



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

HÉRCIO JOSÉ RAMOS BRANDÃO

Agência Nacional de Energia Elétrica

A ATUAÇÃO DA ANEEL:

UMA CRÍTICA À OPERACIONALIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

Artigo Científico

Brasília
2009

A ATUAÇÃO DA ANEEL:

UMA CRÍTICA À OPERACIONALIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte das exigências para a obtenção do título de Especialização em Direito Regulatório de Energia Elétrica

Brasília, 27 de março de 2009

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Integrante: Prof. Dr. Vinícius Marques de Carvalho
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

A ATUAÇÃO DA ANEEL: UMA CRÍTICA À OPERACIONALIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

Hércio José Ramos Brandão

Resumo

A legitimidade do exercício funcional das agências reguladoras relaciona-se diretamente com o fortalecimento e ampliação dos instrumentos democráticos de participação cidadã na esfera pública. Contudo, a viabilidade dessa participação na condução da política regulatória pressupõe uma disposição ao diálogo e uma cultura pública voltada à participação ativa do cidadão com a coisa pública, pressuposto para o enfrentamento do autoritarismo social – baseado na centralização e uso de critérios tecnoburocráticos na conduta administrativa – e da apropriação do público pelo privado. Nesse sentido, o atendimento ao interesse público e à eficácia da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, preponderantemente delegado à iniciativa privada, depende de um sistema regulatório que proponha um constante diálogo com a sociedade, no exercício da cidadania, em especial na participação das decisões do Poder Público.

Palavras-chave: Controle Social, Agências Reguladoras; Regulação; Cidadania; Participação; Democracia; Distribuidoras; Energia Elétrica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	2
2. ESTADO E SOCIEDADE NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO	4
3. PARADIGMAS DA REGULAÇÃO E DO CONTROLE SOCIAL	7
4. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: DIREITOS, PARTICIPAÇÃO E CONTROLE	12
5. ANEEL: COMPETÊNCIAS, PAPÉIS, DESENHO E CONTROLE SOCIAL	17
6. PROCESSO DECISÓRIO DA ANEEL: PROCEDIMENTOS E CONTROLES	19
7. INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL NA ANEEL	21
8 CONCLUSÃO	42

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a literatura emprega o termo - Controle Social – no sentido da sociedade estar, de alguma maneira, sendo controlada ou submetida a um determinado poder ou, a maioria dos

seres humanos dominada pela minoria, numa relação de explorados e exploradores, ou de dominados e dominadores, domínio este decorrente de força religiosa, cultural, econômica, capacidade de organização, de formação e de informação de certos indivíduos ou grupos em relação a outros indivíduos ou grupos.

Mais recentemente, o termo é empregado, também, para expressar manifestações de cooperação e de coesão voluntária da sociedade na defesa de seus interesses gerais ou difusos, bem como ações de “fiscalização exercidas sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos, ou sobre produtos, etc, para que tais atividades, ou produtos, não se desviem das normas estabelecidas”¹.

Interessa, para os fins deste trabalho, focalizar o controle social das Agências Reguladoras nessa última acepção, por remeter diretamente aos chamados instrumentos de controle público e de participação dos usuários em espaços públicos, onde as decisões sobre políticas ou serviços públicos são tomadas.

Todavia, a discussão sobre a intervenção da sociedade civil no Estado, sua interação com os agentes econômicos que atuam no mercado e, eventualmente, com a justiça é uma temática muito genérica que se remete, desde logo, para um vasto conjunto de questões e de problemas insusceptíveis de serem aqui abordados em sua totalidade.

Assim, esta investigação se restringirá às intervenções de caráter administrativo, realizadas no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e às relações decorrentes dessa atuação, visando a avaliar a operacionalização dos arranjos institucionais facilitadores da participação social nas deliberações acerca da regulação do setor elétrico nacional.

A ANEEL surgiu no contexto da reestruturação do setor de energia elétrica, iniciada no Brasil na década de 1990, a qual teve como eixo principal implementar a competição nas relações de compra e venda de energia e, também, criar regras e mecanismos de atração do capital privado para a expansão da infra-estrutura setorial, segmentando as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização para a participação privada.

Além disso, a criação de novos agentes e instituições no setor elétrico exigiu um complexo aparato regulatório e institucional, que se tornou espaço de confluência de interesses de um amplo conjunto de atores envolvidos diretamente (geradores, transmissores, distribuidores e comercializadores) e indiretamente (poderes constituídos e a sociedade em geral, aí incluídos os consumidores).

Não se desconhece que, passados cerca de 15 anos, a regulação continua sendo objeto de grandes discussões envolvendo os poderes constituídos, o meio empresarial em geral, os usuários

¹ HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio Eletrônico**: Século XXI. v. 3.0. Nova Fronteira, 1999.

dos serviços regulados e demais segmentos da sociedade. Exemplo disso é o impasse, no Congresso Nacional, sobre o projeto de lei tardio versando sobre o regime jurídico das agências reguladoras (PL n.º. 3.337, de 2004), que entre outras disposições as submete explicitamente ao controle pelo Poder Legislativo, pelo Tribunal de Contas e pela Sociedade, de modo a assegurar que as atividades exercidas pelas Agências Reguladoras não sejam excetuadas dos controles constitucionalmente constituídos, bem como do necessário controle pela sociedade.

Neste contexto, assume relevância neste artigo investigar e discutir as condições teórico-práticas do controle social na ANEEL, de tal modo que permitam identificar aperfeiçoamentos passíveis de serem implementados no próprio âmbito da Agência.

O objeto deste artigo consiste, portanto, em pesquisar e avaliar o suporte teórico potencial do controle social na regulação do setor elétrico nacional e investigar, no espaço público-social criado com a ANEEL, a atuação do usuário do serviço público de energia elétrica nas suas relações no âmbito do segmento de distribuição, que responde por levar a energia elétrica aos consumidores finais.

Diante da amplitude desses objetivos, este artigo assume o risco de cometer pelo menos dois equívocos: na delimitação do respectivo marco referencial teórico, considerando o volume e a dinâmica da produção teórica dos temas que serão enfocados, e na consistência das críticas da avaliação do potencial de participação do usuário nas decisões sobre a prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, haja vista as óbvias limitações do presente gênero.

2. ESTADO E SOCIEDADE NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Nas últimas décadas, profundas transformações culturais, sociais, econômicas e políticas ocorreram em escala global, trazendo novas oportunidades, mas também, novas ameaças e limitações a atuação dos Estados Nacionais.

Na década de 1970, os choques do petróleo e os impactos econômico-financeiros decorrentes inviabilizaram a concepção isolada de desenvolvimento brasileiro, o que acelerou a abertura democrática e culminou, na década seguinte, com a promulgação da Carta Cidadã em 1988.

No início da década de 1990, a abertura econômica propiciou ao mercado brasileiro auferir os benefícios advindos da crescente integração financeira internacional, os quais todavia tiveram como contraponto a vulnerabilidade externa e, por extensão, as crises financeiras recorrentes que

irromperam nos países ditos emergentes.² Atualmente, vive-se no País sob a ameaça de reflexos de uma crise financeira global sem precedentes, cujo principal núcleo situa-se justamente nos países capitalistas centrais.

No curso dessas transformações, marcadas pelo hegemônico movimento político-econômico contemporâneo, “percebe-se a generalização de certos mecanismos estruturais em todos os países por onde essa particular forma de organização social se manifesta”³.

Tais mecanismos, internalizados com aparência unívoca, contrastam com as realidades locais e provocam desorientação, paralisia e transformação da relação Estado e sociedade civil.

Essa transformação, junto com a ampliação da esfera pública, determina assim uma nova ordem, uma forma diferente de atuação do Estado e do cidadão: enquanto o Estado passa a atuar de forma mais indireta, o cidadão exerce maior participação e controle social, tanto por representação direta como indireta, por instâncias organizadas pela própria sociedade, para defender-se de antigas e novas ameaças advindas com a globalização.

Vale salientar que nessa oposição reside, principalmente, o que Aguillar denomina de “graus de concentração regulatória”, sobre os quais afirma que:

[...] há uma marcada e multifacetada tensão entre o controle exercido pelo Estado e aquele desempenhado pela sociedade (controle social). A mais evidente das faces dessa tensão se manifesta no sentido de que a ausência absoluta de controle estatal (desconcentração regulatória plena) representa a hipótese em que o controle social será o mais intenso possível.

O contrário também se verifica: quanto maior for o grau de concentração regulatória (poder estatal de regular), menor será a capacidade de gestão social das atividades.⁴

Ademais, a literatura sobre a regulação econômica alerta que, dependendo da intensidade dessa regulação, pode haver um aumento dos custos de transação e redução da competição, o que reflete negativamente sobre o crescimento da produtividade e da eficiência, sobre os investimentos e sobre a inovação tecnológica, além de elevar os preços no mercado para os usuários.

Percebe-se ainda que o grau de solidez das instituições e a qualidade das relações entre os poderes influenciam determinantemente a condução da política regulatória, podendo um ambiente institucional frágil levar a política de grupos de interesse a preterir o processo regulatório e afetar os seus resultados ou levar à captura regulatória, mesmo quando se permite a diferentes grupos de interesse auferirem benefícios desse processo.⁵

² LUNA, Elias Antônio de; SANTOS, Almeida. **Vulnerabilidade Externa dos Países Emergentes: Fatores Internos e Internacionais nas Crises Financeiras desde os anos 1990.** Dissertação (Mestrado: Mestrado em Política Internacional Comparada). Universidade de Brasília (Unb), Instituto de Relações Internacionais, 2004. p. 2.

³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos.** São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 21.

⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit. p. 215.

⁵ VILLELA, Annibal V.; MACIEL, Cláudio S. Texto para Discussão n.º. 684. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: Uma Comparação Internacional.** IPEA. Brasília, 1999. p. 9.

Assim, na década de 1990, ao positivarem-se essas novas funções de regulação do mercado e também das relações sociais de consumo, espaços foram criados para novas formas de atuação da administração, onde se torna possível desenvolver novos procedimentos de resolução de conflitos e controles complementares a atuação estatal.⁶

Foram assim implementadas novas formas alternativas para resolução dos conflitos em tempos modernos, não apenas no sentido técnico, mas como expedientes não judiciais ou não adversariais destinados à solução das lides (sociológicas e jurídicas).⁷

Um exemplo característico da utilização desses instrumentos como alternativa à atuação Estatal foi a implantação de mediação por líderes comunitários nos Estados Unidos no início da década de 1970. Explica-se, por este motivo, a utilização da expressão RAD's (Resoluções Alternativas de Disputas), uma tradução do termo ADR's (*Alternative Dispute Resolution*), para se fazer referência a instrumentos de composição de conflitos como a mediação e a arbitragem.⁸

O movimento ADR/RAL resultou das inquietações de juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, e psicólogos que, na década precedente, apoiados pelos movimentos sociais de revalorização do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária, no âmbito da denominada terceira vaga das medidas facilitadoras do acesso ao direito e à justiça, reconheceram a insuficiência dos mecanismos tradicionais (tribunais judiciais) para resolver os velhos e os novos conflitos das sociedades contemporâneas, a exemplo dos conflitos de consumo.⁹

De acordo com a divisão de Habermas, a primeira fase é de juridificação da legitimação do Estado em função de seu papel na reprodução da ordem moderna. A segunda fase é de juridificação do processo de legitimação do próprio Estado. A terceira fase (a atual, segundo Habermas) é a da legitimação por ampliação da juridificação das garantias de liberdade.¹⁰

Tais relações sociais entretanto já nascem desequilibradas, em detrimento da parte mais frágil, que notadamente são os consumidores, o que os tornam sujeitos em razão disso a potenciais riscos. Assim, para restaurar o equilíbrio dessas relações, constituíram-se os direitos de proteção aos consumidores, com a finalidade de minimizar os referidos riscos e compensá-los por eventuais

⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado apud JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Municipalização da Justiça: Justiça Participativa e Coexistencial.** p. 2.

⁷ CAPELETTI, Mauro. apud JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Municipalização da Justiça: Justiça Participativa e Coexistencial.** p. 2.

⁸ AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: Apontamentos sobre a Autocomposição no Direito Processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 162.

⁹ CRUZ, Cristina; PEDROSO, João. **A Arbitragem Institucional: um Novo Modelo de Administração de Justiça — O Caso dos Conflitos de Consumo.** Coimbra, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2000. p. 7.

¹⁰ HABERMAS, Jünger. apud SORJ, Bernardo. A nova sociedade brasileira. Jorge Zahar Editor Ltda, 2ª ed., 2001, p. 108.

prejuízos sofridos¹¹.

Portanto, a crise dos modos de regulação dos conflitos não se restringe ao setor privado, atingindo igualmente o setor público¹², que instituiu novos tipos de organismos, entre os quais as agências reguladoras¹³, com maior autonomia e independência, que se constituíram como potenciais instrumentos de concretização de políticas públicas, valorizando o espaço de participação social e de solução de conflitos, instrumentos de defesa de hipossuficiências e tutelas do interesse público¹⁴.

3. PARADIGMAS DA REGULAÇÃO E DO CONTROLE SOCIAL

A necessidade da regulação é sustentada pela corrente teórica econômica liberal, que tem sua origem na crença de que a maximização do bem-estar social pode ser atingida se assegurando apenas a livre concorrência nos mercados. Observando, todavia, a realidade desses ambientes, imperfeições passaram a ser identificadas, inclusive situações em que a competição no mercado é praticamente impossível.

Diante disso, como remédios para esses males, a regulação econômica passou a prescrever um aparato regulatório assegurador da defesa da concorrência em geral e, em casos específicos e particulares, como nas indústrias em rede, caracterizadas como monopólios naturais, a exemplo do segmento de distribuição de energia elétrica, o desenvolvimento de uma regulação específica baseada em mecanismos de incentivos.

Às Agências Reguladoras dos setores de infra-estrutura no País foram atribuídas essas funções específicas de regulação setoriais, em cujos atos de criação, também específicos, foram previstos instrumentos de controle para ampliar a transparência dos seus atos e procedimentos, com a finalidade de dotar a sociedade e todos os seus atores de meios e de oportunidades de conhecer o seu funcionamento e de influir na regulação.

Entretanto, tais manifestações, conquanto fenômenos estudados em profundidade no campo social, como comportamentos do ser humano em sua complexidade, como agente social (ator/indivíduo/grupo), carecem de abordagens multidisciplinares que as permitam explicar em todas as circunstâncias em que ocorrem no cotidiano da coletividade.

¹¹ Idem.

¹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: O Processo Judicial no Pós-1988**. São Paulo, 2006. Tese (Doutorado: Direito Processual). Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito. Departamento de Direito Processual, p. 222.

¹³ NETO, Floriano de Azevedo Marques. Palestra proferida no Seminário Internacional: Gestão de Florestas Públicas, Experiências e lições para o Brasil, cujo tema era **Experiência Brasileira nas Agências de Regulação**. Belém, 2004. p. 5, onde afirmou que “O surgimento das agências reguladoras decorre de transformações mundiais do modo de relação estado-sociedade, de intervenção estatal e de tutela de interesse público”.

¹⁴ Ibidem. p.8.

Nesse particular, as teorias econômicas e sociais são extremadas e refletem, em si e entre si, distintas premissas e nuances de diferentes visões de mundo construídas ao longo da história das sociedades, notadamente aquelas dos países centrais ocidentais (anglo-saxônica e européia continental).

As teorias econômicas ocidentais hegemônicas caracterizam-se por buscar uma explicação para a eficiência econômica mediante a simplificação da ação social, atribuindo ao comportamento econômico do ser humano um caráter egoísta, cujas abordagens, essencialmente, são as premissas de agentes maximizadores e da escolha racional (*rational choice*).¹⁵

A Teoria da Escolha Racional presume que a ação individual é **instrumental** [com grifo no original], ou seja, tem de ser explicada em termos da vontade dos atores de alcançarem certos objetivos. Ocorre que a ação pode ser não-instrumental, como grande parte dos sociólogos tem reconhecido. Scultz, através de sua distinção entre motivo *Weil e Wozu*, Weber, através de sua distinção entre racionalidade instrumental e axiológica, têm dado ênfase ao fato de que a ação nem sempre é instrumental. Se a instrumentalidade da ação realmente é limitada, então a Teoria da Escolha Racional não pode reclamar para si o status de teoria geral da ação [Tradução livre].¹⁶

Dessa lógica instrumental do enfoque puramente econômico decorre ser a regulação disputada numa arena pública e político-institucional, onde interesses contraditórios são debatidos e recomendações encaminhadas ao processo decisório regulatório (interesses de agentes econômicos e associações representativas, consumidores e defensores de seus interesses, sindicatos, representantes de outras entidades públicas ou sociais), cuja decisão naturalmente sofre mais influência daqueles que podem participar de forma mais efetiva nesse processo.

“Estas premissas vêem um mundo econômico que está sempre em equilíbrio, onde os agentes econômicos são capazes de identificar qualquer oportunidade de melhorar sua situação e sempre agem neste sentido.”¹⁷

Em que pese alguns consumidores efetivamente participarem dessa arena, unindo em algumas situações esforços com os agentes econômicos, o balanço dessa relação na maioria das vezes corre o risco de pender para o lado dos agentes econômicos, pois mesmo a regulação da agência sendo “produto de coalizões entre o mercado regulado e grupos de consumidores, o primeiro obtendo alguns lucros monopolísticos com a regulação, os outros obtendo preços inferiores (ou serviços melhores) do que aqueles que seriam obtidos em mercado não regulado [isso] – tudo [ocorre, todavia,] à custa de grupos desorganizados, em sua maioria de

¹⁵ MULLER, Bernardo. **Regulação, Informação e Política: Uma Resenha da Teoria Política Positiva da Regulação.** Universidade de Brasília (Unb). Departamento de Economia. Brasília, 2008, p. 4.

¹⁶ BOUDON apud SALES, Carla Vanessa. **Entre Instituições e Racionalidade: O Federalismo na Ciência Política Contemporânea no Brasil.** Dissertação (Mestrado: Pós-Graduação em Ciência Política). Universidade Federal de Pernambuco (CFCH), Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2006. p. 42.

¹⁷ MULLER, Bernardo. Op. cit., p 4.

consumidores.”¹⁸

Grupos compactos e bem organizados tenderão a beneficiar-se mais da regulação do que grupos maiores e difusos. Em decorrência, a regulação penderá por beneficiar mais os produtores, uma vez que geralmente eles são mais bem organizados [...] [que] os consumidores.¹⁹

Pode-se inferir portanto haver pouco espaço para intervenção da sociedade civil no âmbito do modelo de regulação econômico anglo-saxão, adotado no setor elétrico brasileiro, conformados a partir de princípios e ferramentas da Teoria Econômica da Regulação e da Teoria Política Positiva da Regulação, ambas, ancoradas no paradigma da escolha racional.²⁰

É provável que, em razão disso, em que pese os significativos resultados explicativos obtidos com a abordagem puramente econômica, o uso da metodologia formal na explicação de fenômenos sociais não é aceito pacificamente. Vários autores dedicaram-se, ao longo dos seus estudos, a apontar as limitações dessa metodologia, entre as quais, o problema do reducionismo causado pelo individualismo metodológico e o pressuposto da racionalidade instrumental.

Contra-pondo-se a esse determinismo racional, algumas abordagens sociológicas, cujas concepções remontam aos trabalhos de Émile Durkheim (1858-1917), entendem que o homem pode sim conseguir superar esse seu lado egoísta por meio do processo de socialização a que é submetido desde a infância.²¹

Essa visão durkeimiana, desenvolvida ainda quando a Sociologia procurava se afirmar como disciplina científica, como ciência clássica, no paradigma iluminista, preocupada, inicialmente, com o problema da ordem e da integração social, influenciaria de forma determinante a corrente funcionalista da Sociologia, da qual Durkheim foi seu primeiro representante.²²

Posteriormente, tais reflexões foram estendidas às questões relativas ao controle social, cuja expressão foi cunhada e desenvolvida pela Sociologia norte-americana, sobretudo no século XX²³, além de gerar efeitos em vários outros campos do conhecimento, como o da Economia, da Organização Industrial e da Ciência Política, permitindo o desenvolvimento das correntes neo-

¹⁸ POSNER, Richard A., Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo et alii. **Regulação Econômica e Democracia** – O Debate Norte-Americano. Op. cit., p. 69.

¹⁹ Ibidem., p. 93.

²⁰ Para mais detalhes sobre a Teoria Econômica da Regulação e da Teoria Política Positiva da Regulação. Vide MATTOS, Paulo et alii. **Regulação Econômica e Democracia** – O Debate Norte-Americano.

²¹ ALVAREZ, Marcos. **Controle Social**: notas em torno de uma noção polêmica. Revista São Paulo em Perspectiva, São Paulo, 2004, 18(1), p. 169

²² QUEIROZ, Napoleão dos Santos. **A Ciência Organizacional Pós-Setenta a Luz das Vertentes Institucionalistas da Sociologia e da Economia**. Salvador, 2004, Tese (Doutorado: Administração). Universidade Federal da Bahia (UFBA), Programa de Pós-Graduação em Administração, p. 322.

²³ Ibidem., p.169.

institucionalistas²⁴, que se desenvolveram a partir da década de 1980, algumas das quais como um paradigma rival e complementar ao da Escolha Racional.²⁵

Nessa perspectiva, os sistemas normativos não se internalizam nos indivíduos de maneira definitiva apenas no processo de socialização, mas conformam regras do jogo ligadas as competências do ator, a quem permitem certos desempenhos, uns lícitos, outros não. Perante essas abordagens, as instituições funcionam como sistemas normativos condicionadores do comportamento dos indivíduos, cuja avaliação e interpretação é tão importante quanto o próprio desempenho.²⁶

A evolução dessas abordagens pode ser compreendida de forma bastante simplificada, pelo seu agrupamento em duas escolas de análise, as norte-americanas e européias. As concepções norte-americanas, regidas pelo paradigma da escolha racional, podem ser sintetizadas por uma análise da ação coletiva “sob o ângulo da avaliação estratégica individual dos custos e benefícios envolvidos na participação”²⁷. Enquanto que as européias caracterizam-se “por fundamentar suas análises em uma noção mais estrutural de identidade coletiva ou simplesmente de identidade”²⁸, recusando-se à “concepção de que estes pudessem ser entendidos primordialmente como atores estratégicos”²⁹.

Entre as várias contribuições de fundamentação epistemológica desse novo paradigma, destaca-se o debate sobre a - esfera pública – promovida, principalmente, pelo herdeiro mais influente da denominada Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, que atualiza a questão e o fundamento da Teoria Crítica, formulando uma nova concepção de racionalidade com sua Teoria do Agir Comunicativo, onde ressalta a importância da comunicação para viabilizar a implementação efetiva de um processo democrático de participação social.

De forma inicialmente bastante genérica, pode-se dizer que HABERMAS explica esse processo comunicativo pela análise da função que cabe a cada locutor, ou seja, aqueles que participam desse processo e que têm pretensões de validade em relação às suas proposições que podem estar conectadas com a esfera da objetividade material (das coisas), com a esfera social (das normas) e com o domínio da subjetividade (das vivências e das emoções). Em torno dessas pretensões de validade pode-se obter consenso imediato ou, ao contrário, torna-se necessário um processo argumentativo para, mediamente, obter-se o entendimento. Haverá, então, nesse processo argumentativo a apresentação de provas e contraprovas entre os interlocutores, na tentativa de um ajuste recíproco e, finalmente, a obtenção de um consenso através da argumentação racional. Assim, a racionalidade seria a capacidade dos locutores de alcançarem um saber falível ou justificável, segundo

²⁴ Para mais informações sobre as correntes do neo-institucionalismo ver HALL, Peter: TAYLOR, Rosemary. As Três versões do Neo-Institucionalismo. In: **Revista Lua Nova**, 58. São Paulo, CEDEC. 2003.

²⁵ SALES, Carla Vanessa, Op. cit., p. 45.

²⁶ PANZUTTI, Nilce da Penha Migueles. et alii. Op. cit., p. 6.

²⁷ MUNK, Gerardo L. **Formação de atores, coordenação social e estratégia política**. Dados, vol. 40 n° 1, Rio de Janeiro, 1977. p. 2.

²⁸ Ibidem., p. 3.

²⁹ Idem.

as dimensões objetiva, normativa ou social e subjetiva.³⁰

Uma ação comunicativa é, assim, uma forma de ação social, em que os participantes se envolvem em igualdade de condições para expressar ou para produzir opiniões pessoais, sem qualquer coerção, e decidir, pelo princípio do melhor argumento, ações que visam determinar a sua vida social.

A validade das normas do Direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva das pretensões de validade normativa ocorrentes em processos de aplicação do Direito disciplinados por estas mesmas regras.³¹

Em sua Teoria do Agir Comunicativo, Habermas materializou o que se convencionou chamar de "viragem linguística" e estabeleceu as bases de seu modelo teórico de comunicação política, o que é fundamental para se poder interpretar o conceito de esfera pública, por um lado, integrado num modelo teórico em que a comunicação e a linguagem são as traves mestras; e, que por outro, mantém as suas características essenciais de forma privilegiada de emancipação democrática³².

Sobre essa concepção, poder-se-ia questionar “*De que forma ou por quais procedimentos as normas e os atos jurídicos podem ser corretamente aplicados por processos de entendimento motivados pelo melhor argumento?*”³³

Como exemplo de resposta a essa questão, Romão indica como em determinadas situações do processo de mediação, enquanto método resolutivo voltado à obtenção de resultados do tipo “ganha-ganha”, podem ser aplicadas à autocomposição do conflito pressupondo a formação de consenso, pelo menos quanto à capacidade dos participantes de enunciar, cada qual, sua pretensão de validade. Porém, isso não quer dizer que o procedimento não possa resultar na formação de compromisso.³⁴

Significa tão somente que não se vai e nem se pode dar ênfase à obtenção de “resultados de compromisso” porque, entende-se que estes resultados ocorrem quando as partes estrategicamente desistem de algumas de suas pretensões apenas para atingir outras à revelia do processo de discussão ou independente dos argumentos levantados. Isto é, ocorrem em situações nas quais as pessoas implicadas no conflito apresentam-se como adversários, caracterizando-se como “partes” e não como participantes: as pessoas que ingressaram divididas no

³⁰ GUSTIN, 1999, p.189. apud ROMÃO, José Eduardo Elias. **A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do estado democrático de direito.** In: Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, v. 2 / André Gomma de Azevedo (org.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 60.

³¹ HABERMAS apud ROMÃO, José Eduardo Elias. Op. cit., p. 59.

³² LEAL, Prof. Rogério Gesta. **Esfera Pública e Participação Social: Possíveis Dimensões Jurídico-Políticas dos Direitos Cívicos de Participação Social no Âmbito da Gestão dos Interesses Públicos no Brasil.** In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, RERE, n.º. 13, março/abril/maio 2008, Salvador, Bahia, Brasil, p. 4-5.

³³ ROMÃO, José Eduardo Elias. Op. cit., p. 62.

³⁴ Ibidem., p. 65-66.

processo de discussão necessariamente permanecerão “partidas” no compromisso.³⁵

Romão afirma, ainda, que no processo de mediação há situações, entre outras, em que não se aplica esta hipótese, em que a validade das normas do Direito é determinada pelo grau em que elas conseguem se impor, pela sua possível aceitação fática ou pela legitimidade adquirida no círculo dos membros do Direito. Pode-se, então, concluir, preliminarmente, que essa legitimidade e essa validade resultam do tratamento discursivo que o conflito (entre pretensões de validade normativa) recebe no curso de um determinado procedimento em que se possa enumerar características específicas, tais como:

Em primeiro lugar, os caracteres constitutivos deste método ou deste procedimento devem corresponder às características atribuídas ao paradigma procedimental do Direito, ou seja, ao Direito tal como afirmado na Constituição Federal de 1988. Portanto, o método deve ser aberto à pluralidade e à participação de todos os possíveis atingidos por ele.

Em segundo, este método/procedimento deve deflagrar-se com a apreensão do conflito, movimentar-se com os enunciados (discursos) apresentados e conduzir-se para a comunicação/integração solidária dos participantes.

E em terceiro, deve reforçar “o conhecimento jurídico do cidadão, a sua capacidade de perceber e de articular os problemas, a sua destreza para atuar no conflito e a sua habilidade de se afirmar comunicativamente”.³⁶

Enfim, pode-se supor que o desenvolvimento de processos comunicativos com fundamento na teoria do agir comunicativo tem, no âmbito de espaços públicos ampliados para a formação de consensos, amplo potencial de viabilizar a resolução de problemas e a aplicação de um Direito efetivamente válido.³⁷

4. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: DIREITOS, PARTICIPAÇÃO E CONTROLE

No âmbito do direito público, a questão da participação vincula-se estritamente à interferência na realização e controle das funções estatais e na própria elaboração do direito positivo [...]: trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo³⁸.

Todavia, Modesto afirma que não são todas as iniciativas privadas de interferência nas funções estatais que devem ser consideradas formas de participação popular. Por exemplo,

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem., p. 62-63.

³⁷ Idem., p. 63.

³⁸ MODESTO, Paulo. Direito e Poder Político. Estado e Direito - O Problema da Legitimidade. In: **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, ano 84, vol. 711, jan., pp. 57-62, 1995.

desconsidera-se a prestação de serviço público por concessionários, delegados do Estado, cuja motivação econômica é mais que evidente, como também pleitos para o resguardo de direitos estritamente individuais. Diversa é todavia a interferência de agentes privados, sob várias formas, no desenvolvimento de funções estatais, idealmente com vistas ao interesse geral e sem vínculo jurídico com o Poder Público³⁹.

Aguillar distingue o controle social entre sentido amplo e estrito, quando afirma que a participação popular é uma espécie do gênero controle social⁴⁰, a qual deve ter espaço institucional para que cumpra seus objetivos. “Trata-se de uma participação popular albergada pelo aparelho jurídico estatal e não meramente a manifestação espontânea dos interesses da população. É preciso organizar, institucionalizar espaços de veiculação de interesses. E isso somente é possível fazer amparando-os através do direito”⁴¹.

Disso decorre, portanto, que há de se refletir sobre os modos concebidos para o exercício do controle social, os instrumentos processuais que lhe podem servir de veículo de expressão, a efetividade da operacionalização prática desses mecanismos, bem como sobre as condicionantes extralegais da participação cidadã, pois a participação popular tem sido sobretudo um discurso, não se traduzindo de modo constante e relevante em faticidade⁴².

Aguillar afirma que “há basicamente duas frentes de avaliação da capacidade de controle social dos serviços públicos. De um lado, o controle que efetivamente caiba a setores da sociedade diretamente sobre os serviços públicos, sejam eles desempenhados por empresas privadas ou pelo próprio Estado. De outro, o poder de que desfrute a sociedade para interferir nas decisões estatais a respeito dos órgãos reguladores, na sua composição e modelagem”⁴³.

A primeira forma de interferência, a qual vários autores recusam inclusive nomear como forma de participação [...], deve ser enquadrada como forma de participação subjetiva, garantística, relacionada à tutela dos interesses individuais dos agentes que tomam parte da decisão administrativa, configurando situações comuns desde o advento do Estado Liberal de Direito; não realizam, de fato, participação popular. A segunda, a participação cidadã em sentido estrito, diz respeito a um grau mais amplo de desenvolvimento político, pois refere a formas de participação objetiva, semidiretas ou diretas do povo na condução da função administrativa do Estado⁴⁴.

Antes de se discorrer, todavia, sobre tais questões (dos “direitos e da participação do

³⁹ Ibidem., p. 58.

⁴⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 292.

⁴¹ Ibidem., p. 293.

⁴² MODESTO, Prof. Paulo. Reforma do Estado: Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas. In **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, IDPB, n.º. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador, Bahia, Brasil, p. 3.

⁴³ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 248.

⁴⁴ AYRES BRITTO, Carlos apud MODESTO, Paulo. **Participação Popular na Administração Pública Mecanismos de Operacionalização**. Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2005, p. 2. .

usuário de serviços públicos”), importa delimitar conceitualmente o que se entende por “serviços públicos”.

4.1 CONCEITUAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A problemática da definição de serviço público (SP) pode ser exemplificada pela afirmação: “não há uniformidade sobre o conceito de serviço público no direito positivo ou na doutrina brasileira”⁴⁵. Assim, não ousando debater tema tão polêmico, segue-se aqui ensinamento obtido nas aulas do Prof. Luis Gustavo Kaercher Loureiro⁴⁶, para quem a questão encontra sua origem fundamental na definição do que constitui atividade própria do Estado e o que é tipicamente reservado à iniciativa privada.

Aguillar compartilha desse entendimento de que a prática jurídica brasileira consagra um modo de produção específico em detrimento de outros possíveis. Por isso, toda a discussão sobre o conceito de serviço público tem como respaldo elementar, atualmente, aquilo que está previsto no ordenamento legal⁴⁷.

Em síntese, observa-se que a Constituição Federal atribui determinadas atividades⁴⁸ ao Poder Público, entre as quais os “serviços públicos”⁴⁹. Outras atividades, ditas “atividades econômicas”, são por ela atribuídas à iniciativa privada, a exemplo das atividades comerciais, industriais, agropecuárias e de prestação de serviços em geral. Outro grupo de atividades, como as relativas à saúde e à educação, é atribuído, simultaneamente, ao Poder Público e à iniciativa privada.

Assim, a Constituição Federal, em que pese atribuir várias atividades ao Estado (art. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII; 22, V; § 2º; 30, V) – entre estas os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, b) – não as qualifica expressamente como SP’s, não “prejulga” o *status* dessas atividades e, muito menos, esgota a descrição de quais atividades o Estado pode prestar serviços em regime de serviço público. Tais atividades podem ou não ser consideradas SP’s, tudo dependendo de uma decisão do legislador ordinário.

⁴⁵ MODESTO, Prof. Paulo. **Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas**, Op. cit., p. 8.

⁴⁶ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher, em palestra proferida em 28/09/2007, no Curso de Especialização em Direito da Energia Elétrica. Brasília, cujo tema era *Fundamentos Constitucionais da Regulação da Indústria Elétrica*.

⁴⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 123

⁴⁸ CF, art. 173.

⁴⁹ CF, art. 175.

4.2 DIREITOS DOS USUÁRIOS

A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo **exercício** é atribuído à concessionária, continua na **titularidade** e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como “protetor” da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor.⁵⁰

Diante disso, há que se reconhecer que a defesa do usuário de serviços públicos é juridicamente diversa da defesa do consumidor, cujo código está regulamentada pela Lei 8.078, de 1990. Por outro lado, o que seria um código de defesa do usuário de serviços públicos ainda tramita como proposição nas duas casas legislativas, em que pese decorridos mais de 10 (dez) anos do prazo constitucionalmente estabelecido para sua elaboração pelo Congresso Nacional⁵¹. Isso, entretanto, não afasta o usuário das proteções e garantias concedidas ao consumidor, haja vista o caráter subsidiário da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos concessionários de serviços públicos. Além disso, os inúmeros outros dispositivos que asseguram a participação popular na gestão da coisa pública, naturalmente, incluem o usuário dos serviços públicos.

4.3 PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

A Constituição de 1988, com o Estado Democrático de Direito, inaugurou um novo período no constitucionalismo brasileiro, ampliando o modelo de democracia meramente representativa. Em seu artigo 1º, parágrafo único, dispõe: "todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição". O art. 14, I, II, III, prescreve a possibilidade de consulta popular através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

À vista de tais dispositivos a democracia é definida como direito fundamental de quarta geração, surgido depois dos direitos individuais (1ª), direitos econômicos, sociais e culturais (2ª) e a paz, o desenvolvimento, interesses dos consumidores, a qualidade de vida (3ª), todos regidos cumulativamente pelos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade.

Essa quarta dimensão dos direitos fundamentais é composta pelos direitos à democracia (direta), à informação e o direito ao pluralismo, por meio dos quais se poderá “concretizar a

⁵⁰ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do, **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**, out. 2006. p. 3. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.celc.com.br/antiores/celc_comentario_00144.html (consultado em 05.01.2009).

⁵¹ *Ibidem*. p. 5.

sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”⁵²

A Carta Magna situa, portanto, a participação social no rol dos direitos fundamentais dos cidadãos, e assegura-lhes também as devidas garantias desde que obedecidos os seus limites, também previstos no texto constitucional.

4.4 CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As Agências Reguladoras são detentoras de competências que agregam elementos subsumidos a funções executivas, normativas e judicantes. Assim, impõem-se a elas, como a qualquer órgão ou entidade pública, o controle de todas as suas atividades e de todos os seus atos, com o uso de instrumentos tradicionalmente empregados para conter os excessos perpetrados pelos Poderes Executivo e Legislativo⁵³.

Cabe ainda reconhecer, do que se extrai das teorias econômicas sobre a regulação, principalmente, a teoria da captura, a maior dificuldade de as agências decidirem com equilíbrio nas questões que envolvem relações de conflito de interesses inerentes, principalmente, à regulação econômica:

Investidores e consumidores, consumidores de baixa renda e consumidores como um todo, grupos de consumidores e grupos de defesa do meio-ambiente, consumidores industriais e consumidores domésticos, são alguns dos exemplos de interesses conflitantes em matéria de serviços públicos, que tendem a constituir as bases de um jogo de soma zero.⁵⁴

Essa preocupação está refletida no processo decisório das agências, cujas decisões “são sempre adotadas em regime colegiado, normalmente composto de cinco membros, que decide por maioria, não havendo, portanto, atos por decisão monocrática de seus membros”⁵⁵.

Em que pese se reconhecer que esse arranjo, entre outras medidas asseguradoras da independência e da autonomia da agência, minimize o problema da captura da agência por interesses outros, não se tem garantia que as decisões sejam de fato equilibradas.

Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática,

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2004, p. 571.

⁵³ GUERRA, Sergio et. alii. **Direito das Agências Reguladoras**: apostila do curso a distância de Direito das Agências Reguladoras da Fundação Getúlio Vargas (FGV Online). FGV, 2004, p. 49.

⁵⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit, p. 220.

⁵⁵ VERAS, Luiz Antonio Ramos. **Autonomia e independência das agências reguladoras**. ANEEL, Brasília, 2002, p. 15.

portanto, a agência que der canais de representação a cada um destes interesses.
[...]

Existe algum mecanismo de participação popular (no sentido de efetivamente ter peso na decisão, e não de dar meras opiniões provindas dos portadores de boa vontade cívica)? Notamos que a esfera da relação com maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela dos usuários.⁵⁶

O desenvolvimento deste trabalho indicará que tal entendimento não é de todo desarrazoado, pois já na investigação sobre a previsão de mecanismos disponibilizados para o exercício do controle social sobre a ANEEL, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, não se identifica no setor elétrico “outorga de poderes de decisão, que resta exclusivamente em poder dos diretores da agência (ANEEL).”⁵⁷

5. ANEEL: COMPETÊNCIAS, PAPÉIS, DESENHO E CONTROLE SOCIAL

5.1 COMPETÊNCIAS E PAPÉIS

À ANEEL foram atribuídas as incumbências prescritas nos artigos 29 e 30 da Lei n.º. 8.987, de 1995, dentre as quais a de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

A ANEEL responde também pela competência especial atribuída no artigo 3º da Lei n.º. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que dispõe sobre a resolução administrativa dos conflitos no setor elétrico.

Outra função democrática a ela atribuída é a responsabilidade do regulador de ouvir os reclamos da sociedade, prevista no artigo 4º, §1º, também, da Lei n.º. 9.427, de 1996, que incumbe a um dos Diretores da Agência a responsabilidade, na qualidade de Ouvidor, de zelar pela adequada qualidade dos serviços públicos de energia elétrica, de receber, apurar e solucionar queixas e reclamações de agentes e dos usuários do serviço público de energia elétrica.

5.2 ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO

A estrutura organizacional da ANEEL foi concebida com dois níveis hierárquicos: a Diretoria (um Diretor-Geral e quatro diretores), que decide em regime de colegiado; e as Superintendências, num total de vinte, que respondem pelos processos organizacionais. Existe

⁵⁶ HÜBNER MENDES, Conrado apud Veras, Luiz Antonio Ramos. Op. cit., p. 16.

⁵⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit, p. 251.

também na estrutura, uma Procuradoria Federal, vinculada à Advocacia Geral da União, que presta consultoria nas áreas jurídica e legal.⁵⁸

O diretor-geral conta com o apoio do Gabinete e da Assessoria de Imprensa, enquanto a diretoria dispõe da estrutura de uma assessoria direta, Secretaria-Geral e da Auditoria Interna. As Unidades Organizacionais (Superintendências de processos organizacionais) concentram-se nas atividades técnicas de regulação, fiscalização, mediação e concessão (por delegação do MME), de relações da ANEEL com seu público interno e externo (sociedade) e de suporte às unidades da Agência.

Dentre os processos que foram definidos no modelo de concepção da ANEEL, previsto no art. 6º. do Decreto nº. 2.335, de 1997, destacam-se os que se referem à instrumentalização do controle social na Agência: ”(...) IV - consultas aos agentes, aos consumidores e à sociedade; V - atendimento de reclamações de agentes e consumidores; VI - informação e educação institucionais dos agentes e consumidores; VII - comunicação com os agentes setoriais, consumidores e demais segmentos da sociedade; (...) XVII - estabelecimento de critérios, elaboração de convênios, supervisão e acompanhamento das funções descentralizadas aos Estados e ao Distrito Federal; XIX - gestão da informação”.

O Diretor-Ouvidor é, portanto, junto com as superintendências que respondem por tais processos organizacionais na ANEEL, com destaque para as Superintendências de Mediação Administrativa Setorial (SMA) e de Relações Institucionais (SRI), o responsável final pela cobrança da correta aplicação de medidas estabelecidas para cada agente, no atendimento às reclamações de consumidores e demais envolvidos, cabendo-lhe manter sob sua supervisão tais processos que instrumentalizam grande parte do controle social sobre a ANEEL.⁵⁹

5.3 INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL

Até aqui se pode constatar estar a ANEEL sujeita aos mesmos mecanismos de viabilização da participação popular na Administração Pública previstos na Constituição; bem como nos Poderes do Estado em geral; e, ainda, aqueles referidos anteriormente na legislação infraconstitucional, os quais incumbem à ANEEL mediar conflitos; ouvir os reclamos da sociedade; receber, apurar e solucionar queixas e reclamações de agentes e dos usuários do serviço público de energia elétrica.

Além desses há, ainda, outros mecanismos de participação popular previstos na legislação federal, como nas leis que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços

⁵⁸ Decreto nº. 2.335, de 6 de outubro de 1997

⁵⁹ Anexo (Regimento Interno da ANEEL) à Portaria MME nº. 349, de 28 de novembro de 1997, art. 17, caput e inciso III.

públicos; as normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; a instituição da ANEEL; e, o processo decisório na Administração Pública Federal.

Ao dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a Lei nº. 8.987, de 1995, estabelece que as concessões e permissões devam se sujeitar à fiscalização pelo poder concedente, responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários (art. 3º). Além disso, uma comissão composta por representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários efetuará uma fiscalização periódica (art. 30, parágrafo único).

Já a Lei nº. 9.074, de 1995, determina que “em cada modalidade de serviço público, o respectivo regulamento determinará que o poder concedente, observado o disposto nos arts. 3º e 30 da Lei nº 8.987, de 1995, estabeleça forma de participação dos usuários na fiscalização e torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados” (art. 33).

Também no comando legal que instituiu a ANEEL, o parágrafo 3º, do artigo 4º, da Lei nº. 9.427, de 1996, estabelece que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.”

Por fim, a Lei nº 9.784, de 1999, no seu art. 2º, ressalta que, entre outros princípios, o processo decisório na Administração Pública Federal deve observar a ampla defesa, o contraditório e o interesse público, dispondo no art. 31 §§ 1º e 2º, expressamente, a Consulta Pública como mecanismo de instrução do processo administrativo.

Assim, além dos vários tipos de controles impostos aos demais órgãos da administração pública federal indireta, a ANEEL está sujeita, como autarquia especial, a um amplo conjunto de instrumentos de controle social.

6. PROCESSO DECISÓRIO DA ANEEL: PROCEDIMENTOS E CONTROLES

O direito processual, na sua vocação preponderante de servir como instrumento para a efetiva realização de direitos materiais, organiza-se, segundo a processualística atual, em torno de três formas de resolução de conflitos: autotutela (ou autodefesa), autocomposição e heterocomposição.⁶⁰

A autotutela caracteriza-se pela imposição forçada, mediante a coerção moral ou física, de uma vontade sobre outra, subjugando o adversário. A autocomposição pode ser direta ou bipolar (por exemplo: negociação), quando as próprias partes conseguem resolver os pontos em relação aos quais estava controvertendo, ou assistida, também denominada de indireta ou triangular (por

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GOMMA de Azevedo, André. Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: Apontamentos sobre a Autocomposição no Direito Processual. In: **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 2 / André Gomma de Azevedo (org.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 151.

exemplo: mediação ou conciliação), quando as partes são estimuladas por um terceiro, neutro ao conflito, para assim dirimir a disputa. Por fim, a heterocomposição, quando as partes se submetem a imposição de uma decisão de um terceiro, à qual as partes encontram-se vinculadas. Tradicionalmente são indicados o processo judicial e a arbitragem como exemplos principais de meios heterocompositivos de solução de conflitos.⁶¹

Tendo o papel das agências características executivas, legislativa e jurisdicionais, como visto anteriormente, o procedimento decisório dessas autoridades, como é o caso da ANEEL, assemelha-se à atividade jurisdicional – interpretar contratos e obrigações, aplicar sanções e julgar recursos administrativos – incumbindo-se, portanto, de solucionar conflitos, utilizando-se de instrumentalização processual típica.⁶²

Os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da Diretoria da ANEEL, nas matérias relativas à regulação e à fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, estão disciplinados na Norma de Organização ANEEL nº 001, anexa à Resolução Normativa nº. 273, de 10 de julho de 2007.

[...] as decisões da ANEEL podem ser tomadas em três níveis ou instâncias permanentes: i) a Diretoria, instância máxima de decisão, e que decide em regime de colegiado; ii) as Superintendências, que têm competências estabelecidas no Regimento Interno e/ou recebem delegação da Diretoria para decidir sobre temas específicos; e iii) as Agências Reguladoras Estaduais conveniadas com a ANEEL, que recebem delegação, via Convênio, para as atividades de fiscalização, ouvidoria e mediação.⁶³

As decisões da Diretoria, promulgadas por meio de Resoluções, Despachos e Portarias, bem como as decisões das Comissões que tratam de licitação de concessões são publicadas no Diário Oficial da União – D.O.U. e as decisões das Superintendências têm sido formalizadas por meio de Despachos.

Independentemente do nível da decisão, cabe recurso contra as decisões da Agência, conforme previsto no art. 42 da Norma de Organização ANEEL nº. 001, mediante requerimento, aplicável contra atos do Diretor-Geral, dos Diretores, dos Superintendentes e titulares de unidades organizacionais de mesmo nível hierárquico, de Presidentes de Comissão de Licitação e de outros servidores com delegação de poder decisório no âmbito da ANEEL, bem como os oriundos de Agências conveniadas.

Inclui-se ainda nesse rol o processo administrativo punitivo, que decorre do caráter específico das atividades de fiscalização, realizadas pelas Superintendências de Fiscalização da

⁶¹ Ibidem., p. 153.

⁶² NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. Op. cit., p. 26.

⁶³ SILVA, Rulemar Pessoa. **Recursos Administrativos na ANEEL: Decisões e Proposta de Jurisprudência**, Dissertação (Mestrado: Pós-Graduação em Engenharia da Energia). Universidade Federal de Itajubá (EFEI), Programa de Pós-Graduação em Engenharia da Energia, 2005. p. 29.

ANEEL ou pelas Agências Estaduais conveniadas, pois possui procedimentos próprios para sua abertura e, também, gera a interposição de recursos administrativos.

Por fim, há que se mencionar a sujeição das decisões da Agência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, decorrente do texto do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

7. INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL NA ANEEL

Controle social ou auto-regulação é o processo pelo qual os cidadãos têm de forma individual ou coletiva o direito e o dever de propor, prevenir, acompanhar, monitorar, e controlar a administração pública ou estatal, e as atividades privada ou empresariais [tradução livre].⁶⁴

Neste artigo, compartilha-se do entendimento de que o controle social da prestação do serviço público de energia elétrica complementa o controle público estatal no fenômeno do controle da Administração Pública.⁶⁵

Em espécie, pode-se classificar os instrumentos de controle social em não jurisdicionais e jurisdicionais. A Carta Magna, explicita no primeiro grupo os direitos de receber informação e de petição (por exemplo: art. 5º, XXXIII e XXXIV, “b”). Já no segundo grupo enquadram-se por exemplo as audiências e consultas públicas. Ainda nesse grupo, enquadram-se o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa de lei, que refletem outra possibilidade de aproximação do cidadão aos negócios do Estado, mas que apresentam dificuldade de se efetivarem, pelos condicionamentos impostos pelo próprio regramento constitucional.⁶⁶

A Norma Organizacional ANEEL n° 001 estabelece, no seu Título II - Procedimentos Administrativos, regras para condução de alguns desses temas importantes relativos à defesa dos interesses de agentes, usuários e da sociedade em geral, como: no Capítulo II – Da Audiência Pública; Capítulo III - da Consulta Pública; Capítulo IV - Das Reuniões da Diretoria; Capítulo V - Dos Atos Administrativos – onde são discriminados os requisitos para emissão e alteração dos atos administrativos; Capítulo VI - Dos Procedimentos em Geral – sobre instrução, prazos, notificação e acesso; e Capítulo VII – Dos procedimentos para interposição de recursos administrativos e pedidos de invalidação.

Portanto, o usuário de serviços públicos detém prerrogativas constitucionais,

⁶⁴ COLLADO, Claudia. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Regulação, promovido pela Associação Brasileira de Regulação (ABAR), cujo tema era: **A Regulação e o Necessário Controle Social**. Manaus, 2005.

⁶⁵ SANTOS, Jair Lima dos. O TCU e os Controles Estatal e Social da Administração Pública. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 33, n. 94, out/dez 2002. p. 24.

⁶⁶ LEHFELD, Lucas de Souza; LÉPORE, Paulo Eduardo. **A Participação Cidadã e os Instrumentos Processuais de Controle Social das Agências Reguladoras no Brasil**. 2007. p. 2.

materializadas em direitos e garantias de defesa desses direitos, além de um conjunto de diretrizes e processos que norteiam o estabelecimento do controle social na ANEEL, aos quais se juntam mecanismos/instrumentos disponibilizados mediante procedimentos formais e informais, que permitem, enfim, a operacionalização do controle social sobre a ANEEL.

Assim, saber se tais arranjos institucionais facilitadores da participação social nas decisões da ANEEL, relativas à regulação e à fiscalização do setor elétrico nacional, vêm sendo disponibilizados de forma efetiva, aperfeiçoados ao longo do tempo e utilizados plenamente por todos os atores envolvidos, resulta em avaliar não só a efetividade do controle social na agência, mas também o grau de sua institucionalização como esfera pública de atuação estatal.

7.1 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A participação e a manifestação dos agentes econômicos do setor elétrico, dos consumidores e demais interessados da sociedade, na Sessão ao Vivo – Presencial, dependem de inscrição prévia, sendo facultado o oferecimento de documentos ou arrazoados. Nesse processo, os interessados podem fazer sua exposição oral, tendo sua duração limitada pela Presidência da Sessão.

A participação dos interessados na Sessão ao Vivo – Presencial também pode ser feita por intermédio de organizações e associações que os representem.⁶⁷

A Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da Agência, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos seus atos administrativos. Os agentes, usuários e cidadãos, “(...) ao longo de sua condução, podem contar com a realização de sessões públicas, para a manifestação de viva voz, chamadas de Sessão ao Vivo – Presencial, ou apenas serem feitos por meio de Intercâmbio Documental”⁶⁸.

Em geral, as inscrições podem ser realizadas diretamente na secretaria do evento no mesmo dia e local de sua realização. As audiências na sessão ao vivo pautam-se por um roteiro informal que se inicia com apresentação do assunto por um dos Diretores da ANEEL. Desenvolvem-se a seguir apresentações: ANEEL – 20 min; Concessionária – 20 min; Conselho de Consumidores – 20 min, seguidas das manifestações dos demais participantes, com previsão de duração de 5 minutos cada, para permitir a todos que queiram a oportunidade de se manifestar, segundo critério esclarecido pelo presidente da mesa, de modo a garantir isonomia de tratamento a todos os inscritos.

Tendo em conta o seu objetivo de “[...] colher subsídios e informações junto à sociedade para matérias em análise, bem como oferecer aos interessados a oportunidade de encaminhamento

⁶⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático ANEEL; 6: Audiências e Consultas Públicas**. Brasília: ANEEL, out. 2006, p. 18. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/CT%20A&CP28_11_2008_port.pdf (Consultado em 23.02.2009)

⁶⁸ Idem.

de seus pleitos, opiniões e sugestões relativas ao assunto em questão⁶⁹, não há necessidade de réplica, contestação ou discussão sobre as manifestações realizadas na audiência.

As contribuições apresentadas por consumidores, agentes econômicos ou público-sociais são posteriormente analisadas e consolidadas pela equipe técnica da Agência, que disponibiliza o resultado dessa apreciação na página eletrônica da ANEEL. Por fim, o resultado é submetido à Diretoria colegiada, a quem cabe deliberar sobre o assunto em reunião pública.

Em pesquisa⁷⁰ realizada nas atas e nos relatórios de contribuições das Audiências Públicas realizadas pela ANEEL, no período de 1998 a julho de 2004, em que foram realizadas 146 audiências e 25 consultas públicas, nos quais constam dados sobre as categorias das audiências (técnica, econômica ou social), dos participantes (atores) e sobre a apreciação das contribuições (aceitas, rejeitadas ou parcialmente aceitas), verificou-se que desse total de audiências (146), 71 (49%) enquadram-se na categoria técnica, 57 (39%) na econômica e apenas 18 (12%) na social.⁷¹

Para avaliar as contribuições oferecidas, a pesquisadora selecionou uma amostra de 20% das contribuições, que representam 29 audiências que tiveram 3.766 contribuições tabuladas. Desse total, 71% foram oriundas das concessionárias ou de suas associações e 29% dos consumidores, associações de bairros, PROCON's, Conselhos dos Consumidores ou organizações não governamentais. As contribuições foram divididas nas três categorias: contribuições aceitas, contribuições rejeitadas e contribuições parcialmente aceitas.⁷²

Assim, [foi observado que] apenas 15% das contribuições dos consumidores foram aceitas em contraponto com as associações das concessionárias onde esse percentual foi de 48%, maior. Observa-se que a desigualdade não está apenas no número de representantes mas principalmente no índice de aceitação das contribuições, que das próprias concessionárias [...] foi de 56%. Assim, **o processo decisório da ANEEL está sendo bastante influenciado pelas concessionárias reguladas.** [grifo nosso]

A leitura dos relatórios permite constatar [ainda] que tecnicamente as proposições das concessionárias e suas associações são bem [mais] articuladas, são propostas consistentes, enquanto as [propostas] dos consumidores são, por vezes, carentes de qualquer embasamento técnico e facilmente contestáveis. Enquanto os cidadãos/consumidores vão para a audiência sem proposta concreta, as concessionárias e suas associadas levam profissionais preparados para expor suas posições.⁷³

Observando-se ainda o número de Audiências Públicas instauradas e realizadas pela

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ FARIAS, Regina Cláudia Gondim Bezerra. **Controle Social na Regulação do Setor Elétrico**. Monografia (Especialista: Pós-Graduação em Controle Externo). Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União., Brasília – DF, 2004, 67 p.

⁷¹ Ibidem, p. 51-52.

⁷² Ibidem, p. 53.

⁷³ Idem.

ANEEL até setembro de 2008,⁷⁴ verifica-se uma tendência crescente de uso desse instrumento pela Agência.

Quanto ao aperfeiçoamento do processo, observou-se, em particular, um avanço importante com a publicação da Resolução ANEEL nº. 234, de 2006, que dispõe sobre os conceitos gerais, as metodologias aplicáveis e os procedimentos iniciais para realização do segundo ciclo de revisão tarifária das concessionárias de distribuição de energia elétrica, o qual consiste na previsão, dentro do cronograma de atividades do segundo ciclo de revisão tarifária, de apresentação prévia da referida proposta ao respectivo Conselho de Consumidores, o que representa um avanço significativo na ampliação do debate de questão tão sensível da regulação econômica.

Por outro lado, a análise das contribuições feitas nas audiências públicas realizadas pela ANEEL demonstra que esse espaço público (esfera pública na terminologia habermasiana) tem sido majoritariamente tomado pelos interesses dos grupos econômicos envolvidos com o tema em discussão. Isso é corroborado pela observação da pauta apresentada pelos participantes dessas audiências, característica de interesses privados que tais grupos defendem, os quais se confundem, às vezes, com as propostas de representantes que se propõem a defender interesses dos consumidores ou dos trabalhadores.

Por exemplo, demandas no sentido de onerar a Base de Remuneração das concessionárias, durante os processos de revisão tarifária, para contemplar benefícios trabalhistas ou reajustes salariais, objeto de negociação entre trabalhadores e concessionárias, impactam diretamente as tarifas a serem cobradas dos usuários do serviço.

Esse comportamento de representantes sindicais passa a não diferir daqueles de grupos empresariais, que se caracterizam por uma visão particularista característica, manifestada de forma organizada por meio de *lobbies*, que buscam se apropriar desses espaços em busca da viabilização de seus interesses corporativos.

7.2 CONSULTAS PÚBLICAS

“Consulta Pública é um instrumento administrativo, delegado pela Diretoria da Agência aos superintendentes da ANEEL, para apoiar as atividades das unidades organizacionais na instrução de processos de regulamentação e fiscalização ou na implementação de suas atribuições específicas.”⁷⁵

A Consulta Pública “é uma ferramenta utilizada pelas unidades organizacionais da ANEEL

⁷⁴ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Informações Gerenciais**. set. 2008. Interação com a Sociedade - 1998 até 10/09/2008. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=531&idPerfil=2> (consultado em 05.01.2009)

⁷⁵ BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Caderno Temático Ouvidoria**; 6, Op. cit., p. 22.

para aferir, de forma ampla e democrática, os seus atos junto aos envolvidos e/ou interessados na questão.”⁷⁶

A participação e manifestação dos interessados nas consultas públicas são feitas mediante o intercâmbio de documentos e ainda, por deliberação da(s) Superintendência(s) responsável (is), de viva voz em Sessão ao vivo – presencial – de forma análoga à Audiência Pública - presencial.

Sua principal função, portanto, é submeter minutas de atos normativos a comentários e sugestões do público em geral, ou seja, destinam-se a receber contribuições para se produzirem ou modificarem resoluções e documentos consolidados que irão regular uma área técnica específica da agência, além de obter subsídios para orientar as ações de fiscalização da agência.

Em relação às consultas públicas, a pesquisa referida no item anterior constatou que não foram oferecidas contribuições à ANEEL nos dois primeiros anos em que esse instrumento foi disponibilizado à sociedade.

Das 25 consultas públicas realizadas de 1998 à 2004, 11 consultas ocorreram em 1998 e 4 consultas foram realizadas em 1999.⁷⁷ Ao longo de todo esse período, a pesquisa constatou que do total de consultas realizadas, 72% delas foram técnicas, 16% econômicas e apenas 12% sociais, tendo sido avaliadas todas as contribuições feitas. Considerando ainda que, de 2000 a 2002, o número de consultas públicas foi insignificante, a análise das contribuições concentrou-se nas 10 consultas realizadas no biênio 2003-2004.⁷⁸

As referidas consultas receberam 272 contribuições, das quais apenas 3 originaram-se dos consumidores, ou seja, apenas 1% do total. Nenhuma foi acatada. Quanto às demais 99%, que correspondem a 269 contribuições, recebidas de 55 concessionárias e suas associações, 139 (52%) foram acatadas.⁷⁹

Consultando-se a página eletrônica da ANEEL⁸⁰, constata-se que até 2005, à exceção do primeiro ano (1998), as Consultas Públicas não foram muito utilizadas. Todavia, a partir daí, houve um aumento expressivo na sua utilização pelas Superintendências da ANEEL, tendo esse instrumento demonstrado durante o ano de 2008 o seu maior vigor, com 25 Consultas Públicas realizadas diretamente pela ANEEL, atingindo-se então cerca de 100 consultas públicas. Apesar disso, o comportamento ao longo desse período caracteriza-se como aleatório, inexistindo uma clara tendência de estabilização ou de aumento do uso desse procedimento. Identifica-se aqui, portanto, a necessidade de se investigar com mais profundidade as dificuldades para utilização desse

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ FARIAS, Regina Cláudia Gondim Bezerra. **Controle Social na Regulação do Setor Elétrico**. Op. cit., p. 54.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Ibidem, p. 55.

⁸⁰ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Informações Gerenciais**. Op. cit., p. 1.

instrumento pelas superintendências da ANEEL.

7.3 REUNIÕES DA DIRETORIA (PÚBLICAS)

As reuniões públicas têm como finalidade aumentar o grau de transparência do processo decisório da ANEEL, permitindo a qualquer pessoa acompanhar e participar efetivamente do processo de tomada de decisões da Agência⁸¹.

Atendendo ao princípio da publicidade dos atos administrativos, a distribuição dos processos aos futuros relatores é realizada publicamente, mediante sorteio eletrônico, sendo disponibilizado na página da Agência (www.aneel.gov.br) o calendário, as pautas e os relatórios dos processos de modo a permitir a qualquer membro da sociedade a consulta prévia aos principais assuntos deliberados, bem como aos seus resultados.

É permitida ainda a participação ativa das partes dos processos em julgamento, com direito à sustentação oral durante a reunião pública, que além de franqueada a todos os interessados é transmitida *on-line* via Internet.

Essas reuniões vêm sendo realizadas ininterruptamente⁸², desde outubro de 2004, representando um avanço significativo na ampliação da transparência das decisões da Diretoria e do acesso público à participação da sociedade no processo decisório da ANEEL.

7.4 INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito, independentemente de caução, sendo a Diretoria a instância máxima recursal, nas matérias submetidas à alçada da Agência.⁸³

Tomando como referência os resultados de pesquisa sobre decisões da Diretoria Colegiada da ANEEL⁸⁴, realizada no período de 2001 à 2004, referentes aos requerimentos julgados ao longo dos sete primeiros anos de existência da Agência – 1998 a 2004 –, obteve-se o seguinte resultado:

[...] foram julgados um total de 648 recursos interpostos pelos diversos agentes, consumidores e outros (prestadores de serviço, interessados em participar de leilões

⁸¹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Reuniões Públicas da Diretoria**. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=416> (consultado em 05.01.2009)

⁸² BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Informações Gerenciais**. Op. cit., p. 1.

⁸³ Norma Organizacional ANEEL n.º. 001, anexa à Resolução ANEEL n.º. 273, de 10 de julho de 2007, Título II, Capítulo VII, artigo 45.

⁸⁴ SILVA, Rulemar Pessoa. **Recursos Administrativos na ANEEL: Decisões e Proposta de Jurisprudência**, Dissertação (Mestrado: Pós-Graduação em Engenharia da Energia). Universidade Federal de Itajubá (EFEI), Programa de Pós-Graduação em Engenharia da Energia, 2005. 105 p. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://200.131.186.194/phl/pdf/0029400.pdf> (consultado em 05.01.2009)

de concessão, etc.). No mesmo período **foram julgados 212 pedidos de efeito suspensivo**, ou seja, requerendo que a aplicação da decisão ficasse suspensa até o julgamento do mérito do recurso. Foram julgados, ainda, **11 pedidos de invalidação** de atos da ANEEL.

[...]

O número de pedidos de recursos, efeito suspensivo e invalidação [80] foi pouco significativo nos três primeiros anos de existência da ANEEL. Por esta razão a análise que segue neste capítulo enfocará o período 2001 – 2004.⁸⁵

Diante disso, a análise concentrou-se sobre os 568 recursos julgados:

[...] **71,8% deles foram interpostos por concessionárias de distribuição**. Este segmento foi o líder em número de recursos em todos os anos analisados. Em segundo lugar no número de recursos estão os consumidores e geradores, com aproximadamente 10% do total cada um.⁸⁶

Cabe destacar a expressiva participação (71,8%) do segmento das concessionárias de distribuição na interposição de recursos perante a Diretoria da ANEEL, em face da inexpressiva participação do segmento consumidor (10%), isso sem se considerar a estratificação em classes desses consumidores, aspecto sobre o qual a referida pesquisa não se ateve, o que certamente desequilibraria ainda mais a relação entre concessionárias e as classes de consumidores mais numerosas ou de menor renda.

Observa-se [ainda] que mais da metade (**60,2%**) dos recursos tiveram origem em **decisões das Agências Estaduais conveniadas**, interpostos tanto pelas concessionárias, quanto pelos consumidores.

[...] Cabe destacar o ano de 2001, no qual foram julgados 121 recursos contra decisões das agências conveniadas, ou seja, mais de 75% dos recursos julgados naquele ano. Analisando os recursos do referido ano constata-se que quase a totalidade, ou seja, **113 recursos foram interpostos pela** [...] [mesma concessionária] **e destes 105 referiam-se a pedidos de ressarcimento por danos elétricos.**⁸⁷

O que salta aos olhos como exagero, após acurado exame do analista, demonstrou ser não uma inconsistência, mas “uma não aceitação pela concessionária dos critérios adotados para definir o ressarcimento de danos elétricos.”⁸⁸

Os consumidores da [...] [concessionária] que tiveram algum equipamento eletro-eletrônico danificado durante desligamentos ou ocorrências na rede de distribuição, tiveram sua reclamação deferida pela Agência Estadual [...] e a concessionária recorreu de todas as decisões favoráveis aos consumidores. **É importante mencionar que, em todos estes recursos a ANEEL decidiu no sentido de manter a decisão da** [...] [Agência Estadual].⁸⁹ [grifo nosso]

Diante desse posicionamento da Diretoria, cabe aqui destacar, independentemente dos motivos alegados pela concessionária, que tratar os problemas dos consumidores sob a ótica local,

⁸⁵ Ibidem., p. 51-52.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Ibidem., p. 55.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

mais próximo da sua origem, com o conhecimento das peculiaridades locais, resulta em benefício para o consumidor, tornando assim suas relações com a concessionária mais equilibradas.

[...] [após] julgados 568 recursos, entretanto, [...] foram excluídos alguns recursos [para efeito de análise], a saber: i) aqueles que foram extintos ou não conhecidos [...]; e ii) recursos referentes a Autos de Infração – AI [...].

Com as mencionadas exclusões, chegou-se [...] [a] 381 recursos [...]. Verifica-se que os temas campeões de recursos são: ressarcimento de danos elétricos e comercialização/faturamento, que respondem, respectivamente, por 35,7% e 27,6% dos recursos conhecidos e julgados no referido período.⁹⁰

Tais “[...] recursos julgados pela Diretoria da ANEEL no período 2001-2004, apresentaram uma grande concentração em torno de [...]: ressarcimento e indenização de danos; comercialização/faturamento (com grande incidência de cobranças por irregularidade na medição)”⁹¹, os quais portanto remetem a interesses diretamente relacionados com os consumidores. Diante disso, “a ANEEL recomendou que a [Agência Estadual] se reunisse com a concessionária e esclarecesse os procedimentos e isto ajudou a reduzir a interposição de recursos similares nos anos seguintes.”⁹²

O pesquisador levanta ainda a hipótese de que “parte dos recursos contra decisões das Agências Estaduais, talvez pudesse ser resolvida localmente, dentro do espírito da descentralização que é [de] agilizar o processo de resolução de disputas e conflitos. [Recomendando que] Esta questão merece ser monitorada e avaliada, buscando definir medidas e ações que tornem os convênios mais efetivos.”⁹³

A partir de 2007, os processos recursivos oriundos das agências estaduais conveniadas, relacionados a irregularidades na medição de consumo de energia elétrica, ressarcimento de danos elétricos e demais reclamações de consumidores referentes às condições de fornecimento de energia elétrica, passaram a ser analisados previamente à deliberação da Diretoria colegiada por uma comissão multidisciplinar interna, coordenada pela SMA/ANEEL.

Como resultado dessa medida, em 2008, foram avaliados 428 processos administrativos por essa comissão, o que resultou no julgamento de 366 processos dessa natureza pelo Colegiado da Agência⁹⁴. Esses resultados demonstram um aumento crescente do desempenho da ANEEL na deliberação sobre tais recursos, em benefício do consumidor, haja vista a celeridade processual obtida nessas questões, o que pode vir também a desestimular o agente econômico de se utilizar desse recurso como estratégia protelatória.

⁹⁰ Ibidem., p. 71-72

⁹¹ Ibidem., p. 99-100.

⁹² Ibidem., p. 65.

⁹³ Idem.

⁹⁴ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **SMA: Relatório de Atividades 2008**. fev./2009, 35 p.

7.5 MEDIAÇÃO

[...] não há um rito procedimental específico para os processos de mediação administrativa – a vontade das partes é que determina a forma e o curso dos trabalhos.⁹⁵

As questões que retratam divergências entre consumidores e concessionárias de energia elétrica, ou entre agentes do setor, passíveis de mediação, podem ser submetidas a “[...] um processo no qual um terceiro imparcial, a quem falta autoridade para [...] impor uma solução, ajuda as partes a resolver a disputa ou a planejar uma transação”⁹⁶.

Tais divergências em parte decorrem de não se ter obtido uma solução técnica-administrativa satisfatória sob a ótica do requerente, seja por referir-se a assunto não regulado, ou em razão de lacunas na legislação do setor elétrico, ou seja por dificuldades na interpretação de seus dispositivos, ou na obtenção de dados comprobatórios sobre as posições de qualquer dos envolvidos.

O seu início ocorre mediante provocação de uma das partes, a qual solicita a instauração do procedimento de mediação. Consultada a outra sobre a adesão e prestadas as informações esclarecendo a controvérsia, a mediação tem seu curso conduzida pela SMA/ANEEL. Via de regra, as partes se compõem e é encerrada a mediação.

Há casos, porém, em que a postura das partes ou as circunstâncias do caso concreto impedem que a demanda encontre solução no espaço da mediação. Em situações tais, é encerrado o processo no âmbito administrativo, restando às partes buscar sua solução de outras formas.⁹⁷

Assim, esses conflitos são tratados utilizando-se de procedimento organizado dentro das técnicas de resolução de disputas, seguindo-se, de forma ordenada, às etapas de completo esclarecimento da questão, conciliação entre as partes e estabelecimento de um ambiente adequado à negociação.

Em termos quantitativos, a SMA/ANEEL tem empreendido uma média de 30 (trinta) mediações anuais, das quais resultam acordos em aproximadamente 90% dos procedimentos instaurados. Tal percentual de êxito deve-se, de forma significativa, à postura das partes, as quais acabam por compreender que uma solução mediada é sempre melhor do que um impasse continuado.⁹⁸

⁹⁵ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático ANEEL; 8: Solução de Divergências - Mediação**. Brasília: ANEEL, dez./2008, p. 20. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/CT_%208_Mediacao.pdf (consultado em 28.02.2009)

⁹⁶ RISKIN, Leonard L. **Compreendendo as Orientações, Estratégias e Técnicas do Mediador: Um Padrão para Perplexos**, In: Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, v. 1 / André Gomma de Azevedo (org.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2002, p. 13.

⁹⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático ANEEL; 8: Solução de Divergências - Mediação**. Op. cit., p. 23.

⁹⁸ idem.

7.6 ATENDIMENTO DE SOLICITAÇÕES DOS USUÁRIOS

7.6.1 Pelas concessionárias.

O inciso I do art. 31, da Lei nº 8.987, de 1995, prevê como encargo da concessionária prestar serviço *adequado*, sendo definido como *adequado* o serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, conforme estabelecido no § 1º do art. 6º da mesma lei.

A Resolução Normativa ANEEL nº. 382, de 1998, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas concessionárias para fornecimento de informações sobre as reclamações recebidas dos consumidores de suas respectivas áreas de concessão. Esse procedimento, segundo a SMA/ANEEL, já se encontra automatizado, o que permite melhor avaliar o desempenho das concessionárias no atendimento prestado ao usuário-cidadão.

A partir de 2003, a SMA aprimorou o processo de monitoramento dos indicadores derivados da Resolução referenciada, com a introdução de planilhas eletrônicas padronizadas e com a apuração das informações consolidadas por concessionária e, em 2004, foi implementado o Sistema de Controle de Reclamações – SCR, automatizando a gestão das informações e permitindo acompanhar o desempenho do atendimento técnico-comercial das concessionárias.⁹⁹

A referida norma define ainda os tipos de reclamação e os índices a serem apurados, mensais, anuais e dos últimos 12 meses, que representam percentuais de reclamações improcedentes, procedentes e solucionadas, por tipo de reclamação, em relação aos seus totais.

Observa-se uma tendência crescente de melhora do índice percentual de reclamações procedentes recebidas e solucionadas, obtido do histórico da relação entre o número de reclamações procedentes solucionadas e o número total de reclamações procedentes.¹⁰⁰ Todavia, essas melhorias têm sido modestas, o que têm redundado em ampliação significativa, a cada ano, do espaço para ganhos na qualidade do atendimento das concessionárias.

7.6.2 Pela ANEEL.

O atendimento das reclamações dos usuários do serviço público de energia elétrica é realizado por sistemas automatizados de telefonia e informação, disponibilizados pela ANEEL, além de quadro técnico e operacional especializado, os quais integram o fluxo de informações (denúncias, reclamações, críticas, elogios, esclarecimentos, solicitações de legislação do setor,

⁹⁹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **SMA: Relatório de Atividades 2008**. Op. cit., p. 15.

¹⁰⁰ Idem., p. 16.

dentre outras) recebidas dos usuários, resultantes da atuação das 64 concessionárias de distribuição, das 12 agências estaduais conveniadas e de todas as áreas da ANEEL. A gestão dessas informações, no âmbito da agência, junto com a mediação, conselho de consumidores, audiências e consultas públicas compõem o macroprocesso de relações com o mercado e ouvidoria da ANEEL.

As demandas dos usuários endereçadas à ANEEL são recebidas por canais de comunicação especificamente concebidos para o registro dessas solicitações. Esses canais contam com o apoio de recursos de tecnologia de informação e telefonia, consistindo de um *call center* (terceirizado) com automação de voz e acesso *on line* ao banco de dados da ANEEL; a página eletrônica na internet; e um sistema integrado de controle de processos e documentos (SICnet). Esses canais automatizados permitem ao usuário, gratuitamente, obter informações, conhecer seus direitos, tirar dúvidas sobre a prestação dos serviços, oferecer sugestões ou registrar reivindicações através de telefone 144, ou por meio da página eletrônica da ANEEL (Fale Conosco ou Internet), ou fac-símile e carta (protocolo da ANEEL).

Além disso, a ANEEL passou a disponibilizar, a partir de 2009, um sistema de atendimento via *chat*, integrado com a CTA, que permite o relacionamento *on-line* (em tempo real) com o consumidor por meio da página eletrônica da Agência,¹⁰¹ ampliando as alternativas de comunicação à disposição do consumidor.

A ANEEL vem obtendo boas avaliações em relação ao desempenho do seu atendimento. Por exemplo, o índice de eficiência, que compara a quantidade de ligações atendidas com as recebidas atingiu 98% em 2008¹⁰².

O processamento eletrônico dos dados das reclamações e dúvidas mais frequentes submetidas à ANEEL, conforme exemplificado na página eletrônica da ANEEL,¹⁰³ potencializa sua capacidade de deflagrar ações para mitigar problemas na prestação do serviço em diversos campos da regulação, fiscalização e atendimento.

As solicitações que não têm solução imediata pela CTA são registradas junto com as realizadas pela página eletrônica da Agência e as recebidas mediante carta ou fac-símile no Sistema de Gestão de Ouvidoria (SGO). Num segundo nível de atendimento, tais solicitações são tratadas pela equipe técnica da SMA da ANEEL.¹⁰⁴

¹⁰¹ Disponível em caráter experimental na Internet via WWW. URL: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/fale_conosco/frm_escolha.cfm# (consultado em 28.02.2009)

¹⁰² BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **SMA: Relatório de Atividades 2008**. Op. cit., p. 5.

¹⁰³ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Informações Gerenciais**. set. 2008, Ouvidoria - 2005 até 10/09/2008. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=21&idPerfil=4> (consultado em 05.01.2009)

¹⁰⁴ BRASIL: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Caderno Temático Ouvidoria; 7**, p. 22. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/caderno_tematico_07.pdf (consultado em 05.01.2009)

Em 2008, a SMA finalizou 34.281 solicitações de consumidores no Sistema de Gestão de Ouvidoria - SGO, num prazo médio de 16 dias, e encaminhou 14.133 solicitações para as Agências Estaduais descentralizadas¹⁰⁵.

Percebe-se do histórico de solicitações recebidas,¹⁰⁶ excetuando-se os anos da crise do racionamento de energia (2001 e 2002), que há um crescimento (vegetativo) do número de atendimentos sem prejuízo dos respectivos índices de qualidade, o que demonstra certamente a satisfação do consumidor com o serviço prestado pela ANEEL, reconhecida por pesquisas de satisfação e premiações recebidas de instituições como, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e a Câmara Americana de Comércio (AMCHAM).

O IDEC faz uma avaliação periódica sobre a atuação das agências federais, na qual a ANEEL vem se destacando nos critérios de publicidade e transparência. Já a AMCHAM realizou estudos e pesquisas junto aos principais agentes, representantes de entidades, empresas e associações ligadas ao mercado regulado, nos quais a atuação da ANEEL, em geral, foi bem avaliada.

7.6.3 Pelos órgãos de defesa do consumidor (PROCON's)

O Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado na Lei nº. 8.078, de 1990, tem um relevante papel no desenvolvimento da consciência de consumo e de cidadania no País. Apesar de regular as relações de consumo e concentrar sua eficácia a situações de compra ou utilização de produtos ou serviços, a apropriação de direitos que o cidadão brasileiro começou a fazer a partir do Código fez com que surgisse não apenas um consumidor mais maduro e sabedor de seus direitos, mas também um cidadão consciente de seu papel e fiscalizador das atitudes do Estado.

Em seu art. 22, o Código de Defesa do Consumidor ampliou ao usuário de serviços públicos o ferramental jurídico necessário à operacionalização da sua defesa.¹⁰⁷

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.¹⁰⁸

Diante da relevância do tema, o art. 14 da estrutura regimental da ANEEL, aprovada pelo

¹⁰⁵ BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **SMA: Relatório de Atividades 2008**, Op. cit., p. 7.

¹⁰⁶ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Informações Gerenciais**. set. 2008, Ouvidoria - 2005 até 10/09/2008. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=531&idPerfil=2> (consultado em 05.01.2009)

¹⁰⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 257-258.

¹⁰⁸ Lei nº8.078, de 1990, art. 22, parágrafo único.

Decreto nº 3.325, de 6 de outubro de 1997, impôs à Agência utilizar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) de forma subsidiária, bem como atuar de forma articulada com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), como entidade da Administração Pública Federal de defesa dos interesses e direitos do consumidor de serviços de energia elétrica, recebendo dessa forma atribuições de apurar e punir infrações à legislação das relações de consumo.

Art. 14. As ações de proteção e defesa do consumidor de energia elétrica serão realizadas pela ANEEL, observado, no que couber, o disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, na Lei nº. 8.987, de 1995, e no Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997. Parágrafo único. Objetivando o aperfeiçoamento de suas ações, a ANEEL articular-se-á com as entidades e os órgãos estatais e privados de proteção e defesa do consumidor.¹⁰⁹

O inciso III e *caput* do art. 17 do Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº. 349, de 28 de novembro de 1997, incumbe expressamente “ao Diretor-Ouvidor da ANEEL, apoiado pela Superintendência de Mediação Administrativa Setorial, sem prejuízo das [outras] atribuições comuns aos membros da Diretoria [...] III – coordenar as ações de proteção e defesa dos consumidores de energia elétrica, de incumbência da ANEEL”.

Não se pode, todavia, confundir as nuances que diferenciam a imputação de responsabilidade ao prestador do serviço na relação de serviço público e na relação de consumo, pois nesta:

O fornecedor é **obrigado** a prestar o serviço ao consumidor. O Poder Público tem o **dever** de regular a relação contratual entre eles, protegendo a parte considerada mais fraca. O inadimplemento pelo fornecedor gera sua **responsabilidade** perante o consumidor. O Poder Público **não é responsável** pelo cumprimento das obrigações pelo fornecedor.¹¹⁰

Já na relação de serviço público,

A concessionária é **obrigada** a prestar o serviço cujo exercício lhe foi atribuído, mas o poder concedente continua com o **dever** constitucional de prestá-lo, embora escolha a opção de fazê-lo indiretamente sob regime de concessão ou permissão, como lhe é autorizado pelo art. 175 da Constituição. O inadimplemento pela concessionária gera sua **responsabilidade** perante o usuário, mas também **responsável** é, solidariamente, o poder concedente, na medida em que [este] mantém a **titularidade** do serviço concedido.¹¹¹

Segundo o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2008: Relatório Analítico¹¹², emitido pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, as demandas registradas no

¹⁰⁹ Decreto nº. 2.335, de 1997, art. 14, parágrafo único.

¹¹⁰ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do, **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**, out. 2006. p. 4. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.celc.com.br/antiores/celc_comentario_00144.html (consultado em 05.01.2009)

¹¹¹ *Ibidem.*, 3-4.

¹¹² BRASIL. Ministério da Justiça. DPDC. Disponível na Internet via WWW: URL: <http://www.mj.gov.br/sindec> (consultado em 28.02.2009)

Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC) atingiram o montante de 93.872 Reclamações Fundamentadas. Destas, 12.925 reclamações correspondem à área de Serviços Essenciais, das quais apenas 1.544 reclamações se referem à Energia Elétrica.¹¹³

O atendimento pelas concessionárias prestadoras do serviço público de energia elétrica correspondeu a 77% (1.189) daquelas reclamações, o que representa menos de 2 % do total de reclamações fundamentadas no referido período.¹¹⁴ Adicionalmente, no Ranking dos 50 Fornecedores Mais Reclamados, que consta desse Cadastro Nacional, não aparece nenhuma prestadora de serviço público de energia elétrica.¹¹⁵

Esses resultados demonstram, quando confrontados com aqueles do sistema integrado de atendimento da ANEEL, que o usuário do serviços públicos de energia elétrica direciona a maior parte de suas dúvidas e reclamos para a própria concessionária ou para a agência reguladora, utilizando-se dos PROCON's apenas de forma subsidiária para solução de suas reivindicações.

Conquanto esses resultados possam ser considerados satisfatórios, há espaço para que a ANEEL não apenas melhore o desempenho do seu atendimento, mas também persiga o comando legal de se articular mais com as entidades e os órgãos estatais e privados de proteção e defesa do consumidor.

7.7 INFORMAÇÃO E EDUCAÇÃO INSTITUCIONAIS DOS AGENTES E USUÁRIOS

[Enquanto que] no modo de desenvolvimento industrial, a principal fonte de produtividade se encontra na introdução de novas fontes de energia e na capacidade de descentralização do uso de energia ao longo dos processos de produção e de circulação. Na [atual] sociedade da informação a fonte de produtividade se encontra na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos.¹¹⁶

As atividades deste processo estão voltadas para o esclarecimento dos direitos e deveres dos consumidores, usuários e agentes setoriais, mediante a publicação e disponibilização de material promocional, de caráter educativo e informativo, tais como cartilhas, *folders*, publicações, palestras, entre outras formas didáticas de informação.

Criar condições para que consumidores, empresas do setor, governo e sociedade em geral tenham o máximo de conhecimento e compreensão sobre as questões que afetam o seu dia-a-dia é um trabalho árduo, realizado diariamente. Essa tarefa está prevista no Decreto nº 2.335/97, que constituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e estabeleceu como uma das diretrizes da Agência a “educação e

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ CASTELLS, M. A. apud LIMA, Clóvis Ricardo M. de. **Assimetria de Informações e Regulação de Mercados**. Op. cit., p. 3.

informação dos agentes e demais envolvidos sobre as políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica”.¹¹⁷

Observando as ações e os produtos disponibilizados pela ANEEL, na sua página eletrônica, sob os ícones educação; consumidores; etc, constata-se que a Agência tem concentrado sua atuação em ações de comunicação institucional e, principalmente, de utilidade pública, esta última mediante a divulgação de informações sobre os processos de reajuste e revisão tarifária e direitos e deveres, como se depreende do conteúdo do mais recente caderno temático publicado pela ANEEL.

[...] a ANEEL tem trabalhado de forma constante no sentido de tornar públicas e acessíveis todas as informações de interesse da sociedade relativas ao setor elétrico. Exemplos disso são a obrigatoriedade da remessa, pelas distribuidoras, dos contratos de prestação de serviços de distribuição de energia elétrica a todos os consumidores; a ampla divulgação da Resolução nº 456, que estabelece direitos e deveres dos consumidores e das distribuidoras; a Central de Teleatendimento da Agência [CTA], que tira dúvidas dos consumidores e recebe suas reclamações; as reuniões públicas de Diretoria, transmitidas pela internet; a própria página da ANEEL na internet e as audiências públicas que a Agência realiza (foram aproximadamente 340 nos primeiros dez anos de existência da ANEEL).¹¹⁸

Observa-se, todavia, nos últimos anos, que a ANEEL não tem realizado outras ações, aparentemente, por restrições de natureza orçamentária que limitaram suas contratações desde 2005.

Considera-se portanto modesta a atuação da ANEEL na condução destas ações, conquanto haja um amplo potencial de comunicação e educação, por meio do uso da tecnologia de informação disponível e contratação de serviços, voltados para formação de uma cultura de uso eficiente da energia elétrica e de uma consciência participativa, que permita ao cidadão incorporar aos processos básicos de atendimento suas reivindicações e pleitos, além de se promover maior interação com os consumidores, agentes setoriais e sociedade em geral.

A partir destas considerações, poder-se-ia perguntar sobre quais ferramentas de participação oferecidas pela Tecnologia da Informação e Comunicação seriam aptas a preencherem os requisitos de um modelo de modo exclusivamente deliberacionista (segundo a ótica de Habermas). Certamente, devem ser considerados aqueles mecanismos que pressupõem alguma forma de *input* por parte dos cidadãos, ou seja, artifícios que solicitam contribuições dos usuários através, preferencialmente, da troca de argumentos.¹¹⁹

Em pesquisa visando à identificação e à avaliação de recursos digitais de participação presentes em *websites* de instituições do Poder Legislativo “pôde-se perceber uma escala qualitativa

¹¹⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático Ouvidoria**; 7, Op. cit., p.5

¹¹⁸ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático ANEEL**; 8: Solução de Divergências – Mediação. Op. cit., p. 6.

¹¹⁹ MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida: MIOLA, Edna. **Internet e Parlamento**: Um estudo dos mecanismos de participação oferecidos pelo Poder Legislativo através de ferramentas *on line*. In: Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação (Revista E-Compós). v. 9, ago. 2007. p. 7. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/157> (consultado em 05.01.2009)

no que se refere ao perfil dos recursos disponíveis à interferência civil [...], [que vão] desde as simples sondagens de opinião (nas quais há uma forma de participação individualizada e sem troca de argumentos públicos) até a oferta de fóruns (onde um maior número de cidadãos pode tomar parte nos debates, o que implica um *give and take* de idéias)”¹²⁰.

Assim, uma ferramenta deliberativa que favoreça a participação pressupõe a troca de razões entre diversos agentes, de modo a que todos os participantes tenham as mesmas oportunidades de, segundo sua ótica, apresentar seus comentários, questionar e justificar posicionamentos, ou seja, defender seus pontos de vista específicos. As deliberações públicas dessa natureza devem servir de subsídio aos tomadores de decisão e, conseqüentemente, influenciar as decisões sobre os temas submetidos à manifestação da sociedade.¹²¹

7.8 COMUNICAÇÃO COM OS AGENTES SETORIAIS, CONSUMIDORES E DEMAIS SEGMENTOS DA SOCIEDADE

Klandermans, por exemplo, [...] com [base em] conceitos de Habermas e Oberschall para o estudo do papel das comunicações nos movimentos sociais [...], procura fundir todas essas orientações teóricas e conclui que as crenças coletivas são criadas não por indivíduos isolados mas por indivíduos em comunicação e cooperação nas rotinas cotidianas, por meio de encontros em congressos, partidos; conversações informais em bares, restaurantes e em viagens; telex, fax, e-mail, internet etc. Estes espaços criam um misto de vida interpessoal, transformando o que não é familiar em coisas familiares.¹²²

As atividades voltadas ao estabelecimento do relacionamento institucional da ANEEL, junto aos diversos segmentos de seu público institucional, ocorrem nos espaços públicos especializados e fóruns de debates do setor elétrico e afins, tais como reuniões, mesas redondas, seminários, *workshops*, convênios de intercâmbio, entre outros eventos promovidos por instituições de interesses setoriais.

Todavia, não se observa da parte da ANEEL, em relação a outros órgãos da Administração Pública, diferencial na sua participação nesses eventos, à exceção da representação formal realizada pelo seu Diretor-Geral ou representante por ele designado e do acompanhamento sistemático das atividades legislativas, mediante o estabelecimento de um canal de comunicação dedicado que permite o diálogo e o acompanhamento da pauta desses agentes políticos, das suas iniciativas relacionadas ao setor elétrico, do acompanhamento de audiências públicas e discussões de proposições de interesse do setor elétrico nas duas casas legislativas.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibidem, p. 10.

¹²² GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos Movimentos Sociais: Paradigmas Clássicos e Contemporâneos**. 6ªed., São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 84.

Normalmente, a ANEEL trata tais situações sob uma ótica legalista, por exemplo, considerando as disposições do Decreto n.º. 4.081, de 2002, ou faz-se representar apenas formalmente ou timidamente, quase sempre com o objetivo de treinamento, não oportunizando tais espaços públicos para formação de consensos.

Contra essa crítica, todavia, pode-se argumentar que as agências devem se manter equidistantes dos agentes que atuam nos respectivos setores regulados. Ou seja, as agências devem proteger-se contra a captura, tornando-se impermeáveis aos interesses particularistas dos agentes regulados.

Em relação a essa questão, Floriano de Azevedo Marques Neto argumenta que:

A impermeabilidade do regulador em face dos interesses regulados pode pôr em risco a legitimidade da regulação, pois fará com que a aceitação das pautas regulatórias repouse exclusivamente na imposição por força da autoridade, cuja capacidade e eficácia é limitada. Pode-se dizer que esta permeabilidade traz o risco da captura pelo interesse dos regulados. Porém, o risco da captura é inerente à própria regulação e não ao fato dela se dar com abertura ao diálogo com o regulado. De outro lado, quanto mais aberta e institucionalizada for essa permeabilidade, mais controle poderá ter a sociedade para coibir a captura.

[...]

[Acrescenta ainda que] a permeabilidade não pode se revelar apenas na interlocução com os sujeitos à regulação. Ela deve se efetivar também perante os potenciais beneficiários da atividade das Agências. Ou seja, o órgão regulador deverá buscar, permanentemente, a participação dos demais atores da sociedade (consumidores, grupos de interesse, associações, entidades de classe, agentes econômicos outros que não os operadores regulados). Isso envolve não só a abertura de canais institucionais com os administrados, mas especialmente a promoção de espaços de interlocução com entidades que buscam representar os cidadãos.¹²³

Resta claro, portanto, que há um grande potencial a ser explorado pela ANEEL, tanto nas oportunidades de participação nesses eventos como no fomento da participação social em espaços (esferas) públicos criados pela própria Agência, onde os consensos sobre as questões afetas à regulação setorial podem ser perseguidos.

7.9 DESCENTRALIZAÇÃO AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL (AGÊNCIAS CONVENIADAS)

Se a descentralização implica jogar responsabilidades para níveis inferiores de governo, – livrar-se da carga – isto pode ser feito de maneira relativamente rápida. Mas se implica o reforço da democracia – descentralização com empoderamento – levará algum tempo, recursos consideráveis e uma extensa construção de capacidades. A verdadeira democracia – construída sobre os fundamentos da participação ativa da população nos assuntos locais e nacionais – não acontece da

¹²³ NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. Op. cit., p. 28.

noite para o dia.¹²⁴

A ANEEL é a única agência reguladora federal em cujo ato de criação a descentralização de atividades complementares aos Estados e ao Distrito Federal foi prevista e detalhada. Apesar de a descentralização ter sido estabelecida como uma faculdade, a ANEEL adota esse mecanismo como estratégia para aproximar suas ações complementares dos consumidores, agentes regulados e a sociedade em geral; agilizar os processos de regulação, fiscalização, mediação e outorgas, este último por delegação do Poder Concedente; adaptá-los às circunstâncias locais; minimizar os problemas nas relações entre os agentes regulados e entre esses e os consumidores; e, resolvê-los localmente.

Utilizando-se dessa faculdade a ANEEL vem atuando em parcerias com 12 agências estaduais, mediante o estabelecimento de convênios de cooperação com os respectivos estados da federação¹²⁵. Há que se observar, entretanto, haver uma estabilização na promoção da descentralização aos estados da federação, após o primeiro ciclo (5 anos) de vigência dos convênios com as agências estaduais.

Pode-se buscar explicações para isso, inferindo que o processo de descentralização não foi pacificado e, a exemplo de outras políticas que afetam o pacto federativo, como de praxe na Administração Pública brasileira, ocorrem resistências a qualquer mudança da forma burocrática centralizada de condução das competências federais.

A disputa entre União e estados sobre a criação da figura da descentralização das atividades de regulação e fiscalização foi aspecto central do processo de elaboração da lei de criação da Aneel.¹²⁶

Há quem diga que essa responsabilidade recai sobre o fato de se ter alterado a orientação política do Governo Federal em relação às agências, a partir de 2003.

O processo de descentralização foi paralisado a partir de 2003, devido à mudança de orientação do governo em relação à expansão do modelo de agências. Essa paralisação se expressou, principalmente, no contingenciamento do orçamento da Aneel, reduzindo sua capacidade de ampliar o número de agências conveniadas.¹²⁷

Outros argumentam que aos Estados federados compete atender os requisitos estabelecidos para que a descentralização se efetive (capacidade técnica e administrativa, pessoal técnico

¹²⁴ NAÇÕES UNIDAS, Relatório sobre a Pobreza, 2000, p. 59 apud DOWBOR, L. **Descentralização e Participação: As Novas Tendências**. In: A Reprodução Social. v. 3. São Paulo: CEPAM. 2001. p. 4. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://74.125.47.132/search?q=cache:zWSZOYTG6b8J:www.abdl.org.br/filemanager> (consultado em 05.01.2009)

¹²⁵ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Informações Gerenciais**. Op. cit., Descentralização. “Foi suspenso desde 20/08/2008 o convênio com a ARSAL (AL) e a Agência Reguladora do Estado do Tocantins – ATR (TO) estava em processo de celebração”

¹²⁶ OLIVIERI, Cecília. **Agências Regulatórias e Federalismo: A Gestão Descentralizada da Regulação no Setor de Energia**. In: RAP, Rio de Janeiro 40(4):567-88, Jul. /Ago. 2006, p. 567. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf> (consultado em 05.01.2009)

¹²⁷ Ibidem., p. 582.

suficiente e sistemas de suporte às atividades descentralizadas, nos termos da regulamentação estabelecida pelo artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 9.427, de 1996), o que não estaria acontecendo.

Há que se reconhecer, também, as dificuldades que as distintas realidades dos entes federados impõem para viabilização da descentralização. Essas dificuldades guardam às vezes proporções equivalentes às discrepâncias regionais e dimensões continentais do nosso País.

Exemplos dessas dificuldades são: as dúvidas manifestas quanto à efetividade dos convênios com as agências estaduais, em face do despreparo do seu quadro técnico e administrativo; a crescente contestação de suas decisões, materializadas mediante recursos apresentados perante a diretoria colegiada da ANEEL, tanto por consumidores como por concessionárias; a interferência de agentes políticos; a baixa remuneração e a insuficiência de quadro de pessoal estável (concursados), entre outras. São grandes, portanto, os problemas a serem superados para que a descentralização atinja os benefícios almejados.

Tais problemas, todavia, não devem servir de justificativas para adiar o avanço da descentralização, fato constatado nos últimos anos pela estabilização do número de convênios celebrados com os entes federados, cabendo unicamente à ANEEL, como principal detentora das atribuições, capacidades e recursos, a responsabilidade por estimular ou desestimular, centralizar ou descentralizar suas atividades complementares.

Diante disso, priorizar a descentralização é uma meta que cabe à ANEEL, como também buscar tornar mais legítimas as regulações e sistemas reguladores estaduais, mediante um monitoramento efetivo pelas superintendências que delegam atividades, instituindo e cobrando “boa” regulação¹²⁸ estadual.

7.10 FISCALIZAÇÃO

A fiscalização da ANEEL é planejada privilegiando o caráter preventivo e educativo, todavia, quando constata alguma irregularidade, emite um Termo de Notificação (TN), fixando prazos para a concessionária apresentar justificativas ou corrigir os desvios constatados. Caso a irregularidade persista, será lavrado um Auto de Infração (AI), que relaciona as infrações constatadas e a penalidade aplicada, contra o qual cabe a interposição de recurso.¹²⁹

Como já aventado anteriormente, importa aqui destacar as ações de fiscalização que se

¹²⁸ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation. Theory: Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press 1999. p. 76. apud WEGRICH, Kai. **Regulação Moderna em Discussão**: Um estudo literário. RAND Europe, jun. 2008. p. 17. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/regulacao/arquivos/081006_REG_Arq_Regulacao_KaiWegrich.pdf (consultado em 05.01.2009)

¹²⁹ SILVA, Rulemar Pessoa. Op. cit., p. 30-31.

vinculam originariamente à manifestação do usuário-cidadão, tais como: reclamações de usuários, número excessivo de solicitações junto à Ouvidoria; violação sistemática dos indicadores de qualidade do serviço; ou, de denúncias ou suspeitas de irregularidade levantadas pela imprensa, Ministério Público ou instituições de defesa de interesses do consumidor, pois tais ações, apesar de suscitarem medidas coercitivas da parte da fiscalização, promovem a defesa dos direitos dos consumidores, incluindo-se assim no rol de mecanismos que viabilizam o controle social sobre a regulação da ANEEL.

Anteriormente, também foram feitas considerações acerca das deliberações da Diretoria colegiada relativas a recursos interpostos contra decisões das agências estaduais conveniadas, cabendo aqui apenas mencionar que parte desses recursos decorre de notificações emitidas pela fiscalização da própria agência. Assim, resta abordar aquelas oriundas de reclamações de usuários que se manifestaram perante à ANEEL, como também as que permitem ao consumidor cooperar com a fiscalização.

Quanto às manifestações do consumidor, em 2008, “a SMA encaminhou 37 casos para ações das áreas de fiscalização da ANEEL, tendo em vista a insistência de algumas concessionárias em não atender as recomendações recebidas. Essas medidas visaram a correção de procedimentos inadequados com relação à legislação vigente”¹³⁰.

Esse número, quando confrontado com o volume de reclamações recebidas pelas concessionárias (15.879.043), pela ANEEL (38.805) e pelos PROCON’s (1.544), ao longo de 12 meses, demonstra o uso inexpressivo da fiscalização com caráter coercitivo. Isso reforça a filosofia de atuação preventiva da fiscalização da agência. Por outro lado, há que se refletir sobre a intensidade da fiscalização atualmente praticada pela agência e o seu reflexo no comportamento das concessionárias em relação ao atendimento de seus consumidores.

Em 2008, conforme já mencionado, foram realizadas 25 Consultas Públicas, destas 9 foram Consultas Públicas específicas da área de fiscalização dos serviços de energia elétrica para obter subsídios e informações referentes à qualidade dos serviços prestados, visando a orientar o escopo das ações de fiscalização das concessionárias. Sobre essas consultas não se conseguiu obter dados consistidos na página eletrônica da Agência, nem informações sobre contribuições obtidas, nem resultados de eventuais apreciações feitas pela equipe de fiscalização da ANEEL.

Diante disso, verifica-se aqui, também, a necessidade de se investigar com mais profundidade as dificuldades da utilização desse instrumento pelas superintendências de fiscalização da ANEEL.

¹³⁰ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **SMA: Relatório de Atividades 2008**. Op. cit., p. 15.

7.11 CONSELHOS DE CONSUMIDORES

A Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, determinou em seu artigo 13 que as concessionárias de serviço público criassem, no âmbito de sua área de concessão, os Conselhos de Consumidores, de caráter consultivo, voltados para a orientação, análise e avaliação das questões ligadas ao fornecimento, tarifas e adequação dos serviços prestados aos consumidores finais.

O Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, em seu anexo I, artigo 4º, inciso XVIII, define que compete à ANEEL estimular a organização dos Conselhos de Consumidores e das Comissões de Fiscalização Periódica, criadas pelas Leis nº 8.631, de 1993, e nº 8.987, de 1995.

A Resolução ANEEL nº 138, de 2000, estabelece as condições gerais para a formação, funcionamento e operacionalização dos Conselhos de Consumidores. Essa Resolução se encontra em processo de revisão, tendo sido colocada em Consulta Pública, em 20/11/2008, durante a elaboração deste artigo, com período de recebimento de contribuições estabelecido até 19/03/2009.

A ANEEL demonstra prestar o apoio necessário nos termos da legislação para que os Conselhos de Consumidores das concessionárias de distribuição cumpram as suas funções, conforme consta em relatório da SMA/ANEEL:

“5.2. PRINCIPAIS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

- acompanhamento do funcionamento dos Conselhos de Consumidores [...] e atualização da página <http://conselhodeconsumidores.aneel.gov.br>;
- apresentação de palestras e participações em reuniões e eventos promovidos [...].
- encaminhamento de subsídios para a revisão da Resolução nº. 138/2000;
- organização e realização de dois seminários sobre o processo tarifário do setor elétrico [...] palestras a membros dos Conselhos de Consumidores de cerca de 20 (vinte) concessionárias.”¹³¹

Em que pese os Conselhos de Consumidores terem sido instituídos antes da própria ANEEL, ações efetivas da sua atuação em prol de uma agenda pró-consumidores vem ocorrendo em período mais recente, a partir de iniciativas como as descritas acima, capacitando-os para as discussões sobre os reajustes e revisões tarifárias. O que se espera de conselhos consultivos é que persigam seus fins mediante diagnósticos técnicos ou opinativos sobre o serviço prestado pelas respectivas concessionárias. Salienta-se, porém, que não se tem, historicamente, dados nem resultados significativos que demonstrem o atingimento dessas finalidades por parte dos Conselhos de Consumidores.

Vale observar, portanto, na revisão da norma em curso, que regula o funcionamento desses Conselhos, que:

[...] a avaliação técnica de qualquer medida pode ser empreendida sob os mais

¹³¹ Ibidem., p. 21.

diversos ângulos. Prestigiando-se este ou aquele aspecto, concentrando-se o foco sobre o detalhe e não sobre o todo, podemos obter uma pluralidade de resultados tecnicamente corretos, porém parciais.

Assim, coloca-se em questão dois aspectos interrelacionados do problema: como deve ser a composição do conselho, e qual o peso relativo de seus membros?¹³²

A questão colocada por Aguillar remete a duas dimensões do problema: a primeira refere-se ao potencial do Conselho de servir de fórum de debates das questões de interesse da comunidade local; a segunda, que nas suas palavras “deve ser debatida, em profundidade, é, em contrapartida, a do risco do domínio corporativista nos Conselhos.”¹³³

8 CONCLUSÃO

Logo no prefácio à sua obra *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, Jürgen HABERMAS salienta que a Teoria do Agir Comunicativo “não é cega para a realidade das instituições – nem implica anarquia”. E, possivelmente, esse seja o principal objetivo dessa obra: explicitar que a Teoria do Agir Comunicativo tem aplicabilidade na análise das instituições e, além do mais, é um interessante foco de análise para verificar, concretamente, como ela é viável.¹³⁴

Resulta da globalização o conjunto de transformações que explica o curso atual dos processos econômicos, sociais, políticos e culturais contemporâneos, tanto no nível local como global. Destacam-se desse conjunto as reformas empreendidas nos setores econômicos de infraestrutura, particularmente no setor elétrico, em cujo desenho predominam o arcabouço teórico do paradigma norte-americano da regulação (principalmente, no segmento de distribuição), a Teoria Econômica da Regulação e a Teoria Política Positiva da Regulação, ambas fundadas no individualismo metodológico e na *rational choice*, que não reservam ao ator social condições de igualdade de participação (formal e material) às dos agentes econômicos nos espaços públicos instituídos, o que não condiz com as peculiaridades culturais, sociais, políticas e econômicas da sociedade brasileira.

Contudo, fez prever o legislador ordinário, no dispositivo que instituiu a ANEEL, espaços públicos de participação popular, que podem ser potencializados à luz da teoria do agir comunicativo de Habermas.

O otimismo de Habermas em relação à modernidade [...] muito se deve ao encontro da reflexividade possível por intermédio do discurso. Todos que se comunicam necessitam do outro e, dessa relação intersubjetiva, se afirma a transparência por intermédio da discussão pública dos pressupostos que guiam a ação humana. [...]

¹³² AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 218.

¹³³ Ibidem, p. 219.

¹³⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. **Reflexões sobre a Reflexão Habermasiana**, 2004, p. 1. Artigo de apoio ao Curso de Introdução ao Direito II (IED-II). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília (Unb). Disponível para visitantes na Internet via WWW. URL: <http://aprender.unb.br/course/view.php?id=547> (consultado em 05.01.2009)

Por um lado, poder-se-ia argumentar que se trata de uma utopia faticamente inalcançável; por outro, poder-se-ia dizer ser uma esperança. É possível pensar nos fundamentos sem a metafísica – este é recado habermasiano que expõe a auto-reflexividade como uma saída para uma sociedade transparente. E, da crítica dos fundamentos, quer-se afirmar um caminho de liberação do mundo vital da colonização sistêmica.¹³⁵

Considerando-se factíveis as reflexões de Habermas, que resgatam o lugar dos atores sociais coletivos em processos de mudança social numa nova concepção de sociedade e ação, a medida que distingue os dois modos de integração – sistêmico (mercado e Estado) e social ou comunicativo (mundo da vida) – distintos do Estado e sem conotação econômica, mas socializante e gerador de hegemonia, estabelecem-se as condições para a facilitação da contribuição social ao processo de produção do direito, legitimando-o mediante uma representação autêntica, como nas palavras de Leal, ao citar Habermas:

[...] chega-se, então, à concepção habermasiana de política democrática deliberativa, baseada em um modelo teórico dual, relacionado não apenas com a formação da vontade, institucionalizada no complexo parlamentar, mas também com uma noção de esfera pública que é reenviada a um conjunto espontaneamente gerado de arenas políticas informais, dialogicamente discursivas e democráticas, e ao próprio contexto cultural e base social respectivos, afigurando-se esta democracia deliberativa como uma oposição binária entre o plano formal e institucionalizado da democracia e os domínios informais e anárquicos de formação da opinião. Esta noção de política democrática deliberativa, por sua vez, assenta-se também na teoria da comunicação habermasiana, cujo ideal regulador é um modelo de prática discursiva dialógica, face-a-face e orientada para o entendimento mútuo, através exclusivamente da força do melhor argumento.¹³⁶

Chega-se assim ao propósito estabelecido, inicialmente, de colocar-se em discussão o suporte teórico potencial do controle social na regulação, mediante a incorporação do conceito de esfera pública, relacionando-o com a possibilidade de aperfeiçoamento e criação de espaços expressivos, dialógicos, interativos e deliberativos no âmbito do setor elétrico, capazes de sustentar a relação entre públicos especializados e leigos, que permitam a obtenção de diretrizes consensuais que norteiem a regulação ao nível local.

Quanto ao levantamento e discriminação das práticas democratizantes empreendidas pela ANEEL, pôde-se identificar como estão constituídas e como funcionam tais instrumentos formais (positivados) e informais, onde o consenso sobre as regras regulatórias pode ser formado de um modo mais democrático e onde a auscultação e a participação social podem vir a contribuir para tornar mais legítimas as ações e decisões sobre a regulação setorial.

¹³⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. **Será que a Comunicação Emancipa?** Tópicos para a Reflexão Social e Jurídica da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas. 2005, p. 2. Artigo de apoio ao Curso de Introdução ao Direito II (IED-II). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília (Unb). Disponível para visitantes na Internet via WWW. URL: <http://aprender.unb.br/course/view.php?id=547> (consultado em 05.01.2009)

¹³⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Esfera Pública e Participação Social: Possíveis Dimensões Jurídico-Políticas dos Direitos Cívicos de Participação Social no Âmbito da Gestão dos Interesses Públicos no Brasil*. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, RERE, n.º. 13, março/abril/maio de 2008, Salvador, Bahia, Brasil, p. 6.

Ao longo de todo o período de existência da ANEEL, foram realizadas cerca de 360 Audiências e 100 Consultas Públicas, envolvendo os mais diversos assuntos da regulação, em que ocorreram situações extremas, desde a frustração de auditórios vazios ao espanto da sua superlotação e a exaltação de atores sociais, sobre as quais, importa mencionar, infelizmente faltam pesquisas avaliativas sobre participação e contribuição. Todavia, via de regra, o grau de participação de atores privados nessas instâncias é, preponderantemente, mais significativo do que aquele dos atores público-sociais.

Diante disso, a experiência da ANEEL tende a demonstrar que as Audiências Públicas e as Consultas Públicas podem sim dar vazão à ação dos indivíduos que pertencem ao âmbito público-social. No entanto, permanece o desafio de dotá-los de saber e estímulo para assegurar uma participação mais efetiva e equilibrada no processo de regulação setorial.

Quanto à mediação, o que importa ressaltar é o potencial que esse mecanismo apresenta para os participantes chegarem ao *consenso*, pelo qual a ‘solução é construída pelas próprias partes e, dessa forma, reflete a vontade de ambas, inexistente na mediação a figura do vencido – tem-se, pois, uma situação que pode ser caracterizada como “ganha-ganha”.¹³⁷ Assim, a mediação dispõe de amplas possibilidades de aplicação em todas as relações intersubjetivas possíveis no setor elétrico.

A análise aqui empreendida sobre os instrumentos de controle social disponibilizados à sociedade pela ANEEL, mesmo baseada em dados quantitativos genéricos e nas raras pesquisas disponíveis, já que se lançou mão apenas de dados e informações preexistentes, constataram genericamente a sua operacionalização conforme as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, que lhes empresta o caráter complementar da ação de controle estatal.

Conquanto haja carência de análises e pesquisas sobre a utilização desses instrumentos, o que compromete qualquer recomendação que aqui possa ser feita, arrisca-se indicar o que resultou contemplar tais mecanismos nesta oportunidade, como, por exemplo: ausência de debate sobre os resultados das análises das contribuições obtidas nas audiências e consultas públicas; moderada intensidade da divulgação desses eventos; fragmentação dos referidos mecanismos nas unidades da agência; linguagem excessivamente técnica do discurso público no trato das questões regulatórias; baixa conscientização interna sobre a relevância da obtenção do consenso e da importância do controle social para a legitimidade das decisões da Agência; alocação precária de recursos nas áreas que suportam o controle social; falta de valorização e incentivos à descentralização e conseqüente desvalorização dessas atividades no âmbito da Agência.

Disto decorre, obviamente, aumento do risco de captura e redução da legitimidade democrática da agência, conquanto deva ser considerado que as ações nesse campo empreendidas

¹³⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático ANEEL; 8: Solução de Divergências - Mediação**. Op. cit., p. 15.

pela ANEEL se destacam positivamente em relação aos outros entes da Administração Pública, fato reconhecido tendo em conta o resultado obtido em pesquisas, avaliações e premiações por instituições idôneas, como as exemplificadas neste artigo.

Adicionalmente, observa-se existir amplo potencial de participação do usuário na prática fiscalizatória, desde que se o ensine a fazer, para que não atue apenas de maneira coadjuvante, mas tendo acesso a todos os dados concernentes à execução do serviço, positivando, ainda, a disciplina do referido acesso e a criação dos instrumentos objetivos de sua participação nas ações de fiscalização.

Finalmente, fica o registro de que cabe, principalmente, à sociedade se mobilizar para o exercício legítimo de interferir na prestação do serviço, mediante participação ou controle, exigindo inclusive capacitação para se fazer ouvir e respeitar, de modo articulado e competente, ou todas as inovações democráticas serão apenas instrumentos a serviço dos prestadores de serviços, ao invés de instrumentos úteis capazes de tornarem verdadeiramente efetivo o controle social na ANEEL.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALVAREZ, Marcos. *Controle Social: notas em torno de uma noção polêmica*. In: **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, 2004.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**, out. 2006. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.celc.com.br/anteriores/celc_comentario_00144.html

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 1. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2002.

_____. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: University Press, 1999.

BENJÓ, Isaac. **Fundamentos de Economia da Regulação**. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Reflexões sobre a Reflexão Habermasiana**, 2004. Artigo de apoio ao Curso de Introdução ao Direito II (IED-II). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília (Unb). Disponível para visitantes na Internet via WWW. URL: <http://aprender.unb.br/course/view.php?id=547>

_____. **Será que a Comunicação Emancipa?** Tópicos para a Reflexão Social e Jurídica da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas. 2005. Artigo de apoio ao Curso de Introdução ao Direito II (IED-II). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília (Unb). Disponível para visitantes na Internet via WWW. URL: <http://aprender.unb.br/course/view.php?id=547>

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático ANEEL; 6: Audiências e Consultas Públicas**. Brasília: ANEEL, out. 2006.

_____. **Caderno Temático Ouvidoria; 7**. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/caderno_tematico_07.pdf

_____. **Caderno Temático ANEEL; 8: Solução de Divergências - Mediação**. Brasília: ANEEL, dez./2008. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/CT_%208_Mediacao.pdf

_____. **Informações Gerenciais**. set. 2008. Interação com a Sociedade - 1998 até 10/09/2008. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=531&idPerfil=2> (consultado em 05.01.2009).

_____. **SMA: Relatório de Atividades 2008**. fev./2009.

COLLADO, Claudia, Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Regulação, promovido pela Associação Brasileira de Regulação (ABAR), cujo tema era: **A Regulação e o Necessário Controle Social**. Manaus, 2005.

CRUZ, Cristina; PEDROSO, João. **A Arbitragem Institucional: um Novo Modelo de Administração de Justiça — O Caso dos Conflitos de Consumo**. Coimbra, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2000.

- DOWBOR, L. *Descentralização e Participação: As Novas Tendências*. In: **A Reprodução Social**. v. 3. São Paulo: CEPAM. 2001. p. 4. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://74.125.47.132/search?q=cache:zWSZOYTG6b8J:www.abdl.org.br/filemanager>
- DURKHEIM, Emile. **A Divisão do Trabalho Social: Solidariedade Mecânica e Solidariedade Orgânica**, In: Durkheim, São Paulo, Editora Ática, Coleção Grandes Cientistas Sociais.
- _____. **O Suicídio**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.
- _____. **As Regras do Método Sociológico**. In: Durkheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- FARIAS, Regina Cláudia Gondim Bezerra. **Controle Social na Regulação do Setor Elétrico**. Monografia (Especialista: Pós-Graduação em Controle Externo). Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União., Brasília – DF, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **A norma e o Direito**. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993, pp. 59-73 e 175-226.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- GUERRA, Sergio et. alii. **Direito das Agências Reguladoras**: apostila do curso a distância de Direito das Agências Reguladoras da Fundação Getúlio Vargas (FGV Online). FGV, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Capítulos I, II, V e VI.
- _____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 397 p.
- _____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. 390p. Cap. 4, 8, 9, 10.
- _____. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. *As Três versões do Neo-Institucionalismo*. In: **Revista Lua Nova**, 58. São Paulo, CEDEC. 2003.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio Eletrônico: Século XXI**. v. 3.0. Nova Fronteira, 1999.
- JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Municipalização da Justiça: Justiça Participativa e Coexistencial**.
- LEAL, Rogério Gesta. *Esfera Pública e Participação Social: Possíveis Dimensões Jurídico-Políticas dos Direitos Cívicos de Participação Social no Âmbito da Gestão dos Interesses Públicos no Brasil*. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, RERE, nº. 13, março/abril/maio de 2008, Salvador, Bahia, Brasil.
- LEHFELD, Lucas de Souza; LÉPORE, Paulo Eduardo. **A Participação Cidadã e os Instrumentos Processuais de Controle Social das Agências Reguladoras no Brasil**. 2007.
- LIMA, Clóvis Ricardo M. de. **Assimetria de Informações e Regulação de Mercados**. 2005.
- LUNA, Elias Antônio de; SANTOS, Almeida. **Vulnerabilidade Externa dos Países Emergentes: Fatores Internos e Internacionais nas Crises Financeiras desde os anos 1990**. Dissertação (Mestrado: Mestrado em Política Internacional Comparada). Universidade de Brasília (Unb), Instituto de Relações Internacionais, 2004.
- MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida; MIOLA, Edna. *Internet e Parlamento: Um estudo dos mecanismos de participação oferecidos pelo Poder Legislativo através de ferramentas on line*. In: **Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação** (Revista E-Compós). v. 9, ago. 2007. p. 7. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/157>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado**. São Paulo: ABAR, 2003.

_____. Palestra proferida no Seminário Internacional: Gestão de Florestas Públicas, Experiências e lições para o Brasil, cujo tema era **Experiência Brasileira nas Agências de Regulação**. Belém, 2004.

MATTOS, Paulo et alii. **Regulação Econômica e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora 34 Ltda, 2004.

MODESTO, Paulo. *Direito e Poder Político. Estado e Direito - O Problema da Legitimidade*. In: **Revista dos Tribunais** (RT), São Paulo, ano 84, vol. 711, jan., pp. 57-62, 1995.

_____. **Participação Popular na Administração Pública: Mecanismos de Operacionalização**. Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2005.

_____. *Reforma do Estado: Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas*. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, IDPB, n.º. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador, Bahia, Brasil.

MULLER, Bernardo. **Regulação, Informação e Política: Uma Resenha da Teoria Política Positiva da Regulação**. Universidade de Brasília (Unb). Departamento de Economia. Brasília, 2008.

OLIVIERI, Cecília. **Agências Regulatórias e Federalismo: A Gestão Descentralizada da Regulação no Setor de Energia**, In: RAP Rio de Janeiro 40(4):567-88, Jul . /Ago. 2006, p. 568. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>

PANZUTTI, Nilce da Penha Migueles. et all. **Mercado: Ordenação Formal e Informal da Interação Social**. XXIX ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 2005.

PEANO, Claudia de Rosa. **Regulação Tarifária do Setor de Distribuição de Energia Elétrica no Brasil: Uma Análise da Metodologia de Revisão Tarifária adotada pela ANEEL**. São Paulo, 2005. Tese (Doutorado: Direito Processual). Universidade de São Paulo (USP), Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia (PIPGE).

PEREIRA, Carlos. **O Marco Regulatório no Setor de Saúde Suplementar: Contextualização e Perspectivas**. Artigo elaborado no âmbito do Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078, ENSP/FIOCRUZ, 2003.

QUEIROZ, Napoleão dos Santos. **A Ciência Organizacional Pós-Setenta a Luz das Vertentes Institucionalistas da Sociologia e da Economia**. Salvador, 2004, Tese (Doutorado: Administração). Universidade Federal da Bahia (UFBA), Programa de Pós-Graduação em Administração.

SALES, Carla Vanessa. **Entre Instituições e Racionalidade: O Federalismo na Ciência Política Contemporânea no Brasil**. Dissertação (Mestrado: Pós-Graduação em Ciência Política). Universidade Federal de Pernambuco (CFCH), Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2006.

SANTOS, Jair Lima dos. *O TCU e os Controles Estatal e Social da Administração Pública*. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 33, n. 94, out/dez 2002.

SILVA, Rulemar Pessoa. **Recursos Administrativos na ANEEL: Decisões e Proposta de Jurisprudência**, Dissertação (Mestrado: Pós-Graduação em Engenharia da Energia). Universidade Federal de Itajubá (EFEI), Programa de Pós-Graduação em Engenharia da Energia, 2005.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Jorge Zahar Editor Ltda, Ed. 2, 2001, 166p.

VERAS, Luiz Antonio Ramos. **Autonomia e independência das agências reguladoras**. ANEEL, Brasília, 2002.

- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: O Processo Judicial no Pós-1988**. São Paulo, 2006. Tese (Doutorado: Direito Processual). Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito. Departamento de Direito Processual.
- VILLELA, Annibal V.; MACIEL, Cláudio S. **Texto para Discussão n.º 684**. A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: Uma Comparação Internacional. IPEA. Brasília, 1999.