimidade dos sujeitos para a participação no espaço público das consultas, bem como a definição por parte das agências reguladoras de quais atos normativos serão objeto do controle social a ser realizado.

Ao observar o aspecto objetivo das consultas realizadas é claro identificar que os temas das consultas são limitados, conforme detalhado anteriormente, se restringindo a agência reguladora a permitir a participação popular somente nos serviços públicos concernentes a transporte aéreo, mais especificamente em relação a terminais aeroportuários; e no serviço de energia, especificamente no que tange ao gás natural.

Nos anos de 2021 e 2022 a AGERBA não realizou consulta pública que não fosse relativa a estes dois objetos.

Destaque-se novamente que a referida autoridade administrativa independente possui competência por Lei para regular sobre energia – nas áreas de energia elétrica, gás natural, petróleo, e seus derivados e álcool combustível -, transporte – nas áreas de rodovias, hidrovias, terminais aeroportuários, rodoviários e hidrovários e transporte intermunicipal de passageiros -, bem como sobre o setor de comunicações.

Não se olvide que diversos são os temas objetos de produção normativa elaborada pela AGERBA, também destacado acima, mas sem que a agência reguladora se preocupasse em fazer consultas públicas para as diversas áreas que possuem competência regulatória.

Há, neste sentido, clara subutilização do potencial democrático do espaço público, devendo-se evitar que ocorra uma desconexão entre o momento deliberativo e o momento decisório para que a tomada de decisão final não se ocorra em um espaço de negociação mais restrito, aberto somente aos atores mais influentes.

Em muitos casos os certames de consultas públicas têm se revelado menos como um instrumento de permissão para os cidadãos definirem os contornos da ação administrativa, entretanto tem se mostrado mais como um meio de autopromoção e legitimação dos atos dos agentes reguladores.⁹⁷

O que se passa a questionar, neste sentido, é a motivação do Poder Discricionário utilizado para optar pela delimitação dos temas objetos de Consulta Pública, que como já exposto neste trabalho, deve obedecer a um rito processual inclusive quando da edição de atos normativos, excluindo-se do dever de motivação apenas os atos regulamentares de caráter interno, a exemplo dos atos de organização administrativa.

O legislador de igual forma adotou tal posicionamento quando no art. 29 da LINDB excluiu expressamente da necessidade de consulta pública os atos “de mera organização interna”.

Frise-se: o legislador fez questão de excluir do âmbito da consulta pública apenas os atos de mera organização interna, não o fazendo para outras possibilidades. A conclusão deve ser no sentido de que para os demais temas a realização de consultas públicas é obrigatória ou que pelo menos obedeça às regras de um processo administrativo prévio para produção do respectivo ato normativo.

Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tratar especificamente da norma do art. 29 da LINDB, defende que a partir de vigência da Lei 13.655/2018 “a ausência da participação dos interessados se configura como uma causa invalidante do ato normativo”⁹⁸. Neste mesmo sentido Alexandre Santos Aragão também aponta que “estas exigências procedimentais, longe de serem meras formalidades, constituem requisito de validade dos atos e normas a serem editadas”⁹⁹.

Continua Aragão¹⁰⁰ afirmando que o fato de as leis das agências reguladoras imporem a adoção de modernos mecanismos de participação popular demonstra a necessidade da supressão de um déficit democrático conatural a todas as agências que, além de amplos poderes normativos, têm os seus dirigentes resguardados da livre exoneração pelos titulares de poder político democraticamente eleitos.

⁹⁷ PESSOA, Robertonio; FORTES, Lucas Araújo. **Apontamentos para uma democracia administrativa**. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, out. / dez. 2019, p. 122.

⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)** Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 149.

⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 440.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 472.

Bonfadini¹⁰¹ aponta, ainda, que a dúvida que existia em relação à previsão do art. 29, ao menos no plano do direito positivo, teria sido pacificada em momento posterior, na Lei das Agências Reguladoras – Lei 13.848/2019 – quando aponta concretamente que as minutas e propostas de alteração de atos normativos “serão” objeto de consulta pública, representando evolução em relação à Lei 13.655/2018.

Argumento importante acerca da necessidade de participação dos interessados nos processos decisório-normativo das agências pode ser deduzido do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, quando do diploma afirma que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida”. Em que pese se tratar de norma destinada ao processo judicial a Constituição Federal, ao apontar que o Devido Processo Legal deve ser observado no processo judicial e administrativo replica claramente a previsão do Pacto de San José no âmbito administrativo.¹⁰²

No capítulo anterior foi falado sobre a previsão regulamentar da AGERBA no que diz respeito ao processo decisório e que este, nos termos do art. 37 do Decreto nº 7.426/1998, quando violar os direitos dos agentes econômicos dos setores regulados ou dos consumidores, “será precedido” da participação popular – que à época se previu a audiência pública –, o que demonstra arcabouço normativo direcionado à necessidade de realização de consulta pública na produção da regulação, não sendo possível aceitar que uma agência reguladora pratique intensa produção normativa dos mais diversos temas e limite a participação popular a apenas quantitativo mínimo, o que demanda questionamento até mesmo do motivo do direcionamento destas consultas.

Assim é que o termo “poderão” constante do art. 29, em que pese tenha sido fruto de alteração, pelo Congresso Nacional, do texto original do dispositivo¹⁰³, possui natureza de poder-dever em interpretação da doutrina, pois como ressaltado por Vera Monteiro¹⁰⁴:

O art. 29 da LINDB é norma geral em matéria de direito público. Estabelece o dever de o gestor público realizar consulta pública prévia como condição de validade de ato administrativo normativo. Todo aquele que maneja competência administrativa, em quaisquer dos poderes, está sujeito ao dever de que trata a norma sempre que publicar ato administrativo normativo.

¹⁰¹ BONFADINI, Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 288.

¹⁰² *Idem*, p. 292.

¹⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)** Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 153/154.

¹⁰⁴ MONTEIRO, V. Op. cit. P. 15.

Delimitar o âmbito de aplicação da Consulta Pública desobedece a premissa da própria criação do procedimento, retirando o aspecto democrático que se inseriu através da previsão do art. 29 da LINDB. Não há que se falar em faculdade, mas sim em poder-dever de requerer a participação popular através da consulta com a finalidade de tornar legítimo o ato normativo que vier a violar/restringir direito dos regulados.

2.5.2 Efetividade da participação popular x captura do espaço público.

Por outro lado, quando se aprofunda o aspecto subjetivo das consultas realizadas pela AGERBA nos anos de 2021 e 2022, o que se identifica é a clara limitação dos agentes que participam das Consultas Públicas: seja pelo tema da consulta; seja pela participação efetiva nos certames.

Conforme se observou da análise das consultas, a limitação aos temas tarifas aeroportuárias e tarifas do setor de gás demonstra claro direcionamento a setores econômicos importantes, não somente para a economia como um todo, mas também para a sociedade civil, que tem clara reivindicação de preços menores no setor da aviação civil e necessita da disponibilidade de gás em preço acessível em diversos aspectos de sua rotina diária.

Já se disse que no ano de 2021 o que se identifica junto à AGERBA é somente publicidade referente à realização das Consultas Públicas, sem sequer haver demonstração quanto à participação nas consultas ou relatório final, com exceção apenas para a Consulta Pública nº 05, que trata da “revisão tarifária anual que estabelece a margem bruta de distribuição do gás natural canalizado para o ano de 2021”.

O que se estranha, justamente em se tratando dessa consulta em específico, é que além da divulgação no sítio eletrônico da AGERBA, como ocorreu com as demais consultas do ano, houve publicação do Aviso Geral no veículo jornalístico da Tribuna da Bahia, em jornal impresso, bem como no Diário Oficial do Estado¹⁰⁵.

A efetiva participação, quando se observa o relatório final que analisa as contribuições dos interessados na regulação pretendida, é limitada a concessionárias do serviço de fornecimento de gás, o que somente pode ser afirmado em decorrência das reivindicações propostas tendo em vista a ausência de publicidade em relação a quem apresentou as manifestações na consulta.

¹⁰⁵ AGERBA. **Consulta Pública nº 05/2021.** Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/index.php/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0052021> Acesso em: novembro de 2022.

Destaque-se ser este um ponto crítico em que se reconhece a ausência de publicidade como falta grave com a intenção de fazer crer que a participação popular foi legítima.

Neste momento se faz importante observar o que Floriano Marques de Azevedo Neto entende fazer parte de um valor público a ser assegurado por boa prática de Governança na regulação:

“De fato, a transparência consiste em uma das diretrizes de maior projeção na regulação, pois sua verificação é subentendida para o alcance de outros valores públicos. Nessa linha, é a transparência que garante o amplo conhecimento das decisões tomadas pelo regulador, e, mas especificamente, dos correspondentes processos nos quais foram desenvolvidos estudos técnicos e argumentos relevantes à construção do ato regulatório ou contrato. A transparência reclama uma publicidade efetiva, indo além da publicidade formal, razão pela qual a regulação final, a motivação e o respectivo processo regulatório devem ser disponibilizados para amplo conhecimento dos regulados e dos interessados em geral.”¹⁰⁶

Evidente portanto que, além de propiciar a segurança jurídica, a publicidade das informações no processo regulatório viabiliza o conhecimento e maior confiança entre regulador e regulados, estabelecendo uma dinâmica e legitimando o ato regulatório. Permite, ainda, um controle mais efetivo a ser exercido também pela sociedade, bem como possibilita uma participação mais qualificada dos interessados na consulta pública.

Defende este estudo que à participação na Consulta Pública deve ser dada a devida publicidade, sem que se omita ou esconda quem está atuando no espaço público. O procedimento da Consulta Pública não pode estar coberto por um véu que torne opaca o que deveria ser uma Administração Pública transparente e permitida a todos.

E é neste ponto que se identifica que a participação nas Consultas Públicas realizadas pela AGERBA está restrita a agentes econômicos, aqui se destacando empresas aéreas e a própria Bahiagás – Sociedade de Economia Mista do Estado da Bahia – que são justamente esses os agentes econômicos maiores interessados na produção normativa a ser exarada das respectivas consultas públicas. Em relação às empresas aéreas, destaque-se o ocorrido nas Consultas Públicas do ano de 2022¹⁰⁷ da AGERBA, quando todas as consultas referentes à

¹⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado / Aline Lícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 660.

¹⁰⁷ AGERBA. **Consulta Pública nº 02/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0022022>; **Consulta Pública nº 04/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0042022>; **Consulta Pública nº 05/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0052022>; **Consulta Pública nº 06/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0062022>. Acessos em: novembro de 2022.

tarifa aeroportuária que tiveram manifestação de interessados foram manifestações únicas de companhias aéreas.

Evidente que as companhias aéreas estão diretamente interessadas em decisões que dizem respeito a reajuste de tarifas cobradas pelos aeroportos, mas estas irão repassar o valor da tarifa cobrada pelo serviço aeroportuário ao preço que seus consumidores vão pagar. E estes últimos foram justamente os que não apresentaram manifestação nas Consultas Públicas.

Indiretamente ainda é possível observar outros interessados no reajuste de tarifas aeroportuárias, a exemplo do trade turístico/hoteleiro, que também ficaram de fora do espaço público.

À título de comparação trazemos aqui a Consulta Pública nº 01/2021¹⁰⁸ realizada pela ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil – que trata de proposta de revisão de resolução que dispõe sobre os procedimentos de embarque e desembarque de passageiros armados, despacho de armas de fogo e de munição e transporte de passageiros sob custódia a bordo de aeronaves civis.

Logo de início, ao abrir o relatório, é possível identificar amplitude da participação, com a demonstração em gráfico de pizza que das 22 contribuições para a consulta, 12 não foram acatadas, 3 disseram respeito a elogios, dúvidas e outros assuntos, 5 foram acatadas parcialmente e 2 foram acatadas integralmente.

Deve-se observar, ainda, que todas as contribuições estão detalhadas, inclusive com a participação de diversas pessoas físicas, outras estatais que se relacionam com o setor de aviação civil e entidades coletivas também interessadas pelas pessoas que substituem.

Há, portanto, clara manifestação de uma pluralidade de interesses que permitem, após a devida consideração das manifestações apresentadas, conforme previsão da parte final do art. 29 da LINDB, dizer que o ato normativo foi legitimado pela participação popular. Tal não ocorre na AGERBA.

No que diz respeito ao setor de Gás trazemos Consulta Pública nº 09/2022¹⁰⁹ realizada pela ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – e que trata de

¹⁰⁸ ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. **Consulta Pública nº 01/2021**. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas/2021/01/relatorio-de-analise-das-contribuicoes-consulta-publica-no-01-2021.pdf>. Acesso em; 12 de novembro de 2022.

¹⁰⁹ ANP – Agência Nacional Do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Consulta Pública nº 09/2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/aviso-de-consulta-e-audiencia-publica-no-9-2022>. Acesso em 12 de novembro de 2022.

proposta de resolução que faculta a prorrogação de prazos da fase de exploração dos contratos para exploração e produção de petróleo e gás natural.

De início importa destacar que a consulta fornece pareceres e notas técnicas de modo a ofertar aos interessados todas as questões técnicas relevantes para o melhor entendimento e manifestação acerca do tema, bem como o fato de que a proposta de alteração normativa também contou com a realização de Audiência Pública, em clara demonstração da maior abertura possível, por parte da agência reguladora, para que o espaço público fosse ao máximo exercido.

A ANP disponibiliza relatório contendo posicionamento final da agência em relação às contribuições apresentadas, na referida consulta, elencando o (i) interessados; (ii) a natureza da sugestão; (iii) o dispositivo que se pretendeu alterar da minuta disponibilizada; (iv) comparação entre redação original e redação proposta pelo interessado; (v) as justificativas apresentadas pelo interessado; (vi) a decisão da ANP; (vii) a justificativa da ANP para a decisão apresentada; e (viii) eventual redação final quando ocorresse alteração.

O que se destaca não é somente a transparência e publicidade conferida à participação na consulta, mas a qualidade das informações fornecidas no relatório, atribuindo efetividade ao certame da Consulta Pública quando divulga quem participou, porque participou, e o resultado da participação.

Em suma, foram recebidas 22 contribuições, sendo 13 no âmbito da consulta pública e 9 durante a audiência pública. Manifestaram-se no processo de participação social duas entidades representativas da indústria do petróleo e gás natural, o Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP) e a Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Petróleo e Gás (ABPIP), e dois agentes econômicos, a EnP Energy Platform e a Enauta

A relação das contribuições recebidas nas Consulta e Audiência Públicas nº 9/2022 é exibida nas Tabelas 1 e 2, respectivamente, as quais contém a alteração proposta e a justificativa apresentada pelo interessado, bem como o posicionamento da ANP, seguido de sua justificativa.¹¹⁰

A divulgação das informações em dados qualificados para permitir a análise da participação popular não pode ser considerada um luxo que somente autoridades administrativas independentes de âmbito nacional podem fornecer. Categorizar informações e divulgar de modo prático e de fácil entendimento é obrigação quando se pretende dialogar

¹¹⁰ ANP – Agência Nacional Do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Relatório contendo o posicionamento final da ANP em relação às contribuições recebidas nas Consulta e Audiência Públicas nº 9/2022.** Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/arquivos-consultas-e-audiencias-publicas-2022/cp-9-2022/relatorio-final-consulta-e-audiencia-publicas-no-9_2022.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2022.

com consumidores, associações de consumidores ou mesmo pessoas jurídicas que atuam no setor econômico, mas que estão em condição de microempresa ou de pequeno porte.

A participação popular efetiva é o que se espera quando a agência reguladora promove a Consulta Pública, não sendo possível imputar ao administrado o ônus de controlar as intenções de atos normativos das agências numa ótica de que se procurarem as agências podem intervir no processo normativo; mas que se ficarem passivos as agências editarão os atos normativos unilateralmente.¹¹¹

Juliana Bonacorsi de Palma¹¹² aponta que a publicidade do ato de abertura do certame de participação na Consulta Pública não pode se restringir à publicidade formal do Diário Oficial. Além da internet, outros mecanismos estão à disposição do Estado para conferir maior amplitude da divulgação da realização da consulta. A imprensa geral ou especializada, de acordo com a identificação dos interesses, deve ser utilizada como meio de comunicação.

Afirma, ainda, que se deve ter em mente que não existe ainda uma cultura de participação popular na sociedade brasileira, motivo pelo qual a Administração deve assumir postura proativa de identificar potenciais interessados e convidá-los a se posicionar sobre a regulação pretendida.¹¹³

O art. 4º da Lei 13.874/2019 – que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – tem vigência como norma de aplicação nacional conforme previsão do § 4º do art. 1º da mesma Lei e traz clara determinação de que a Administração, ao atuar na regulação, tem o dever de “evitar o abuso do poder regulatório, de maneira a, indevidamente, criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes.”¹¹⁴

É o reconhecimento do legislador de que a regulação deficiente pode ter como consequência – por ignorância ou por má-fé – o benefício a determinados agentes econômicos, com a determinação nos demais incisos do dispositivo de que se evite, ainda: (i) redação de enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; (ii) exigência de certificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; (iii) redação de enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a

¹¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 209.

¹¹² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 406.

¹¹³ *Ibidem*, p. 407.

¹¹⁴ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. 2ª Ed. Belo horizonte: Fórum, 2021, p. 189.

adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; (iv) aumento dos custos de transação sem demonstração de benefícios; (v) criação de demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; (vi) introdução de limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; (vii) restrição do uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; bem como (viii) a exigência, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

Não se olvide que a realização da Consulta Pública presume que os requisitos legais para a produção do ato normativo estão sendo observados, não havendo que se exigir dos interessados na regulação manifestação sobre os pontos acima explicitados sob pena de seu afastamento.

Está fora do crivo da regulação o afastamento de requisitos previstos em lei, mas tão somente conteúdo técnico do ato normativo, que, este sim, deverá ser análise da participação popular como forma de legitimar a atuação da autoridade administrativa independente.

Neste sentido é que se entende por evidente que determinação legal reconhece a ilegalidade e veda a captura do espaço público, devendo a Consulta Pública ser realizada com o máximo de efetividade em convite a todos os interessados na regulação daquele setor.

A conclusão é que este trabalho entende que a inversão do conceito de participação popular efetiva representa tendência à captura do espaço público por interesses particulares. A eficiência presume qualidade da participação popular. A precariedade da organização e da utilização do espaço público permite que interesses particulares façam uso do espaço que teria sido conferido, principalmente, aos potencialmente prejudicados pela regulação pretendida – tanto no âmbito dos consumidores e demais pessoas físicas, quanto em se tratando de pessoas jurídicas de baixa receita financeira -, mas com a intenção destes agentes econômicos de alterarem a produção normativa em benefício próprio, possivelmente com a conivência das agências.

No mesmo sentido Marcos Juruena Vilella Souto¹¹⁵ aponta que a participação da sociedade nos processos decisório-normativos representa a aplicação de princípios do Direito Regulatório, como a eficiência, a especialidade, a motivação, a proporcionalidade, a

¹¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 131.

moralidade (no sentido de evitar as capturas econômicas e políticas), além de permitir um melhor controle do ato normativo em si.

Alexandre Santos de Aragão destaca que a autonomia que deve ser conferida às agências reguladoras também impede que sejam capturadas pela influência econômica:

“Tendo das agências reguladoras sido criadas para propiciar uma regulação mais eficiente de atividades de especial interesse e sensibilidade da sociedade, não faria sentido que elas fossem neutralizadas em relação ao poder político e deixadas livres à influência econômica dos poderosos interesses regulados. Trata-se da ‘captura’, sempre colocada, mormente nos E.U.A., como um dos maiores riscos das agências reguladoras independentes.”¹¹⁶

É intrínseco ao direito de participação que a Administração Pública tem o dever de identificar o grupo de interesses que serão diretamente afetados com o regulamento em elaboração – o que pode ser feito em uma Nota Técnica ou em uma Análise de Impacto Regulatório – e, constatada hipossuficiência ou mesmo desconhecimento sobre a dinâmica da participação popular, também incumbe ao Poder Público promover ações proativas para que a opinião de todos os atores interessados sejam formuladas adequadamente e sejam instruídas no processo administrativo¹¹⁷.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹⁸ ratifica para a generalidade das autoridades administrativas independentes o panorama que ocorre na AGERBA ao apontar que as considerações apresentadas no âmbito das consultas são quase que exclusivamente por parte das empresas reguladas ou correspondentes associações de empresas, o que ele atribui de “neocorporativismo” na participação administrativa. Conclui-se que o espaço público aberto pelas agências reguladoras nas consultas públicas está sendo ocupado, em sua maior parte, pelas empresas diretamente interessadas no objeto da regulação, possuindo estas maior poder aquisitivo, conhecimento técnico e infraestrutura de apoio para submeter suas contribuições às consultas públicas.

Deve a Administração atrair aqueles potenciais interessados que estão fora do diálogo, os “*missing stakeholders*”, pois, na medida em que a agência reguladora se investe na

¹¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 400.

¹¹⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p.410.

¹¹⁸ **Funções Administrativas do Estado**. In: Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado / Aline Lícia Klein e Florian de Azevedo Marques Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 656.

condição de árbitro de interesses, se faz mister a identificação dos potenciais interessados no objeto de determinada regulação e convidá-los para participar do debate, bem como criar estímulos à participação da sociedade em geral.

A Lei que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica igualmente se incumbiu de trazer como princípio que norteia a liberdade econômica a presunção da vulnerabilidade do particular perante o Estado¹¹⁹.

O destaque do parágrafo único, ainda, é claro ao apontar que o afastamento da vulnerabilidade dependerá de decreto e somente poderá estabelecer critérios limitados a atuação de má-fé, hipersuficiência ou reincidência – este último indicado clara aplicação para situações de infrações por agentes econômicos que venham a ensejar multa administrativa.¹²⁰

A partir do momento que a Administração Pública entende que deve realizar uma Consulta Pública efetiva e que isso significa uma consulta com participação de atores de diversos segmentos da sociedade afetada pela regulação, métodos passam a ser empregados para a divulgação alcançar o máximo de interessados e com isso reunir quantidade considerável de participação.

Saber quanto de participação popular é razoável e qual a qualidade da participação para que se entenda que a Consulta Pública foi realizada de forma efetiva, passa a ser tarefa da processualização da regulação e da criação de regras que definam os procedimentos a serem adotados, de modo que tanto administração quanto administrados/usuários saibam previamente e estejam de acordo com o processo administrativo que serão submetidos, permitindo, ainda, que os órgãos de controle tenham critérios mais objetivos para, se for o caso, reconhecer ilegalidade e apontar os caminhos corretos do ato administrativo.

¹¹⁹ Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

¹²⁰ BONFADINI. Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 321.

3 PROCESSUALIZAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA NA AGERBA DE ACORDO COM O ART. 29 DA LINDB

Inicialmente, no primeiro capítulo, apresentamos (i) os conceitos atuais da finalidade das agências reguladoras; (ii) o necessário diálogo da regulação com os regulados; (iii) a participação popular como forma de legitimar a atuação técnica das autoridades administrativas independentes; (iv) uma nova visão da teoria geral do processo aplicada ao processo administrativo; e (vi) o processo administrativo necessário na produção de atos normativos.

Em seguida trouxemos a AGERBA - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia -, para uma análise prática de sua atuação como agência reguladora do Estado da Bahia e de que forma a atuação da AGERBA na regulação dos serviços públicos estaduais estava legitimada pela participação popular.

Para isso o segundo capítulo trabalho discorreu sobre (i) uma introdução da atuação da AGERBA e suas finalidades institucionais com apresentação das normas que regem suas atividades; (ii) a amplitude da autonomia da AGERBA como agência reguladora frente ao ente público que está vinculado; (iii) como se dá a participação popular na produção dos atos normativos da agências; (iv) análise da produção normativa da agência frente à participação popular, especificamente em relação aos anos de 2021 e 2022; (v) a divulgação de informações técnicas que possibilite análise fundamentada dos impactos que a regulação pretendida trará; e (vi) o grau de limitação das Consultas Públicas realizadas pela AGERBA.

A partir dos argumentos discorridos anteriores e das informações obtidas pela observação prática do caso da AGERBA, passa este estudo a se debruçar sobre as respostas aos problemas apresentados, de modo que serão apresentadas formas de melhor se valer do instrumento da Consulta Pública – com as atribuições conferidas pela Lei 13.655/2018 – para tornar o mais legítimo possível o trabalho executado pelas agências reguladoras na finalidade de regulação do setor econômico, endereçando para o caso da AGERBA indicações de melhores práticas – seja por determinação constitucional ou legal; seja pelo que se entende como boas práticas para uma Administração Pública democrática.

3.1. Governança regulatória

Conforme disposto acerca das inovações legislativas que tratam de Regulação, normas têm sido criadas com a finalidade de aprimorar o processo normativo das agências reguladoras, mas ainda de forma tímida e sem pretender fixar regras ao procedimento a ser adotado.

Apresentação de requisitos para a produção de atos normativos e a definição de conceitos, a exemplo da previsão do art. 2º do Decreto federal nº 10.411/2020¹²¹ – que regulamenta a análise de impacto regulatório – tem sido o máximo de normatização realizada pelo legislador.

Assim é que passamos a dispor sobre a necessária fixação de procedimentos a serem adotados no processo de criação do ato normativo, inicialmente tratando de critérios de Governança para uma boa prática regulatória.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹²², com a intenção de fixar parâmetros para uma boa governança regulatória, traz o que ele chama de “valores públicos” que entende que devem estar presentes na prática da regulação e faz uma tradução jurídica de tais valores.

Os primeiros valores a serem traduzidos pelo autor falam na “participação administrativa” e na “transparência”.

O autor aponta que o movimento pela participação da sociedade na tomada de decisões pela administração já era uma tendência, mas que a criação das Agências Reguladoras no

¹²¹ Art. 2º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão; II - ato normativo de baixo impacto - aquele que: a) não provoque aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados; b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira; e c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais; III - avaliação de resultado regulatório - ARR - verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação; IV - custos regulatórios - estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicas, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados; V - relatório de AIR - ato de encerramento da AIR, que conterà os elementos que subsidiaram a escolha da alternativa mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório identificado e, se for o caso, a minuta do ato normativo a ser editado; e VI - atualização do estoque regulatório - exame periódico dos atos normativos de responsabilidade do órgão ou da entidade competente, com vistas a averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração ou revogação.

¹²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Funções Administrativas do Estado. In: KLEIN, Aline Lícia. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo**: funções administrativas do Estado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 651.

contexto da Reforma do Estado na década de 1990 ganhou contornos claros¹²³, o que já tinha sido discutido muito antes pelos Estados Unidos quando da origem da regulação econômica em decorrência a crise de 1929, representando peça fundamental no programa *New Deal*, lançado em 1933 na administração do Presidente FRANKLIN D. ROOSEVELT¹²⁴.

A participação administrativa como valor público deve representar, no entendimento de Marques Neto, qualquer mecanismo de diálogo entre Poder Público e particulares, onde as opiniões destes a respeito de determinada ação administrativa serão encaminhadas às autoridades competentes. A intenção é de que o traço de unilateralidade da decisão administrativa, que no âmbito das agências reguladoras tende a ser mais técnica do que política – seja mitigado com a participação da sociedade de modo a trazer uma “legitimação democrática”.

Na prática regulatória, diversos são os benefícios provenientes das Agências Reguladoras independentes, o incremento da qualidade da tomada de decisão final pelo regulador, o aumento do fluxo de informação no setor regulado, a segurança jurídica e o aumento da credibilidade do regulador na tomada de decisões regulatórias, bem como a viabilização do controle social pelos regulados e interessados em geral.¹²⁵

O autor identifica a consulta pública, por sua vez, como forma de “participação procedimental”, estando inserida como etapa dentro do processo administrativo normativo e reconhece que deve ter as características que a respectiva agência reguladora e o setor regulado entenderem serem necessárias para a melhor regulação daquele setor da economia¹²⁶.

A “transparência administrativa”, por sua vez, como valor público da Regulação deve representar “diretriz na qual o regulador deve sempre se apoiar para conferir o máximo de visibilidade de suas ações e planejamentos visando a propiciar segurança jurídica e controlabilidade ao setor regulado”¹²⁷. Advém, neste sentido, do princípio constitucional da publicidade dos atos da administração pública, que deve continuar a ser observado pelas autarquias no exercício das atividades de regulação.

Ao falar sobre governança pública no processo administrativo normativo Juliana Bonacorsi de Palma enaltece como valor a ser buscado a cooperação dos particulares com o Poder Público, defendendo que “pela governança pública há a emancipação do particular de

¹²³ *Ibidem*, p. 652.

¹²⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 208.

¹²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. In: Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado / Aline Lícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 653.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 655.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 659.

mero destinatário da decisão imperativa, tomada unilateralmente pela Administração, para agente agregador no exercício de competências administrativas”¹²⁸.

Há, portanto, identificação pela doutrina de que transparência e participação popular - ou administrativa - devem andar juntas com a finalidade de promover uma democratização do espaço público oferecido pelas agências reguladoras.

Ressalte-se que se somente a transparência fosse identificada como valor público faria sentido se entender por uma disponibilização do espaço público sem que se prezasse pela efetiva participação. A partir do momento em que a própria participação administrativa é enaltecida como valor público a ser observado por uma boa Governança Regulatória, tal participação deve ser efetiva e não meramente potencial.

Palma afirma, ainda, em colaboração para a defesa deste trabalho, que a promoção dos particulares a efetivos participantes das decisões administrativas decorre de demanda da sociedade em ter voz na tomada de decisões do Poder Público, demanda que vem tanto do setor regulado quanto das pessoas afetadas pela regulação. Se por um lado o enaltecimento da cidadania e a crise de legitimação representativa incentivaram a criação de canais de diálogo entre Administração e administrados; por outro lado os benefícios trazidos pela relação colaborativa permite que a tomada da decisão seja o mais pragmática possível, a partir da adesão dos particulares em detrimento de uma decisão unilateral coercitiva.¹²⁹

Floriano de Azevedo Marques Neto fala, ainda, em coordenação entre os setores regulados como valor público de uma boa governança regulatória, reconhecendo a possibilidade de conflito entre agências reguladoras que tratam de setores da economia distinto, mas que por vezes podem regular a mesma situação jurídica, apontando como exemplo um projeto de infraestrutura que traga consequências ambientais. Será necessário, neste caso, que a fonte regulatória emita sinais claros por parte do Poder Público, o que pode ser feito através de atos normativos conjuntos, para que o agente econômico desempenhe suas atribuições do modo mais adequado possível e com a segurança jurídica que se espera de uma boa governança regulatória.¹³⁰

¹²⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *op. cit.*, 365-366.

¹²⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 366.

¹³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. In: Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado / Aline Lícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 661.

Conclui o autor que o controle da regulação deve ser valor público destacado no processo normativo e deve ser feito justamente a partir da verificação da regularidade da processualização do ato normativo emitido pela agência reguladora.

Tendo em vista que a regulação é uma atividade eminentemente processualizada, a decisão final objeto de controle não pode ser analisada isoladamente, descontextualizada do processo que encaminhou a sua produção. Há intransponível relacionamento entre processo administrativo e regulação final, sendo esta inválida quando a correspondente motivação não considerar a instrução processual, especialmente as contribuições recebidas em sede de participação administrativa.¹³¹

O destaque para a processualização da atividade normativa das agências reguladoras é, portanto, essencial para a realização do controle da regulação, devendo a Consulta Pública ser ponto chave do processo administrativo regulatório e sua procedimentalização passa a ser indissociável de uma boa governança da Regulação.

Além da interdependência público-privada e transparência administrativa, Palma elenca como valor de governança pública o direcionamento das decisões administrativas ao caso concreto.

Em mais uma demonstração da valorização de uma Administração Pública pragmática afirma que se deve endereçar soluções concretas a problemas reais de acordo não com uma abstração própria da normatividade das leis, mas sim a partir de estudos de caso. Ressalta a autora que a tecnicidade e especificidade da regulação impede que a qualidade esteja distante da identificação dos problemas relacionados ao conteúdo da regulação, os atores interessados e os correspondentes interesses, bem como uma divulgação ampla do desenho normativo – minuta do ato¹³².

No que diz respeito ao desenho normativo que mais se adegue ao caso concreto e que melhor preze pela governança pública, elenca os seguintes aspectos: “(i) ampla divulgação de informação, que permite identificar com maior riqueza de detalhes os elementos relacionados ao problema concreto e (ii) construção colaborativa do ato normativo final”¹³³.

Tais ponderações nos devolvem aos argumentos anteriores: “transparência” e “efetividade da participação administrativa”, demonstrando que a solução de problemas concretos com um desenho normativo adequado às situações apresentadas não pode estar

¹³¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Funções Administrativas do Estado. In: KLEIN, Aline Lícia. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 663.

¹³²PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 362.

¹³³ *Ibidem*, p. 363.

afastada da efetiva utilização do espaço público disponibilizado através da Consulta Pública, instrumento previsto dentro do processo administrativo normativo.

Por último, Palma demonstra que as Agências Reguladoras devem entender a natureza transitória da regulação, o que ela chama de “caráter provisional” das decisões administrativas, e que a partir disto deve preparar uma instituição “apta a responder prontamente às mudanças do cenário que demandar atuação da Administração”¹³⁴. Assim é que deve a regulação ser tanto profissional quanto ter foco à satisfação das finalidades públicas, pois a partir do momento em que a norma não mais se mostre efetiva, deve ser adaptada para melhor satisfazer a finalidade da regulação daquele setor.

Para conclusão deste ponto, cumpre sintetizar, a partir das posições debatidas, que uma boa governança regulatória deveria ser baseada nos seguintes aspectos: (i) transparência; (ii) participação administrativa; (iii) coordenação entre setores regulados; (iv) controle da regulação; (v) decisões aplicadas ao caso concreto; (vi) caráter provisional da regulação; despontando como um rol exemplificativo que não tem nenhuma intenção de exaurir o que deve ser uma boa prática regulatória, principalmente pela necessidade de valorização de todo aperfeiçoamento que se pretenda acrescentar ao Direito Regulatório.

No que tange ao enquadramento dos pontos elencados de governança regulatória ao que se apresentou de características a regulação da AGERBA, passemos a fazer a devida correlação de cada ponto.

A AGERBA tem evoluído em ser transparente na produção de seus atos normativos, com a divulgação em seu sítio eletrônico de toda a produção normativa, atas de reunião da diretoria, atas de julgamento de processos administrativos sancionatórios e contratos firmados com as concessionárias dos serviços públicos regulados pela agência, o que tem se intensificado nos últimos anos. Peca, no entanto, em não apresentar todos os passos do processo administrativo normativo, impedindo que se identifique a motivação de certos atos, a exemplo da realização de consultas públicas somente para determinados setores econômicos; também não demonstra em sua integralidade quais as intervenções apresentadas nas consultas públicas realizadas; limita a disponibilização da participação administrativa somente em seu sítio eletrônico, sem disponibilizar em jornal de grande circulação, mídias sociais – o que atualmente tem maior alcance – ou até mesmo em diário oficial.

¹³⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 373.

O quesito participação administrativa é onde está o foco de nosso trabalho e também reside falha crucial da agência, principalmente pela baixa efetividade das participações, seja na qualidade das intervenções e respostas, seja no alcance e quantidade de participações - por vezes esvaziadas ou mesmo com apenas uma colaboração -, seja pela limitação da participação popular apenas a determinados temas escolhidos sem qualquer identificado.

A AGERBA regula uma diversidade de serviços públicos que certamente interferem e são interferidos pelas atividades de diversos outros setores regulados, a exemplo da clara possibilidade de interseção dos serviços de transporte hidroviário e gás natural com a regulação da proteção ambiental, sem, no entanto, haver qualquer previsão normativa ou trabalho conjunto que demonstra uma coordenação entre setores regulados.

O controle da regulação também é ponto de crítica, uma vez ausente critério já dito indissociável à realização do controle normativo: a processualização. Sem um processo normativo transparente e de fácil assimilação e utilização pelos regulados, há claro déficit de parâmetros de controle.

No que diz respeito ao caráter provisional da regulação e a aplicação das decisões ao caso concreto, a análise da produção normativa dos anos de 2021 e 2022 indicam que a agência tem se ocupado com uma quantidade razoável de produção normativa, por vezes em mudanças de posicionamento que indicam a adequação da regulação à nova situação fática. A baixa eficiência da participação administrativa, no entanto, dificulta que a produção normativa esteja de acordo com os anseios da sociedade, principalmente dos hipossuficientes.

3.2. Identificação dos legitimados e forma de participação administrativa

Passando em análise a quem atuou como legitimado pela sociedade civil no espaço público disponibilizado pela AGERBA na realização da produção normativa, se faz necessário trazer alguns conceitos importantes para posteriormente aplicar ao caso da agência reguladora em destaque.

Paula Sarno Braga¹³⁵, ao relacionar normas de processo e normas de procedimento, aborda a processualização das funções estatais e a utilização pelos administrativistas de conceitos de origem do processo judicial, apontando que o receio da doutrina do Direito Administrativo de que as regras do processo judicial sejam aplicadas inadequadamente ao processo das funções de Estado são infundadas.

¹³⁵ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento.** O problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Salvador: Juspodivm*, 2015, p. 138.

Afirma a autora que o que se pode extrair da relação entre processo judicial e a processualização das funções estatais é somente a identificação de processo como a exigência de uma sucessão de atos concatenados que caminham tendentes à produção de um ato normativo final, bem como a necessidade de respeito ao contraditório e ao devido processo legal, que emanam da Constituição para todos os agentes estatais.

Neste mesmo sentido discorre que o princípio da adequação das normas processuais faz parte de uma teoria geral do processo, que também se aplica tanto ao processo administrativo quanto ao processo judicial para afirmar que cada processo, em sua respectiva esfera estatal, terá regramento próprio, com a disciplina peculiar das formalidades e exigências necessárias para que seja legítimo e devido o desempenho da função em questão. Ficam afastadas as regras relativas a outros processos que não estejam com ele relacionados e que não sejam indispensáveis para o exercício democrático e devido daquele poder¹³⁶. Seria, portanto, conceito jurídico fundamental, assim como o conceito de legitimidade.

Esta última, para o deslinde deste estudo, deve ser entendida como o poder dado a alguém de figurar como parte da ação concretamente considerada e, neste sentido, de conduzir aquele dado processo, representando a situação jurídica do sujeito diante de determinado processo.

O que não se deve olvidar é a bilateralidade da legitimação, conforme ensina Liebman¹³⁷, pois ao momento em que o autor detém legitimidade para demandas aquele específico réu, somente este réu tem legitimidade para ser demandado por aquele autor em particular. A ausência de um dos dois implica em falta de legitimidade para ambos.

Teria, portanto, poder para figurar como parte da demanda aquele que é parte da relação material discutida em juízo, uma vez que é a titularidade do direito material afirmado que confere legitimidade ao autor e réu para estarem frente a frente na relação processual.¹³⁸

Para uma atuação em legitimação extraordinária, também denominada substituição processual, que ocorre quando alguém demanda processualmente direito alheio em nome próprio, exige-se autorização pelo ordenamento jurídico¹³⁹ por seu caráter excepcional. Esta é

¹³⁶ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**. O problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Salvador: Juspodivm*, 2015, p. 139-140.

¹³⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1 v., P. 209.

¹³⁸ BRAGA, Paula Sarno, *op. cit.*, 207.

¹³⁹ Aqui citando diretamente o art. 18 do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”

a principal característica da atuação dos administrados na consulta pública realizada pelas agências reguladoras.

Em regra, quando uma parte se manifestar acerca da minuta do ato normativo disponibilizado para uma pretensa regulação a ser feita, sua participação na consulta pública representará interesses do setor econômico regulado – se a manifestação for de um agente econômico – ou de pessoas físicas ou consumidores afetados pela regulação – se a manifestação partir de uma pessoa física.

Por mais concreto e direcionado ao caso concreto que o ato normativo seja, ele criará regras abstratas que se aplicarão a um ato que pode ser praticado por toda uma coletividade de agente econômicos ou consumidores, motivo pelo qual a legitimidade na consulta pública – inclusive em seu caráter bilateral – deve ser reconhecido àquela coletividade afetada. Mostra-se evidente a natureza coletiva do processo administrativo normativo.

A partir desta conclusão passa a merecer destaque a “representação adequada” no devido processo legal normativo coletivo, o que se justifica com a premissa de que não há como uma ferramenta de coletivização processual atuar sem um mínimo de sacrifício à participação individual, sendo este um elemento diferenciador do devido processo legal coletivo, vocacionado à proteção dos ausentes¹⁴⁰.

Na visão de Tavares¹⁴¹, falando em legitimidade no processo judicial coletivo, mostra-se necessária a avaliação pelo juiz da adequada representação dos interesses do grupo em juízo, pois caso seja detectada inadequação do representante, sobretudo em situações de conflito e interesses entre o legitimado coletivo e os membros do grupo, deverá o juiz conceder prazo para que o legitimado seja sucedido por outro.

O primeiro ponto de conclusão acerca da legitimidade para figurar no processo administrativo normativo é que a bilateralidade da legitimidade implica na necessária participação de todos os atores que se relacionam com o direito material objeto do processo e são afetados pela regulação, não sendo possível aceitar a participação parcial sob pena de não haver condições necessárias para o prosseguimento à produção normativa. Não é aceitável, portanto, que a participação limitada de determinados agentes econômicos, como ocorre na AGERBA, seja considerada válida para se indicar que a consulta pública foi realizada.

O segundo aspecto trata da análise da adequada da participação dos legitimados, que em regra atuarão na defesa de direito alheio e por tal motivo devem promover uma

¹⁴⁰ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 200.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 202.

representação adequada, tanto na devida defesa da variedade de interesses que estão em jogo, quanto na qualidade da representação. Quando a agência reguladora analisar participações de um dos diversos interessados na produção normativa, deve apreciar o teor da contribuição sob uma ótica de defesa de interesses coletivos, de modo que não se beneficie apenas aquele de participou em detrimento do direito dos demais agentes econômicos, consumidores ou pessoas físicas que não ocuparam o espaço público.

Corroborar com nosso entendimento acerca da qualidade da participação administrativa o posicionamento de Juliana Bonacorsi de Palma¹⁴², quando discorre sobre a dinâmica da participação dos interessados na consulta pública.

Entende a autora que é dever da Administração Pública catalogar os grupos de interesses que serão afetados com o ato normativo que se pretende pôr em vigência e, caso seja constatada hipossuficiência ou mesmo desconhecimento sobre a dinâmica da consulta pública, que sejam promovidas ações proativas para que a opinião dos hipossuficientes seja formulada adequadamente e instruída no processo administrativo normativo.

A meta é aprimorar a “qualificação das contribuições”, que a autora classifica de duas formas: “(i) contribuições que se coadunam com a racionalidade técnica da proposta normativa, algo além da concordância ou da discordância com a minuta; e (ii) contribuições que estabeleçam vínculos de colaboração entre o participante e o Poder Público.”¹⁴³

E sobre a forma de participação, o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro já direciona ao meio eletrônico a principal forma de realização das consultas públicas no processo de produção de ato normativo, em que pese o desenvolvimento do próprio processo ainda não tenha determinação de realização eletronicamente.

Não obstante, Palma já defende a tramitação eletrônica do processo normativo, apontando que essa prática facilita as atividades de processamento de informação pela Administração Pública e promove o diálogo entre particular e Poder Público.

¹⁴² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 410.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 411

3.3. Necessária motivação da decisão da consulta pública

Conforme exposto anteriormente, ponto identificado de inadequação do processo normativo da AGERBA frente às previsões da LINDB diz respeito à ausência de previsão normativa direcionada à necessária motivação da decisão da Consulta Pública.

Após a abertura do espaço público com publicação de edital com prazo para apresentação de colaborações pelos interessados; disponibilização de minuta do ato normativo; emissão de nota técnica ou Análise de Impacto Regulatório; bem como, ao final, efetivada a participação mediante a formalização das contribuições perante a agência reguladora; cabe a agência reguladora considerar a manifestação dos interessados na decisão.

Acerca do vocábulo “considerar”, constante da parte final do caput do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁴⁴ aponta que a “análise de comentários” faz parte da dinâmica da participação administrativa que merece grande importância do regulador principalmente devido ao potencial de judicialização do ato administrativo a partir deste momento.

O dever de resposta é corolário do princípio do contraditório, não apenas necessário no processo administrativo normativo, mas em todo o devido processo legal administrativo por dedução constitucional. Na hipótese de a regulação ser emitida sem a resposta e a devida publicização da resposta por parte do regulador, configura-se regulação inválida por vício de procedimento. A ressalva consiste em situações em que a regulação é premente e deve ser prontamente emitida sob risco de comprometimento da finalidade pública destacada.

Neste último caso podemos destacar as regulações emitidas pela ANVISA quando de momentos cruciais da pandemia do COVID-19, quando não havia tempo hábil para, por exemplo, se realizar consulta pública antes da regulamentação do uso de máscaras em determinados espaços públicos. A conclusão à *posteriori* é ato passível de ser feito, principalmente considerando a natureza provisional da regulação.

A regra, no entanto, é a motivação prévia da decisão da consulta pública com as considerações feitas sobre as contribuições apresentadas, sem que isso signifique necessário acatamento das contribuições, pelo contrário, todas as contribuições podem ser rejeitadas desde que devidamente fundamentadas.

¹⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. In: Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado / Aline Lícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 658.

De igual forma não se afirma que o dever de apresentar resposta implique em obrigatória apreciação, um a um, pontual e esmiuçadamente, podendo as manifestações de interessados serem agrupadas e decididas “em bloco”, bem como se entende que, por uma relação de proporcionalidade, “a sofisticação da resposta deve se, em regra, proporcional à qualidade do comentário submetido”¹⁴⁵.

Forma interessante de apuração das contribuições pode ser identificada em consulta pública realizada pela ANP, já citada acima, em que se emitiu tabela com a redação original em comparação com a redação proposta pela contribuição, bem como a comparação entre justificativa do interessado na apresentação da alteração da redação da minuta de regulação e justificativa apresentada pela ANP para responder a proposta do interessado.

Juliana Bonacorsi de Palma¹⁴⁶ analisa o caráter empático e de boa-fé que a apreciação das contribuições atribui ao resultado da consulta pública, pois na hipótese de levarem as contribuições apresentadas com desimportância, esses participantes se encontrarão menos interessados a continuar participando em próximos certames do espaço público. Destaca, ainda, que a disponibilização de lugar formal e regulamentado de atuação de particulares no sentido de manifestarem opinião na regulação pretendida e serem compreendidos impede que grandes empresas ou com certo poder de barganha abandone a arena pública desacreditada para buscar “canais alternativos de diálogo”, por vezes irregulares, mas que sejam de mais fácil interferência por agentes econômicos hipersuficientes.

O que se vê dos arts. 36 a 41 do Decreto regulamentador da AGERBA – Decreto estadual nº 7.426/1998 – é a total ausência de determinação de apreciação das contribuições realizadas no único espaço público disponibilizado, qual seja a audiência pública, em que se resume a ter os trabalhos da audiência relatados em ata resumida, publicada e arquivada, sem que haja previsão de que os trabalhos contenham resposta das contribuições apresentadas em audiência.

Assim é que, acerca da ausência de fundamentação da decisão que apreciar as contribuições da consulta pública, deve ser considerada inválida regulação sem a motivação da decisão que acate ou rejeite as contribuições apresentadas pelas partes interessadas na

¹⁴⁵ Juliana Bonacorsi de Palma também defende a proporcionalização e adequação da resposta da Administração de acordo com a contribuição feita: “[...] um possível modo de lidar com os argumentos formulados em consulta pública é direcionado pela proporcionalidade entre qualidade da contribuição e a resposta do Poder Público”. Em **atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 418.

¹⁴⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09, p. 414.

consulta pública, sob pena de violação de elemento do respectivo ato administrativo, que aqui consiste no obrigatório ato de apreciação das contribuições.

Ao tratar dos elementos do ato administrativo e suas formas de controle, Carlos Vinícius Alves Ribeiro¹⁴⁷ destaca a motivação como elemento vital ao controle.

Apenas por meio dela será possível a investigação de todo o ato, seus móveis, seus motivo e conteúdo. O motivo resume a circunstância fática na jurídica. Demonstra aos cidadãos e aos controladores a subsunção entre a circunstância que possibilitou ao agente o manejo de sua competência. Torna possível a sondagem de vícios e eventualmente a presença de dolo ou apenas de equívoco no ato ilegal praticado.

Alexandre Santos de Aragão¹⁴⁸ corrobora o entendimento em uma análise da Teoria Geral dos Atos Administrativos e conclui que hoje não é mais possível se falar em opção da Administração em motivar ou não o ato. O moderno ato administrativo exige dever de motivação do ato administrativo com conteúdo decisório - que não seja um ato de mero expediente ou de organização interna -, principalmente nos casos em que houver conteúdo maior de discricionariedade na escolha do motivo, quando deve este ser procedente sob pena de o ato ser inválido por vício no seu motivo.

Sobre o papel do motivo para a formação do ato administrativo, Marçal Justen Filho¹⁴⁹ defende que, sob certo ângulo, é muito mais relevante do que ocorre no direito privado, uma vez que a função administrativa exige que a vontade do sujeito seja orientada a promover a satisfação do dito interesse público. Não é válido, sob esse entendimento, ato administrativo produzido para atender a interesse pessoal do agente administrativo. No âmbito privado, no entanto, seria legítimo ao particular buscar satisfação egoística.

A motivação, ao representar exteriorização do motivo, representa observância à publicidade que se espera da regulação, de modo a tornar públicos os fundamentos da decisão e possibilitar que o controle do ato administrativo seja realizado, propiciando ao particular melhor defesa dos seus interesses ao conhecer a interpretação dos fatos e a argumentação utilizada para a edição do ato administrativo¹⁵⁰.

¹⁴⁷RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos atos administrativos. *In*: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor (orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 368.

¹⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria Geral dos Atos Administrativos**. *In*: Os caminhos do ato administrativo. Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

¹⁴⁹ **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. N.P.

¹⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. *In*: Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado / Aline Lícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 635.

Especificamente sobre a consulta pública para edição de atos normativos, Marques Neto¹⁵¹ defende que, ainda que as contribuições apresentadas não vinculem a decisão do poder público, este terá o dever de se manifestar acerca dos termos da manifestação dos interessados. Em concordância com o posicionamento de Palma, o autor também entende que a ausência de apreciação das contribuições pela Administração gera o conhecido efeito da fadiga das consultas públicas e possível desistência dos administrados em continuar a se manifestar nos espaços públicos. Assim é que a parte final do dispositivo do caput do art. 29 da LINDB que obriga que as contribuições serão consideradas na decisão” amplia o espectro do controle dos atos normativos para além dos seus aspectos formais.

A ausência de previsão normativa no regulamento da AGERBA que determine expressamente a motivação da decisão que acate ou rejeite as contribuições das consultas públicas não afasta a obrigatoriedade da exteriorização do motivo por previsão legal do art. 29 da LINDB, aplicável às agências reguladoras.

Assim é que, não obstante disponibilização ainda precária das motivações acerca das contribuições pela AGERBA, cabe a referida autoridade administrativa independente não somente motivar as decisões como também fazer isso em todas as contribuições apresentadas e com a maior quantidade de informações que puder divulgar, de modo a possibilitar a toda a coletividade que procurar as justificativas da decisão normativa entender a fundamentação apresentada e o motivo de ter sido ou não acatada pela Administração.

3.4 Consulta pública, precisão técnica e redução da discricionariedade

Este trabalho já discorreu sobre o aspecto técnico das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras quando de sua atividade fim: a regulação do setor econômico para o qual foi destacada. E se a competência regulatória é retirada da Administração Pública centralizada para que possa ser exercida por órgão especializado, dotado de autonomia e por agentes públicos com mandato, o que se espera é uma decisão eminentemente técnica e de acordo com as regras e linguagens utilizadas pelos agentes econômicos do setor regulado.

Bonfadini¹⁵² elenca a tecnicidade das decisões das agências reguladoras como um dos critérios exigidos, juntamente com a observância às normas constitucionais e da necessária

¹⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 147/148.

¹⁵²BONFADINI. Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 254.

participação popular, para se conferir legitimidade aos atos normativos autônomos das autoridades administrativas independentes.

A existência de uma discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica, segundo Flávio José Roman¹⁵³, está relacionada à necessária previsão em lei com a utilização de “recursos flexíveis ou fluídos” de outros ramos da ciência, principalmente da ciência econômica. Seria, portanto, uma discricionariedade “parcial ou incompleta”, uma vez que atualmente não há que se falar em absoluta discricionariedade em matéria técnica, bem como pelo entendimento administrativista moderno de que todo ato tem maior ou menor grau de discricionariedade.

Assim é que a discricionariedade técnica se contrapõe a um controle jurisdicional, mas ainda assim não é capaz de “imunizar” completamente o exercício da controlabilidade, que deve incidir sobre os conceitos ou recursos flexíveis – da ciência econômica - utilizados pela legislação para atribuir os contornos do exercício da discricionariedade.

Há, portanto, clara remissão aos conceitos jurídicos indeterminados como molduras de discricionariedade a serem fixadas pelos legisladores para o exercício da atividade regulatória, mas agora se tratando de conceitos específicos do setor econômico regulado.

Os atos praticados com fundamento em conceitos jurídicos indeterminados, nos dizeres de Binjenbojm¹⁵⁴, não seriam fruto de uma opção do administrador, mas estariam adstritos a uma eleição, pelo legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos que devem ser analisados e fundamentados de acordo com o caso concreto, aqui se destacando a importância da motivação do ato administrativo como aspecto de controle possível de ser feito após a prática do ato.

No que tange à discricionariedade técnica exercida dentro de conceitos jurídicos indeterminados criados mediante a atribuição de termos técnicos científicos oriundos, notadamente, da ciência econômica, Roman afirma que tais conceitos podem estar presentes em qualquer dos elementos que compõe a norma do direito público aplicada:

(i) o pressuposto de fato para a atuação administrativa; (ii) o conseqüente da norma; (iii) o meio a ser utilizado pela Administração para o atendimento do interesse público; (iv) a concretização ou especificação do interesse público (fim) a ser atendido; (v) no elemento temporal para atuação (discricionariedade tática); e, por fim, (vi) a definição do procedimento administrativo que será observado para a tomada de decisão. Com efeito, em qualquer desses elementos pode a previsão legal

¹⁵³ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 193.

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 232.

dar-se de forma fluida, indeterminada ou aberta, a exigir a concretização pela Administração.¹⁵⁵

Neste mesmo sentido, considerando o rápido desenvolvimento das tecnologias e a alta complexidade das atividades econômicas especializadas – aqui podendo elencar as atividades exploração e comercialização de combustíveis fósseis, transportes aéreo, atividades financeira e bancária, mineração, etc -, por vezes se torna inviável o acompanhamento da atividade legislativa para que a regulação venha por meio do poder político democraticamente eleito na representação parlamentar, havendo imprescindível delegação da função regulatória para entes públicos com flexibilidade e autonomia na atuação.

A tomada de decisões pela Administração passa a ter uma modificação no grau de discricionariedade que tinha anteriormente, tanto no que diz respeito ao conceito histórico de discricionariedade, quanto na profundidade da análise e sindicabilidade da decisão administrativa tomada com maior ou menor grau de tecnicidade.

Historicamente, ao se falar em controle de decisão administrativa tomada no exercício do poder discricionário, se falava na intangibilidade do mérito administrativo e na incontabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos órgãos de cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa.¹⁵⁶

Binenbojm aponta, então, que a constitucionalização do direito administrativo trouxe a ideia de superação do pensamento de insindicabilidade do mérito administrativo - e de outros conceitos tradicionais do Direito Administrativo - pela adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos da atuação da Administração Pública para, ao fim, concluir que no que tange à discricionariedade esta:

Deixa de ser um espaço de livre escolha do administrado para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade.¹⁵⁷

¹⁵⁵ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 200.

¹⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 24.

¹⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 24-25.

O reconhecimento da existência de graus de vinculação da discricionariedade à juridicidade é essencial para o presente trabalho no instante em que de igual forma a regulação pode agir no setor econômico com maior ou menor grau de precisão técnica, representando proporcionalidade inversa em relação a amplitude da discricionariedade na tomada de decisão.

Ao trazer critérios para uma teoria “jurídico-funcionalmente” adequada para o controle da discricionariedade administrativa, Binbenbojm¹⁵⁸ conclui que nos campos em que, por alta complexidade técnica e dinâmica específica, faltarem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle será tendencialmente menor. A expertise e experiência dos órgãos e entidades da Administração, a exemplo das agências reguladoras, que regem a matéria em destaque, serão essenciais para a definição do grau de controle que o Judiciário poderá exercer.

Noutras circunstâncias, quando houver características menos técnicas, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, quando a amplitude da discricionariedade dificulta que o Judiciário adentrar ao mérito administrativo. Isso ocorre seja pelo lastro de legitimação democrática que o Poder Executivo detém ou pela deferência à legitimidade alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.

Roman trata do referido tema com mais profundidade ao discorrer, especificamente, sobre a discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica e traz uma contraposição entre discricionariedade técnica e discricionariedade política, afirmando que na prevalência de conceitos econômicos para fundamentar uma decisão ressaltou a discricionariedade política e não a técnica. “Quanto menor a precisão técnica da norma, decorrente de sua referência a valores, maior será a discricionariedade da Administração.”¹⁵⁹

Este trabalho tratou de discorrer sobre os parâmetros normativos da AGERBA na realização da regulação, explicando que tanto lei de criação quanto regulamento da agência reguladora não trazem qualquer parâmetro específico para produção dos atos normativos, muito menos para a realização de Consultas Públicas. Sequer existe previsão de realização de Consulta Pública ou definição das hipóteses de realização, somente se referindo o regulamento à realização de audiências públicas quando do “processo decisório que violar os direitos dos agentes econômicos dos setores de energia, transportes e comunicações ou dos

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 241.

¹⁵⁹ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 190.

consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência, será precedido de audiência pública”¹⁶⁰.

Há clara abertura interpretativa pois, como já falado, toda regulação econômica implica em restrição de direito – de maior ou menor grau – que pode ou deve justificar a invocação da participação administrativa de modo a legitimar a restrição do direito.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à amplitude da atuação da AGERBA, na realização da regulação de serviços públicos diversos, o que dificulta sobremaneira a especificação da atuação da agência e a criação de conceitos jurídicos indeterminados por parte do Poder Político democraticamente eleito para que a autoridade administrativa independente atue dentro da margem de discricionariedade técnica a ser definida especificamente para cada um dos serviços públicos dos quais a AGERBA é responsável.

Se mostra imprescindível a aplicação do art. 41¹⁶¹ do referido regulamento para o que foi acima exposto, fixando-se conceitos jurídicos indeterminados, de modo que a produção normativa a ser feita pela agência possua a precisão técnica necessária para a exigência do caso concreto e não fique à mercê do que hoje se mostra claramente como uma margem ampla de discricionariedade da Administração escolher, principalmente, (i) de que forma exercer a produção normativa, (ii) qual grau de interferência da regulação na atividade econômica, (iii) quais as hipóteses de realização da participação administrativa para a produção do ato normativo.

Gustavo Binенbojm¹⁶² argumenta que o déficit democrático deve ser suprido através do controle social e da legitimação pelo procedimento:

O fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos – e, notadamente, nos processos regulatórios – têm sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública. Com efeito, a translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma correlativa translação dos mecanismos de participação popular. Neste sentido, a governança por autoridades administrativas independentes desafia a teoria democrática à revisão de parte se seus instrumentos e ao desenvolvimento de novos modelos teóricos de autogoverno coletivo.

É neste sentido que entende este trabalho que a participação administrativa, através das Consultas Públicas, que devem ser realizadas pelas agências reguladoras, vêm a reduzir eventual abertura discricionária para uma suposta margem de atuação da Administração

¹⁶⁰ Art. 37 do Decreto nº 7.426/1998 do Estado da Bahia. Regulamento da AGERBA.

¹⁶¹ “Art. 41 - A Diretoria em regime de colegiado definirá os procedimentos relativos ao processo decisório, assegurando aos interessados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

¹⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 311.

Pública de maneira insindicável, mas que após a efetiva participação dos administrados - agentes econômicos e particulares hipossuficientes – passa a ter a definição concreta de qual deve ser a regulação adotada.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa vem a ser concluída após a fixação de premissas essenciais para o desenvolvimento do estudo da realização da consulta pública pela AGERBA como procedimento intrínseco à produção normativa, aqui especificamente se tratando do ato normativo voltado para a regulação econômica.

Assim é que o trabalho se inicia já se debruçando sobre características das agências reguladoras, tratando especificamente do reconhecimento da natureza da atividade regulatória como função administrativa exercida sob a competência de uma discricionariedade técnica, destacando a existência de uma justificativa econômica para criação das autoridades independentes baseada na correção de falhas de mercado e a criação de mecanismos de aferição da qualidade técnica da atuação regulatória, a exemplo das Avaliações de Impacto Regulatório.

Em seguida entramos num crucial ponto do trabalho, que será abordado de algumas formas ao longo do estudo, e passamos a discorrer sobre a necessidade de se realizar uma regulação com a participação popular sob pena de se produzir atos normativos por entes da administração pública descentralizada que não contém legitimação democrática necessária. Ainda neste momento a pesquisa discorre sobre a tendência do ordenamento jurídico de incentivar a participação popular e a leve mudança, em tempos recentes, para um viés mais autoritário na execução da atividade administrativa.

Outro parâmetro estabelecido diz respeito ao poder normativo das agências reguladoras, característica já sedimentada atualmente, mas somente após o desenvolvimento de doutrina e posterior legislação que reconheça a necessidade de uma flexibilidade da regulamentação autônoma para que seja possível a intervenção nas áreas econômicas através das agências reguladoras.

Expor sobre os fundamentos de uma teoria geral do processo administrativo passa a ser essencial para que se reconheça a importância da processualização do ato administrativo, o que já se reconhece pela moderna doutrina administrativista e, já em uma etapa a frente, se falar em judicialização da atuação administrativa de acordo com as previsões constitucionais que se aplicam ao caso. A participação popular na processualidade administrativa é um dos instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico para estabelecer uma relação de consensualidade entre administração e administrados.

A legitimidade ativa e passiva na teoria geral do processo vira centro do debate para que se estabeleça conceitos prévios a uma teoria geral do processo administrativo e se identifique a origem do conceito de legitimidade ativa para figurar no processo para que posteriormente seja desenvolvido raciocínio para adequar a “legitimidade ativa” da teoria geral do processo à teoria geral do processo administrativo e suas aplicações ao processo administrativo normativo e à consulta pública. Conclui-se que a legitimidade como conceito jurídico fundamental deve presumir o vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, podendo não ser o caso de qualquer “interessado” fazer parte da relação processual em destaque.

É essencial para o trabalho distinguir audiência pública e consulta pública para identificar esta última a um procedimento interno dentro do processo administrativo normativo das agências reguladoras, principalmente pela positivação constante do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo, portanto, o objeto do presente estudo no que diz respeito à análise da participação popular para fins de legitimação do ato normativo.

A abordagem da Lei Geral das Agências Reguladoras apresenta a positivação já existente, o que delimita a margem de atuação das agências, bem como reflete a visão do Poder Político sobre a regulação econômica. Este momento do estudo desenvolve o conceito da Análise de Impacto Regulatório e sua regulamentação pelo poder público, o que demonstra indubitável importância para permitir que os administrados tenham acesso às consequências da regulação pretendida quando da abertura do espaço público para manifestação.

Em seguida tratou o estudo de apontar a legitimidade, especificamente em se tratando de consulta pública, da forma que hoje se entende ser possível ingressar nas consultas e apresentar contribuições a serem apreciadas pelo órgão regulador, bem como questionar sobre a possibilidade de delimitação do espaço público. Concluiu-se pela necessidade de criação de normas específicas das agências reguladoras que venham a criar procedimentos para a participação popular naquele setor econômico, de acordo com regras que sejam adequadas à tecnicidade que se espera da regulação.

Para encerrar o capítulo que apresenta premissas a pesquisa traz enfoque à efetiva limitação da legitimidade na consulta pública, afastando a argumentação de redução de transparência ou diminuição do controle social e estabelecendo benefícios para a finalidade da produção normativa, a exemplo da garantia do direito das minorias e da criação de dificuldades à captura do espaço público.

O trabalho passa, então, a entrar na seara do estudo do caso – a AGERBA -, com a introdução da agência reguladora do Estado da Bahia e apresentação de suas características e arcabouço jurídico, que logo de início destaca a amplitude da regulação que a agência deve exercer ao regular setores da economia bastante diversos.

A autonomia que a referida agência deveria ter é criticada pela (i) ausência de disposição acerca do mandato dos diretores gerais, que não possuem mandato fixo; (ii) consequente possibilidade dos diretores serem exonerados a qualquer tempo pelo chefe do Poder Executivo do Estado da Bahia; (iii) ausência de regimento interno a ser criado pelos diretores da agência conforme previsão na lei de criação; e principalmente (iv) pela ausência de autonomia no processo decisório ao existir norma que submete as decisões dos diretores à decisão final do Governador do Estado.

Especificamente no âmbito da participação popular na regulação realizada pela AGERBA, é de clara identificação a limitação da realização da interferência popular somente para “solução de divergência” e para “o processo decisório que violar direitos dos agentes econômicos ou dos consumidores”, conforme previsão no regulamento do ente público, isso sem se falar a ausência de qualquer previsão acerca da realização de “consulta pública”, mas somente de audiência pública. O que decorre de uma regulamentação defasada do ano de 1998.

Não obstante, este trabalho apontou que a regulação tende a interferir em maior ou menor grau no direito dos agentes econômicos ou dos consumidores, o que implica na necessária realização da consulta pública no processo regulatório.

A pesquisa trouxe ainda comparação realizada entre a produção normativa e a participação popular na AGERBA nos anos de 2021 e 2022, com a conclusão de que (i) quantitativamente a agência detém claro desequilíbrio entre produção normativa e consultas públicas realizadas, com estas últimas representando somente 10% e 16% da produção normativa nos anos de 2021 e 2022 respectivamente; e (ii) qualitativamente restou demonstrada o direcionamento das consultas somente para determinados assuntos, quais sejam reajuste de tarifas aeroportuárias e regulação do setor de gás.

Houve reconhecimento da evolução do procedimento de realização de consulta pública entre os anos de 2021 e 2022, mas ainda com necessário desenvolvimento, principalmente ao incentivo à participação.

Ainda no que tange à qualificação das consultas, deve-se dar destaque à defasagem de estudos técnicos que oferecem transparência para os interessados na regulação pretendida,

tendo em vista ausência de Análise de Impacto Regulatório e uma disponibilização de estudos técnicos bastante limitados, o que prejudica a ponderação entre interferência econômica no setor regulado e as possíveis consequências.

Após isto, apontou-se como limitações identificadas na realização das consultas públicas, a natureza facultativa que a AGERBA atribui às consultas, o que vai de encontro às atuais políticas de participação popular, em que já se entende pelo dever na realização das consultas de modo a permitir que o processo normativo esteja devidamente fundamentado e com a disponibilização da motivação que levou àquela regulação. Com a motivação passa a ser possível o controle e a sua ausência configura vício que invalida o processo administrativo normativo.

Ainda em análise às consultas públicas realizadas pela AGERBA nos anos de 2021 e 2022, este trabalho demonstrou que a limitação do tema das consultas e o esvaziamento das contribuições ensejam a captura do espaço público pelos agentes econômicos hipersuficientes que dialogam sozinhos com a administração em busca da efetivação de seus interesses, o que somente pode ser suprida com a publicidade efetiva a alcançar toda a sociedade para que venha a apresentar a maior quantidade de contribuições possíveis.

Enfim, ao adentrar no capítulo final, o estudo traz as consequências da aplicação dos conceitos modernos de uma regulação democrática, estudados inicialmente no primeiro capítulo, ao caso concreto da AGERBA com a análise da dicotomia: produção normativa x participação popular através da consulta pública.

Inicialmente discorre sobre o estabelecimento de uma necessária governança regulatória, o que pode ser feito através da codificação/procedimentalização da produção normativa da agência. A governança sintetiza a criação de normas específicas a serem observadas no processo normativo e que permitem a realização do controle da regulação, de modo que a processualização esteja presente de fácil assimilação para os regulados. Há reconhecimento da evolução do procedimento realizado especificamente para as consultas públicas, mas o déficit de governança para a atividade regulatória da agência é ponto importante que deve ser suprido.

A pesquisa passa a apreciar a legitimidade na realização de contribuições no espaço público, destacando o conceito de legitimidade que deve ser utilizado no procedimento da consulta, o que pode se inferir da utilização do referido conceito em seu aspecto de conceito jurídico fundamental, que na consulta pública se apresenta em um conceito jurídico-positivo voltado ao impedimento da captura do espaço público.

Merece destaque, ainda neste momento, o conceito de “representação adequada”, amplamente utilizada na representação coletiva especificamente no processo civil, que prega a qualificação necessária do agente representante frente ao grupo representado, de modo que a defesa dos interesses não seja feita somente em benefício próprio da contribuição realizada.

Outra aplicação dos conceitos inicialmente apresentados em momento inicial do estudo foi a conclusão pela necessária motivação da decisão que apreciar as contribuições, o que não encontra qualquer respaldo no arcabouço normativo da AGERBA, mas deve ser observado por determinação legal da parte final do art. 29 da LINDB.

Por fim, se fez necessária uma análise apurada da natureza técnica da regulação efetivada pela agência reguladora e um enfrentamento da legitimidade que se espera da atuação administrativa, com conclusão no sentido de que uma indissociável precisão técnica própria da regulação econômica pode implicar em um déficit democrático a ser suprido através do controle social (participação popular) e da legitimação pelo procedimento (processualização da atividade regulatória).

Para um fechamento integral do trabalho como um todo, é possível afirmar que a processualização da consulta pública realizada pelas agências reguladoras deve ser feita com o estabelecimento de regulamentos específicos a cada agência e de acordo com cada setor econômico regulado, de modo que estejam demonstradas as melhores práticas regulatórias e de que forma deve ocorrer a legitimação da atuação técnica das agências através da participação popular, possibilitando o controle interno e externo do processo administrativo normativo.

Não somente a AGERBA está longe, mas também muitas agências reguladoras federais, estaduais e municipais, têm um longo percurso pela frente até alcançar a melhor prática regulatória, principalmente em relação à realização da consulta pública visando a legitimação dos atos normativos, tanto pela tentativa de ocupação do espaço público pelos agentes econômicos dominantes, quanto pela defasagem cultural de participação popular da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ADDOR, F. Reflexões sobre democracia participativa na América Latina. **Revista de Administração Pública**, v. 52, n. 6, p. 1108-1124, 18 out. 2018.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A DEMOCRACIA SEMIDIRETA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 33/2000 |
- ANDRADE, Débora Safira de. **A implantação do sistema Ferry Boat entre Salvador e a Ilha de Itaparica**. Disponível em: <https://www.gamba.org.br/wp-content/uploads/2011/06/A-implantacao-do-sistema-ferry-boat-resgate-hist%c3%b3rico1.pdf> . Acesso em: junho 2022.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria Geral dos Atos Administrativos. *In*: MEDAUAR, Odete Medauar. SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BAHIA. Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia (AGERBA). **Consulta Pública nº 05/2021**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/index.php/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0052021> Acesso em: novembro de 2022.
- _____. **Consulta Pública nº 02/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0022022>. Acesso em: novembro de 2022.
- _____. **Consulta Pública nº 04/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0042022>. Acesso em: novembro de 2022.
- _____. **Consulta Pública nº 05/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0052022>. Acesso em: novembro de 2022.
- _____. **Consulta Pública nº 06/2022**. Disponível em: <http://www.agerba.ba.gov.br/documentos/consulta-publica/consulta-publica-no-0062022>. Acesso em: novembro de 2022.
- BALKIN, Jack M., *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice* (1994). **Faculty Scholarship Series. Paper 272**. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Agências reguladoras.** In: DALLARI, Adílson Abru; NASCIMENTO, Carlos Vado; e MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Tratado de direito administrativo**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BINENBOJM. Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.** 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BONFADINI. Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento.** O problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). **Consulta Pública nº 01/2021.** Disponível em:

<https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas/2021/01/relatorio-de-analise-das-contribicoes-consulta-publica-no-01-2021.pdf>.

Acesso em; 12 de novembro de 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP). **Portaria nº 265/2020.** Regimento Interno da ANP. Brasília: ANP, 2022.

_____. **Relatório contendo o posicionamento final da ANP em relação às contribuições recebidas nas Consultas e Audiências Públicas nº 9/2022.** Disponível em:

https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/arquivos-consultas-e-audiencias-publicas-2022/cp-9-2022/relatorio-final-consulta-e-audiencia-publicas-no-9_2022.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2022.

_____. **Consulta Pública nº 09/2022.** Disponível em:

<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/aviso-de-consulta-e-audiencia-publica-no-9-2022>. Acesso em 12 de novembro de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5ª ed. 2 reimp. Coimbra: Almedina, 1992.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

_____. Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO CHAVES, Vinicius; FLORES, Nilton Cesar da Silva. Possibilidades e limites no aproveitamento dos critérios econômicos na apreciação e justificação de escolhas normativas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 131-148, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2500/1591>. Acesso em: 19 out. 2022.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. 2ª Ed. Belo horizonte: Fórum, 2021.

GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 96. Jul./set. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa da Silva; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Superação do Ato Administrativo Autista. *In*: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In* SUNDFELD, Carlos et.al (orgs). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

_____. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. Funções Administrativas do Estado. *In*: KLEIN, Aline Lícia. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado** / São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. Administração pública ainda sem democracia. **Problemas Brasileiros**, São Paulo, a. 23, n. 256, p. 37-53., mar./abr. 1986.

_____. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A regulamentação da Análise de Impacto Regulatório na Administração Federal: entre o procedimento, as exceções e o nada. **Jota**, edição de 1 de jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/a-regulamentacao-da-analise-de-impacto-regulatorio-na-administracao-federal-01072020>. Acesso em: 19 out. 2022.

MONTEIRO, Vera Moraes. Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 225–242, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77656. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77656>. Acesso em: 9 nov. 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 15 de nov. de 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OCDE. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Paris, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em 17 de nov. de 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

_____ A administração pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, jan./jun. 2008.

Disponível em: <https://publicacoes.uniceub.br/prisma/article/view/569/494>. Acesso em 01 de novembro de 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 2022-10-09.

PECI, Alketa. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

PESSOA, Robertonio; FORTES, Lucas Araújo. Apontamentos para uma democracia administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, out. / dez. 2019.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos atos administrativos. *In*: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROMAN, Flavio José. **Discrecionariiedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011.

SUNSTEIN, Cass. *Smarter Regulation: remarks from cass sunstein, administrator, office of information and regulatory affairs*. **Administrative Law Review**, vol. 63, 2011, pp. 7–13. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/23065469>. Acessado em 12 nov.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo, Companhia das Letras. 2018.

WILDBERGER, Mateus; GILEÁ, José; e SPINOLA, Noelio Dantaslé. Análise da autonomia da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de energia, transportes e comunicações da Bahia – AGERBA e Agência reguladora de saneamento básico do Estado da Bahia – AGERSA. **Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE** - Ano XXII – V. 1 - N. 45 - Abril de 2020 - Salvador, BA.