

**A participação popular nas agências reguladoras da Bahia**

**Participation in regulatory agencies in Bahia**

**Participación popular en agencias reguladoras en Bahia**

Recebido: 01/06/2020 | Revisado: 27/06/2020 | Aceito: 02/07/2020 | Publicado: 18/07/2020

**Mateus Wildberger**

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8245-3622>

Universidade Salvador, Brasil

E-mail: [mateus@mwaadv.br](mailto:mateus@mwaadv.br)

**José Gileá**

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7592-920X>

Universidade Salvador, Brasil

E-mail: [jose.gilea@unifacs.br](mailto:jose.gilea@unifacs.br)

**Resumo**

Este artigo trata da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia (AGERBA) e da Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia (AGERSA), únicas agências reguladoras do Estado da Bahia. O objetivo proposto foi analisar a participação popular nessas agências mediante a adoção do modelo deliberativo como instrumento de legitimação dos atos regulatórios. A pesquisa foi realizada sob a vertente metodológica jurídico-dogmática, analisando-se a legislação vigente, assim como os conceitos jurídicos atinentes à temática. Conclui-se que o modelo deliberativo foi adotado pelas agências, mas, em diferentes níveis, fazendo-se necessária a revisão legislativa para aprimorar a participação popular.

**Palavras-chave:** AGERBA; AGERSA; Insulamento burocrático; Modelo deliberativo.

**Abstract**

This article deals with the State Agency for the Regulation of Public Services for Energy, Transport and Communications of Bahia (AGERBA) and the Basic Sanitation Regulatory Agency of the State of Bahia (AGERSA), the only regulatory agencies of the State of Bahia. The proposed objective was to analyze popular participation in these agencies and propose the adoption of the deliberative model as an instrument to legitimize regulatory acts. The research was carried out under the legal-dogmatic methodological aspect, analyzing the current

legislation, as well as the legal concepts related to the theme. It is concluded that the deliberative model was adopted by the agencies, but at different levels, making a legislative review necessary to improve popular participation.

**Keywords:** AGERBA; AGERSA; Bureaucratic insulation; Deliberative Model.

## Resumen

Este artículo trata de la Agencia Estatal Reguladora de Servicios de Energía, Transporte y Comunicaciones Públicas de Bahía (AGERBA) y la Agencia Reguladora de Saneamiento Básico del Estado de Bahía (AGERSA), las únicas agencias reguladoras en el Estado de Bahía. El objetivo propuesto era analizar la participación popular en estas agencias a través de la adopción del modelo deliberativo como instrumento para legitimar los actos regulatorios. La investigación se realizó bajo el aspecto metodológico legal-dogmático, analizando la legislación vigente, así como los conceptos legales relacionados con el tema. Se concluye que el modelo deliberativo fue adoptado por las agencias, pero, a diferentes niveles, es necesaria una revisión legislativa para mejorar la participación popular.

**Palabras clave:** AGERBA; AGERSA; Aislamiento burocrático; Modelo deliberativo.

## 1. Introdução

A análise da participação popular na Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia (AGERBA) e na Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia (AGERSA) é o tema do presente artigo que surgiu a partir da análise da necessidade de se diminuir o insulamento burocrático das agências mediante a participação popular.

As agências reguladoras são autarquias sob regime especial. A autarquia é definida, pelo Decreto-Lei N° 200/67, como um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar, de forma indireta, atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

De acordo com Azevedo (1998) ao longo dos anos, o controle finalístico das autarquias, ou seja, o controle de resultados foi trocado pelo controle dos meios de atuação – contratação de funcionários, folha salarial, licitações etc. – o que ocasionou na perda da flexibilidade das atividades desenvolvidas, de modo que pouco se diferenciavam as autarquias de uma repartição pública da administração direta. Diante dessa realidade foi preciso buscar novas soluções para

fugir dessas restrições genéricas que, com o intuito de coibir os possíveis abusos, acabaram por engessar a entidade descentralizada.

O caminho encontrado para solucionar o engessamento foi a criação da autarquia sob regime especial, que se diferencia da autarquia comum somente pela lei lhe conferir maiores prerrogativas, de forma a aumentar sua autonomia e permitir o cumprimento apropriado de seus propósitos.

Nesse diapasão, as agências reguladoras foram criadas sob a forma de autarquias especiais, fazendo parte da administração indireta do Estado, tendo basicamente por finalidade regulamentar uma atividade econômica executada por um agente econômico. As leis instituidoras das agências conferiram prerrogativas específicas e aumentaram o grau de autonomia de seus dirigentes em relação as autarquias comuns, fazendo com que eles não fiquem sob a influência direta dos governantes, porém sem desobedecer às normas conexas a essas entidades de personalidade jurídica pública. O que diferencia a autarquia sob regime especial são as garantias que a lei instituidora lhe confere para o pleno desempenho de seus propósitos específicos.

Observa-se que o alto grau de autonomia, desaguou na tecnicidade regulatória, e tem levado ao fenômeno do insulamento burocrático, trazendo um grande déficit democrático, pois os seus dirigentes não se submetem ao *accountability* eleitoral, sendo necessária a diminuição desse isolamento, dotando esses atos de legitimidade social.

Diante do exposto definiu-se para este artigo o seguinte problema: como fazer com que os atos regulatórios tenham legitimidade social? E como objetivo principal: analisar a participação popular nas agências reguladoras baianas mediante a adoção do modelo deliberativo como instrumento de legitimação dos atos regulatórios. Trata-se de uma pesquisa de caráter descritivo, amparada, quanto ao seu procedimento, na metodologia dogmática-jurídica, que se utilizou de fontes bibliográficas e documentais, partindo-se do estudo dos pressupostos teóricos, relacionando-os com a legislação estadual vigente.

Este artigo está dividido em cinco capítulos, incluindo a introdução acima. O segundo capítulo descreve as características gerais das agências reguladoras. O terceiro capítulo analisa o modelo deliberativo proposto por Seyla Benhabib e o quarto avalia a legislação da AGERBA e da AGERSA com o intuito de verificar se o modelo deliberativo foi adotado, quais instrumentos de participação foram utilizados e o grau de deliberação popular, em consonância com as definições apontadas no capítulo três. Por fim, apresenta as conclusões.

## 2. Características das agências reguladoras

O modelo das agências reguladoras adotado no Brasil teve como inspiração a experiência dos Estados Unidos da América, país onde as *agencies* foram criadas, no fim do século XIX, com nítido caráter intervencionista, relativizando os princípios liberais, como a propriedade privada e o livre comércio, tendo como objetivo regular o mercado contra os excessos cometidos pelos agentes econômicos (Binenbojm, 2005).

As agências reguladoras americanas sofreram mutações ao longo dos anos, não ficando presas à ideia inicial que levou à sua criação, reestruturando-se nos anos 1930, em face da implantação de uma política econômica intervencionista denominada *new deal*, desenvolvendo novas funções como assinala Melo (2001): a) legislativa, tendo autonomia para editar regulamentos; b) adjudicante, solucionando os conflitos existentes entre os agentes econômicos, usuários e o governo; e c) executiva, por meio da implementação das decisões administrativas.

Melo (2001) aponta ainda que na década de 1960, as agências reguladoras dos EUA passaram a atuar em áreas de forte impacto social, inserindo uma nova perspectiva sobre a atividade regulada, que se voltava exclusivamente para atividades de infraestrutura, energia e economia até aquele período. Binenbojm (2005) ressalta que além dessa mudança de perspectiva regulatória, ocorreu a implementação de novos mecanismos de controle político e jurídico, fomentados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como o controle social realizado pelos grupos econômicos e sociais organizados, sendo, atualmente, a tônica do debate sobre a regulação naquele país.

A concisa evolução histórica das agências reguladoras americanas supracitada tem como objetivo demonstrar que os motivos que levaram à sua criação, com as consequentes modificações ocorridas ao longo dos anos, não incidiram da mesma forma no Brasil.

As agências brasileiras foram estruturadas com a finalidade precípua de criar um ambiente jurídico estável e confiável para os agentes econômicos interessados em investir no país, sendo uma exigência dos órgãos internacionais e do mercado financeiro (Binenbojm, 2005; Farias, 2002; Mueller & Pereira, 2002). Essa condicionante se deu por força da sucessão de acontecimentos econômicos e sociais ocorridos no Brasil nas décadas de 1980 e início da 1990, *verbi gratia* pela criação de diversos planos econômicos, hiperinflação, impeachment de um presidente, forte intervenção estatal nas atividades econômicas, sendo que tais circunstâncias não contribuíram para um ambiente estável e confiável para os investimentos de grande porte.

Nesse diapasão, as agências reguladoras foram inseridas no plano diretor da reforma do aparelho do Estado (Presidência da República, 1995), contudo, a sua normatização não aconteceu por meio de uma lei geral, mas, foi elaborada de forma paulatina, com a criação de cada agência. Aragão (2005, p. 133), valendo-se de uma análise jus-positiva, conceitua as agências reguladoras como:

Autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia ante a administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*, ou seja, em razão da pura e simples vontade do chefe do Poder Executivo.

O conceito em destaque, no que pese fazer menção à aprovação dos diretores pelo Senado Federal, exigência voltada somente para as agências reguladoras federais, pode ser aplicado a todas as agências reguladoras, uma vez que traz os traços característicos desses órgãos na ordem jurídica nacional. É necessário destacar que o legislador, respeitando o princípio federalista, deixou a cargo dos estados, do distrito federal e dos municípios o regramento das suas agências, desde que elas mantivessem as suas características nucleares.

A natureza jurídica das agências reguladoras é de autarquia especial, derivando, essa sua classificação, da autonomia reforçada que os seus membros detêm, em face da instituição de mandatos fixos e estáveis, não sendo passível de exoneração *ad nutum* (Aragão, 2005).

Moreira Neto (1999) destaca que a autonomia ampliada das agências apresenta-se sob quatro espectros: a) *independência política* dos diretores, uma vez que eles detêm estabilidade nos seus cargos; b) *independência técnica decisional*, em face do caráter técnico das decisões administrativas, fora da órbita de decisão governamental; c) *independência normativa*, editando os regramentos incidentes na exploração da atividade econômica regulada; d) *independência gerencial, orçamentária e financeira*, em face da autonomia gerencial da autarquia especial.

Com a crescente criação de agências reguladoras, a doutrina, influenciada pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), estabeleceu a sua classificação, dividindo-as em dois tipos: agências reguladoras da infraestrutura e agências reguladoras sociais, indicando que os motivos pelos quais elas foram criadas são diferentes, assim como as suas formas de atuação.

As agências reguladoras de infraestrutura foram criadas com o escopo de criar um ambiente de credibilidade e diminuir o risco regulatório para o capital privado investidor,

mediante a instituição de uma governança regulatória, restringindo a atuação arbitrária dos governantes (Melo, 2002; Mueller & Pereira, 2002).

A atuação delas se concentra em decisões que interfiram diretamente na economia, buscando aumentar a eficiência das atividades exploradas, mediante a diminuição de entraves para a concorrência e para a inovação, além de manter o ambiente econômico sadio, evitando distorções por parte dos agentes políticos e econômicos (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento [OCDE], 1997), desconsiderando os aspectos sociais nas suas decisões.

Por sua vez, as agências voltadas para a regulação social adotam uma estratégia de *blame shifting*, na qual há uma delegação congressual, em que os agentes políticos outorgam aos agentes reguladores a decisão final sobre temas que poderiam causar prejuízos políticos, blindando-os das críticas dos eleitores (Melo, 2002).

Concentram-se nas áreas sociais, como saúde, segurança, meio ambiente, tendo o objetivo primaz de alcançar a melhoria dos indicadores sociais, deixando, em segundo plano, os aspectos econômicos, pois a sua função não seria atuar diretamente no ambiente econômico, mas no social (OCDE, 1997).

A classificação das agências reguladoras em econômicas ou sociais não deveria persistir, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, toda atividade estatal deve estar a “. . . serviço dos direitos fundamentais, com a capacidade para, democrática e legitimamente, prover não somente as condições existenciais, mas os pressupostos para o livre desenvolvimento da personalidade e a ampla vivência comunitária” (Dantas, 2009, pp. 335-336). Ou seja, não é possível admitir que exista qualquer ato estatal, incluindo os normativos e administrativos das agências reguladoras, que não tenham como finalidade a efetivação dos direitos fundamentais.

Acrescenta-se, ainda, que uma divisão estática entre as agências reguladoras de infraestrutura e as sociais tem pouca aplicabilidade prática, pois a atividade reguladora faz com que, em certos momentos, a dimensão econômica seja posta em primeiro plano, mas, levando-se em consideração os aspectos sociais e, em outra ocasião, determinado ato regulador busque efetivar um direito social, colocando os efeitos econômicos numa perspectiva secundária, fazendo com que a atividade regulatória seja dinâmica e de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes naquele momento.

Dessa forma, Windholz e Hodge (2013, pp. 33-34) afirmam que a atividade regulatória econômica e social possui uma interconectividade, sendo necessário levar em consideração,

tanto os aspectos econômicos quanto os sociais, sopesando esses dois núcleos decisórios, nunca os excluindo totalmente, pois

Os valores primários promovidos pela regulação social são amplos, como justiça, equidade, razoabilidade, coesão social e confiança. Seu propósito principal é atingir determinados resultados socialmente desejados, de preferência aqueles produzidos por mercados operando eficientemente. O valor primário promovido pela regulação econômica, por outro lado, é a eficiência, e seu propósito principal é aprimorar a eficiência econômica desses mercados. . . . Considerações econômicas (contenção de recursos e custos) colocam limites no escopo da regulação social; e considerações sociais (a necessidade de a regulação ser legítima – para ser vista como desejável, adequada e apropriada) – colocam limites na regulação econômica.

Nesse diapasão, as agências reguladoras não são exclusivamente de infraestrutura ou sociais, existindo uma permanente conexão entre a regulação econômica e social, na qual, em alguns momentos, os fatores econômicos assumem um protagonismo e, em outros, os direitos sociais despontam com preponderância, mas sempre sujeitando a atividade reguladora “. . . à aferição da compatibilidade na formulação, implementação, execução, controle e avaliação com as prioridades constitucionais” (Dantas, 2009, p. 339).

Conforme visto, as agências reguladoras foram criadas no Brasil sob o pretexto de trazer uma estabilidade institucional ao capital interessado em investir no processo de privatização das empresas estatais e concessão dos serviços públicos, pautando a sua atuação sob o escopo de serem órgãos técnicos, fora da órbita de atuação dos governos vigentes, caracterizando-se pela tecnicidade das suas decisões.

### **3. O modelo deliberativo como instrumento de legitimidade da ação regulatória**

Ao assumir essa área técnica, como um corpo insuscetível de interferência política, sendo um *locus* burocrático independente, voltado exclusivamente para a regulação das áreas sob a sua supervisão, constata-se a ocorrência do insulamento burocrático, no qual a burocracia apresenta-se como um ente autônomo independente dos governantes (Melo, 2001).

Esse isolamento burocrático, característico das agências reguladoras, “. . . asseguraria a prevalência da racionalidade técnica sobre a racionalidade política, evitando-se assim a balcanização do Estado” (Melo, 2001, p. 61). Porém, segundo Binenbojm (2005) o insulamento burocrático traz consigo um forte déficit democrático, haja vista que os atos regulatórios são elaborados por agentes burocráticos que não se sujeitam ao *accountability* eleitoral.

O isolamento burocrático ao extremo não se compatibiliza com a administração pública contemporânea, pois como bem aponta Benhabib (2007) a sociedade moderna tem como objetivo assegurar três bens públicos: a) a legitimidade; b) o bem-estar econômico; c) um sentimento de identidade coletiva. Sendo a legitimidade o primeiro *munus* a ser concretizado nas democracias complexas, vislumbra-se a ausência de espaço para atos burocráticos insulados.

Retornando ao problema inicialmente definido: como fazer com que os atos regulatórios tenham legitimidade social? Aborda-se que a democracia no Brasil se assenta sob a forma representativa por meio da eleição de agentes políticos para o exercício dos cargos nos Poderes Executivo e Legislativo, por meio de eleições periódicas, exercendo o mandato por um período determinado, sendo tais representantes a vocalização dos anseios da sociedade dentro das instituições vigentes no país.

Entretanto, além da sua forma representativa, a democracia pode ser exercida diretamente pelos cidadãos, mediante as discussões em torno das ações legislativas, administrativas, regulatórias, sem a interlocução imediata de um agente político.

O modelo deliberativo, defendido por Benhabib (2007, p. 51), tem como fundamento a ética do discurso, no qual, para uma deliberação ser considerada válida, é necessária a incidência das seguintes características:

- 1) a participação na deliberação é regulada por normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, questionar, interrogar e abrir o debate; 2) todos têm o direito de questionar os tópicos fixados no diálogo; e 3) todos têm o direito de introduzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas.

A existência de um ambiente de discussão, no qual os debatedores são tratados de forma isonômica, facultando a todos os membros a possibilidade de expor seus argumentos de igual para igual, sem que incida limitações materiais para o exercício de tal direito, consiste no primeiro pressuposto para a incidência da democracia deliberativa.

De acordo com Benhabib (2007) não se pode conceber que os agentes reguladores já possuam uma posição definitiva sobre o tema, no início do debate, prescindindo a oitiva de outras perspectivas sobre a temática, haja vista que, para a ocorrência de uma boa deliberação, mister se faz a existência dos conflitos de ideias, no qual todos os partícipes defendam a sua visão particular do problema posto e como encontrar a sua solução. Esse conflito de posicionamentos faz com que cada um dos agentes se coloque no lugar do outro, analisando as

suas vicissitudes, forçando, assim, uma solução consensual, na qual todos os aspectos são levados em consideração, concretizando-se a reciprocidade igualitária.

Destaca-se que o modelo deliberativo se afasta da teoria da democracia grega, na qual, para a decisão ser válida, seria necessária a existência de uma grande *Ágora* com a participação de todos os cidadãos, sendo que, somente dessa forma se teria a concretização do interesse comum. A ideia de uma grande assembleia homogênea, na sociedade contemporânea, é inviável, por limitações práticas para acontecer, dando espaço à participação da sociedade, por meio de sindicatos, organizações, associações, movimentos sociais e iniciativas individuais dos cidadãos, criando-se “essa esfera pública de redes justapostas e mutuamente entrelaçadas, e as associações de deliberação, contestação e argumentação” (Benhabib, 2007, p. 58).

Ressalte-se que a existência dessa “esfera pública”, na qual há um efetivo debate entre diversos atores, tendo como fim comum a solução dos problemas sociais existentes, é imprescindível para a implementação do modelo deliberativo, levando-se à criação de novas formas institucionais da ação estatal (Benhabib, 2007).

Nada obstante, os modelos deliberativo e representativo coexistem de forma complementar, implementando novas formas institucionais da ação estatal, fazendo com que a ideia excludente, em que a incidência de um modelo anularia o outro, seja repelida (Benhabib, 2007). Santos e Avritzer (2002) afirmam que as democracias complexas contemporâneas admitem a coexistência dessas duas formas de atuação, sendo que parte da inovação institucional ocorre pela participação ativa da sociedade no agir administrativo, a partir do momento em que há uma transferência das práticas e informações dos atores sociais para os agentes burocráticos, oxigenando, assim, o aparato estatal.

Dessa forma, valendo-se do modelo deliberativo, a diminuição do insulamento burocrático das agências reguladoras passa necessariamente pela participação da sociedade civil no debate dos atos regulatórios, fazendo com que o campo de atuação restrito dos agentes burocráticos, longe das ingerências políticas dos governantes, sofra a influência da população, exurgindo a legitimidade social de tais atos.

O modelo proposto demanda a existência de um espaço em que todos os partícipes (agentes reguladores x agentes regulados x sociedade civil) possuam isonomia no momento de expor as suas concepções sobre os problemas postos, discutindo a situação sob a sua perspectiva, propondo soluções, contribuindo, assim, para a atividade regulatória.

Deve-se destacar que a proposta de deliberação democrática não tem como finalidade substituir a atuação dos órgãos técnicos das agências reguladoras, mas retirá-los do isolamento burocrático e fazer com que as percepções dos demais atores sociais sejam efetivamente

consideradas no momento de deliberar, equalizando aspectos técnicos e sociais, com a finalidade de alcançar a melhor solução do problema.

Santos (2002, p. 539), analisando o orçamento participativo no município de Porto Alegre, demonstrou como a interação da sociedade civil, sem o conhecimento técnico de matérias orçamentárias e fiscais, contribuiu significativamente para o aprimoramento do orçamento municipal.

O conflito e a mediação entre questões técnicas e políticas, entre conhecimento e poder, constituem uma das características principais do OP. Se é verdade que os critérios técnicos limitam o campo de participação e da deliberação, também é verdade que o processo do OP transformou radicalmente a cultura profissional da equipe técnica do Executivo. Essa equipe tem sido submetida a um processo de aprendizagem profundo em relação à comunicação e à argumentação com cidadãos comuns. As suas recomendações técnicas devem ser veiculadas numa linguagem acessível a pessoas que não dominam conhecimentos técnicos; a razoabilidade dessas recomendações deve ser demonstrada de modo persuasivo, em vez de ser imposta de forma autoritária; nenhuma hipótese ou solução alternativa pode ser excluída sem que seja mostrada sua inviabilidade. Onde anteriormente prevalecia uma cultura tecnoburocrática, emergiu gradualmente uma cultura democrática.

Verificada a importância do modelo deliberativo para diminuir o insulamento burocrático, assim como para a inovação na atuação administrativa, mister se faz destacar que, no âmbito das agências reguladoras, a participação popular ocorrerá por meio das audiências e consultas públicas.

As audiências públicas consistem em sessões abertas, nas quais são postos previamente os temas a serem debatidos, podendo os atores sociais participarem de forma organizada ou isolada, expondo suas percepções, assim como as soluções que entendem serem adequadas ao caso concreto, contribuindo para a formação de um consenso democrático.

Os resultados das audiências públicas, em regra, deveriam ser vinculantes, entretanto, há preceitos normativos que não vinculam os resultados das reuniões com a elaboração dos atos regulatórios. Nesses casos, porém, as normas a serem instituídas não podem destoar totalmente dos consensos obtidos na audiência pública, havendo a obrigatoriedade de se realizar novas sessões para mostrar os motivos pelos quais não se conseguiu chegar aos resultados pretendidos, buscando um novo consenso sobre o tema (Binenbojm, 2005).

A consulta pública, por seu turno, “. . . consiste no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes da elaboração das normas jurídicas” (Binenbojm, 2005, p. 161), devendo os atores sociais emitirem suas opiniões por escrito sobre a temática posta. De posse das propostas elaboradas, cabe à agência reguladora

analisá-las, fundamentando os motivos que levaram à sua aceitação ou à negação, disponibilizando o resultado aos partícipes, sendo que a deliberação final não pode ter disposição diversa daquela contida no edital de chamamento público (Binenbojm, 2005).

Por intermédio das audiências e consultas públicas, vislumbra-se a interação entre a sociedade civil e a burocracia, diminuindo o seu insulamento, possibilitando a discussão das matérias sob o manto da ética do discurso, legitimando, assim, a atuação regulatória, uma vez que “quanto mais coletivos forem os processos de tomada de decisão, tanto mais o modelo deliberativo de democracia se aproximava do pressuposto de sua legitimidade e racionalidade” (Benhabib, 2007, pp. 50-51).

#### **4. O modelo deliberativo nas agências reguladoras baianas**

O Estado da Bahia possui duas agências reguladoras, tendo sido constituída, em 1998, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicação da Bahia (AGERBA)<sup>1</sup> e, a Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia (AGERSA)<sup>2</sup>, em 2012.

As agências reguladoras baianas possuem diferentes áreas de atuação, sendo a AGERBA uma agência multisetorial, regulando a exploração do serviço público de energia, transporte e comunicação, enquanto a AGERSA tem sua atuação somente na área de saneamento básico, classificando-a como unisetorial.

Além da classificação das agências estaduais em multisetoriais e unisetoriais, poder-se-ia categorizar a AGERBA como agência reguladora econômica ou de infraestrutura, enquanto a AGERSA atuaria no campo social. Destaca-se que, conforme exposto no terceiro tópico deste artigo, as agências reguladoras não devem ser exclusivamente classificadas como infraestruturas ou sociais, uma vez que toda ação estatal, incluindo-se a regulatória, deve ter como finalidade a efetivação dos direitos sociais.

No caso sob exame, evidencia-se a impossibilidade dessa classificação, pois a AGERBA, mesmo com forte atuação no setor econômico, tem ações diretas na área social, valendo como exemplo a instituição de meia-passagem estudantil nas travessias marítimas Salvador/Itaparica e Salvador/Vera Cruz, a criação da tarifa social no serviço público de transporte hidroviário de navegação marítima ligando o município de Salvador à Ilha de

---

<sup>1</sup> Criada pela Lei n° 7.314/98.

<sup>2</sup> Criada pela Lei n° 12.602/12.

Itaparica e a suspensão de transporte rodoviário intermunicipal com vistas a prevenção da COVID-19.

Dessa forma, as agências reguladoras atuam em certos momentos com os aspectos econômicos em primeiro plano e, sociais, em segundo, assim como, em outras ocasiões, a regulação social detém uma preponderância sobre a econômica, devendo, no fim, toda ação regulatória voltar-se para a consecução da efetivação dos direitos sociais.

O primeiro passo para se implementar o modelo deliberativo nas agências reguladoras baianas consiste no fim da classificação dual das agências em econômicas ou sociais, pois, a partir do momento em que se entende que toda ação regulatória tem como fim a concretização dos direitos sociais, constatar-se-á a necessidade de esses atos serem dotados de legitimidade social, fato que somente acontecerá mediante a participação popular.

Nesse diapasão, a participação da sociedade civil ocorre por meio das audiências e consultas públicas, sendo que, na AGERBA, há previsão legal somente para audiências públicas, enquanto na AGERSA os dois modelos participativos foram utilizados. A instituição dos conselhos consultivos, formados por membros da sociedade civil, não se enquadra no modelo deliberativo, pois os seus representantes são nomeados pelo governador do Estado, mediante a indicação da sociedade civil organizada, aproximando-se, assim, do modelo representativo, impedindo a participação direta da população no momento de discussão dos temas regulatórios.

A análise da legislação regulatória baiana faz com que as audiências públicas sejam classificadas como: a) avaliativas; b) informativas; c) decisórias.

As audiências públicas *avaliativas* são realizadas tanto pela AGERBA quanto pela AGERSA para que os usuários dos serviços explorados, assim como os demais interessados, possam expor a avaliação dos serviços prestados pelos agentes econômicos, além da própria atuação da agência reguladora. Valendo-se do modelo deliberativo, no qual os partícipes posicionam-se no mesmo patamar dos dirigentes, permitindo-se a exposição isonômica das suas avaliações, os agentes reguladores terão acesso a um espectro de informação muito mais amplo do que aqueles obtidos nas fiscalizações.

O intercâmbio de informações e experiências na audiência pública, em que são avaliadas a exploração do serviço público e do próprio agir regulador, contribui para o aperfeiçoamento da gestão regulatória, uma vez que não há intermediador entre os partícipes nem filtro das informações prestadas, sendo constatado, no momento da audiência, a percepção positiva ou negativa do serviço prestado. No seu término, os dirigentes reguladores terão um plexo de fatos

e opiniões que deverão indicar qual o caminho a ser seguido no aperfeiçoamento do serviço prestado ou da própria atuação da agência.

As deliberações ocorridas nessas audiências não são vinculativas, por falta de disposição legal nesse sentido, entretanto, a desconsideração das conclusões obtidas deve ser fundamentada com elementos concretos que demonstrem que as avaliações apresentadas não correspondem à realidade fática da prestação do serviço público ou da atuação da agência. Caso inexistam fundamentos para descaracterizar as avaliações postas pela sociedade, os dirigentes reguladores não poderão se abster de agir para alcançar os objetivos expostos pela população.

Por sua vez, as audiências públicas *informativas* são planejadas pelas ouvidorias das agências reguladoras com o intuito de expor assuntos de interesse público relevante para a sociedade, diferenciando-se de uma audiência pública voltada para deliberações ou avaliações dos serviços prestados.

Essas sessões públicas têm como objetivo explicitar temas relevantes, munindo a população das informações necessárias para entenderem os atos regulatórios, trazendo a sociedade para perto do cotidiano administrativo, estabelecendo um vínculo com a camada social, o que não acontece quando as informações são passadas mediante atos legais, informativos ou comunicados oficiais. No que pese o objetivo principal dessas audiências ser a exposição dos dirigentes para a sociedade, não há vedação de que, no fim, seja aberto um espaço para a manifestação dos presentes, desenvolvendo-se um diálogo produtivo.

As audiências públicas *decisórias* são aquelas integrantes do processo de decisão da agência reguladora, no qual se mostra imprescindível a realização de sessões públicas com a sociedade civil, colhendo-se as informações técnicas, percepções da população sobre o tema, pleitos, sugestões, para, no fim, os órgãos diretores fundamentarem a sua decisão. Elas ocorrem no âmbito da resolução de conflitos entre os órgãos reguladores e as empresas que exploram os seus serviços públicos e/ou usuários, assim como no processo de revisão tarifária.

Na AGERBA, essas audiências são realizadas quando o processo decisório que violar os direitos dos agentes econômicos dos setores de energia, transportes e comunicações ou dos consumidores decorrer de ato originário da própria agência reguladora. Nas demandas que envolvam conflito entre as empresas exploradoras da atividade econômica e os usuários com a agência reguladora, urge necessária a realização das sessões públicas com o objetivo de se colher o maior número de informações, opiniões e sugestões possíveis com vista à resolução equitativa do conflito.

Destaca-se que, na AGERBA, a realização dessas audiências é obrigatória, sob pena de nulidade, pois o artigo 37 do regimento interno determina que o processo decisório somente

poderá ocorrer se forem realizadas previamente as audiências públicas, não cabendo à direção geral da agência deliberar pela sua conveniência ou não.

No tocante à AGERSA, as sessões públicas acontecem nos processos decisórios que tiverem relevante impacto econômico e social com o objetivo de propiciar um amplo debate do tema na sociedade. Entretanto, a direção geral da AGERSA não detém a obrigatoriedade de convocar uma audiência pública nessas hipóteses, sendo uma faculdade a sua realização.

Nesta análise, constata-se um retrocesso na legislação regulatória baiana, pois a AGERBA, ao elaborar o regimento interno em 1998, optou pela obrigatoriedade da realização das audiências públicas nos processos que envolvam conflitos entre a agência e os exploradores das atividades econômicas reguladas ou os seus usuários, enquanto que o regimento da AGERSA, formulado 14 anos depois, retira a sua obrigatoriedade, atribuindo a sua realização como uma faculdade dos dirigentes.

Em contrapartida a esse retrocesso, constata-se a evolução legislativa no tocante à participação popular nos processos de revisão tarifária dos serviços públicos explorados.

A AGERBA, tanto na sua lei de criação quanto no seu regimento interno, não dispõe de nenhum dispositivo que vincule a revisão tarifária à prévia realização de audiência ou consulta pública, podendo proceder a tais revisões sem a oitiva da sociedade civil, fundamentando o ato unicamente nos aspectos econômico-financeiros analisados pelo seu corpo burocrático. Em contrapartida, a AGERSA condiciona a revisão tarifária à existência de, pelo menos, duas audiências públicas, ocorrendo uma na capital do estado e outra no interior, sob pena de nulidade da revisão.

A análise das agências estaduais demonstra que a diferença normativa entre elas, no tocante à obrigatoriedade da realização de audiências públicas, previamente ao momento da revisão tarifária, tem origem na classificação superada das agências como econômicas e sociais. Com base nessa diferenciação, vislumbra-se que o regulador deixou aos órgãos técnicos da AGERBA o ônus exclusivo de efetuar a revisão tarifária, uma vez que as atividades reguladas são predominantemente econômicas, não cabendo a interferência da sociedade na avaliação do equilíbrio contratual das empresas exploradoras dos serviços públicos. Enquanto na AGERSA, por sua forte atuação no campo social, uma vez que regula o saneamento básico nos municípios baianos, a participação popular mostra-se imprescindível para legitimar as revisões tarifárias, por conta do impacto dessas alterações no acesso ao sistema de saneamento básico estadual.

Nessa mesma linha, deve-se desmistificar que a atuação da AGERBA tem pouco impacto social, em face da tecnicidade dos setores regulados, pois, como já demonstrado no

presente trabalho, há diversas normas regulatórias dessa agência que concretizam direitos sociais, comprovando-se a impossibilidade da classificação dual.

Partindo do pressuposto de que toda ação regulatória tem como finalidade efetivar direitos sociais, independentemente da atividade econômica regulada e que, para a legitimidade do agir regulatório se fazer presente é necessária a adoção do modelo deliberativo, mister se faz unificar o *modus operandi* das agências reguladoras estaduais, instituindo, na AGERBA, a obrigatoriedade das audiências públicas para a deliberação sobre a revisão tarifária.

No que pese as audiências públicas ocorrerem em ambas as agências estaduais, a consulta pública foi prevista somente na AGERSA, não sendo adotado nenhum procedimento na AGERBA voltado para esse tipo de participação popular.

As consultas públicas, por não viabilizarem o contato direto entre a sociedade civil e os agentes reguladores, concretizando-se mediante a entrega de documentação e manifestação escrita, atua em sede complementar às audiências públicas, tendo o papel de coletar elementos prévios para serem discutidos posteriormente no âmbito administrativo ou nas próprias sessões públicas. Ela é prevista em três hipóteses: a) elaboração das normas de revisão tarifária; b) existência de discussão regulatória que incida fundamentado interesse público; c) assuntos de natureza técnica relativos aos serviços públicos regulados.

A primeira hipótese consiste na realização de consulta pública para fundamentar as normas tarifárias que regulam o processo de revisão tarifária, sendo tal ato diferente da revisão tarifária em si, pois a consulta pública tem como objetivo formar a legislação regulatória, enquanto a audiência pública atua na revisão tarifária em si, modificando as faixas tarifárias e o impacto financeiro nos usuários do serviço público. Esse é o único tipo de consulta pública obrigatória evidenciando a importância dada à participação social na elaboração da política tarifária do serviço de saneamento básico baiano.

As demais consultas públicas têm como objetivo colher percepções sobre a realidade social, sugestões de melhorias a serem adotadas, críticas à prestação de serviço vigente, assim como aspectos técnicos, que serão utilizados como mecanismos de aprimoramento da ação regulatória, diminuindo o isolamento burocrático característico das agências reguladoras.

O modelo deliberativo encontra-se presente com maior ênfase na AGERSA, por força da obrigatoriedade de realização de audiências públicas para legitimar a revisão tarifária, assim como consultas públicas para formar as regras tarifárias, enquanto na AGERBA há um vácuo normativo nesse sentido. Por outro lado, a obrigatoriedade de se realizar audiências públicas em processos que impactem diretamente os direitos dos agentes econômicos e usuários é uma demonstração de vanguarda da AGERBA, não tendo a AGERSA incorporado ao seu

regramento, uma vez que retirou a obrigatoriedade das sessões públicas, nessa hipótese, conferindo aos dirigentes a mera faculdade para realizá-las. Registre-se, ainda, que outro fator evidencia a maior participação popular na AGERSA que diz respeito à instituição das consultas públicas, o que não ocorreu na AGERBA, além de facultar aos dirigentes que se valham de audiências e consultas públicas para atingir quaisquer das finalidades da agência reguladora, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, VII, do regimento interno.

No que pese as disparidades existentes entre as agências, mister se faz destacar a necessidade de aprimoramento dos instrumentos de concretização desse modelo, assim como a reformulação da legislação na busca pela diminuição das distorções existentes, tendo como finalidade a efetivação do modelo deliberativo, legitimando, assim, a atuação regulatória.

## 5. Conclusões

Constata-se que o modelo deliberativo foi adotado pela AGERSA num grau muito superior à AGERBA, haja vista que, na primeira agência, há previsão de realização de audiência e consultas públicas, enquanto, na última, só há possibilidade de audiências públicas. Destaca-se, ainda, a obrigatoriedade da realização de audiências públicas na AGERSA para deliberar sobre a revisão tarifária, enquanto na AGERBA não há dispositivo que albergue tal ação, ficando a cargo exclusivo do corpo burocrático.

O diferente grau de participação popular ocorreu por força da classificação utilizada por parte da doutrina, além dos órgãos internacionais, em que as agências regulatórias são econômicas ou sociais, ficando a cargo das agências econômicas a regulação de matérias técnicas, tendo pouca participação popular, enquanto nas agências sociais o objetivo principal é concretizar os direitos sociais com uma conseqüente participação mais efetiva da população.

Entende-se, com base na lição de Windholz e Hodge, que não se deve classificar as agências reguladoras em econômica, ou de infraestrutura, e sociais, pois toda ação regulatória tem como objetivo concretizar direitos sociais, sendo que, em alguns momentos, os aspectos econômicos detêm uma carga valorativa maior do que os fatores sociais, assim como, em outras ocasiões, os direitos sociais possuem um peso maior do que as circunstâncias econômicas, mas, no fim, toda ação administrativa deve ter como finalidade a concretização dos preceitos constitucionais.

Dessa forma, afastando-se a classificação dual de agências reguladoras, mister se faz destacar que o modelo deliberativo deve ser implementado no mesmo nível nas agências baianas, sendo necessária a revisão da legislação vigente, para que seja adotado um mesmo

*modus operandi*, no qual a participação popular se faça mais presente nas decisões regulatórias, tanto da AGERBA quanto da AGERSA, diminuindo, assim, o insulamento burocrático.

Implementando-se as propostas expostas no presente artigo, mister se faz analisar em estudos futuros a eficácia do modelo deliberativo na atuação regulatória baiana, uma vez que se pode efetuar mudanças legislativas, mas na prática não ocorrer a execução deste modelo nos moldes propostos, diminuindo a eficácia social da participação popular nas agências reguladoras baianas.

## Referências

- Azevedo, E. (1998). Agências Reguladoras. *Revista De Direito Administrativo*, 213, 141-148.
- Aragão, A. S. (2005). Agências reguladoras e governança no Brasil. In: L. H. Salgado & R. S. Motta (Eds.), *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer* (pp.125-161). Rio de Janeiro: Ipea.
- Benhabib, S. (2007). Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In D. L. Werle & R. S. Melo (Org.), *Democracia Deliberativa* (pp. 47-79). São Paulo: Esfera Pública.
- Binenbojm, G. (2005). Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista De Direito Administrativo*, 240, 147-167.
- Dantas, M. C. (2009). *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva.
- Decreto n° 7.426, de 31 de agosto de 1998*. Aprova o regimento da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA. Recuperado de <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/decreto-no-7426-de-31-de-agosto-de-1998>
- Farias, P. C. L. (2002). Regulação e modelo de gestão. In Ministério do Planejamento – Secretaria de Gestão (eds.) *Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública*, Seminário Balanço da Reforma do Estado no Brasil (pp.95-101). Brasília, Brasil: MP – SEGES.

*Lei nº 7.314, de 19 de maio de 1998.* Dispõe sobre a criação da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA e dá outras providências. Recuperado de <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-7314-de-19-de-maio-de-1998>.

*Lei nº 12.602, de 29 de novembro de 2012.* Dispõe sobre a criação da Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia – AGERSA, autarquia sob regime especial, e dá outras providências. Recuperado de <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-12602-de-29-de-novembro-de-2012>.

Melo, M. A. (2002). As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In M. R. Lureiro & F. Abrucio. (Org.). *O Estado numa era de reformas* (Vol. 02, pp. 247-305). Brasília: SEGE, Ministério do Planejamento.

Melo, M. A. (2001). A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 16 (46), 56-68.

Moreira Neto, D. (1999). Natureza Jurídica, Competência normativa, Limites de atuação. *Revista De Direito Administrativo*, 215, 71-83.

Mueller, B., & Pereira, C. (2002). Credibility and the Design of Regulatory Agencies in Brazil. *Brazilian Journal of Political Economy*, 22, nº 3 (87), 65-88.

Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento. (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*, Paris.

Presidência da República. (1995) *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, DF: Presidência da República.

*Resolução nº 001/2013.* Aprova o regimento da Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia – AGERSA. Recuperado de <http://www.agersa.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolucao-Alterada-regimento-Agersa-001.2013-com-atualiza%C3%A7%C3%B5es-2019.pdf>.

*Resolução n° 05, de 20 de janeiro de 2017.* Determina a implantação do benefício da meia passagem estudantil nas travessias marítimas Salvador / Itaparica / Salvador e Salvador / Vera Cruz / Salvador. Recuperado de <http://www.agerba.ba.gov.br/sites/default/files/documentos/2020-02/Res052017.pdf>.

*Resolução n° 10, de 06 de abril de 2018.* Institui a tarifa social no âmbito do sistema ferry-boat. Recuperado de [http://www.agerba.ba.gov.br/sites/default/files/documentos/2019-05/Res\\_AGERBA\\_102018.pdf](http://www.agerba.ba.gov.br/sites/default/files/documentos/2019-05/Res_AGERBA_102018.pdf).

*Resolução n° 15, de março de 2020.* Dispõe sobre a aplicação das providências emergenciais para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19 estabelecidas no Decreto Estadual n° 19.550, de 19 de março de 2020. Recuperado de <http://www.agerba.ba.gov.br/sites/default/files/documentos/2020-03/Res152020.pdf>.

Santos, B. S., & Avritzer, L. (2002). Para ampliar o cânone democrático. In B. S. Santos (org.), *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa* (pp.39-82). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Santos, B. S. (2002). Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: B.S. Santos (org.), *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa* (pp.455-559). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Windholz, E., & Hodge, G. (2013). Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista De Direito Administrativo*, 264, 13-56.

#### **Porcentagem de contribuição de cada autor no manuscrito**

Mateus Wildberger – 50%

José Gileá – 50%