Número 40 – novembro/dezembro/janeiro – 2014-15 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861

AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA – PRESSUPOSTOS PARA SUA EFETIVIDADE

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Doutora e mestre pela USP, professora da FGV Direito Rio e da UNIRIO. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio. Email: patriciarsampaio@gmail.com.

Carolina Barros Fidalgo
Mestre pela UERJ e professora da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Email: carolina.fidalgo@clcmra.com.br.

I – Introdução.

As agências reguladoras, autarquias especiais introduzidas no país no contexto do processo de reforma do Estado dos anos 90, são por vezes acusadas de déficit democrático, em razão de disciplinarem relevantes aspectos da vida econômica e social sem que seus diretores tenham sido submetidos ao escrutínio do voto popular.

Dentre os instrumentos de superação desse alegado déficit, emergem as audiências e consultas públicas como searas em que a população – agentes econômicos, consumidores e usuários, academia, etc. – tem a oportunidade de participar da implementação das políticas públicas setoriais, ao poderem influir na redação final de atos normativos que serão aprovados e implementados no âmbito dessas entidades. Trata-se, portanto, de procedimentos destinados ao recebimento, pela Administração Pública, de críticas e sugestões sobre propostas de alterações regulatórias que se pretenda implementar, permitindo que sejam antecipados possíveis questionamentos e corrigidos erros constantes na proposta inicialmente cogitada, como consequência da sua submissão ao escrutínio social.

Em tese, se realizados adequadamente, esses instrumentos são capazes de produzir 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 que alegadamente seria inerente ao modelo das agências reguladoras brasileiras[1]; (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 potenciais conflitos entre Administração e administrados no momento de sua implantação; e (iv) a potencialização – e ao mesmo tempo o refreamento – do controle exercido pelo Poder Judiciário. Explica-se: de um lado, os procedimentos participativos permitem ao julgador melhor avaliar a razoabilidade e proporcionalidade da decisão diante das opções e críticas apresentadas pelos administrados; de outro, seria esperado que, quanto mais bem fundamentada for a decisão administrativa, reduza-se na mesma proporção a possibilidade de sua revisão jurisdicional ou, pelo menos, sejam verificados maiores níveis de deferência àquelas decisões.

A participação do setor regulado na tomada de decisão regulatória, portanto, 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.

Não se pode, contudo, desconsiderar que esses instrumentos de participação envolvem custos – tantos financeiros, necessários à organização dos procedimentos, quanto de tempo, de forma que é necessário avaliar, no caso a caso, se realmente há controvérsia técnica ou jurídica, impasse ou hostilidade a justificar tais dispêndios,[2] ou, pelo menos, se há formas de tornar mais eficientes os referidos procedimentos, com menos dispêndios públicos.

É igualmente importante considerar que não basta apenas organizar as audiências e consultas públicas. A produção de resultados positivos depende de uma série de fatores, em especial, como será tratado neste artigo, a transparência com relação aos motivos que levaram à edição da nova norma regulatória, a preocupação com a linguagem em face do público alvo e, finalmente, a efetiva análise das contribuições recebidas e divulgação das considerações da Administração Pública a esse respeito.

---

[1] Esse déficit seria decorrente tanto da vedação da exoneração ad nutum dos seus dirigentes pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições, quanto da concentração de funções em um único órgão do Estado. Ver a esse respeito MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 222.

[2] Confira-se, nesse sentido, IRVIN, Renée A.; STANSBURY, John. Citizen Participation in Decision Making: is it worth the effort? *Public Administration Review*, vol. 64, n. 1, jan./fev. 2004. Chamamos, contudo, a atenção para o fato de que, no Brasil, várias leis de criação de agências reguladoras federais, ou atos normativos subsequentes, preveem a deflagração de procedimentos de participação como uma obrigação nos casos em que as novas normas setoriais possam afetar direitos dos agentes regulados. Nesse caso, trata-se de uma imposição legal, não havendo liberdade de escolha para o administrador entre realizar ou não a audiência ou consulta pública.

É importante que os indivíduos interessados tenham a oportunidade de ser efetivamente ouvidos, 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.

A doutrina adverte, nessa linha, para a existência de audiências e consultas públicas "cosméticas", realizadas com o único intuito de formalmente cumprir a legislação, mas sem um verdadeiro comprometimento com a participação e seus resultados. O Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União vêm, no mesmo sentido, criticando situações em que, seja pela ausência de divulgação dos estudos técnicos que embasaram a elaboração da norma, da linguagem inacessível ao cidadão comum, de obstáculos geográficos ou físicos atinentes aos locais onde esses procedimentos são realizados, e, ainda, em virtude da ausência de tratamento adequado das contribuições recebidas, as audiências e consultas públicas não atendem aos seus objetivos.

Além da preocupação com a sua efetividade, mostra-se essencial dotar de racionalidade o seu processamento, a fim de que não se transformem em instrumentos de bloqueio de mudanças regulatórias desejáveis.

O presente artigo tem por objetivo subsidiar a discussão sobre as condições essenciais à sua efetividade e racionalidade, incluindo-se (i) a forma e linguagem de divulgação do procedimento; (ii) escolha do local, no caso de audiências; (iii) representatividade dos stakeholders, em especial dos usuários do serviço; e (iv) tratamento das manifestações recebidas.

II – O problema da ausência ou da participação meramente cosmética.

Após o surgimento das agências reguladoras nos anos 90, um grande desafio inicial colocado à participação social consistiu no estímulo à presença de entidades representativas dos usuários. Estudos apontavam que, mesmo em setores de inegável apelo consumerista, a participação, em muitos casos, era praticamente inexistente. [3]

Em estudo realizado por Paulo Todescan Lessa Mattos tendo por objeto as consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL nos anos de 1997 a 2001, o autor chegou à conclusão de que, muito embora tenha sido verificado um aumento do uso dos mecanismos de participação oferecidos pela Agência, a participação dos segmentos da sociedade civil ainda era muito inferior ao necessário para que esses instrumentos pudessem ser considerados verdadeiras formas de legitimação da atuação das Agências Reguladoras.[4]

[3] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203.
[4] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op.Cit.*, pp. 228-229.

Em sentido semelhante, pesquisa realizada por Batista da Silva envolvendo as audiências públicas realizadas pela ANEEL, abrangendo os anos de 1998 a 2006, aponta que, nesse período, os "produtores" responderam por cerca de 73% das contribuições recebidas, ao passo que os consumidores responderam por apenas 8%.[5]

O baixo grau de participação da sociedade civil estaria relacionado não só à incipiência da cultura política de participação no Brasil, mas também à baixa disseminação de informações sobre esses procedimentos ou mesmo à complexidade e tecnicidade das questões discutidas nesses processos.

Este cenário vem, aos poucos, modificando-se. Nesse sentido, estudo recente observou relevante participação dos consumidores nos procedimentos públicos de participação desenvolvidos no âmbito da ANEEL, especialmente por meio de associações e órgãos institucionalizados de proteção.[6]

Todavia, como visto acima, esses instrumentos não atingirão os seus objetivos se não houver comprometimento da Administração Pública em verdadeiramente incluir os administrados na discussão e considerar as suas manifestações. Por vezes audiências e consultas públicas são realizadas sem a prévia divulgação dos estudos que subsidiaram a elaboração de minuta da nova norma regulatória, sem considerar as características do público-alvo (nível de formação, localização de suas residências, etc.), em locais inapropriados para esse fim e, finalmente, sem que sejam efetivamente analisadas as contribuições apresentadas.

Se não se impuser às autoridades administrativas o dever de divulgação transparente das razões que levaram à normatização, em linguagem apropriada e acessível, bem como o ônus de argumentação na tomada de decisões, que impliquem a justificação da eventual recusa das contribuições sociais recebidas, os mecanismos de procedimento participativo não passarão de meras etapas formais do processo de elaboração de decisões, e apenas servirão para aumentar os custos e o tempo despendido com esse processo[7].

---

[5] BATISTA DA SILVA, Mariana. Mecanismos de participação e atuação de grupo de interesse no processo regulatório brasileiro. O caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). *Revista de Administração Pública* – Rio de Janeiro 46(4): 969-92, jul/ago 2012. De um total de 3178 contribuições, o grupo dos "produtores" foi responsável por 2335 contribuições, ao passo que os consumidores apresentaram 258 manifestações.

[6] Ver, nesse sentido, relatando a presença de cerca de 52 eventos de participação de órgãos de defesa do consumidor em audiências públicas promovidas pela ANEEL entre os anos de 2010 e 2012, SAMPAIO, Patrícia Regina e MEDEIROS, Maria Eduarda. A efetividade da participação do usuário nas audiências públicas promovidas pela ANEEL. In AMORIM DA ROCHA, Fábio. *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p. 745 e ss.

[7] A esse respeito, Marçal Justen Filho destaca que "a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes. É fundamental que a atividade decisória da agência incorpore a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. Incorporar a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição. Não se admite o fenômeno que se poderia qualificar como *participação externa* 'cosmética'. A expressão indica a situação em que a agência

De pouco adianta, com efeito, promover audiência ou consulta pública para discussão de atos normativos, com todos os custos de tempo, dinheiro e pessoal envolvidos, se forem criados empecilhos, diretos ou indiretos, à participação justamente daqueles mais afetados pela norma. A audiência não pode ser tratada como "uma mera formalidade despida de conteúdo, realizada para cumprir aparentemente uma determinação legislativa, pressupondo antes a necessidade de reunião das condições materiais de efetividade do input participatório".[8]

No que diz respeito à apreciação das contribuições fornecidas durante os procedimentos participativos, no Brasil, a doutrina tem apontado um baixo nível de comprometimento das Agências com a instauração de um diálogo com a sociedade. Conforme asseverado por Carlos Ari Sundfeld[9], mesmo naqueles casos em que a participação é proporcionada, a Administração Pública visa, muitas vezes, apenas ao cumprimento de uma exigência procedimental. Segundo Egon Bockmann Moreira, a questão é que "as legislações prestigiam a legitimidade em potência dos processos de elaboração normativa, não a procura da legitimidade real, basta que possa haver participação popular, não é necessário que ela efetivamente exista" [10].

A doutrina norte-americana aponta para os mesmos problemas, chamando a atenção para o fato de que, muitas vezes, as audiências são promovidas apenas com o interesse de formalmente corroborar aquilo que a Administração Pública já decidiu, não constituindo um verdadeiro processo de formação da norma regulatória de forma participativa. Como advertido por Renée Irving e John Stansbury,[11] "alguns programas de participação de cidadãos consistem em processos em que os representantes do governo guiam os cidadãos em direção a decisões que o administrador já teria tomado em primeiro lugar. (...) Na prática, essa consulta normalmente consiste em

---

predetermina sua decisão e desencadeia uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas, destinadas apenas a dar uma aparência de democracia à decisão. Assim, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições. Isso significa que a agência independente tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade" (Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 298).

[8] DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*: Para uma concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 127.

[9] De acordo com o autor, "Mas o certo é que, nos embates que já se vêm travando na regulação, os discursos jurídicos têm encontrado poucos ouvidos. Tanto nas consultas públicas quanto nos outros procedimentos das agências [quando elas os realizam], são quase inúteis argumentos tipicamente 'de Direito' como 'os limites do artigo tal da Constituição', o sentido e o alcance do artigo qual da lei ou do decreto', a 'ausência de base legal para a edição desta norma ou daquele ato', o 'devido processo legal', a 'irretroatividade da norma', e outros de nossos exotismos. A resposta a eles com frequência é a pura negação do diálogo". SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 38.

[10] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 245.

[11] IRVIN, Renée A.; STANSBURY, John. Citizen Participation in Decision Making: is it worth the effort? *Public Administration Review*, vol. 64, n. 1, jan./fev. 2004, p. 57, tradução livre.

reunir grupos de cidadãos para que eles sejam doutrinados com o ponto de vista oficial".

Existem, nesse sentido, algumas condições 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) o direito à informação, fundado no princípio da transparência, e garantia do acesso à documentação referente ao procedimento; e (iii) o dever de manifestação da Administração Pública sobre todas as contribuições recebidas, seja para as acolher ou rejeitar. Este tema será detalhado a seguir.

III - Requisitos Procedimentais para as audiências e consultas públicas.

No presente tópico, analisaremos o dever da Administração de (i) motivar as propostas de alteração da regulação, e divulgar tal motivação com antecedência razoável de forma a promover a participação consciente; (ii) escolher local e linguagem adequados para incentivar a participação do público-alvo; e, finalmente, (iii) analisar as contribuições recebidas nesses procedimentos.

III.1 – Sobre o dever de motivação e divulgação dos estudos e documentos que fundamentam a proposta de norma regulatória.

De acordo com os arts. 1º e 93, X, da Constituição Federal, e arts. 2º, VII, e 50 da Lei nº. 9.784/99, a Administração Pública está obrigada a motivar todas as suas decisões, de forma clara, coerente e explícita, indicando os pressupostos de fato e de direito que as fundamentam.

Essa exigência vale tanto para atos concretos, como autorizações, licenças, decisões em processos administrativos sancionatórios, mas, especialmente, no que toca à edição de atos normativos pela Administração Pública. Todo ato normativo editado por agência reguladora deve necessariamente ser acompanhado da demonstração da sua legalidade e razoabilidade e antecedido de estudos sobre os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.

Essa condição é essencial para que a audiência ou consulta sejam produtivas.[12] De acordo com Marçal Justen Filho, "**o procedimento normativo tem de propiciar a identificação de todos os problemas técnicos e das**

[12] Marçal Justen Filho, nesse sentido, adverte que "as escolhas da autoridade não podem ser resultado de uma mera escolha subjetiva. Em uma República, num Estado Democrático, ninguém recebe poder público senão para formular as melhores escolhas. E a melhor escolha não é, a não ser por casualidade, o produto de opções subjetivas irracionais". *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 563.

soluções adequadas e compatíveis",[13] devendo ser iniciado com a realização de estudos técnicos e econômicos, dentre outros, que permitam aferir se as normas que serão editadas são adequadas para solucionar os problemas identificados, se elas atendem, na medida do possível, às exigências sociais, quais são os recursos econômicos necessários à implementação dessa norma e os demais custos regulatórios dela oriundos.[14]

Trata-se de uma imposição não só do princípio da motivação, mas também do princípio da proporcionalidade e da eficiência. O princípio da proporcionalidade, como se sabe, impõe que a medida seja adequada e necessária para o atendimento do fim visado, e que gere mais benefícios do que prejuízos. Aplicado ao procedimento de edição de normas das agências reguladoras, esse princípio exige, portanto, que se demonstre que o meio é apto, que não há outro meio menos interventivo na esfera da liberdade do particular para atingi-lo e, principalmente, que os seus efeitos positivos compensem os seus impactos negativos.

Sob esse prisma, é evidente que a Agência é obrigada a estimar os impactos da medida regulatória imposta, justamente para saber se ela é capaz de atender o objetivo visado, bem como quais são os seus impactos negativos para a sociedade, para aferir se a medida sobrevive a uma avaliação de custo-benefício para os direitos fundamentais envolvidos.

Já existe, aliás, desde 2002, Decreto federal disciplinando procedimento a ser adotado com vista "*a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal*". Trata-se do Decreto nº. 4.176/2002, que, dentre outras coisas, enumera as questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo, tais como: (i) deve ser tomada alguma providência?; (ii) qual o objetivo pretendido?; (iii) quais as alternativas disponíveis?; (iv) quais os instrumentos de ação que parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos: desgaste e encargos para os cidadãos e a economia; eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido); custos e despesas para o orçamento público; efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas; efeitos colaterais e outras consequências; entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução; possibilidade de impugnação no Judiciário.

Em conclusão, é possível afirmar que a ausência de divulgação dos estudos técnicos e econômicos que subsidiaram a elaboração da norma objeto da consulta ou audiência pública caracteriza vício de motivação, e, mais importante, obstáculo à efetiva participação e aos objetivos desses procedimentos, a ensejar a sua nulidade.

[13] *Ob. cit.*, p.565.
[14] *Ob. cit.*, p.567.

Os Tribunais brasileiros vêm analisando a questão sob o ponto de vista do dever de transparência e publicidade, de um lado, e do direito do cidadão à informação sobre a atividade administrativa, de outro, direito esse que, vale lembrar, atualmente é assegurado pela Lei federal nº. 12.527/2011 (a Lei de Acesso à Informação).

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), por exemplo, em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional de Meio Ambiente - IBAMA, consignou que não é razoável a realização de audiência pública para discutir os impactos ambientais produzidos por determinado empreendimento, quando o estudo de impacto ambiental contém deficiências e não foi divulgado previamente ao referido procedimento. Nesse caso, o TRF4 determinou ao IBAMA que exigisse do empreendedor o suprimento de todas as deficiências apontadas pelo Ministério Público Federal antes da convocação das audiências públicas. Nos termos do voto da relatora, asseverou-se que:

> (...) r*ealizar audiência pública sem antes promover estudos determinaria uma consulta popular sem conhecimentos técnicos suficientes, a população sequer teria sido convenientemente informada sobre a discussão dos impactos que a região sofreria. É o princípio da informação e publicidade que precisa ser assegurado de forma correta e consistente. Participação desinformada equivale a participação nula.* (...) *O princípio da participação pública assegura ao cidadão o direito de intervir na tomada da decisão devidamente informado, participação desinformada não é participação e o direito à informação deve se dar no momento adequado, na profundidade necessária e com clareza suficiente.* [15]

Em sentido semelhante, o Tribunal Federal da 1ª Região considerou que os acionistas minoritários do Banco do Brasil têm direito à divulgação de Relatório de Alternativas para a Reorientação Estratégica do Conjunto das Instituições Financeiras Públicas Federais, bem assim à restauração do prazo estabelecido para manifestação acerca das propostas ali apresentadas, discutidas no âmbito de audiência pública promovida pelo Comitê de Coordenação Gerencial das Instituições Financeiras Públicas Federais – COMIF, mantendo a sentença que concedera a segurança para determinar a divulgação do referido relatório e restaurar o prazo para manifestação uma vez que ele fosse disponibilizado:

> *(...) Consistindo a audiência pública numa forma democrática de se propiciar o amplo debate, no seio da sociedade, acerca de determinado tema, afigura-se legítima a pretensão deduzida em juízo, com vistas na divulgação do Relatório de Diagnósticos elaborado pela autoridade impetrada, para fins de discussão*

[15] Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 4ª Turma – APELREEX 2001.71.01.001497-1/RS; Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler; 19/10/2009.

> *pública do Relatório de Alternativas para a Reorientação Estratégica do Conjunto das Instituições Financeiras Públicas Federais, como consequência daquele, prestigiando-se, assim, o direito à informação, a que faz jus a parte interessada, e o princípio da publicidade dos atos administrativos.*[16]

Também o Tribunal de Contas da União já se manifestou a esse respeito, no acórdão nº AC-2261-35/11-P, exarado com fundamento em auditoria operacional realizada pelo TCU tendo por objeto os instrumentos de governança das agências reguladoras federais:

> "*Inicialmente, o motivo de realização da audiência/consulta deve ser externalizado expressamente e de forma clara. Essa exposição de motivos deve fazer parte do procedimento. Além disso, a Agência deve disponibilizar uma nota técnica onde discorre sobre as escolhas que realizou, os critérios que utilizou, as alternativas que possuía e o porquê de sua minuta de resolução. Ou seja, essa nota técnica deve conter, no mínimo, uma exposição de motivos clara, além da análise fática e os estudos envolvidos na formulação daquela minuta. Essa publicidade é importante para que a sociedade possa entender as escolhas do regulador e, assim, ser capaz de criticar e de propor suas alternativas" (sem grifos no original).*

Não basta, com efeito, simplesmente divulgar a proposta de medida regulatória a ser implementada pela Agência. As consultas públicas não devem ser tratadas como providências meramente formais, destinadas apenas a "cumprir, aparentemente, essa etapa procedimental. É necessário que sejam dadas todas as condições para que a audiência se realize plenamente, com a participação ativa e efetiva da população, e que o seu conteúdo seja considerado quando da decisão".[17]

Faz-se preciso, em outras palavras, que sejam garantidos os elementos essenciais ao exercício da participação, em especial a divulgação de informação completa e adequada sobre o assunto em discussão. A doutrina processualista identifica tal exigência como um corolário do contraditório, consubstanciado no binômio informação-reação.[18] Trazendo essa ideia para o Direito Administrativo, a professora Odete Medauar destaca que "a informação necessária para possibilitar a reação" é justamente um dos desdobramentos princípio do contraditório.[19]

---

[16] Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 6ª Turma – AMS 200034000254715; Desembargador Federal Souza Prudente; 04/06/2007.
[17] Cf. Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa, p. 32. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/pmr/GuiaBPReg.pdf. Acesso em 27 fev. 2011.
[18] DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. Vol 1. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 127.
[19] MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110.

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.

Dentre as fases mandatórias de um processo de AIR encontra-se justamente a realização de audiências e consultas públicas. Entretanto, o processo vai além, buscando impor à Administração um guia para a elaboração de normas que considere todas as variáveis necessárias. A esse respeito, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou, em 2008, o documento intitulado *Building an institutional framework for conducting Regulatory Impact Analisys* (*RIA*): *Guidance for Policy-Makers*. Esse documento contém uma *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.

III.2 – Sobre a linguagem utilizada nos procedimentos de consultas e audiências públicas.

Também a linguagem utilizada no bojo dos procedimentos de audiências e consultas públicas é essencial para que sejam obtidos os benefícios potenciais desses instrumentos. Não basta, com efeito, promover audiências e consultas públicas se, dada a complexidade dos temas tratados, o

administrado não tiver condições de compreender as repercussões da nova medida e as alternativas a ela existentes.

Como decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a "audiência pública tem o intuito de propiciar o debate público e pessoal por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil no que refere a assuntos de relevância para a população"[20]. Não há debate, contudo, se não houver acessibilidade efetiva à informação. A divulgação dos estudos técnicos e econômicos que subsidiaram a elaboração de ato normativo é essencial, como visto no tópico anterior, mas é importante considerar que alguns públicos-alvo devem ter tratamento especial, adequado ao seu nível de conhecimento e linguagem.

Nesse sentido, em auditoria sobre os procedimentos de audiência pública realizados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, o Tribunal de Contas da União - TCU proferiu o Acórdão nº. 787/2003, considerando que esses procedimentos não eram inclusivos com relação a parte relevante dos agentes afetados. De acordo com aquele Tribunal, "poderiam ser ouvidos agentes como pescadores, pousadeiros, ambientalistas e a comunidade em geral, além dos investidores. Para tanto, seriam necessárias a facilitação logística e a adequação do vocabulário para dar amplo acesso a todos os segmentos potencialmente impactados pelo desenvolvimento das atividades da indústria petrolífera. Apesar de mais desgastante, lento e oneroso, tal procedimento, ofereceria o benefício de um processo muito mais negociado com todos os interessados e acabaria por reduzir o risco de eventuais enfrentamentos por conta de interesses conflitantes de setores específicos da sociedade".

III.3 – Sobre o local da realização dos procedimentos de consultas e audiências públicas.

Tendo em vista a mesma preocupação tratada no tópico anterior, é importante considerar que a escolha do local para a realização da audiência pública também é fundamental para a produção dos resultados esperados. No mesmo acórdão citado no item anterior, envolvendo os procedimentos de audiências públicas realizados pela ANP, o TCU salientou a importância da escolha de locais e a adoção das providências necessárias a possibilitar e incentivar a participação dos diversos interessados:

> "117-Tradicionalmente, a primeira das apresentações de um extenso périplo, designado pela Agência de roadshows, tem o aspecto formal de uma audiência pública, realizada em um salão de hotel na cidade do Rio de Janeiro. Esse formato não favorece a uma ampla participação de setores sociais que poderiam

[20] Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 4ª Turma – Agravo de Instrumento nº 5014373-16.2011.404.0000/RS – Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior.

> manifestar uma diversidade de interesses em relação às ofertas de áreas para E&P.
> 118-Dado o alcance geográfico de cada rodada de licitações, a equipe de auditoria entende que a ANP deveria promover audiências públicas regionalizadas, que possibilitassem a exaustiva discussão de aspectos de interesse local ou regional além dos aspectos mais abrangentes relacionados à E&P no Brasil.
> 119-Sendo assim, poderiam ser ouvidos agentes como pescadores, pousadeiros, ambientalistas e a comunidade em geral, além dos investidores. (...) 123-Obviamente não se propugna que a Agência deva se abster de promover eventos com esse conteúdo e requinte, mas que tenha uma proposta de inclusão de grupos de interesse menos articulados e mobilizados, porém, potencialmente impactados pelo desenvolvimento da atividade econômica.
> Proposta de encaminhamento
> 124-Ante o exposto, a equipe propõe ao Tribunal que recomende à ANP que promova audiências públicas de caráter regional e com uma linguagem que alcance públicos distintos a fim de facilitar e estimular a ampla participação social no processo de seleção e divulgação das áreas ofertadas para exploração e produção de petróleo e gás natural."

O ponto mais importante desse julgado é o reconhecimento de que não basta a realização da audiência pública. A agência reguladora tem o dever de tornar esse evento acessível a todos os interessados, sob pena de não atingir os objetivos esperados, tais como o 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, bem como de permitir que os interessados tenham a oportunidade de ser ouvidos e de apresentar provas e argumentos.

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sentido semelhante, analisou um caso em que foi necessário adiar a realização de determinada audiência pública, convocada para a discussão dos resultados de um estudo de impacto ambiental, em vista do fato de o número de interessados ser muito superior à capacidade do local inicialmente escolhido. De acordo com esse julgado, prolatado em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, essa medida foi essencial para atingir o real objetivo da realização da audiência pública, qual seja, "a ampla participação popular e o extenso debate":

> "ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AUDIÊNCIA DE EIA/RIMA. SUSPENSÃO DA AUDIÊNCIA PARA PROSSEGUIMENTO EM DATA POSTERIOR. INTERESSE PÚBLICO PRESERVADO. LEGITIMIDADE DO PROCESSO. AUDIÊNCIA VÁLIDA. 1. O objetivo da audiência de EIA/RIMA é possibilitar a participação

> popular em assuntos relacionados ao meio ambiente, e dar concretude ao comando do artigo 225, IV da Constituição Federal, o qual, por sua vez, deriva de um princípio maior, o Republicano, insculpido no artigo 1º da Carta Maior. 2. Iniciada a audiência pública em 17.12.2008, compareceram mais de 300 participantes, o que inviabilizou o prosseguimento da mesma no local designado, porquanto vários outros interessados permaneceram fora do recinto. 3. Redesignada a audiência para o dia 24 de janeiro de 2008, em local mais amplo, com publicação no Diário Oficial do Estado, no Jornal 'O Estado de São Paulo' e em jornais locais, além de informes na Rádio Capital e na Rádio local "Z", compareceram mais de 600 pessoas, com lista de 483 pessoas das quais 55 se manifestaram, com tendo a audiência se estendido por cerca de 07 horas. 4. Foi exatamente o adiamento da audiência que possibilitou a ampla participação popular e o extenso debate que, como dantes afirmado, se estendeu por quase 07 horas, garantindo total legitimidade ao processo. 5. O simples fato de a legislação não prever o desdobramento da audiência não significa que ela não possa ocorrer. É o interesse público quem dita tais regras. O que a legislação veda é a surpresa, a surdina, simulacro de audiência visando burlar o interesse da coletividade. 6. Apelação que se nega provimento".[21]

Também é possível citar julgado em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA que alterasse o local inicialmente escolhido para a realização de uma audiência pública tendo por objeto a discussão sobre ingredientes utilizados na fabricação de produtos derivados do tabaco, tendo em vista a sua incompatibilidade com a quantidade de manifestações recebidas na fase de consulta pública:

> "(...) o auditório do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro tem capacidade para apenas 200 pessoas, configurando espaço por demais exíguo para comportar evento de tamanho porte. Uma prova disso é o número imensamente maior de manifestações geradas quando das Consultas Públicas sobre o assunto efetuadas no ano passado, mais de 250 mil.
> Assim, a fim de se evitar tumulto decorrente da impossibilidade de participação de todos os interessados na audiência, inviabilizando, assim, o prosseguimento do ato, tenho por cautela suspender as Audiências Públicas nº 02 e 03 designadas para o dia 06 de outubro próximo. Deve a ANVISA fixar nova data para os eventos, respeitando o prazo de 15 dias de precedência,

[21] Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Terceira Turma, AC 200861000045380, Juiz Rubens Calixto, 15/07/2011.

> indicando local adequado para a sua realização, COM CAPACIDADE MÍNIMA PARA 1.000 PESSOAS."[22]

Como se vê, ainda que se possa questionar a viabilidade ou eficiência de uma audiência com capacidade mínima para 1000 pessoas, o Poder Judiciário vem se preocupando com a observância de requisitos mínimos (e mesmo práticos) para a promoção da participação, tendo, nesse caso concreto, relacionado o grande número de manifestações recebidas, por escrito, no procedimento de consulta pública como um dos critérios de escolha do local adequado para a promoção da audiência pública, no que tange à sua capacidade.

III.4 – Sobre o dever de manifestação da Administração Pública a respeito das contribuições recebidas.

Um outro aspecto referente à questão da participação diz respeito às suas implicações na motivação da decisão administrativa a ser tomada, isto é, no ônus argumentativo imposto à autoridade com vistas a tornar a sua decisão válida.

É certo que as agências reguladoras, ou qualquer outra entidade que promova a participação administrativa, não ficam obrigadas a adotar quaisquer das contribuições que lhe forem trazidas no âmbito desses procedimentos. A participação dos administrados não vincula a decisão da Administração, nem lhe retira o poder de decisão final sobre a matéria.

Por outro lado, essa ausência de obrigatoriedade de decidir de acordo com a vontade daqueles que participaram da audiência ou consulta pública não significa que a Administração poderá desconsiderar as contribuições dos administrados sem qualquer motivo. É o que estabelece o art. 31, § 2º, da Lei nº. 9.784/99, ao explicitar que "o comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais".

De acordo com Antonio Cabral, os procedimentos participativos geram uma presunção em favor da sua conclusão, uma espécie de "inversão do ônus da prova"[23], impondo à Administração Pública o ônus de justificar qualquer decisão que se afaste da conclusão popular. Veja-se, mais uma vez, que o administrador não está vinculado à conclusão da audiência pública, mas também não pode simplesmente descarta-la. Uma vez fixado o interesse dos agentes regulados no âmbito desses procedimentos, o regulador deve

[22] Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 4ª Turma – AI nº 5014373-16.2011.404.0000/RS – Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior.
[23] CABRAL, Antonio. *Os efeitos processuais da audiência pública*, p. 206. De acordo com o autor, "(...) fixado o interesse público em certo sentido a partir do resultado da audiência, se a autoridade administrativa optar por decidir de maneira contrária, terá de empreender um trabalho de justificação, na motivação do ato administrativo, em maior grau do que o exigido em decisões semelhantes".

esclarecer, motivadamente, o porquê desse interesse coadunar-se ou não com o interesse público.

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 para cada uma das contribuições, seja para utilizá-las, seja para refutá-las. É o que prega a doutrina do *Hard Look Review*.

Esse dever de justificação é uma verdadeira condição para que o modelo participativo se torne eficiente. Explica-se: não fosse a obrigação de justificar tanto as recusas quanto eventuais admissões das contribuições dos administrados, haveria casos em que a Administração Pública realizaria audiências ou consultas públicas apenas para fins de preenchimento de requisitos formais do processo de elaboração de decisões, mas sem qualquer comprometimento com o diálogo com a sociedade.

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.

IV – Conclusão.

O presente artigo buscou analisar os elementos necessários a tornar as consultas e audiências públicas instrumentos efetivos de participação da sociedade na formulação das normas regulatórias, tendo por pressuposto a relevância desses instrumentos no processo de legitimação democrática das políticas públicas setoriais implementadas no âmbito das agências reguladoras.

Nesse sentido, verificou-se inicialmente a existência de participação assimétrica entre usuários dos serviços e a indústria, sendo, relevante, portanto, incentivar a adesão dos primeiros nesse processo.

Como limitadores dessa participação, foram mencionadas a ausência de divulgação do procedimento com uma antecedência razoável; limitações no acesso às informações e documentos relativos aos temas colocados em consulta ou audiência pública, e que deverão ser objeto de decisão

administrativa; e a ausência ou insuficiência de resposta da Administração Pública sobre as contribuições recebidas, seja para as acolher ou rejeitar.

Buscou-se mostrar que os órgãos de controle dos atos da Administração Pública, em especial o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União, estão atentos a essas falhas que dificultam a efetividade máxima dos processos de participação, e têm controlado os desvios da Administração Pública nesse tocante, inclusive mediante a imposição da observância dos princípios da ampla divulgação, da transparência de informações e documentos nos casos concretos analisados, e determinação da suspensão de procedimentos participativos que não atendam a esses requisitos, da divulgação de estudos produzidos, alteração dos locais agendados para a realização de audiências públicas e devolução de prazos para a apresentação de contribuições.

A regulação constitui um fenômeno em permanente aprimoramento, atuando com fundamento na técnica de "*trior and error*". Buscando reduzir os erros regulatórios, que podem implicar significativo desperdício de recursos públicos e privados, além de perda de bem-estar social, as agências reguladoras federais têm adotado o procedimento de análise de impacto regulatório.

Tendo em vista o seu papel fundamental para o sucesso dos procedimentos de AIR, mostra-se imperioso que as agências atentem para a efetividade dos instrumentos de participação, inclusive tendo por norte as decisões judiciais que já demonstraram a possibilidade de seu controle à luz da juridicidade.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. FIDALGO, Carolina Barros. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-PATRICIA-SAMPAIO-CAROLINA-FIDALGO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.