

# JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X  
Edição 131 - Julho de 2011  
R\$ 16,90

ARNALDO LOPES SÜSSEKIND  
EX-MINISTRO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

## O SÍMBOLO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL

Editorial: CRUZADA CONTRA A MOROSIDADE JUDICIAL

# AS CONSULTAS E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: CONTRIBUIÇÕES PARA SUA EFETIVIDADE

Carolina Barros Fidalgo  
Advogada

As agências reguladoras independentes, em sua configuração atual, são um fenômeno recente no Brasil, ainda se encontrando em fase de ajustes e adaptação. A depuração e o aperfeiçoamento dessas entidades passam pela discussão de temas como os limites das suas competências, o conteúdo da sua autonomia, os controles a que são submetidas e, inevitavelmente, a sua legitimidade. O objetivo a ser buscado deve ser a conciliação entre a autonomia das agências com as exigências de um Estado Democrático de Direito.

Como se sabe, uma das características principais do modelo brasileiro de agências reguladoras é a independência em relação ao Poder Executivo central, consistente em uma autonomia reforçada em relação à que possuem as demais autarquias. Uma das principais facetas dessa autonomia consiste na atribuição de mandatos fixos e por prazo determinado a seus dirigentes, sendo vedada a sua exoneração sem justa causa e prévio contraditório, mesmo que por vontade do Presidente da República.<sup>1</sup> A outra é a inexistência de controle hierárquico sobre as decisões finais emanadas por essas entidades, já que as mesmas não fazem parte da Administração Pública central, sendo criadas sob a forma de autarquias.<sup>2</sup>

Além disso, as agências reguladoras independentes concentram inúmeras funções públicas, classicamente distribu-

ídas entre os três poderes tradicionais do Estado, incluindo-se, aí, além das funções tipicamente administrativas, funções quase jurisdicionais e normativas.

No entanto, essas garantias institucionais e a concentração de funções, características do modelo brasileiro de agências, podem apresentar um problema de déficit democrático. Isso porque a partir da introdução do modelo das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, pôs-se fim à estrutura piramidal da Administração Pública, na qual todos os atos administrativos eram reconduzidos ao chefe do Poder Executivo. A Administração Pública apresenta atualmente uma estrutura policêntrica, caracterizada pela ausência de responsabilidade direta do Chefe do Executivo – escolhido pelo povo através das eleições – pelos atos emanados pelas agências reguladoras.

Adicionalmente, o amplíssimo poder normativo conferido àquelas entidades por meio das chamadas leis quadros<sup>3</sup> dá origem a uma permanente tensão entre o princípio da legalidade e os atos normativos editados pelas mesmas, sobretudo nos casos de inovação no ordenamento jurídico com a criação de direitos e obrigações. Nesse sentido, é possível afirmar que esse modelo se encontra em constante tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, em razão da delegação de funções outras, que não a meramente administrativa, às agências.



Foto: Arquivo J & C

Nesse contexto, reveste-se de especial relevância a criação de mecanismos de controle sobre a atuação das agências e de instrumentos de participação popular na elaboração de decisões, a fim de neutralizar as eventuais consequências negativas da autonomia outorgada a tais entidades, inclusive a normativa.

Uma das formas de legitimação da sua atuação e compatibilização com o princípio da separação de poderes é a previsão de controles exercidos pelos demais Poderes do Estado, bem como por outras entidades, sobre as suas atividades. São mecanismos que buscam verificar a consonância da regulação com a Lei e com a Constituição. Podemos citar, nesse sentido, os controles exercidos pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e os controles exercidos pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

Existem, também, algumas medidas que podem influenciar de maneira positiva o processo de elaboração de decisões por essas entidades. São elas: (i) a heterogeneidade na composição dos seus órgãos decisórios; (ii) a previsão de mandatos não coincidentes de seus dirigentes; (iii) o fracionamento da competência para a nomeação dos dirigentes, a exemplo do que já ocorre com o Tribunal de Contas da União; e (iv) observância – verdadeira – dos requisitos técnicos para a investidura nos cargos de direção dessas entidades.

Além dos controles já mencionados, uma das mais importantes formas de legitimação da atuação das agências reguladoras independentes é a instituição de instrumentos de participação da sociedade no seu processo decisório.

A Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, prevê mecanismos de viabilização da participação popular na Administração Pública, bem como nos Poderes do Estado em geral. De acordo com Antonio Cabral, a instituição desses mecanismos é reflexo da "transposição do modelo tradicional da democracia representativa para o paradigma da democracia participativa e deliberativa", até mesmo em virtude da crise da lei, que "impôs ao Direito Público a criação e o desenvolvimento de instrumentos que permitissem incrementar a participação do indivíduo nos processos de tomada de decisão estatal"<sup>4</sup>.

O artigo 10 da Carta Maior, por exemplo, assegura a participação tanto dos trabalhadores como dos empregadores nos colegiados dos órgãos públicos sempre que estejam em pauta, para discussão e deliberação, seus interesses profissionais ou previdenciários. Outro exemplo encontra-se no artigo 29, inciso XII, da Constituição, que ao tratar das normas básicas de organização dos municípios, prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Pode-se citar, ainda, os artigos 198, III, 204, II, e 227, § 1º, que preveem a participação da comunidade na organização

das ações e serviços públicos da área da saúde e das ações governamentais na área de assistência social. Na mesma esteira, o artigo 216, § 1º, assegura a participação da comunidade na proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro.

No âmbito do Poder Legislativo, a participação é assegurada através da figura do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular e, ainda, pela realização das audiências públicas previstas no artigo 58, § 2º, II, da Constituição. Na esfera do Poder Judiciário, existem as ações populares e as ações coletivas, tal como a ação civil pública, e, ainda, a figura do *amicus curiae* no âmbito das ações de declaração de inconstitucionalidade.

O princípio participativo, que impõe a criação de mecanismos de participação social nos âmbitos legislativo, judicial e, especialmente, administrativo, pode ser extraído, também, do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, previsto no preâmbulo da Constituição da República e reafirmado em seu artigo 1º.

Por um lado, o princípio democrático impõe uma racionalização da ação estatal, que pode ser maximizada por meio da obtenção mais completa de informações e respeito aos princípios da imparcialidade e da transparência. Por outro, o princípio do Estado de Direito determina que o particular tenha a possibilidade de defender os seus interesses, que tenha o direito a ser ouvido, em sua faceta de garantia do contraditório e da ampla defesa. Cabe, ainda, extrair o princípio da participação do princípio do Estado Social, que impõe a realização dos meios necessários à promoção da integração social na busca do bem comum<sup>5</sup>.

Além de todo esse arcabouço constitucional, o direito de participação na administração pública direta e indireta veio a ser expressamente contemplado na Constituição da República por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, por meio da inclusão do § 3º ao artigo 37 da Carta Maior, que assim dispõe:

Art. 37. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I – reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Esse dispositivo é reflexo da transformação pela qual a Administração Pública como um todo vem passando nos últimos anos, caracterizada pela superação do modelo burocrático e pelo abandono do modelo de tomada de decisões única e absolutamente unilateral para se adotar um modelo que considera os interesses privados. Ao longo dos anos, o autoritarismo do Poder Executivo vem desaparecendo para dar lugar, paulatinamente, aos meios de colaboração nas decisões administrativas. Nas palavras de David Duarte, predomina, nos

dias atuais, a ideia do “Estado-soft, que exerce não apenas um governo por discussão, como também protagoniza uma ação reguladora revestida de novos mecanismos, particularmente transubstanciada, contudo, pela reformulação dos meios tradicionais, moldados agora pelo reflexo procedimental da terceira geração dos direitos do Homem e, portanto, inseridos assim no quadro de um novo *modus operandi*”<sup>6</sup>.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1998 determinou uma releitura da estrutura da Administração Pública e, principalmente, da sua relação com o administrado. As agências reguladoras independentes, nessa esteira, possuem um grande potencial de concretização de direitos fundamentais e do princípio democrático, na medida em que podem atuar na defesa, proteção e promoção daqueles direitos, na qualidade de entidades intermediárias e isentas com relação ao governo e grupos de pressão. Assim é que, independentemente da discussão acerca do déficit democrático das referidas entidades administrativas, fato é que elas se distinguem pela proximidade da sua atuação para com a sociedade, o que permite que o princípio da participação tenha a sua plena aplicação.

É sob essa perspectiva que as agências reguladoras, em virtude de características como o seu dinamismo, flexibilidade, independência, especialização técnica e possibilidade do recurso a soluções consensuais, devem ser valorizadas como importantes instrumentos de intercomunicação do sistema jurídico com a sociedade.

A participação, além disso, surge em um movimento de procedimentalização da ação estatal, como sendo mais uma das etapas necessárias à construção do juízo do administrador e, por conseguinte, à prolação da decisão.

Os procedimentos passam a ser vistos, portanto, como forma de legitimação da atuação estatal, pois preveem etapas a serem seguidas, de forma a racionalizar a decisão, bem como a conferir garantias aos administrados, tais como o direito de defesa, gerando confiança no sistema e aumentando o consenso social sobre a decisão final. Nesse sentido, tem-se que a confiança no resultado está relacionada à confiança no procedimento.

Adicionalmente, a participação do setor regulado na tomada de decisão da agência possui o papel potencial de permitir o aperfeiçoamento dos processos decisórios da Administração, através da reunião de um maior número de informações e visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao objeto da decisão. A participação, nesse sentido, permite um amplo intercâmbio de informações. Através do processo participativo, a Administração pode melhor identificar as necessidades coletivas e, a partir daí, fixar as prioridades da sua atuação.

É importante que os indivíduos interessados tenham a oportunidade de ser ouvidos, de contar o seu lado da história, de apresentar provas e argumentos. A participação dos interessados contribui para uma compreensão mais acurada dos fatos e para uma melhor aplicação da lei. Participar é trazer subsídios para a ponderação a ser realizada pela Administração no processo.

Não bastasse todo o já exposto, os procedimentos participativos também são importantes como fontes de informação para o controle judicial, uma vez que permitem ao julgador melhor avaliar a razoabilidade e proporcionalidade da decisão, por meio da análise das opções que se encontravam à disposição do regulador, bem como as opiniões e críticas formuladas pela sociedade.

Enfim, a participação administrativa é um verdadeiro princípio constitucional, decorrente da previsão expressa no artigo 37 da Carta Maior, e também da previsão de direitos individuais, como o do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), do devido processo legal (artigo 5º, LIV), do direito de petição (artigo 5º, XXXIV, a), do princípio da informação administrativa

(artigo 5º, XIV e XXXIII), e, ainda, de um direito genérico à participação nos negócios públicos toda vez que haja a possibilidade de afetação de um interesse particular ou coletivo.

A participação dos interessados no procedimento administrativo de elaboração de atos normativos produz uma série de benefícios, tanto para a própria Administração Pública quanto para a sociedade como um todo. São eles: (i) a compensação do déficit democrático; (ii) a ampliação das fontes de subsídios para a tomada de decisões, o que permite que estas sejam mais eficientes, morais, imparciais, transparentes e econômicas, dentre outros aspectos; (iii) a ampliação da aceitabilidade da decisão administrativa e, por conseguinte, a diminuição dos conflitos entre a Administração e o administrado; e (iv) a potencialização do controle exercido pelo Poder Judiciário, uma vez que os procedimentos participativos permitem ao julgador melhor avaliar a razoabilidade e proporcionalidade da decisão diante das opções e críticas apresentadas pelos administrados.

Não obstante isso, a sua concretização no Brasil enfrenta uma série de dificuldades.

A primeira diz respeito à questão da necessidade de previsão legal expressa que obrigue as entidades a promoverem procedimentos participativos. Conquanto sejam evidentes os benefícios potenciais da implementação desses procedimentos, bem como o seu caráter instrumental na concretização de alguns dos princípios e valores mais caros do nosso ordenamento jurídico, fato é que existe ainda controvérsia sobre a obrigatoriedade da observância do princípio da participação nos processos de elaboração de normas das agências reguladoras.

Com exceção de algumas leis que determinam a obrigatoriedade da realização de consultas e audiências públicas e outras formas de participação, notadamente no âmbito federal, muitas leis de criação das agências reguladoras as preveem em caráter meramente facultativo. Não há uma solução uniforme sobre a obrigatoriedade, tampouco sobre as hipóteses de cabimento da realização de tais procedimentos participativos.

Nesse particular, parece-nos que, seja sob o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito genérico à liberdade e à ampla defesa ou mesmo do princípio do Estado Democrático de Direito, seja em

virtude da vinculação da ação administrativa à máxima realização dos princípios da moralidade, eficiência, economicidade, transparência e dos demais princípios da Administração Pública listados na Constituição Federal, ou, ainda, pela necessidade de compensar o déficit de legitimidade democrática, a obrigatoriedade da realização dos mecanismos de participação existe independentemente de previsão expressa em lei, e o Poder Judiciário deve fiscalizar a sua observância.

Com efeito, não se pode, sob a escusa formalista de que não há previsão em lei, desconsiderar de plano a participação administrativa, sob pena de convolar o respectivo direito constitucional em letra morta e, pior, de se adotar uma postura condescendente com práticas administrativas que, sem qualquer motivo, rejeitam os métodos de participação, não obstante os seus comprovados benefícios para o atendimento dos objetivos de eficiência, transparência, economicidade, moralidade e transparência administrativa, dentre outros. Logicamente, haverá casos em que a realização desses procedimentos poderá ser dispensada excepcionalmente, desde que justificadamente, por razões de urgência ou contrariedade ao interesse público.

Uma segunda dificuldade diz respeito ao grau de comprometimento das agências reguladoras com a criação de um diálogo com a sociedade. Muitas vezes a participação se dá de forma meramente cosmética, apenas para constar, sem que a agência realmente se comprometa com os argumentos, críticas e sugestões trazidos pela sociedade.

Não obstante a participação dos administrados não vincule a decisão da Administração nem lhe retire o poder de decisão final sobre a matéria, é certo que não se podem desconsiderar as contribuições dos administrados desmotivadamente. Assim é que a recusa e mesmo a adoção de quaisquer contribuições feitas pelos administrados devem sempre se dar de forma justificada, isto é, a Administração deve dar a devida consideração a cada uma das contribuições, seja para utilizá-las, seja para refutá-las. É o que prega a doutrina norte americana do *Hard Look Review*.<sup>7</sup>

Não basta, portanto, mera compilação de manifestações ou relatório contendo os temas abordados. Se não se impuser às agências o dever de responder a todas contribuições trazidas pela sociedade, os mecanismos de participação não prestarão para nada além de aumentar os custos e o tempo despendido com esse processo, em violação a todos os princípios constitucionais mencionados acima.

Assim, ao analisar eventuais pleitos de anulação de atos administrativos, deve o Poder Judiciário, sempre que possível, determinar à agência que apresente os motivos que a levaram a produzi-lo e que informe se foram realizados procedimentos participativos prévios, com vistas a verificar se as razões apresentadas pela autoridade consideram as contribuições trazidas pelos administrados e se, além disso, encontram-se justificadas eventuais recusas aos pleitos dos participantes.

Por fim, deve-se chamar a atenção para o fato de que existem algumas condições acessórias que devem ser observadas para


que a participação administrativa surta os efeitos desejados, no sentido de permitir uma aproximação entre a Administração e o particular e a prolação de decisões mais proporcionais e eficientes. São elas: (i) a divulgação do procedimento com uma antecedência razoável; (ii) a possibilidade de o administrado fornecer material para a instrução do procedimento; e (iii) o direito à informação, fundado no princípio da transparência, e garantia do acesso à documentação referente ao procedimento ("princípio do arquivo aberto").

Com vistas a conferir maior publicidade e transparência aos processos de elaboração de atos normativos das agências norte americanas, o *Administrative Procedural Act* exige, por exemplo, que seja publicado no Diário Oficial (*Federal Register*) o edital da proposta de regulamento. O referido ato impõe uma série de requisitos a esse edital, prevendo que este deverá conter: (i) informações sobre a data, o lugar e a modalidade de procedimento participativo que a agência pretende realizar; (ii) o dispositivo legal que confere à agência a competência para regulamentar o assunto; (iii) o texto da norma a ser discutida ou a enumeração dos problemas e temas envolvidos. Também é comum que as agências norte-americanas identifiquem, no referido edital, algumas alternativas normativas à regulamentação pretendida, que estão ainda sendo estudadas, bem como as questões que considerem relevantes para a solução do caso, dentre outras informações.

Nessa esteira, é possível afirmar que as audiências e consultas públicas terão os seus efeitos potencializados se realizadas no âmbito de procedimentos de análise de impactos regulatórios. Esses procedimentos possuem como objetivos a identificação dos impactos da regulação, seus potenciais benefícios, custos e efeitos, e análise de dados empíricos relevantes para a tomada de decisão, com vista a aumentar a qualidade e a eficiência da regulação.

Esses procedimentos têm como uma das suas fases a realização de audiências e consultas públicas, mas vão além, buscando impor à Administração um guia para a elaboração de normas que considere todas as variáveis necessárias.

A *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OCDE) divulgou, em 2008, o documento intitulado *Building a institutional framework for conducting Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy-Makers*.<sup>8</sup> Esse documento contém um *checklist* com sugestões de questões que devem ser consideradas pela autoridade no momento da formulação da regulação. São questões como: (i) qual o objetivo a ser buscado pela regulação; (ii) quais os custos e benefícios da medida regulatória visada; (iii) qual o grau de afetação de direitos fundamentais; (iv) se há alternativas a essa medida; (v) se há base legal para tanto, dentre outras. Uma vez respondidas e delimitadas tais questões, a realização de processos participativos será muito mais eficaz, em virtude da transparência e racionalidade que esse procedimento prévio confere à atuação administrativa.

Essas são, enfim, as nossas breves considerações sobre possíveis medidas que podem auxiliar no aperfeiçoamento da atuação das agências reguladoras independentes no Brasil. 

## NOTAS

<sup>1</sup> A esse respeito, remetemos o autor ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0.

<sup>2</sup> Vale ressaltar, contudo, que existe grande discussão sobre se seria cabível a tutela (também conhecida como controle hierárquico impróprio) pelo Chefe do Executivo ou Ministro de Estado sobre as decisões proferidas em última instância no âmbito da agência. Sobre esse tema, vide Parecer AC 051/06, da Advocacia Geral da União, que afirmou o cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões finais das agências reguladoras, no caso de usurpação de competências ou extrapolação de políticas públicas.

<sup>3</sup> Leis quadros, de acordo com Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO, são aquelas definidoras de princípios gerais, a partir dos quais se desdobraria a regulamentação administrativa. Processo Legislativo. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 171. Complementando essa ideia, Alexandre ARAGÃO observa que "as leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, suprimento do mercado interno, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo da ANP. *Boletim de Direito Administrativo*, ano 17, nº 08, ago. 2001, p. 613).

<sup>4</sup> CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*, nº 2, abr.-jun., 2006, p. 199. De acordo com o autor: "no Estado Democrático de Direito, não basta a observância da legalidade. Deve haver um constante e diário retorno à vontade popular, permitindo-se, com diversos mecanismos de consulta pública, que o verdadeiro titular do poder estatal oxigene, democrática e pluralisticamente, a atividade de seus representantes". Idem, p. 200. Para uma análise mais aprofundada do tema, vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. Cumpre salientar que, já na década de 1970, Norberto BOBBIO chamava a atenção para o fato de que "a exigência (...) de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta". *Futuro da democracia...*, p. 41. Democracia direta definida pelo autor como sendo aquela na qual "o indivíduo participa ele mesmo nas deliberações que lhe dizem respeito". Idem, p. 51. Nesse sentido, o autor explica que o desenvolvimento da democracia em determinado país não se mede mais pelo aumento dos seus eleitores, mas sim dos espaços no qual os cidadãos podem participar, defendendo os seus interesses, ou seja, "para dar um juízo sobre o estado da democratização num dado país o critério não deve mais ser o de 'quem' vota, mas o do 'onde' se vota (e fique claro que aqui entendo o 'votar' como ato típico e mais comum do participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação ao voto)". Idem, p. 56. Fica clara, portanto, a importância dos procedimentos participativos na ampliação do grau de democracia de determinado país.

<sup>5</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 166.

<sup>6</sup> DUARTE, David. *Op.cit.* p. 36.

<sup>7</sup> Doutrina inaugurada com o precedente da Suprema Corte norte americana no caso *State Farm* (463 US 29, 103, S.Ct. 2856, 77 L.Ed.2d 443 (1983)).

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf>.