

Data do recebimento: 7/05/2020

Data do aceite: 23/07/2020

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO DECISÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)

THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE DECISION-MAKING PROCESS OF THE NATIONAL ELECTRIC ENERGY AGENCY (ANEEL)

Jose Domingos Lopes¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. O desenho institucional da Agência Nacional de Energia Elétrica e os limites de sua autonomia decisória; 1.1 Formas de controle da autonomia decisória da Aneel em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário (*accountability* horizontal); 1.2 Mecanismos de participação da sociedade civil na ANEEL e Legitimidade decisória sobre o conteúdo da regulação (mecanismos deliberativos de *accountability* vertical); 2. A participação na esfera pública brasileira: o caso do processo regulatório do setor de distribuição de energia (condições de *accountability* deliberativa vertical na esfera pública); 3. Conclusão; Referências.

1 - Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2018). Pós-Graduação em Direito Público pela Universidade de Brasília (2014). Graduação em DIREITO pela Universidade de Brasília (2006). Atualmente é Procurador Federal - Procuradoria-Geral Federal, com atuação perante os Tribunais Superiores (STJ e STF). Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo, Constitucional, Processual Civil, Previdenciário, Ambiental e Agrário.

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto de estudo a legitimidade decisória na ação regulatória do Estado. Procura sustentar que, com a reforma do Estado na década de 90, constituiu-se no Brasil um novo modelo de Estado regulador. Esse novo modelo regulatório tem potenciais democráticos em relação ao modelo anterior, já que introduz, no sistema político, a partir de um ponto de vista jurídico, novos mecanismos de controle democrático (*accountability*) da ação regulatória do Estado. A mera existência de mecanismos de participação pública não torna a ação regulatória do Estado no Brasil mais legítima do que seria antes das reformas. Contudo, o fato de novos mecanismos decisórios terem sido institucionalizados, como audiências públicas e consultas públicas, abre um novo campo para pesquisas sobre a efetividade de tais mecanismos, dadas as condições nas quais o processo decisório sobre o conteúdo da regulação tem se dado. Buscou-se desenvolver um modelo para análise dos déficits e potenciais democráticos do novo Estado regulador no Brasil. Tal modelo adotou o conceito de democracia procedimental concebido por Habermas a partir do debate norte-americano sobre teorias da democracia (liberais e republicanos), que condicionam o debate sobre os modelos de Estado (liberal e regulador). A pesquisa empírica realizada demonstrou que os mecanismos de participação pública adotados na ANEEL têm um potencial democrático. Todavia, existem déficits democráticos, mas suscetíveis a correção por meio de ajustes jurídico-institucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade Democrática. Agências Reguladoras. Mecanismos de Participação Pública.

ABSTRACT: The present study has as object of study the decision legitimacy in the regulatory action of the State and seeks to maintain that, with the reform of the State in the 90s, a new model of regulatory State was constituted in Brazil. This new regulatory model has democratic potentials in relation to the previous model, since it introduces, in the political system, from a legal point of view, new mechanisms of democratic control (*accountability*) of the State's regulatory action. The mere existence of public participation mechanisms does not make the State's regulatory action in Brazil more legitimate than it would have been before the reforms. However, the fact that new decision-making mechanisms have been institutionalized, such as public hearings and public consultations, opens up a new field for research on the effectiveness of such mechanisms, considering the conditions under which the decision-making process on the content of regulation has taken place. We sought to develop a model for analyzing the deficits and democratic potentials of the new Regulatory State in Brazil. This model adopted the concept of procedural democracy conceived by Habermas from the North American debate on theories of democracy (liberal and republican), which condition the debate on the models of the state (liberal and regulatory). The empirical research carried out demonstrated that the mechanisms of public participation adopted in ANEEL have a democratic potential. However, there are democratic deficits, which point to institutional problems that can be corrected through legal-institutional adjustments.

KEYWORDS: Democratic Legitimacy. Regulatory Agencies. Public Participation Mechanisms.

INTRODUÇÃO

No presente estudo, analisaremos o processo decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica, tendo como pano de fundo os conceitos de democracia procedimental e o papel do Direito na sua relação com a Política, tal como formulados por Habermas. O objetivo dessa análise será avaliar as condições e o grau de legitimidade democrática da atuação regulatória das agências no contexto do chamado novo Estado regulador, considerando o desenho institucional das agências e seus procedimentos decisórios, como órgãos colegiados dotados de independência decisória. Nesse modelo institucional, exige-se, sob o ponto de vista normativo, a fundamentação racional das decisões e se prevê a possibilidade de participação do cidadão na formulação do conteúdo da regulação, por meio dos instrumentos apropriados.

Nesse sentido, buscaremos aquilatar em que medida os mecanismos de consultas públicas e audiências públicas adotados pelas Agências Reguladoras no Brasil podem ser tomados como a garantia de legitimidade do conteúdo da regulação. A adoção desses mecanismos de participação social na tomada de decisão reforça a legitimidade democrática e a autonomia das Agências Reguladoras?

Acreditamos que, à medida que se incrementa a participação da sociedade civil na tomada de decisão política, da qual resulta o poder normativo, mais as agências reguladoras se legitimam sob o aspecto democrático.

Não se desconhece que, no Brasil, os modelos de análise desse fenômeno têm se concentrado apenas na sua dimensão jurídico-formal – as posições têm sido adotadas com base num exame de adequação aos princípios constitucionais (legalidade e separação clássica de poderes) – e partem de conceitos demasiadamente simplificados de *legitimidade democrática*. É dizer, o debate predominante na doutrina brasileira sobre o modelo de agências reguladoras independentes tem buscado explicar a legitimidade democrática dessas instituições, baseando suas análises na chamada teoria da “correia de transmissão” da legitimidade democrática,² segundo a qual “os peritos” simplesmente especificam as determinações contidas na lei, sem capacidade normativa para inovar na ordem jurídica (limites do poder normativo).

No entanto, tais análises são insuficientes, a nosso ver, para compreender a complexidade do funcionamento do Estado regulador e, principalmente, as condições de legitimidade de processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas, pois são modelos de explicação ainda presos a um paradigma liberal de direito e a uma concepção clássica e, por isso, limitada, do princípio da separação de poderes. Ademais, tais modelos são focados apenas em análises de adequação lógico-formal de normas a um ordenamento jurídico hierarquicamente constituído e ignoram uma realidade que se impõe: o fato de que os reguladores, efetivamente, *fazem* leis.

Assim, na dimensão jurídico-formal, a fonte de legitimidade da ação regulatória do Estado continua sendo a lei setorial aprovada pelo Congresso, ao passo que, na dimensão política (Ciência Política), a fonte de legitimidade democrática das políticas formuladas pelas agências reguladoras deixou de ser apenas os interesses e as decisões do Presidente e dos parlamentares eleitos.

2 - Para uma análise deste ponto, ver: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75; e STEWART, Richard B. *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1671-88 (1975).

Nesses modelos de análise predominantes na doutrina brasileira, a *accountability*³ é pensada apenas como controle de eficiência da Administração (em termos de controle de resultados), centrada no processo eleitoral (*accountability vertical*) como forma de responsabilização ou numa relação de freios e contrapesos entre os três Poderes, entendida de forma demasiadamente mecânica e estática (*accountability horizontal*).

No presente estudo, busca-se abordar a questão da legitimidade de atuação das agências reguladoras na perspectiva da teoria da democracia de Habermas, a partir do entendimento de que o sistema jurídico somente é capaz de garantir a realização adequada de sua função de complementação do poder político quando traz consigo uma presunção de legitimidade derivada, em última análise, da força (ilocucionária) socialmente integradora da ação comunicativa (HABERMAS, 2003). Por outras palavras, o fundamento legítimo da autoridade do direito depende da ligação das normas jurídicas com as condições de sua elaboração, em sede de um processo democrático juridicamente institucionalizado, que, presumivelmente, viabiliza o exercício da autonomia política dos cidadãos.

A teoria democrática de Habermas defende que, no Estado Democrático de Direito, a origem dos direitos é explicada pela participação comunicativa dos cidadãos, com iguais liberdades subjetivas na formação do direito, que, por sua vez, deverá reservar espaço para um exercício discursivo de autonomia política. Há, assim, uma necessidade imperiosa de legitimação do Direito.

É nessa perspectiva da necessidade imperiosa de legitimação do Direito que o problema da *legitimidade decisória da ação regulatória do Estado* será encarado. O estudo desse problema se pautará pelo modelo procedimental de democracia desenvolvido por Jürgen Habermas no plano da Filosofia Política e da Teoria do Direito, com ênfase especialmente na ação regulatória do chamado novo Estado regulador, que se formou no Brasil a partir da década de 1990. O modelo de democracia procedimental concebido por Habermas permite, conforme procuraremos demonstrar neste estudo, uma abordagem nova e sofisticada dos *déficits* e potenciais democráticos da ação regulatória do Estado.

Esse modelo habermasiano incumbe ao Direito uma dupla função: por um lado, o Direito institui e garante, no interior do sistema jurídico, mecanismos de participação pública e deliberação; por outro, o Direito serve como ponte, mediante procedimentos, entre a esfera pública e o sistema político institucionalizado, para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas para o interior do sistema político, regulando, assim, a transformação do poder comunicativo em administrativo.

Nesse contexto, faz-se necessário, por um lado, dar sentido às garantias constitucionais de liberdade de opinião, de reunião, de associação, e de obter informações; à existência de mecanismos de participação pública e de deliberação institucionalizados juridicamente e às condições de deliberação pública sobre o conteúdo de normas. Por outro lado, é imperioso analisar o grau de atividade de atores relevantes, não restritos apenas a representantes de empresas reguladas, que possam se utilizar dessas garantias e procedimentos para influenciar a opinião pública e a formação do conteúdo da regulação. É nesse segundo sentido que o Direito contribui para que a esfera pública seja uma *caixa de ressonância* no debate público sobre questões relevantes em matéria de políticas públicas.

3 - O termo *accountability* pode assumir outros significados, mas aqui é usado para qualificar formas de *controle democrático*.

No debate norte-americano sobre teorias da regulação econômica, dois conjuntos de teorias podem ser identificados: a teoria do interesse público (*normative positive theories*) e as teorias da captura e da escolha pública (*capture theories e public theories*), sendo que as teorias da captura e da escolha pública se inserem no contexto mais amplo do debate teórico sobre *rational choice*. Neste estudo, interessa-nos a análise apenas da *teoria da captura*, tal como formulada pelos teóricos da Escola de Chicago, cujo maior expoente foi George Stigler com sua obra “*The Theory of Economic Regulation*”, de 1971.

A teoria da escolha racional defende a ideia de que todo comportamento social é concebido como agir estratégico, podendo ser explicado como resultado de um cálculo egocêntrico de possíveis vantagens. Na síntese de Habermas (1997, v. 2, p. 68), “O acordo racional passa a significar o mesmo que ‘bargaining’ – a barganha ou negociação de compromissos”.

A teoria da captura formulada por Stigler (1971), baseada na teoria da escolha racional, preceitua que o conteúdo da regulação estabelecida pelas agências reguladoras é fruto de um processo de oferta e demanda por regulação. Nesse sentido, uma vez que existem agências reguladoras e que a política não pode ser afastada da burocracia estatal, ainda que esta seja integrada apenas por tecnocratas com garantias de independência decisória, os agentes econômicos buscam realizar seus interesses privados, com a maximização do seu bem-estar econômico, mediante a obtenção de vantagens competitivas. Assim, para Stigler, o conteúdo da regulação econômica nasce capturado pelos grupos de interesse que venceram a disputa na barganha por regulação ao longo do processo decisório interno às agências, permitindo-se concluir que agências reguladoras independentes não seriam, portanto, por princípio, independentes.

Contudo, no entender de Habermas, o processo político envolve muito mais do que compromissos baseados em ameaças por parte dos agentes que competem estrategicamente por influência na arena política. Nesse sentido, a posição de Elster sobre funcionamento do processo político parece ser útil para Habermas no seu propósito de passar da teoria da escolha racional para a teoria do discurso.

Portanto, a ação de grupos de interesses é pressuposta no modelo de democracia procedimental de Habermas (não nega que as pessoas agem estrategicamente buscando a maximização de seus interesses privados). Porém, a garantia de que interesses privados dos grupos mais privilegiados não prevaleçam sobre os interesses de grupos menos privilegiados reside exatamente no aperfeiçoamento e no controle, por meio do Direito, dos mecanismos de participação pública, que possibilitam às partes afetadas registrarem seus argumentos nos procedimentos decisórios sobre o conteúdo da regulação.

Nesse contexto, o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública e das formas de controle de sua observância integra o processo de democratização das instituições públicas e, dessa forma, é condição para a legitimidade do conteúdo da regulação estabelecido por agências reguladoras.

As vantagens do modelo habermasiano decorrem do fato de Habermas trabalhar com um conceito duplo de racionalidade: a racionalidade instrumental (com vistas a fins predefinidos), que permitiria, em certa medida, incorporar o debate sobre organização e ação de grupos de interesse, que atuam segundo uma racionalidade estratégica dirigida a fins, e a racionalidade comunicativa

(com vistas ao entendimento), que permitiria avaliar a atuação de grupos de interesses na esfera pública segundo outra perspectiva que não a egoística, e é exatamente nesse ponto que a avaliação das condições de participação pública se afigura relevante.

Assim, o principal passo dado por Habermas nesse debate foi introduzir a racionalidade comunicativa (com vistas ao entendimento) como fator que coexiste com a racionalidade instrumental (dirigida a fins). Com isso, preferências podem ser alteradas mediante deliberação, e o conteúdo da regulação não é resultado necessariamente de um processo de disputa no jogo de barganha para influenciar a decisão sobre políticas públicas.

Ainda considerando as contribuições da teoria habermasiana ao debate sobre terias da regulação, é importante destacar que a noção de legitimidade introduzida por Habermas é substantiva (não formal) e permite avaliar não apenas se procedimentos decisórios existem e são utilizados, mas em que condições o conteúdo de políticas públicas pode ser efetivamente influenciado por atores que se organizam na sociedade civil e debatem elementos formadores de tais políticas na esfera pública.

O estudo do modelo de agências reguladoras que será desenvolvido no presente trabalho se dará em duas partes. Na primeira parte, serão descritos os mecanismos juridicamente institucionalizados de influência política sobre a formulação do conteúdo da regulação na ANEEL, criada no contexto do novo Estado regulador. Nessa parte, iremos: (a) descrever o desenho institucional da ANEEL e sua relação com a administração direta (Poder Executivo), com o Poder Legislativo e com o Judiciário, apontando as condições de autonomia decisória do órgão regulador; e (b) descrever os mecanismos de participação pública existentes no arcabouço normativo estabelecido para a regulação do setor de energia elétrica.

Na segunda parte, serão descritos e analisados os resultados da pesquisa empírica realizada, buscando-se identificar (a) o perfil dos autores que usam os mecanismos de participação pública para influenciar o processo decisório sobre o conteúdo da regulação na ANEEL; (b) o grau de incorporação de interesses manifestados no conteúdo das normas editadas pela ANEEL; e (c) a existência ou não de justificativas do órgão regulador para eventualmente incorporar interesses x ou y no conteúdo da regulação.

A escolha do setor de energia elétrica como referencial do presente estudo se deu, em primeiro lugar, pelo fato de eu exercer o cargo de Procurador Federal e atuar na defesa da ANEEL há mais de seis anos e, nessa condição, verificar que poucas demandas relativas aos mecanismos de participação pública dos cidadãos, como consultas públicas e audiências públicas, chegam ao Poder Judiciário.

Em segundo lugar, a escolha da ANEEL como objeto de análise baseia-se no fato de que a energia elétrica se constitui no serviço público de maior alcance na sociedade, afetando todos os segmentos, desde grupos de interesses mais fortes até consumidores residenciais. O setor elétrico também ostenta grande relevância política para o Poder Público, devido à proporcionalidade entre o número total de consumidores e o número de eleitores.⁴ Portanto, audiências públicas e consultas públicas se constituem em espaço de articulação e interação entre os mais diversos interesses.

4 - Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (IBGE), 99% da população no Brasil tem acesso à energia elétrica (informações obtidas no site: <https://indicadoresods.ibge.gov.br/objetivo7/indicador711>).

Não se pretende, com a análise do caso ANEEL, estabelecer conclusões acerca do funcionamento de todas as agências reguladoras independentes, até porque, para esse propósito, seria necessário um estudo comparativo entre os processos decisórios de cada uma das agências criadas no âmbito do novo Estado regulador.

No entanto, entende-se que o estudo do caso ANEEL permite chegar a conclusões sobre: (i) o grau de autonomia decisória da agência e as condições de controle democrático de sua atuação em face dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (accountability horizontal); (ii) a efetividade dos mecanismos de participação pública na ANEEL, em termos de condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação (mecanismos deliberativos de accountability vertical); e as condições de participação de grupos de interesse na formulação do conteúdo da regulação (condições de accountability deliberativa vertical na esfera pública).

Acredita-se que este estudo contribuirá para a avaliação do potencial democrático da ANEEL como uma agência reguladora criada no âmbito da reforma do Estado dos anos 90. Paralelamente, fornecerá elementos para se pensar, a partir da perspectiva teórica da democracia procedimental, as condições de legitimidade democrática do conteúdo da regulação no contexto do novo Estado regulador no Brasil.

Dessa maneira, pretende-se contribuir com uma nova abordagem no campo do Direito e da Política acerca da legitimidade do conteúdo das normas editadas no seio da burocracia estatal, mediante delegação legislativa, no contexto do Estado regulador. Para atingir esse objetivo, procurou-se desenvolver um instrumental analítico que permitisse aquilatar, por um lado, o desenho institucional de órgãos reguladores e procedimentos decisórios e, por outro, as condições de participação pública de grupos de interesse na esfera pública. Essas análises permitem identificar as condições de deliberação pública sobre o conteúdo de políticas públicas em órgãos reguladores.

1. O DESENHO INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E OS LIMITES DE SUA AUTONOMIA DECISÓRIA

Do ponto de vista jurídico-formal, o processo decisório sobre o conteúdo de políticas públicas passou, no contexto das reformas do Estado dos anos 90, a ser caracterizado pela: a) autonomia decisória do órgão regulador; b) institucionalização de órgãos colegiados que deliberam sobre a formação do conteúdo normativo; c) ausência ou precariedade de mecanismos institucionalizados de accountability horizontal ao Poder Legislativo; d) institucionalização de canais de participação pública de setores da sociedade civil no processo decisório; e) dissolução de mecanismos institucionalizados de organização dos interesses de grupos predeterminados na burocracia estatal.

O desenho institucional da ANEEL insere-se nesse contexto. Assim, a agência é um órgão dotado de capacidade normativa de conjuntura, mediante delegação legislativa prevista em lei, com autonomia decisória na definição do conteúdo regulatório relativo à prestação de serviços de energia elétrica. Todavia, tal autonomia pode ser limitada e controlada por mecanismos juridicamente institucionalizados de accountability horizontal e de accountability vertical.

1.1 Formas de controle da autonomia decisória da Aneel em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário (accountability horizontal)

A autonomia decisória da ANEEL decorre principalmente da impossibilidade de demissão dos membros dos órgãos colegiados que compõem o órgão regulador, da existência de orçamento próprio aprovado pelo Congresso Nacional, desvinculado do orçamento dos Ministérios, e da impossibilidade de revisão administrativa das decisões por membros do Poder Executivo hierarquicamente superiores (Ministro de Estado e Presidente da República). As decisões de seus órgãos colegiados só podem ser revistas pelo Poder Judiciário, por força de garantia constitucional.

Assim, para compreender as condições institucionais de autonomia decisória da ANEEL e sua relação com os Poderes da República (em especial com a administração direta), faz-se necessário analisar o desenho institucional da agência, especialmente quanto ao órgão colegiado, que tem função administrativa de definição do conteúdo de normas, bem como quanto às garantias institucionais de accountability horizontal da atuação da agência.

Nesse sentido, verifica-se que a Diretoria, órgão de estrutura colegiada, é responsável pela tomada de decisões na agência, sendo composta por 5 (cinco) membros (um Diretor-Geral e quatro Diretores), escolhidos e nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de 4 (quatro) anos,⁵ após aprovação pelo Senado Federal.⁶

À Diretoria da ANEEL compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Autarquia, competindo-lhe ainda o planejamento estratégico da agência; as políticas administrativas internas e de recursos humanos e seu desenvolvimento; e a nomeação, exoneração, contratação e promoção de pessoal, nos termos da legislação em vigor.⁷

A ANEEL exerce as seguintes funções: (i) *executiva*; (ii) *adjudicatória*; (iii) *normativa*.⁸

Tendo em vista que o propósito do presente trabalho se assenta em estudar as condições de legitimidade sobre a formulação do conteúdo da regulação, a análise aqui empreendida está focada essencialmente no exercício da função normativa.

A atribuição para definir a Política Nacional de Energia Elétrica cabe aos Poderes Executivo (no exercício de capacidade normativa de conjuntura) e Legislativo (por meio de lei). Traçando um rol de competências da ANEEL, a Lei nº 9.427/96 dispõe que a ela (agência) cumpre implementar a Política Nacional de Energia Elétrica.⁹ Assim, a execução das políticas governamentais para o setor elétrico é competência da ANEEL, que deve especificar o conteúdo dessas políticas públicas. Isso porque tais políticas governamentais (definidas via decretos presidenciais)

5 - Exceto o primeiro quadro de diretores, cujos mandatos foram de 3 (três) anos, conforme art. 29, da Lei 9.427/96.

6 - Cf. art. 5º da Lei 9.427/1996.

7 - Cf. art. 8º do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

8 - Conferir o art. 3º da Lei 9.427/96.

9 - Cf. art. 3º, inciso I, da Lei 9.427/96.

contêm, em geral, diretrizes, princípios e objetivos gerais. Quando isso ocorre, é o órgão regulador que define o conteúdo de normas específicas.

A Lei 9.427/96 estabeleceu, em seu art. 7º, caput, que

A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

E esse contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas Energia e da ANEEL ao Tribunal de Contas da União, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, cuja consequência será o julgamento das contas com ressalvas.¹⁰ “O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.”¹¹

À exceção da Lei Geral de Telecomunicação (Lei nº 9.472/1997), em nenhuma das outras leis setoriais que institucionaliza o modelo de agências reguladoras independentes no Brasil, há previsão de prestação de contas obrigatória ao Poder Legislativo, o que ocorreu também em relação à lei que instituiu a ANEEL. Porém, nada impede que esse controle se dê de forma indireta, mediante atuação do Tribunal de Contas da União – TCU ou solicitação de prestação de contas pelo Congresso, sem, no entanto, obrigatoriedade de comparecimento de representantes das agências reguladoras (cf. arts. 49, X, 50, 70, e 71 da CF). O fato de a prestação de contas obrigatória não ter sido prevista na lei que instituiu a ANEEL gera *déficit* nas condições de controle por parte do Legislativo, considerando os limites atuais desse sistema de controle indireto.

O princípio constitucional da publicidade é inerente ao exercício da função administrativa.¹² O Decreto nº 2.335/1997, que constitui a ANEEL, estabelece, em seu art. 22, que “O processo decisório da ANEEL obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, ampla publicidade e economia processual”. Assim, o princípio da publicidade foi previsto como um vetor do processo decisório no âmbito da ANEEL.

O §1º do art. 22 do Decreto nº 2.335/1997 também enfatiza o princípio da publicidade no processo decisório da ANEEL, ao estabelecer que:

As reuniões da Diretoria da ANEEL que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.

10 - Cf. § 1º do art. 7º, da Lei 9.427/96.

11 - Cf. § 3º do art. 7º, da Lei 9.427/96.

12 - Cf. Constituição Federal de 1988, art. 37, *caput*.

Nesse contexto, cumpre destacar a existência, no âmbito da ANEEL, da chamada “*Reunião Pública da Diretoria*”, uma sessão solene do processo decisório da agência e na qual são deliberados os processos que envolvam interesses dos agentes do setor elétrico e dos consumidores. A reunião, aberta ao público, ocorre em Brasília (DF), na sede da ANEEL, e é transmitida ao vivo no Portal da agência. Desde que previamente identificada, é assegurado a qualquer pessoa o direito de acesso e presença no lugar designado para a realização da Reunião Pública da Diretoria. Os interessados poderão se inscrever para se manifestar durante a Reunião, pedir preferência na ordem de julgamento ou destacar algum processo do Bloco da Pauta.¹³

A publicidade nos processos deliberativos internos ao órgão regulador é um elemento importante para viabilizar a *accountability horizontal* da agência. A publicidade é garantia de que representantes da administração direta e do Poder Legislativo, bem como atores ligados aos meios de comunicação de massa (imprensa), obtenham informações sobre o que está sendo deliberado pela Diretoria do órgão e repercutam tais informações nos canais de circulação do poder político.

A publicidade nos processos deliberativos é igualmente importante para a participação pública de outros atores no uso de mecanismos deliberativos de *accountability vertical*, conforme se mostrará a seguir.

No tocante ao critério para tomada de decisões, segundo o disposto no art. 8º, §3º, do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997, a Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três Diretores, dentre eles, o Diretor-Geral ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, três votos favoráveis.

No que se refere ao dever de fundamentar as decisões, observa-se que a Lei nº 9.784/1999¹⁴ determina que a autoridade administrativa está obrigada a indicar os motivos e a motivação que ensejaram a tomada de qualquer decisão tomada no curso do processo.¹⁵ A motivação deve ser explícita, clara e congruente, conforme determina o § 1º do art. 50 da referida lei.

No âmbito da ANEEL, o dever de fundamentar as decisões está previsto no art. 27 da Resolução Normativa nº 273/2007, segundo o qual “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que os justifiquem”, sendo que essa motivação deve ser explícita, clara e congruente, conforme determina o § 1º do referido art. 27.

A motivação das decisões da Diretoria é elemento fundamental para a *accountability horizontal* do órgão regulador. Isso tanto para informar a prestação de contas da agência ao Poder Executivo (administração direta) e ao Poder Legislativo quanto para tornar possível o controle judicial de suas decisões por meio da interposição de recursos.

13 - Cf. Arts. 16 e 19 da Resolução Normativa nº 698/2015.

14 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

15 - “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;”9 - Cf. art. 3º, inciso I, da Lei 9.427/96.

Na Resolução Normativa nº 273/2007 da ANEEL, em consonância com a legislação que regula o processo administrativo federal, o meio de impugnação das decisões tomadas pela agência é o recurso à autoridade imediatamente superior àquela que praticou o ato, sendo a Diretoria a instância máxima recursal, exceto para decisões relativas à proteção da ordem econômica, “(...) que obedecerão a procedimento estabelecido em Resolução própria e terão como instância administrativa máxima o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.¹⁶ “Somente contra as decisões adotadas pela Diretoria em única instância caberá pedido de reconsideração, distribuindo-se os autos a novo relator”.¹⁷

Ainda nessa esteira, destaque-se que “Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida, o Diretor-Geral poderá, de ofício ou a pedido, conceder efeito suspensivo ao recurso.”¹⁸

A via recursal na esfera administrativa é uma garantia processual ao contraditório e à ampla defesa de interesses em processos administrativos. A ausência de recurso administrativo hierárquico ao Ministro de Estado ou ao Presidente da República impede, por um lado, que haja mais uma instância recursal, ao mesmo tempo em que impede a revisão dos atos do órgão regulador pela administração direta. Por outro lado, permite que a Diretoria seja um espaço institucional dotado de conhecimentos técnicos específicos na burocracia estatal para dirimir conflitos no setor regulado. Isso propicia, em princípio, que o órgão regulador dê respostas mais rápidas e qualificadas aos conflitos, reduzindo os riscos de uma decisão morosa e possivelmente sem o mesmo embasamento técnico em outras instâncias recursais da burocracia estatal.

De qualquer modo, é sempre garantido, por força constitucional, recorrer ao Poder Judiciário, seja de decisão em procedimento adjudicatório e em procedimento sancionatório, seja de decisão em procedimento normativo. Em todos os casos, ainda que se trate de normas editadas pela agência, o controle pelo Poder Judiciário é possível.

Não cabe, no presente estudo, analisar com profundidade o papel do Judiciário na *accountability horizontal* da atuação das agências reguladoras. No entanto, é um dos poderes que pode garantir: a) que procedimentos administrativos sejam corretamente utilizados pelo órgão regulador (garantias procedimentais); b) que o conteúdo de decisão administrativa (especialmente o conteúdo da regulação, foco de preocupação do presente trabalho) possa ser questionado, caso beneficie, sem justificativa racional (substantiva), determinado grupo de interesse em detrimento de outro.

Nessa última hipótese, o Judiciário analisaria o mérito das decisões administrativas que definem o conteúdo de normas, porém, sem poder substituir o conteúdo por meio de sua decisão. Seria, assim, uma análise substantiva de adequação de justificativas sobre a motivação do ato em relação aos efeitos produzidos ou almejados sobre os agentes afetados, considerando os limites constitucionais e legais. Desse modo, não seria um controle da adequação do conteúdo da regulação a conceitos genéricos, como “interesse público” (MATTOS, 2017).

16 - Cf. art. 42 da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

17 - Cf. art. 50 da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

18 - Cf. art. 47, § 1º, da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

1.2 Mecanismos de participação da sociedade civil na ANEEL e legitimidade decisória sobre o conteúdo da regulação (mecanismos deliberativos de accountability vertical)

As garantias fundamentais de liberdade de associação, de opinião e de reunião, assim como os direitos de representação coletiva, de acesso à informação e de participação foram assegurados na Constituição Federal brasileira de 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 conferiu nova redação ao § 3º do art. 37 da Constituição Federal, para estabelecer expressamente que “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”.

Nos normativos que disciplinam a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica, há previsão de quatro mecanismos de participação: a) *Audiências Públicas*; b) *Consultas Públicas*; c) *Reunião Pública da Diretoria*; e d) *Ouvidoria*.

A Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição de atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei. Assim, no âmbito da ANEEL, o processo decisório que, mediante projeto de lei ou por via administrativa, afetar os direitos dos produtores ou dos consumidores deve ser precedido de uma audiência pública convocada pela própria agência. Desse modo, uma ampla gama de matérias é submetida a esse mecanismo de participação social, havendo certa estabilidade, já que sua existência e manutenção são previstas em lei.¹⁹

As audiências públicas constituem-se numa preocupação com o procedimento regulatório, de sorte que propiciam a participação da sociedade no processo decisório da agência. Dessa forma, a partir do relacionamento direto com os grupos da sociedade e da possibilidade de efetiva influência de tais atores no resultado final da regulação, as audiências públicas passam a funcionar como uma arena de ação de interesses da sociedade e, exatamente por isso, foram escolhidas como o foco deste trabalho.

A Audiência Pública será realizada por Intercâmbio Documental, ou seja, receberá contribuições por escrito ou, se assim deliberar a Diretoria da ANEEL, terá uma Sessão ao Vivo-Presencial. Se houver Sessão ao Vivo-Presencial, “(...) os participantes, devidamente inscritos, podem se manifestar de viva voz, apresentando contribuições sobre a matéria em pauta, bem como comentar sobre contribuições já encaminhadas”.²⁰

No primeiro caso, apenas o envio de documentos é realizado, não havendo participação presencial nem exposições. No segundo caso, além da participação presencial, é permitido o envio de contribuições por meio documental. Após a realização da audiência (ambos os tipos), a ANEEL expede um relatório de análise no qual são divulgadas as contribuições aceitas, aceitas parcialmente e as rejeitadas, apresentando justificativas.

A Audiência Pública tem por objetivos: 1) obter subsídios para o processo decisório da ANEEL; 2) propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminharem seus

19 - “Art. 4º (...) § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. Cf. Art. 42, § 3º, Lei nº 9.427/1996.

20 - Cf. arts. 15 a 22 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

pleitos, opiniões e sugestões; 3) identificar, de forma ampla e democrática, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da Audiência Pública; 4) dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.²¹

A Consulta Pública é um instrumento administrativo de competência dos líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão.²²

A Consulta Pública pode ser realizada por meio de Intercâmbio Documental ou, ainda, contar com a realização de uma Sessão ao Vivo-Presencial, para a manifestação de viva voz dos interessados. O processo e as formas de participação em Consulta Pública são idênticos ao aplicado na Audiência Pública.²³

Embora a Consulta Pública também seja um mecanismo de participação pública direta, pode-se dizer que a Audiência Pública é o principal mecanismo destinado ao engajamento da sociedade no processo decisório da ANEEL, com vistas à definição do conteúdo da regulação. E isso porque, além de ser um instrumento de “*ampla consulta à sociedade*”, abrange qualquer “*processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL*”²⁴. Trata-se, portanto, de um relevante instrumento de apoio ao processo decisório da agência.

Além disso, nem na lei que institui a ANEEL (Lei nº 9.427/1996) nem no Decreto que institui o seu Regimento Interno (Decreto nº 2.335/1997), há previsão das consultas públicas como mecanismo de participação pública. Tal previsão encontra-se na Resolução Normativa da ANEEL nº 273/2007. Todavia, o seu fundamento legal é a lei que regulamenta o processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999), que prevê a realização de consultas públicas, limitando-se, porém, aos casos de processos administrativos para a resolução de conflitos e apenas quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral.²⁵

De toda sorte, as consultas públicas vêm sendo realizadas pela ANEEL com bastante frequência, sendo que, como já ressaltado, seu processamento e formas de participação social são idênticos aos da Audiência Pública.

Cumprido destacar ainda a existência de outro mecanismo de participação pública direta, que é a chamada *Reunião Pública da Diretoria*, cujo objeto e formas de funcionamento já foram especificados acima.

21 - Cf. art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

22 - Cf. art. 22 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

23 - Cf. art. 24 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

24 - Cf. art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

25 - Cf. Art. 31 da Lei nº 9.784/1999.

Por fim, cabe mencionar também que a Lei nº 9.427/1996 prevê, em seu art. 4º, §1º, a institucionalização da *Ouvidoria*, mecanismo de participação pública indireta que pode influenciar, em certa medida, o processo decisório da agência sobre a edição de normas.

2. A PARTICIPAÇÃO NA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA: O CASO DO PROCESSO REGULATÓRIO DO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA (CONDIÇÕES DE *ACCOUNTABILITY DELIBERATIVA VERTICAL* NA ESFERA PÚBLICA)

O desenvolvimento da presente pesquisa, baseado na análise do material empírico desta fase de investigação, foi estruturado em cinco fases: a) seleção de audiências públicas; b) identificação dos atores; c) análise da incorporação das sugestões manifestadas ao texto final da norma; d) consolidação dos dados obtidos em uma base de dados; e e) análise quantitativa dos dados a partir da base de dados.

Para atingimento dos objetivos propostos neste estudo, analisou-se as audiências públicas realizadas e encerradas pela ANEEL, entre 2009 e 2018, ou seja, um período de 10 (dez) anos, sobre o tema *distribuição de energia* e questões correlatas, cujo objetivo era a edição de alguma espécie normativa destinada a regular esse setor.

A escolha do período de 10 (dez) anos se deu em razão da necessidade de se abarcar uma maior quantidade de audiências públicas realizadas e já encerradas que versassem sobre o tema *distribuição de energia* e cujo resultado final tenha levado à expedição de alguma norma, de modo a retratar com maior fidedignidade o fenômeno da participação pública no processo regulatório da ANEEL.

Além disso, a escolha do período de uma década (2009 a 2018) também se justifica pela necessidade de a análise abarcar os diferentes governos que se sucederam no tempo e eventualmente captar mudanças de rumos no tocante à regulação do setor elétrico, considerando que cabe ao Governo Federal definir as políticas e diretrizes gerais para esse setor.

A escolha das audiências públicas está fundada no fato de estas serem espaços de atuação de interesses abertos à sociedade. Além disso, por meio do instituto das audiências públicas, há a efetiva possibilidade de alteração do resultado final do conteúdo regulatório e, também, dada a transparência de seus procedimentos, torna-se factível a análise de um fenômeno de difícil mensuração, que é a atuação de grupos de interesse no processo de formulação de políticas.

A opção pelo setor de *distribuição de energia* como objeto de análise se justifica pelo fato de a energia elétrica consistir no serviço público de maior alcance na sociedade, afetando todos os segmentos, desde grupos de interesses mais fortes até consumidores residenciais, abarcando, assim, a maior quantidade desses atores, conforme já mencionado acima.

Assim, foram selecionadas para análise as seguintes audiências públicas realizadas e concluídas: 001/2009; 010/2009; 047/2009; 011/2011; 038/2011; 048/2011; 078/2011; 026/2012; 057/2012; 100/2012; 019/2013; 093/2013; 097/2013; 028/2014; 046/2014; 069/2014; 002/2015; 037/2015; 074/2015; 077/2015; 078/2015; 001/2016; 034/2016; 038/2016; 040/2016; 063/2016; 081/2016; 025/2017; 037/2017; 044/2017; 027/2018; 038/2018.

Conforme se observa, foram analisadas 32 audiências públicas, iniciadas e encerradas, entre os anos de 2009 e 2018, sobre o tema *distribuição de energia* e questões correlatas, cujo objetivo era a edição de alguma norma destinada a regular esse setor.

A análise foi realizada a partir da leitura do material disponibilizado pela ANEEL em seu *site* oficial [www.aneel.gov.br], tendo por foco os participantes das audiências públicas e os documentos enviados como sugestão à norma submetida à consulta (contribuições).

Discutiu-se sobre quem são os participantes, quem envia contribuições e também quem tem suas contribuições efetivamente aceitas. Os participantes e as colaborações foram classificados de acordo com a nomenclatura utilizada pela própria agência. Para a abordagem das contribuições enviadas, foram analisados os Relatórios de Análise de Contribuições – RAC, expedidos pela agência após a conclusão do processo de audiência pública. Esses documentos condensam as principais informações colhidas do processo, como as contribuições enviadas, os agentes participantes e a análise da autarquia, com as justificativas para aceitação ou rejeição das contribuições.

Dessas audiências analisadas, nove delas, além do intercâmbio documental (contribuições por meio de documentos), também foram realizadas na modalidade presencial, ou seja, a audiência se realizou ao vivo, com participantes e expositores. Em todas as audiências analisadas, havia “Relatório” e “Justificativas” para o não acolhimento da contribuição.

Em relação à categoria de agentes que enviaram contribuições às audiências, empregou-se a nomenclatura utilizada pela própria agência, qual seja, “Produtores”, “Consumidores”, “Poder Público”, “Outros” e “Advogados”. A categoria de “Produtores” refere-se a qualquer empresa regulada: de produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, pública ou privada. Tendo em vista que a categoria de “Consumidores” não é tão homogênea, podendo esconder diferenças em seu interior, ela foi desmembrada em três categorias: consumidores de grande porte (“Industriais/Comerciais”), consumidores de pequeno porte (“Residenciais”) e “Conselhos de Consumidores”. “Poder Público” é uma categoria formada por atores da esfera estatal: Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, das três esferas de governos (federal, estadual e municipal). “Outros” é uma categoria bastante heterogênea, formada principalmente por pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas de consultorias e empresas de fora do setor elétrico.

Ressalte-se que, no caso das audiências públicas da ANEEL, o mecanismo de seleção dos participantes é o aberto ou da autoseleção, ou seja, são abertas a qualquer cidadão interessado em participar. Esse mecanismo bastante inclusivo é atenuado pela orientação da ANEEL para que os conselhos de consumidores – entidades de representação que envolvem consumidores residenciais, comerciais, industriais, rurais e o poder público, além de um secretário em nome da concessionária – participem das audiências públicas. Essa é uma forma de a ANEEL recrutar seletivamente participantes entre grupos cuja participação é menos provável.

Conforme demonstrado, a ANEEL trouxe importantes contribuições para o processo de participação social no setor de energia, ao implementar ações com possibilidade de participação pública nas decisões da agência, envolvendo sociedade, agentes econômicos, consumidores e instituições públicas, por meio de instrumentos como audiências públicas, consultas públicas, ouvidoria setorial, conselho de consumidores, reuniões públicas da diretoria, agenda regulatória e análise do impacto regulatório.

Os Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica são instituições participativas de caráter consultivo, criadas para representar os interesses dos consumidores junto à ANEEL e às concessionárias de distribuição de energia elétrica por meio do envio de sugestões e informações sobre a qualidade do fornecimento da energia aos consumidores finais. No setor elétrico, o papel desses conselhos pode ser desempenhado por meio da participação em audiências e consultas públicas realizadas pela ANEEL.

Esses conselhos possuem grande relevância para o fortalecimento da participação pública na agência, uma vez que, dotados de estrutura que não seria acessível ao consumidor médio de forma individual, asseguram, no debate promovido pela agência, que seja conferido patamar de igualdade entre os prestadores dos serviços, as instituições do poder público e os consumidores, por intermédio dos seus representantes.

A Lei nº 8.631/93 determinou, em seu art. 13, que as concessionárias de serviço público criassem, no âmbito de sua área de concessão, os conselhos de consumidores. O Decreto nº 2.335/97, no art. 4º, XVIII, de seu Anexo I, definiu que competia à ANEEL estimular a organização dos conselhos de consumidores. Para cumprir o seu papel, a autarquia editou a Resolução Normativa nº 138/2000, substituída pela Resolução Normativa nº 451/2011, estabelecendo as condições gerais para a formação, o funcionamento e a operacionalização dos conselhos de consumidores.

Inicialmente, vejamos quem participa e quem envia contribuições.

Tabela 1²⁶

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA		
Categoria	Porcentagem	Qtd. Contribuições
Produtores	74,09%	2.699
Consumidores	17,81%	649
Poder Público	1,29%	47
Outros	6,67%	243
Sem identificação	0,11%	4
Advogados	0,03%	1
TOTAL		3.643

Inferre-se da **Tabela 1** que há uma preponderância da categoria dos “Produtores” (participantes/contribuintes), correspondendo a 74,09% de todas as contribuições enviadas, contra 17,81% de “Consumidores”, 1,29% do “Poder Público”, 6,67% de “Outros”, 0,11% de “Sem Identificação” e 0,03% “Advogados”. Esse fato se explica principalmente pela natureza do setor em questão. A regulação elétrica é um setor que propicia benefícios elevados e concentrados aos agentes e seus custos são, de certa forma, difusos para a maioria dos consumidores, fazendo com que os

26 - Fonte: Elaboração própria.

produtores sejam mais incentivados a se organizar e pressionar em defesa de seus interesses e que sofram mais com os problemas de ação coletiva. Além disso, esses problemas de distribuição de custos e benefícios são ainda mais acentuados quando se verifica a existência de assimetria de informações e recursos empenhados pelos agentes na construção dos documentos enviados, os quais são de difícil elaboração por um não especialista no setor.

Tabela 2²⁷

TAXA DE EFETIVIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES ENVIADAS		
Resultado Alcançado	Percentual	Qtd. Contribuições
Aceitas	38,10%	1.388
Rejeitadas	61,90%	2.255
TOTAL		3.643

Depreende-se da **Tabela 2** que o índice de contribuições efetivamente incorporadas ao documento final (38,10%) é inferior ao índice de contribuições rejeitadas (61,90%). No entanto, um percentual de 38,10% de contribuições aceitas revela a real capacidade dos grupos de interesse de alterar o resultado final do processo decisório.

Passando agora para a análise das contribuições por categoria, identificaremos quais participantes efetivamente influenciam na política regulatória ou quem tem suas reivindicações atendidas.

Tabela 3²⁸

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA				
Categoria	Aceitas		Rejeitadas	
	Qtd.	%	Qtd.	%
Produtores	1.096	40,61%	1.603	59,39%
Consumidores	180	27,91%	469	72,09%
Poder Público	29	61,70%	18	38,30%
Outros	80	32,92%	163	67,08%
Sem identificação	2	50,00%	2	50,00%
Advogados	1	100,00%	-	0,00%
TOTAL	1.388		2.255	

De início, cumpre destacar a alta taxa de contribuições aceitas da categoria “Poder Público” (61,70%), evidenciando-se uma articulação não só com a sociedade, mas também com o Estado no âmbito das audiências públicas.

27 - Fonte: Elaboração própria.

28 - Fonte: Elaboração própria.

Por outro lado, observa-se que a categoria dos “Produtores” tem 40,61% de suas contribuições aceitas, ao passo que os consumidores têm 27,91%. Tais índices demonstram uma sutil sobreposição dos interesses dos regulados. Todavia, nesse caso, faz-se necessário atentar para os valores brutos, de onde se pode extrair o curioso fato de que os “Produtores” têm um número de contribuições aceitas bastante elevado comparativamente à categoria dos “Consumidores”.

Sobreleva notar ainda que a taxa de sucesso da categoria “Outros” é ligeiramente alta (32,92%), a significar que atores de fora do setor elétrico, como pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas de consultorias e empresas de fora do setor elétrico, também estão influenciando na formulação do conteúdo da regulação.

Além disso, pode-se observar também que a taxa de contribuições rejeitadas da categoria dos “Consumidores” (72,09%) é bem maior do que a da categoria dos “Produtores” (59%), o que nos leva a concluir por uma moderada prevalência dos interesses dessa última categoria e nos remete para a importância do papel do órgão regulador nesse processo de integração de interesses.

A categoria de “Consumidores” não é tão homogênea, podendo esconder diferenças em seu interior, daí seu desmembramento em três categorias: consumidores de grande porte (“Industriais/Comerciais”), consumidores de pequeno porte (“Residenciais”) e “Conselhos de Consumidores”.

Tabela 4²⁹

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA DE CONSUMIDORES		
Categoria	Porcentagem	Qtd. Contribuições
Residenciais	4,19%	27
Industriais/Comerciais	16,59%	107
Conselhos de Consumidores	79,22%	511
TOTAL	100,00%	645

Extrai-se da **Tabela 4** que o número de contribuições do segmento “Conselhos de Consumidores” é preponderante, representando 79,22% do total, contra 16,59% do segmento de consumidores “Industriais/Comerciais” e apenas 4,19% dos consumidores “Residenciais”. Esse resultado pode ser considerado inesperado, sobretudo em relação à elevada participação dos “Conselhos de Consumidores” (79,22%), a indicar que a criação de tais conselhos, conforme mencionado acima, está ajudando a incrementar a participação pública no processo regulatório da agência.

Observa-se também que o número de contribuições dos consumidores “Industriais/Comerciais” (16,59%) é bem maior se comparado ao segmento dos consumidores “Residenciais” (4,19%). Isso ocorre, sobretudo, devido à necessidade de uma alta *expertise* para a elaboração desses documentos, dificilmente encontrada em um consumidor residencial, que, como regra, não tem recursos nem incentivos para a especialização que tem um industrial, já que sua atividade en-

29 - Fonte: Elaboração própria.

volve custos muito altos. Além disso, a participação dos consumidores “Industriais/Comerciais” se dá prioritariamente via associação, e não individualmente, como é o caso dos consumidores “Residenciais”.

Vejam agora a taxa de efetividade das contribuições por categoria de consumidores.

Tabela 5³⁰

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA DE CONSUMIDORES					
Categoria	Total	Aceitas		Rejeitadas	
		Qtd.	%	Qtd.	%
Residenciais	27	2	7,41%	25	92,59%
Industriais/Comerciais	107	24	22,43%	83	77,57%
Conselho	511	154	30,14%	357	69,86%
TOTAL	645	180	27,91%	465	72,09%

AA análise da **Tabela 5** nos revela que a taxa de sucesso do segmento “Conselhos de Consumidores” (30,14%) é ligeiramente preponderante em relação aos consumidores “Industriais/Comerciais” (22,43%). Por outro lado, a taxa de rejeição dos consumidores “Industriais/Comerciais” (77,57%) e “Conselhos de Consumidores” (69,86%) aproximadamente se equivalem, indicando certo equilíbrio entre esses segmentos, especialmente pela atuação dos Conselhos dos Consumidores.

Porém, um dado a se ressaltar é o fato de a taxa de rejeição dos consumidores “Residenciais” chegar a 92,59%. Esse dado, aliado ao baixo índice de contribuições enviadas (apenas 4,19%) da tabela anterior, evidencia o reduzido poder de influência no processo regulatório da agência por parte dos consumidores “Residenciais”, quando estes atuam de forma individual e isolada. Daí a importância da iniciativa de organizar os consumidores em Conselhos de Consumidores.

Após essa análise de aspectos mais gerais relativos às audiências públicas selecionadas, passaremos agora a uma análise mais pormenorizada de aspectos relevantes que podem ser extraídos dessas audiências.

Nesse sentido, a análise do material coletado e consolidado revelou que a Audiência Pública nº 038/2011 atraiu uma quantidade significativa de interessados, tanto na modalidade “Presencial” – com 90,91% dos participantes tendo a oportunidade de expor suas razões ao vivo e presencialmente – quanto na modalidade “Intercâmbio Documental” – com 419 interessados enviando suas contribuições. A análise em questão também revela um alto índice de participação da categoria dos “Produtores” (87,11% das contribuições e 36,99% das contribuições aceitas). Esse elevado grau de interesse parece se justificar pela relevância e abrangência da matéria objeto da referida audiência pública, cujo objetivo era “obter contribuições à proposta de Resolução Normativa acerca da consolidação e revisão das regras de acesso aos sistemas de distribuição”, resultando na edição de duas Resoluções Normativas: as de nº 506 e 507, ambas do ano de 2012.

30 - Fonte: Elaboração própria.

Outro evento que despertou elevado interesse dos agentes foi a Audiência Pública nº 078/2015, que recebeu contribuições de 482 interessados, com uma participação significativa da categoria dos “Consumidores” (77,39%), especialmente da subcategoria “Conselhos de Consumidores” (72,41%). A justificativa para esse elevado índice de interesse, em especial da categoria de “Consumidores” – por meio dos “Conselhos de Consumidores” –, reside no fato de que referida audiência pública pretendia “Obter subsídios para o aprimoramento da Resolução Normativa nº 451/2011, que estabelece as condições gerais para a criação, organização e funcionamento dos conselhos de consumidores de energia elétrica, no âmbito das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica”, ou seja, dizia respeito exatamente à criação, organização e funcionamento dos Conselhos de Consumidores, previstos na Lei nº 8.631/1993 e no Decreto nº 2.335/1997.

A Audiência Pública nº 027/2018 também atraiu muitos interessados, recebendo um total de 730 contribuições, com alto índice de participação (80% das contribuições enviadas) e alto índice de contribuições aceitas (45%) em relação à categoria dos “Produtores”. Mais uma vez, a justificativa para esse elevado grau de participação está no tema objeto da referida audiência pública, que buscava “obter subsídios para o aprimoramento das disposições do Atendimento ao Público previstas na Resolução Normativa nº 414/2010 e complementada pelo Módulo 8 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST”, matéria de grande abrangência no setor de *distribuição* de energia.

Por outro lado, agora tendo como foco audiências públicas que tiveram baixo índice de participação, tem-se a Audiência Pública nº 026/2012, com sete contribuições enviadas, e a Audiência Pública nº 074/2015, com apenas quatro contribuições enviadas. A justificativa para esse baixo índice de participação parece situar-se na pouca abrangência do tema objeto da audiência pública, que estava restrito aos interesses da categoria dos “Produtores”. Tanto é assim que, na Audiência Pública nº 026/2012, todas as contribuições enviadas são oriundas da categoria dos “Produtores”, ao passo que, na Audiência Pública nº 074/2015, três das quatro contribuições enviadas são oriundas da categoria dos “Produtores”, devendo-se registrar que, nesse último caso, nenhuma contribuição foi aceita pela agência.

As Audiências Públicas nº 048/2011, 078/2011, 026/2012, 019/2013, 046/2014 e 002/2015 também tiveram altos índices de participação da categoria dos “Produtores” (100% das contribuições enviadas nas cinco primeiras audiências e 99,24% na última), cabendo destacar que, na Audiência Pública nº 048/2011, essa categoria atingiu o índice de 50% das contribuições efetivamente aceitas.

As Audiências Públicas nº 074/2015 e 034/2016, embora ostentem altos índices de participação da categoria dos “Produtores” (75% e 66,67% das contribuições enviadas, respectivamente), apresentam taxa de sucesso igual a zero (0,00%), ou seja, nenhuma contribuição proveniente dessa categoria foi aceita, sendo que, na Audiência nº 074/2015, a taxa de sucesso da categoria dos “Consumidores” também foi igual a zero (0,00%), a revelar uma baixa taxa de incorporação no resultado final do documento nesses dois casos.

Outro dado a ser sublinhado está contido na Audiência Pública nº 010/2009, na qual se verifica um alto índice de participação da categoria “Outros” (41% das contribuições enviadas e 17% das contribuições aceitas). Essa categoria, consoante explicado acima, é bastante heterogênea, formada principalmente por pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas

de consultorias e empresas de fora do setor elétrico. O tema objeto da referida audiência se refere à utilização das instalações de distribuição de energia elétrica como meio de transporte para a comunicação de sinais, portanto, um tema que envolve também o setor de telecomunicações, daí o elevando grau de participação de empresas de fora do setor elétrico.

3. CONCLUSÃO

Portanto, a análise dos índices de participação apresentada neste trabalho permite concluir que o mecanismo de consulta pública vem sendo efetivamente utilizado por outros atores, para além de associações ou empresas do setor elétrico. Esse fato, por si só, comprova que os mecanismos de participação social têm o potencial democrático de ampliar o envolvimento de outros atores da sociedade civil na deliberação sobre o conteúdo da regulação.

Além disso, os resultados da pesquisa demonstraram que outros interesses não restritos aos empresariais privados são levados à agência por atores diversos. Uma gama bastante variada de interesses, enfiados na categoria que denominamos de “Outros”, aparece nas sugestões de distintos atores. Assim, o simples fato de serem publicamente feitas sugestões de alteração normativa com a defesa de interesses difusos na sociedade – mesmo que de forma reduzida – por atores variados nos processos decisórios da ANEEL demonstra o potencial democrático de mecanismos de participação pública, tal como o mecanismo de audiência pública.

Por outro lado, a análise dos dados obtidos também nos indicou uma prevalência dos interesses das empresas reguladas pela agência, em contraposição aos interesses dos consumidores. Tal fato pode ser explicado a partir da distribuição de custos e benefícios na sociedade, que faz com que os benefícios tenham um valor *per capita* alto para os “Produtores” (beneficiados), gerando incentivos para que estes se organizem, e, de forma inversa, os custos tenham um valor *per capita* baixo para os “Consumidores” (prejudicados), cenário que não lhes incentiva a pressionar agindo coletivamente (WILSON, 1989; OLSON, 1999).

Um ponto importante a se destacar sobre esse assunto refere-se à participação dos Conselhos de Consumidores, visto que a instituição e manutenção desses conselhos, obrigação legal das concessionárias e da ANEEL, se constitui no primeiro esforço institucional para diminuir as diferenças de recursos entre consumidores e produtores. Apesar de ainda ser uma iniciativa incipiente, já mostra alguns resultados positivos em seu objetivo de aumentar a participação e a influência dos consumidores relativamente aos produtores.

Cumpramos ressaltar que o fato de as manifestações analisadas em audiências públicas representarem predominantemente interesses empresariais privados (“Produtores”) não constitui um problema em si. Esse fato apenas pode agravar os problemas reais que apontam um provável *déficit de legitimidade* democrática na formulação do conteúdo da regulação na ANEEL.

Consoante demonstrado pelos resultados da pesquisa, não existem discrepâncias significativas entre índices de incorporação de sugestões da categoria “Produtores” (40,61%) e da categoria “Outros” (32,92%). Ao contrário, a taxa de sucesso dessas categorias está relativamente próxima. Além disso, observa-se que os interesses defendidos pela categoria “Poder Público” têm alta taxa de incorporação de suas sugestões (61,70%), o que traz reflexos positivos sobre os interesses defendidos pelas categorias “Consumidores” e “Outros”.

No entanto, se é certo que o índice geral de incorporação de sugestões dos atores que participam das audiências públicas não é tão baixo (38,10%), não menos certo é que a comparação entre as taxas de incorporação dos “Produtores” (40,61%) e dos “Consumidores” (27,91%) indica a existência de problemas quanto ao poder de influenciar o resultado final do processo regulatório.

É certo que a criação dos Conselhos de Consumidores, conforme já ressaltado, elevou o poder dos consumidores relativamente aos produtores. Contudo, essa importante medida ainda não foi suficiente para colocar essas duas categorias em patamares isonômicos, pois ainda não são asseveradas aos consumidores as mesmas condições (tempo, dinheiro e informações) hoje ostentadas pelos produtores.

Por outro lado, a garantia de que os interesses dos atores afetados pelo conteúdo da regulação sejam ouvidos no momento da formulação da norma pela agência depende do aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública por meio da sua prática – da experiência deliberativa.

Todavia, a prática dos mecanismos de participação pública implica muito mais do que a simples realização de audiências públicas pela ANEEL. Essa prática implica o permanente controle de todos os procedimentos previstos para o funcionamento do órgão regulador. Ou seja, não basta que as audiências públicas sejam obrigatórias; é necessário que as sugestões advindas dos vários grupos de interesses afetados pela norma a ser editada sejam efetivamente analisadas e incorporadas – podendo ser descartadas ou aproveitadas –, com fundamentação dada pela Diretoria ao decidir pelo conteúdo normativo *x* ou *y* de determinada norma.

De certa forma, pode-se dizer que a ANEEL implementa com seriedade o mecanismo da audiência pública, pois, conforme já mencionado, todas as audiências públicas analisadas apresentaram o Relatório Análise de Contribuições – RAC, documento que condensa as principais informações da audiência realizada, tais como contribuições enviadas, agentes participantes e a análise da autarquia, com as respectivas justificativas para aceitação ou rejeição de cada sugestão enviada.

Cabe destacar que, recentemente, por meio da Portaria 5.056/2018, a ANEEL instituiu a Comissão de Apoio ao Processo Regulatório sob a Perspectiva do Consumidor, fórum opinativo que visa incrementar a participação social no processo decisório e garantir que a visão do consumidor seja avaliada nos debates, por meio da análise da regulamentação. Trata-se de interessante mecanismo de correção de *assimetria de informação* entre grupos de interesses, a demonstrar a constante preocupação da agência com o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação.

Em conclusão, os resultados da pesquisa empírica realizada demonstram que os mecanismos de participação pública adotados na ANEEL têm efetivamente um potencial democrático, dentro do sentido que se tencionou dar a essa ideia no contexto do modelo habermasiano de democracia, considerando ainda as características da ação regulatória do Estado no Brasil antes das reformas da década de 90. Todavia, esse potencial democrático não se realizou completamente ou pode não se realizar, tendo em vista a ausência de um constante aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública por meio de sua prática e os *déficits democráticos* apontados.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução de Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAGUÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. BIGNENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAGUÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. **O Conselho de Reforma do Estado/Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Recomendação de 31 de maio**. Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.

BRUNA, Sérgio Valera. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMPOS, Luciana Oliveira de. **Setor elétrico: regulação e as audiências públicas promovidas pela ANEEL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 1 e 2, 1997.

HABERMAS, Jürgen (2003). **FATICIDADE E VALIDADE: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 15 maio 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Vol. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. **Lua Nova**, n. 36, 1995.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debata sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Ediciones Paidós/I.C.E da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: Eficiência e legitimidade. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: 2017. p. 34.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. São Paulo: Edusp, 1999.

STIGLER, George. The Economic Teory of Regulation. **The Bell Journal of Economics**, 1971, vol. 2. p. 6.

SUNSTEIN, Cass. O Constitucionalismo após o New Deal. *In*: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord). **Regulação Econômica e Democracia**: O Debate Norte-Americano São Paulo: Ed. 34, 2004 (...).

WILSON, James. **Bureaucracy**: what government agencies do and why they do it. Nova York: Basic Books, 1989.

