

Marcelo de Almeida Sarkis

**PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS:  
Análise da função normativa da Agência Nacional de Transportes  
Aquaviários e dos instrumentos de controle para promover a  
participação do usuário**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Transportes e Gestão Territorial da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de mestre em Engenharia de Transportes e Gestão Territorial.  
Orientador: Prof. Dr. Osvaldo Agripino de Castro Junior

Florianópolis  
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária  
da UFSC.

Sarkis, Marcelo de Almeida

PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS: Análise da  
função normativa da Agência Nacional de Transportes  
Aquaviários e dos instrumentos de controle para  
promover a participação do usuário / Marcelo de  
Almeida Sarkis ; orientador, Dr. Osvaldo Agripino  
de Castro Junior, 2019.

188 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de  
Santa Catarina, , Programa de Pós-Graduação em  
Engenharia de Transportes e Gestão Territorial,  
Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Engenharia de Transportes e Gestão  
Territorial. 2. Regulação setorial de transportes.  
3. Participação do usuário. 4. Controle Social. 5.  
Processo administrativo normativo. I. Agripino de  
Castro Junior, Dr. Osvaldo . II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação  
em Engenharia de Transportes e Gestão Territorial.  
III. Título.

Marcelo de Almeida Sarkis

**PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS:  
Análise da função normativa da Agência Nacional de Transportes  
Aquaviários e dos instrumentos de controle para promover a  
participação do usuário**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de  
“mestre” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-  
Graduação em Engenharia de Transportes e Gestão Territorial (PGGTG)  
da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Florianópolis, 10 de abril de 2019.

---

Prof. Norberto Hochheim, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca examinadora:**

---

Prof. Osvaldo Agripino de Castro Junior, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Amir Mattar Valente, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Eduardo Antonio  
Temponi Lebre, Dr.  
Examinador externo

---

Profa. Fabíola Sena Vieira, Dra.  
Examinadora Externa



## AGRADECIMENTOS

Em nome de Deus, o clemente, o misericordioso, agradeço a vida, pois o desenvolvimento desta pesquisa foi interrompido por um problema de saúde em 2016, quando pedi e rezei muito para continuar vivo.

Agradeço a oportunidade de estudar! Esta é a maior riqueza! Tenho gratidão e orgulho da Universidade Federal de Santa Catarina, bem como da Universidade Federal de Uberlândia, onde me formei.

Agradeço o meu orientador, que aceitou o projeto de pesquisa, foi meu professor na disciplina de Direito Regulatório e dos Portos e conduziu esta pesquisa com muito empenho e paciência para exigir quatro grandes revisões necessárias pelo rigor acadêmico do mestrado, além das inúmeras sugestões e ajustes. Tenho grande admiração pelo senhor!

Agradeço os membros da banca examinadora: Dra. Fabiola Sena Vieira, Dr. Eduardo Antonio Temponi Lebre e Dr. Amir Mattar Valente por terem aceitado avaliar o trabalho e pelas ótimas contribuições para o aperfeiçoamento.

Agradeço os Professores do mestrado em nome dos Professores Amir e Jucilei, que estimularam os alunos a estudarem e procurarem temas que pudessem contribuir para o Programa e a Universidade. Agradeço os colegas de turma, em nome do Samuel, Priscila, Shadia, Helen, Eduardo, Melina e Mário, pessoas com quem caminhei junto desde o início.

Agradeço algumas inspirações e fontes de pesquisa: a Dra. Juliana Bonacorsi de Palma, referência no estudo do processo administrativo normativo, que gentilmente me encaminhou a íntegra da sua tese. E a Rosane Menezes Lohbauer, excelente advogada que me presenteou com o livro *Novos Rumos para a Infraestrutura* e com os seus inspiradores e críticos textos sobre direito regulatório e infraestrutura.

Na conclusão do mestrado, recordei a minha primeira pós-graduação, que foi em direito tributário pelo IBET, sendo grato aos Professores Robson Maia Lins, Maria Rita Ferragut, Tacio Lacerda Gama, Marcelo Paulo, Marcelo Salomão, Renata (*in memoriam*), Roque Antônio Carrazza, entre outros, pessoas incríveis que tive o privilégio de conviver.

Agradeço fontes de inspiração como o Igor Tamasauskas, Bruno Carazza, José Antonio Llorente, Marcelo Issa, Carla Karpstein e Fabricia Hamú. Agradeço amigos que sempre estão comigo no mundo jurídico: José de Sá, Orozimbo, Nicomedes, André Aidar, Eduardo Severino, Hugo Leonardo, Lucimeire, Paula Karine e Paulo Attie.

Agradeço o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina pela política de apoio à capacitação e por ser a minha casa. Agradeço à Aberje, onde fiz curso sobre relações governamentais: um lugar especial de debate. E agradeço o IRELGOV na pessoa da Kelly Aguilar, onde conheci excelentes profissionais dedicados à defesa de interesses em processos legislativos por meio do diálogo e estudo profundo das causas.

Opinar em um processo de elaboração de normas significa exercer o direito a ter voz, a poder lutar pelo o que é correto e evitar retrocessos. Espero que esta dissertação ajude o usuário de transportes, bem como estimule as pessoas comuns a exercerem os seus direitos e aperfeiçoarem as formas e estratégias para se defender.

Agradeço a ajuda direta da Alessandra Teixeira, Carla Tsunematsu, Debora Torres, Yasmin Iehia Ibrahim Badr e Meryellen Neves, grandes amigas.

Por fim, agradeço o meu laço mais forte, que são os meus pais, a minha namorada Eduarda, minha irmã, sobrinhas, cunhado, meus primos, primas, primos irmãos, os meus melhores amigos e amigas e a minha família! Durante o mestrado as pessoas que te cercam convivem com o seu período de privação.

Obrigado por tudo Deus! A minha trajetória diária é em busca de me tornar um ser humano melhor!

## RESUMO

A pesquisa tem início com a análise da assimetria da participação do usuário nos processos de elaboração de normas realizados pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte e dos efeitos negativos que refletem na ineficácia da atividade regulatória. O problema proposto foi explorado a partir da compreensão da Teoria Geral da participação social, com o desenvolvimento dos conceitos e apresentação dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito. Foi possível demonstrar as evidências da ineficácia da regulação, as externalidades das Agências Reguladoras setoriais de transporte e a ilegitimidade do procedimento. A pesquisa analisa o aspecto jurídico dos institutos e mecanismos previstos na legislação nacional para reduzir o problema, bem como o estado da arte sobre o tema e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Na sequência, com o objetivo de aperfeiçoar o processo de elaboração de normas e construir a hipótese proposta, a pesquisa examinou os fundamentos jurídicos do processo administrativo normativo a ser construído pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), demonstrando as bases fundamentais para assegurar a adequada participação do usuário. O Capítulo 4 estudou as inovações legais que contribuem para o aprimoramento da atividade normativa das Agências Reguladoras setoriais de transporte, com destaque para o projeto de lei que pode instituir o novo Marco Legal das Agências Reguladoras e para estrutura de garantias instituída pela Lei de Acesso à Informação. Por fim, a pesquisa verificou a amplitude e procedimento do controle externo das Agências Reguladoras setoriais de transporte a cargo dos Tribunais de Contas e as características do controle social a ser exercido pelo usuário. Procedeu-se ao exame da norma proposta por Audiência Pública, que trata da participação social nas decisões da ANTAQ e sintetiza considerável parte desta pesquisa. A conclusão é que a adequada participação do usuário no processo de elaboração de normas, a partir do conhecimento dos instrumentos jurídicos e mecanismos legais, contribui para a ANTAQ alcançar o interesse público da sua atuação e reduzir a ineficácia da regulação setorial de transportes.

**Palavras chave:** regulação setorial de transportes; participação social; produção normativa.



## ABSTRACT

This research starts by analyzing the user's asymmetry in the processes of formulation of Brazil's transportation sectors Regulatory Agencies and its negative effects reflected on the inefficacy of the regulatory activity. The targeted problem was explored from the perspective of the General Theory of Social Participation, with the development of concepts and presentation of the fundamental principles of the Democratic State. Evidences of regulation's inefficacy were demonstrated, as well as the externalities of the transportation sector Regulatory Agencies and the illegitimacy of the procedural. The study evaluates the legal aspect of the institutes and mechanisms contained in Brazil's domestic legislation to reduce the problem, such state of the art studies about the topic and the jurisprudence of Brazil's Federal Court of Accounts. Subsequently, aiming at improving the law-making process and at proposing a hypothesis, the research examined the legal foundation of the administrative regulatory procedural to be developed by Brazil's National Agency for Waterway Transportation (ANTAQ), demonstrating the fundamentals to ensure user's adequate participation. Finally, the research examined the amplitude and the external control procedure of the transportation sectors Regulatory Agencies, which is under the responsibility of the Courts of Accounts. It also analyzed the characteristics of social control to be performed by the user and citizen. Following, it reviews the standard proposed in Public Hearing, that deals with social participation in ANTAQ, summarizing a great deal of this study. It was concluded that the adequate participation of the user in developments of standards, contributes to ANTAQ's reaching the public's interest in its work and with reducing the inefficacy in the regulation of the transportation sector.

**Keywords:** regulation of transports, social participation, rulemaking.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIR	Análise de Impacto Regulatório
ABTP	Associação Brasileira dos Terminais Portuários
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CD	Câmara dos Deputados
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFFC	Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados
CGU	Controladoria Geral da União
CN	Congresso Nacional
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CONIT	Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
LabTrans	Laboratório de Transportes e Logística da Universidade Federal de Santa Catarina
MDB/CE	Movimento Democrático Brasileiro do Ceará
MT	Ministério dos Transportes
OECD	<i>Organization for Economic and Co-Operation Development</i>
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PPGD/UFSC	Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
PPGTG/UFSC	Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Transportes e Gestão Territorial da Universidade Federal de Santa Catarina
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse

PPP	Parcerias Público Privadas
Pro-Reg	Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
RN	Resolução Normativa
SEP	Secretaria de Portos da Presidência da República
TCU	Tribunal de Contas da União
TCE/SC	Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
USP	Universidade de São Paulo
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SF	Senado Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
1.1 PROBLEMA, OBJETO, HIPÓTESE, CAUSAS E RESULTADO	17
1.2 JUSTIFICATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA .....	19
1.3 OBJETIVOS E ESTRUTURA DA PESQUISA.....	22
1.4 METODOLOGIA DE PESQUISA .....	23
1.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO .....	26
<b>2 TEORIA GERAL DA PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO E A CAPTURA DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE .....</b>	<b>27</b>
2.1 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO REGULADOR.....	27
2.2 O DIREITO AO TRANSPORTE COMO DIREITO SOCIAL .....	29
2.3 A DEFINIÇÃO DE REGULAÇÃO .....	31
2.4 A INEFICÁCIA DA REGULAÇÃO SETORIAL DE TRANSPORTES.....	33
2.5 AS EXTERNALIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ..	36
2.6 A ILEGITIMIDADE PROCESSUAL .....	42
2.7 A INFLUÊNCIA POLÍTICA NA INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES.....	52
2.8 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO .....	56
<b>3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE .....</b>	<b>59</b>
3.1 O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS.....	59
3.2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	60
3.3 A ESTRUTURA LEGAL E A COMPETENCIA NORMATIVA DA ANTAQ.....	62
3.4 ANÁLISE DO REGIMENTO INTERNO DA ANTAQ.....	64
3.5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO.....	65
3.6 O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO.....	66
3.7 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO E PARTICIPATIVO.....	69
3.8 PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO.....	76

3.9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO .....	79
--	----

<b>4 APRIMORAMENTO DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE .....</b>	<b>81</b>
4.1 CONTEXTO GERAL SOBRE GESTÃO E GOVERNANÇA.....	81
4.2 PRO-REG - DECRETO Nº 6.062/2007.....	84
4.3 NOVO MARCO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – PL 6.221/16.....	85
<b>4.3.1 Posição da CNI sobre o PL 6621/2016 .....</b>	<b>89</b>
4.4 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO .....	91
4.5 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO .....	97
4.6 A LEI DO CONFLITO DE INTERESSES .....	101
<b>4.6.1 A governança regulatória.....</b>	<b>104</b>
<b>4.6.2 A política de governança da Administração pública federal</b>	<b>105</b>
4.7 A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO .....	108
4.8 <i>LOBBY</i> E RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS PARA A DEFESA DOS INTERESSES .....	110
<b>4.8.1 Fundamento constitucional e conceito de <i>lobby</i> .....</b>	<b>110</b>
<b>4.8.2 A regulamentação do <i>lobby</i> .....</b>	<b>113</b>
<b>4.8.3 Recomendações da OCDE para a regulamentação do <i>lobby</i></b>	<b>116</b>
<b>4.8.4 Regulamentação pelo Governo Federal.....</b>	<b>117</b>
<b>4.8.5 Relações Governamentais .....</b>	<b>119</b>
<b>4.8.6 Relações Governamentais como Profissão regulamentada.</b>	<b>121</b>
<b>4.8.7 Estratégias de atuação para a defesa de interesses.....</b>	<b>123</b>
4.9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO .....	127

<b>5 O CONTROLE EXTERNO E O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE – ANÁLISE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 13/2018.....</b>	<b>129</b>
5.1 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU	129
5.2 O CONTROLE SOCIAL .....	145
5.3 ESTUDO DE CASO: AUDIÊNCIA PÚBLICA ANTAQ Nº 13/2018	147
<b>5.3.1 Apresentação .....</b>	<b>147</b>
<b>5.3.2 Análise da proposta de norma .....</b>	<b>148</b>
<b>5.3.3 Análise das Contribuições recebidas.....</b>	<b>153</b>

5.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO .....	160
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>161</b>
<b>7 ESTUDOS FUTUROS.....</b>	<b>167</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>169</b>



*El tiempo de las palabras ha pasado. Estamos en el tiempo de los hechos. La era de la estética ha pasado. Estamos en la era de la ética.*

José Antonio Llorete – “*Confianza – de la comunicación a la reputación*” – Llorete & Cuenca

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 PROBLEMA, OBJETO, HIPÓTESE, CAUSAS E RESULTADO

Considerando que uma regulação eficiente pressupõe o conhecimento, pelo regulador, de todos os interesses envolvidos, a baixa participação de parcela considerável dos usuários nos processos de controle social pode prejudicar a consecução dos fins esperados pela atividade regulatória. (TCU - Acórdão 2.261/2011, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) no dia 24 ago. 2011, no julgamento do Processo TC 012.693/2009-9, Rel. Min. José Jorge)

O problema em estudo é a ineficácia da regulação realizada pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte aquaviário e terrestre: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Transportes (ANTT), decorrente, em parte, da inefetividade do processo de elaboração de normas de transporte, por não promoverem a adequada participação do usuário.

Usuário, para fins da pesquisa é o dono da carga, o passageiro e também o prestador de serviço: importador e exportador. São sujeitos que utilizam a infraestrutura de transportes. Inclui-se no conceito a comunidade em geral que utiliza os Portos e é impactada pelas normas do setor. Existe, portanto, o direito e interesse individual do usuário, bem como direito e o interesse coletivo.

A definição legal mais próxima desta delimitação é adotada pelo inciso XXV do art. 2º da Resolução Normativa nº 18/2017 da ANTAQ como “*todo aquele que contrata, diretamente ou por meio de um agente intermediário, o transporte marítimo de cargas de sua propriedade ou posse, ou a operação nas navegações de apoio marítimo ou portuário*”.

A ineficácia da regulação decorre do não atingimento dos objetivos para os quais a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) e a Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001) estabeleceram para as Agências Reguladoras setoriais de transporte no pertinente ao desenvolvimento do país.

As causas do problema têm origem jurídica, sociológica e política, sendo que a pesquisa terá ênfase no aspecto jurídico, especialmente no

estudo dos institutos, mecanismos jurídicos e na estrutura do processo administrativo normativo para a elaboração de normas pelas Agências Reguladoras setoriais de transportes.

Da análise realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a atividade das Agências reguladoras setoriais de transporte, depreende-se que não há como ter eficiência administrativa normativa, se os meios de que dispõe as agências reguladoras não estão sendo utilizados adequadamente (TCU - Acórdão 2.261/2011 — Plenário- n.p.):

205. A fiscalização da regulação dos serviços públicos encontra fundamento no art. 71 da Constituição Federal, especialmente nos incisos II, IV, VII a XI desse artigo. A avaliação de desempenho das agências reguladoras é respaldada pela atribuição constante do art. 71, IV, de o TCU realizar auditoria de natureza operacional. Cabe à Corte de Contas verificar, no caso das agências, se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos desses órgãos, conforme estabelecidos em lei. Tal verificação compreende examinar o cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora, segundo os aspectos da economicidade, eficiência e eficácia. Bem certo que o TCU também promove o controle da legalidade e da legitimidade dos atos finalísticos das agências.

207. Tendo em vista o princípio da eficiência inserto na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, cabe ao Tribunal examinar também a eficácia e a efetividade da prestação de serviços públicos. Nesse sentido, o TCU analisa se os meios de que dispõem as agências reguladoras estão sendo utilizados de forma a que sejam atingidos os resultados previamente estabelecidos por lei. Do mesmo modo, o TCU verifica se os fins pretendidos pelas agências estão em consonância com o interesse público.

Ante um processo de elaboração de normas, com baixa participação do usuário, caracterizado, portanto, pela ilegitimidade do procedimento, o resultado é a produção de normas que não atingem o interesse público.

E a consequência é a inefetividade da prestação do serviço adequado, que nos termos do art. 3º da Resolução Normativa (RN) nº 18/2017 (BRASIL, 2017) da ANTAQ, deve ser caracterizada pela “*regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, modicidade e pontualidade*”.

Pelo exposto, o objeto da pesquisa compreende o desenvolvimento da teoria geral da participação do usuário, bem como a análise do processo administrativo normativo, que é a denominação técnica para o processo de elaboração de normas, e ainda dos mecanismos e institutos criados para garantir a participação adequada do usuário e do controle social e externo da atividade normativa das Agências Reguladoras setoriais de transporte.

A hipótese é que o estudo dos principais aspectos do processo de elaboração de normas da ANTAQ contribui para reduzir a ineficácia da regulação setorial de transportes.

## 1.2 JUSTIFICATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Nesse sentido, é fundamental que o processo decisório facilite a participação e o controle da sociedade. Essa legitimação também se instrumentaliza por meio da garantia à participação de todos os interessados por meio da publicidade, bem como pela possibilidade de intervenção e pelo exercício do contraditório e da ampla defesa. (TCU - Acórdão 240/2015, proferido pelo Plenário do TCU no dia 11 fev. 2015 no julgamento do Processo TC 031.996/2013-2, rel. Min. Raimundo Carreiro)

O estudo do processo de elaboração de normas na regulação setorial de transportes se justifica, pois, a maior participação social, principalmente do usuário, contribui para aumentar a efetividade e a legitimidade do processo e, desta forma, conferir elementos para a eficácia da regulação setorial.

Sob a ótica da pertinência temática com o Programa de Engenharia de Transportes e Gestão Territorial (PPGTG/UFSC), o estudo do processo de elaboração de normas se relaciona com os projetos de engenharia de transporte, na medida pela qual a norma regula como um projeto de engenharia pode se desenvolver ou é alterada para viabilizar a implementação de uma nova forma não prevista ou não autorizada por lei.

O raciocínio é desenvolvido para a ANTT e ANTAQ, pois os conceitos, princípios, instrumentos e mecanismos legais são desenvolvidos a partir da Teoria Geral da participação social, aplicando-se a qualquer projeto que dependa de uma lei para se desenvolver.

Por “lei”, entenda-se o sentido amplo de norma, compreendendo todas as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (BRASIL, 1988)

E também as espécies normativas infralegais, como as “Resoluções, as Resoluções Normativas, as Portarias e as Instruções Normativas previstas como atos administrativos” no art. 5º da Resolução nº 3.585, de 18 de agosto de 2014, “o Regimento Interno da ANTAQ”, bem como, por simetria infralegal, em outros órgãos públicos.

Como exemplo de um “projeto de transporte” regulamentado por uma norma, destaca-se a importante Portaria nº 3, de 7 de janeiro de 2014, emitida pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP), que estabeleceu as diretrizes para a elaboração e revisão dos instrumentos de planejamento do setor portuário – “Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP e respectivos Planos Mestres, Planos de Desenvolvimento e Zoneamento - PDZ e Plano Geral de Outorgas – PGO”. (BRASIL, 2014).

Como consta no relatório da Auditoria Operacional realizada pelo TCU no Processo TC 011.844/2015-9 (BRASIL, 2016), o PNLP foi desenvolvido pela SEP/PR em parceria com o Laboratório de Transportes e Logística (LabTrans) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC):

50. Em 2012 o Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP) foi desenvolvido pela SEP/PR em parceria com o Laboratório de Transportes e Logística da Universidade Federal de Santa Catarina (Labtrans). Seu objetivo era o de estabelecer uma estratégia de longo prazo para a estrutura portuária e definir os meios para sua implementação.

51. Os dados obtidos com o PNLP 2012 resultaram no desenvolvimento de um diagnóstico do setor portuário, com informações sobre a forma de

organização dos portos, seus modelos de gestão, a infraestrutura existente, etc. Posteriormente, foi desenvolvido pela SEP/PR, ainda, um relatório de ações emergenciais para o desenvolvimento dos portos brasileiros. À época, o PNLP 2012 também trouxe informações que eram utilizadas pela SEP/PR para avaliar os Planos de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) dos portos públicos, cuja elaboração era de responsabilidade das autoridades portuárias.

[...]

54. Em linha com essas diretrizes, o Governo Federal implementou a reforma do setor portuário, por meio da Lei 12.815/2013, que promoveu diversas alterações no marco regulatório do setor, dentre as quais ressalta-se a reorganização institucional implementada com a intenção de reforçar o papel da SEP/PR e da Antaq.

Portanto, para o desenvolvimento do PNLP e demais planos e projetos da área de infraestrutura de transporte, é essencial a compreensão do processo de elaboração de normas realizado pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte.

Para fins da demonstração de pertinência temática, destaca-se que a posição da UFSC em relação à Engenharia de Transportes é de vanguarda, pois o curso de graduação em Engenharia de Transportes da UFSC foi o primeiro do Brasil e o mestrado inovou ao unir os Departamentos de Engenharia Civil, Informática e Estatística, Arquitetura e Urbanismo, Administração, Economia, Geociências, Engenharia Rural e Direito.

Esta postura do PPGTG/UFSC reflete o caráter interdisciplinar dos projetos de engenharia de transportes e gestão territorial, e permite o desenvolvimento de uma pesquisa com ênfase jurídica e linguagem eminentemente textual, de forma a complementar os estudos já realizados.

Como estado da arte sobre o tema, das referências bibliográficas, destaca-se a tese de doutorado de Juliana Bonacorsi de Palma, defendida na Universidade de São Paulo (USP) em 2014, que aborda com muita propriedade a *Atividade Normativa da Administração Pública* e o *Estudo do processo administrativo normativo*. Trata-se do estudo mais completo e profundo encontrado sobre o tema. Como será demonstrado, o processo

administrativo é o meio pelo qual a norma é desenvolvida, sendo fundamental compreendê-lo.

Cita-se também a dissertação de mestrado de Áurea Fernanda de Brito Loiola Aguiar Moraes defendida na Universidade de Brasília (UNB), sobre os “*Critérios de Avaliação da Assimetria de Informação na Regulação de Transportes Terrestres no Brasil*”, que analisou a Assimetria de Informação. Como será demonstrado, a assimetria de informação reflete na assimetria de representação, expondo as externalidades que precisam ser solucionadas para a eficácia da regulação setorial.

### 1.3 OBJETIVOS E ESTRUTURA DA PESQUISA

Art. 3º O processo de participação social no âmbito da ANTAQ possui como mecanismos participativos as Audiências Públicas, as Consultas Públicas, as Reuniões Participativas, as Tomadas de Subsídio e as Consultas Internas e tem como objetivos:

I - colher sugestões e contribuições para subsidiar o processo decisório da ANTAQ e a edição de atos normativos;

II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;

III - identificar, de forma ampla, os aspectos relevantes à matéria sob análise regulatória;

IV - ampliar a legitimidade dos atos normativos e decisórios emitidos pela ANTAQ;

(BRASIL - ANTAQ – Audiência Pública nº 13/2018 - proposta de norma para estabelecer procedimentos para a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários)

O objetivo geral da pesquisa é contribuir para o aperfeiçoamento da participação do usuário no processo de elaboração de normas pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte, com vistas à legitimidade e efetividade do processo e a consequente eficácia da regulação.

Os quatro objetivos específicos serão tratados em quatro capítulos (2, 3, 4 e 5), a seguir expostos:

(i) apresentar uma teoria geral da participação do usuário nas agências reguladoras de transportes, por meio da análise do problema proposto, enfatizando as evidências e os efeitos da pouca participação social e da captura da função normativa das Agências

Reguladoras setoriais de transporte, resultando em um processo administrativo normativo ilegítimo.

(ii) apresentar os fundamentos jurídicos do processo de elaboração de normas pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte, em especial pela ANTAQ.

(iii) discorrer sobre as iniciativas legislativas, os instrumentos e os mecanismos jurídicos para assegurar a participação do usuário e aprimorar processo de elaboração de normas pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte.

(iv) analisar o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e o potencial controle social a ser exercido pelo usuário, com estudo de caso da norma proposta pela ANTAQ na Audiência Pública nº 13/2018, que dispõe sobre os instrumentos e mecanismos de participação social.

Por fim, após o desenvolvimento dos objetivos específicos, serão elaboradas as considerações finais.

#### 1.4 METODOLOGIA DE PESQUISA

“Ser que pode ser compreendido é linguagem<sup>1</sup>”

Hans-Georg Gadamer (1900-2002)

A pesquisa desenvolvida foi estritamente documental, com análise hermenêutica das normas vigentes, projetos de lei, referência bibliográfica e jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Para compreender a importância e complexidade da interpretação das normas a partir da conotação histórica e da linguagem utilizada pelo legislador, vale citar trecho do prefácio escrito por Paulo de Barros Carvalho no livro *Presunções no Direito Tributário* (FERRAGUT, 2001, n.p.):

Orientar as condutas inter-humanas, em termos de propiciar a realização de valores caros aos sentimentos sociais, num determinado setor do tempo histórico, tem sido o primordial objetivo do

---

<sup>1</sup> Por diversas vezes, esta sentença é atribuída a Martin Heidegger (1889-1976), de quem Gadamer foi aluno, como consta, por exemplo, na página pessoal de Adriano Soares da Costa: Disponível em: <<http://adrianosoares.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2019. Para Gadamer e Heidegger, a hermenêutica está ligada à historicidade e a compreensão é um resultado da interpretação, que, por sua vez, se dá através da linguagem.

direito. Essa preordenação de comportamentos possíveis, no âmbito do relacionamento intersubjetivo, porém, é apenas estimulada, instigada, provocada pelos mecanismos linguísticos de que se pode servir o instrumento jurídico, porquanto sabemos que a linguagem, ainda proferida com a autoridade coativa dos órgãos do Poder Público, não chega a tocar materialmente os eventos e as condutas por ela regulados. O legislador, tomando aqui no sentido amplo, tem de mexer com crenças, hábitos sociais, sentimentos e estimativas; tem de apreender, historicamente, a marcha do social, par que lhe seja possível motivar os destinatários da regra jurídica, induzindo-os no sentido de realizar as expectativas normativas. Agora, esse poder retórico que atravessa de cima a baixo a mensagem legislada, e sem o qual ficará irremediavelmente comprometida a eficácia social da norma, faz com que o discurso jurídico prescritivo assuma ares de autonomia com relação à linguagem ordinária, utilizada no cotidiano. A autoridade que legisla passa por alto pela conformação da linguagem vivida no ambiente social, tomando o acontecimento como convém à disciplina de seus interesses regulatórios, exibindo, com isso, a manifesta independência que existe entre os dois segmentos sógnicos.

Neste momento, torna-se importante afirmar que a tarefa de interpretar e definir os conceitos como eficácia, eficiência e legitimidade exige a contextualização dos conceitos no âmbito do processo de elaboração de normas pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte, com a utilização da baliza das evidências e expectativas do legislador ordinário quanto à eficácia ou ineficácia da regulação (macro), à eficiência ou ineficiência das Agências no exercício da função normativa e à legitimidade ou ilegitimidade processual do processo sob o ponto de vista da exigida democratização.

Depreende-se tal afirmativa ao fazer a aplicação analógica da interpretação sistemática do processo civil, como desenvolvido por Julio Guilherme Müller (2016, p. 286-287):

Todo texto normativo precisa, ante o emprego da linguagem, ser compreendido, interpretado.

Algumas vezes, as palavras empregadas são claras e precisas, não dando margem ao intérprete. No entanto, nem sempre é assim; há situações em que o legislador adota signos linguísticos vagos, lacunosos, imprecisos. É no “preciso” campo dos textos com linguagem mais vaga, imprecisa e indeterminada que o sistema dá maior abertura para a oxigenação e reciclagem do direito. A norma jurídica pode, portanto, empregar conceitos indeterminados e exigir do intérprete maior esforço para definir o seu sentido em determinado contexto. Tal concretização do sentido é permeada por “valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, o que transforma o conceito legal indeterminado em conceito determinado pela função. São conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, as expressões ordem pública, cooperação e eficiência processual, já vistos na primeira parte deste trabalho. Etimologicamente, o substantivo eficiência e o adjetivo eficiente são compreendidos a partir da capacidade de produzir um efeito esperado ou desejado. A eficiência está relacionada, assim, com a realização ou atingimento do propósito, de um interesse, finalidade ou utilidade de algo que se espera ou se quer. Eduardo Fonseca Costa anota que os vocábulos eficácia, efetividade e eficiência tem conotações diferentes. Segundo o autor, “eficácia é o atributo lógico das normas; a efetividade, o atributo empírico; a eficiência, o atributo finalístico”. É por meio do conceito da eficiência que se examina se algo atingiu a sua finalidade. No mesmo sentido Leonardo Carneiro da Cunha explica que a eficácia é a capacidade abstrata de produzir efeitos; a efetividade é a medida da concretização destes efeitos; já a eficiência mede algo em relação à sua finalidade.

Foi efetuado também um estudo de caso para analisar a norma proposta pela Audiência Pública nº 13/2018 pela ANTAQ, que trata da instituição dos mecanismos de participação social na ANTAQ e, concretiza, se aprovada, grande parte do objetivo geral desta dissertação.

Os incisos I à IV do art. 3º da proposta de norma resumem a relevância da análise de caso proposta, pois tratam da colheita de

sugestões e contribuições da sociedade civil e agentes regulados no processo de elaboração de normas, bem como expressamente consagram o objetivo de ampliar a legitimidade dos atos normativos e decisórios emitidos pela ANTAQ:

- I - colher sugestões e contribuições para subsidiar o processo decisório da ANTAQ e a edição de atos normativos;
- II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;
- III - identificar, de forma ampla, os aspectos relevantes à matéria sob análise regulatória;
- IV - ampliar a legitimidade dos atos normativos e decisórios emitidos pela ANTAQ; e (ANTAQ, PROPOSTA DE NORMA – AUDIENCIA PÚBLICA nº 13/2018, 2018).

## 1.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO

A Introdução teve por objetivo apresentar as linhas gerais da pesquisa, especialmente o problema, as causas, as consequências, a hipótese a ser trabalhada, os objetivos e a metodologia. Como demonstrado, a pesquisa tem pertinência temática com o PPGTG, pois a norma viabiliza e ao mesmo tempo disciplina a forma como os projetos de Engenharia de Transportes podem ser elaborados, constituindo, com isto, relevância teórica para o efetivo desenvolvimento da infraestrutura nacional.

No próximo capítulo será iniciado o exame do problema descrito no item 1.1., por meio do desenvolvimento da teoria geral da participação social nas Agências Reguladoras setoriais de transporte, bem como serão expostas as externalidades negativas que influem no processo administrativo normativo.

## 2 TEORIA GERAL DA PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO E A CAPTURA DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE

[...] é que a infraestrutura não é concebida para cumprir, tão somente, algum mandamento normativo – não é um fim, mas sim um meio. Ela será, por conseguinte, uma atividade acessória para a consecução de algum escopo estatal – seja econômico, social, ambiental ou cultural, dentre outros. (CARVALHO, 2013, p. 156)

### 2.1 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO REGULADOR

Para esta pesquisa, a Teoria Geral da participação do usuário consiste na apresentação dos conceitos, direitos e princípios constitucionais que fundamentam o direito do usuário para participar do processo de elaboração de normas realizado pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte.

Desta forma, o exame do problema proposto no item 1.1. inicia a partir da análise dos fundamentos constitucionais do Estado<sup>2</sup> democrático regulador, que asseguram a participação do usuário no processo de elaboração de normas.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), instituiu o Estado Democrático de direito destinado a “*assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]*”.

Com estes valores, o art. 1º da CF/88 (BRASIL, 1988) elencou os fundamentos da República Federativa como Estado Democrático de direitos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Na sequência, o parágrafo único do art. 1º determinou que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. (BRASIL, 1988)

Como objetivos fundamentais no art. 3º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) foram estabelecidos:

---

<sup>2</sup> Para fins desta dissertação, por Estado, entenda-se, o conceito amplo que compreende todos os órgãos públicos do Poder Executivo, incluindo as Agências Reguladoras, com a ressalva que estas autarquias são órgãos de Estado e não de governo.

[...] a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Sobre a Administração Pública, o *caput* do art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) enuncia os princípios da eficiência administrativa, legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade.

Por sua vez, o §3º do art. 37 (BRASIL, 1988) trata especificamente das formas de participação do usuário na Administração:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

Como se observa, o §3º do art. 37 e seus incisos foram incluídos na Constituição Federal (Brasil, 1988) pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998 (Brasil, 1998), que promoveu uma reforma administrativa e também incluiu expressamente o princípio da eficiência no rol dos princípios do art. 37 da CF/88. (Brasil, 1988)

Dos três incisos, apenas o inciso II foi regulamentado pela Lei nº 12.527, de 2011 (Brasil, 2011) – a Lei de Acesso à Informação, que será analisada no Capítulo 4.

Classifica-se as normas do §3º do art. 37 como de eficácia contida, ou seja, aplicáveis independentemente de lei futura que venha regulamentar os dispositivos constitucionais e possa ampliar ou limitar as formas de participação do usuário.

Por todo o exposto, é possível afirmar, com segurança jurídica, que o princípio democrático se irradia de forma a privilegiar a participação do usuário nos processos de elaboração de normas.

A partir destes princípios, o art. 174 da CF/88 (BRASIL, 1988) definiu que o Estado, “*como agente normativo e regulador da atividade econômica*”, assumia as funções de fiscalização, incentivo e planejamento do desenvolvimento nacional.

É neste contexto que surgem a competência regulatória e a obrigação do Estado de desenvolver a infraestrutura nacional, com eficácia e eficiência, por meio de um processo administrativo normativo legítimo, fundado em balizas democráticas.

## 2.2 O DIREITO AO TRANSPORTE COMO DIREITO SOCIAL

A inserção do direito ao transporte como direito social foi realizada pela Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015 (BRASIL, 2015), que deu nova redação ao art. 6º da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 2015).

Para extrair o objetivo do legislador ao editar a referida norma, procedeu-se à consulta ao sítio eletrônico do Senado Federal e realizou-se a análise do processo legislativo.

O documento jurídico que motivou a alteração foi o Parecer do Senador Aloysio Nunes Ferreira, emitido em 27/02/2014, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com voto favorável à Proposta, fundamentou a importante alteração. Vejamos:

No mérito, não há como deixar de tomar como base o preâmbulo da Constituição Cidadã, que afirma que o Estado se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”. Como ocorre em toda sociedade industrial, a geografia brasileira se caracteriza pela especialização dos usos do solo. Por isso, sem transporte, não há educação, não há saúde, não há trabalho, não há alimentação e não há lazer, salvo aqueles eventualmente produzidos nas próprias residências, e que a sociedade não pode tomar por base. Sem transporte, a liberdade de ir e vir também fica gravemente comprometida. Impor aos mais pobres uma condenação à imobilidade, seja pelas distâncias, seja pelas tarifas, ao mesmo tempo em que os proprietários de veículos podem usufruir de todos os espaços urbanos, é algo irreconciliável com a ideia de igualdade. Como pode ser compatível o bem-estar com viagens de ônibus cuja duração média na metrópole paulistana chega a uma hora e vinte e cinco minutos? Que condições tem o cidadão de estudar, de melhorar sua produtividade, de contribuir efetivamente para o desenvolvimento do País, quando duas ou três horas do seu dia são tempo morto, esterilizado em um desconfortável e vagaroso deslocamento urbano? Como falar em segurança ao mesmo tempo em que se impele o cidadão que quer fugir dessa mesma incomodidade e lentidão à roleta-russa que é a condução de uma motocicleta? Em conclusão, o “esquecimento” do transporte, especialmente do transporte dos mais pobres, é o oposto do que aconteceria na sociedade fraterna e justa preconizada pela nossa Carta Magna. E, portanto, é algo que necessita de correção urgente, que se dará na forma da aprovação da PEC em análise. (SENADO FEDERAL, 2014, n.p.)

Nos termos dos fundamentos expostos, verifica-se que a inserção do transporte na categoria de direito social foi para garantir o acesso ao transporte, especialmente dentro dos corolários do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio maior que deve guiar toda a atividade da Administração Pública.

Com isto, a pesquisa será desenvolvida ciente do fato que a infraestrutura é essencial para o desenvolvimento do país e constitui um

dos grandes desafios além do combate à pobreza e desigualdade, como ensina Michael J. Sandel (2014).

De toda forma, o fato da inserção do direito ao transporte como direito social não limita a atividade do Estado para a regulação econômica do transporte, bem como não impede o exercício do direito de petição e influência dos atores regulados para opinar no processo de elaboração de normas e defender os seus interesses.

Portanto, a pesquisa continua válida no sentido de aprimorar o processo de elaboração de normas e assegurar a concreção dos direitos fundamentais supracitados.

### 2.3 A DEFINIÇÃO DE REGULAÇÃO

A pesquisa seguirá a definição de regulação de Osvaldo Agripino de Castro Junior como o “*conjunto de ações legislativas, administrativas e convencionais, através das quais o Estado induz os agentes econômicos a fim de garantir o interesse público, conforme os marcos jurídicos constitucional e setorial*” (CASTRO JUNIOR, 2015, p. 162).

Adota-se também a ampla definição de regulação apresentada por Juliana Bonacorsi de Palma (2014) na sua tese de doutorado sobre o estudo do processo administrativo normativo:

Um ponto sensível da tese de doutorado corresponde à convenção dos termos estruturantes da pesquisa proposta, muitos deles polissêmicos por essência. É o caso da noção de regulação, um conceito impreciso no Direito Público brasileiro justamente por conta de suas múltiplas funcionalidades e configurações formais. Cf. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro in Revista de Direito Público da Economia, 2005, p. 17 e ss. Reconhecendo a falibilidade da proposta de apresentar o conceito “mais adequado” à conjuntura na qual a regulação é exercida, o esforço convencional mostra-se imprescindível ao estabelecimento dos termos de análise, de indiscutível utilidade ao reconhecimento das premissas de pesquisa, do regime jurídico aplicável e, principalmente, do alcance das reflexões obtidas a partir do estudo das fontes jurídicas objeto de pesquisa. Segundo MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “[e]nquanto

que o sentido do conceito de 'regulação' permanece incerto em direito, ele fornece o substrato sobre o qual se constroem novos corpus unificados de regras. Não se pretende afirmar que tal termo se remete de uma maneira definitiva e completa a esta ou aquela realidade institucional (exercício que seria cansativo e sem resultado), uma vez que, tratando-se de expressão polissêmica por excelência, diversas definições de regulação são admissíveis. Para estes fins, basta que se chegue a um consenso sobre as palavras, dentro de uma visão pragmática da linguagem, ou seja, basta atribuir às palavras um sentido não só para o ter como ponto de referência mas também para se remeter a um conjunto de regras coerentes (o regime jurídico), o que torna a definição eficaz, sem que com isso se pretenda expressar as coisas em si mesmas, em disputas ontológicas tão sem fim quanto se poderia tentar definições incontestáveis". Definição do Direito da Regulação Econômica, 2005, p. 33. O sentido de regulação empregado no trabalho perfilha o apresentado por VITAL MOREIRA, segundo o qual "[o] conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da atividade econômica, revistam ou não da forma normativa". Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, 1997, p. 36. Trata-se de um conceito abrangente, que supera o paradigma da regulamentação no reconhecimento da regulação e, assim, permite inserir nesse panorama até mesmo as figuras consensuais. Assim, o conceito de regulação adotado abrange a edição de normas, a fiscalização, a aplicação de sanções, o arbitramento de interesses, a resolução de conflitos, a celebração de acordos administrativos (substitutivos e integrativos) e outros instrumentos flexíveis de intervenção indireta. Também mais amplo que a regulação econômica, voltada à correção de falhas de mercado, o conceito de regulação adotado na tese tem por finalidade ordenar determinada atividade econômica, qualquer que seja o agente envolvido, para satisfação de finalidades públicas que, por si só, não seriam atendidas. Sobre a sistematização dessas características, cf. BERNARDO STROBEL

GUIMARÃES, Da Regulação como Função de Direito Administrativo, 2007, p. 76 e ss (PALMA, 2014, p.30)

Definidas as bases iniciais da pesquisa, cumpre analisar cada item do problema, iniciando com a ineficácia da regulação setorial de transportes.

## 2.4 A INEFICÁCIA DA REGULAÇÃO SETORIAL DE TRANSPORTES

Inicialmente, é possível asseverar que a ineficácia da regulação é exposta pela crise política, ética e econômica que o país enfrenta há alguns anos, deixando claro para toda a população os problemas sistêmicos que afetam a infraestrutura.

Conforme consta na introdução do Acórdão TCU 581/2017, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no julgamento do Processo nº TC 031.604/2016-1, Rel. Min. Augusto Nardes:

É notória a insatisfação dos cidadãos com os serviços públicos prestados atualmente, ao mesmo tempo em que existem obstáculos que limitam a entrega efetiva e eficiente de programas-chave, agravando a diminuição na confiança gerencial do governo. A sociedade demanda moralidade, profissionalismo e excelência da administração pública e não mais admite que os recursos financeiros que entrega, sob a forma de tributos, sejam mal-empregados. O governo tem a obrigação de bem aplicar tais montantes, e garantir o bom atendimento do interesse público. Ética, integridade e transparência nas organizações públicas e nas ações dos servidores, têm ganhado atenção social. Existe preocupação crescente com o declínio da confiança nos governos, o que, conjuntamente com o aumento na divulgação de casos de fraude e corrupção, têm provocado a administração a rever suas abordagens sobre conduta ética. Considerando que a promoção da ética no serviço público, a transparência e a boa governança possibilitam o aumento de confiança, as organizações governamentais têm percebido a necessidade de implementar a 'cultura ética', tanto nas relações humanas, quanto nas práticas

profissionais, como forma de assegurar confiança e conquistar resultados efetivos para a sociedade. Ademais, uma vez que o setor público é ator relevante para o desenvolvimento nacional, a melhoria da sua governança é imperativo inadiável, sendo a promoção da ética e dos valores apropriados dentro da organização pública um dos objetivos para essa boa governança. Nesse contexto, entre outros, o papel de uma entidade fiscalizadora superior é o de contribuir para o fortalecimento da confiança da sociedade na gestão do setor público, por meio do apoio para que essas organizações se tornem cada vez mais abertas, corretas e efetivas, bem como garantam que seus processos de tomada de decisão sejam protegidos de influências indevidas. (TCU - Acórdão 581/2017 - Plenário – n.p.)

Tomando por base o relatório *Doing Business* de 2019, do Banco Mundial (2019, p. 06), no qual o Brasil ficou na 109ª posição, de 190 economias, pelo grau de facilidade de se fazer negócios, é possível afirmar que o Brasil não tem uma posição estável e madura no setor de infraestrutura, apta a criar um ambiente favorável para receber investimentos.

Esta é a opinião de Ricardo Sennes e Gabriel Berton Kohlmann (2014) ao tratar das Perspectivas Internacionais do Mercado de Infraestrutura Brasileiro em obra coletiva que analisou a infraestrutura nacional:

O Brasil apresenta uma situação intermediária em termos de ambiente para negócios e modelo geral no setor de infraestrutura, quando comparado a outros casos internacionais. Vários fatores são favoráveis no País para empreendimentos no setor, embora ainda careçam de sofisticação e maturidade. Pode-se dizer que se trata de um setor que, no Brasil, apresenta baixo risco político, embora alto custo de transação. Ao mesmo tempo, o ambiente regulatório está em construção e em processo de maturação, em que algumas práticas antimercado convivem com outras bastante pró-mercado. Atenua esse diagnóstico o fato de a Lei de Concessões no Brasil completar quase 20 anos (é de 1995) e a Lei que regulamenta as Parcerias

Público-Privadas (PPPs) ter 10 anos (é de 2004). (SENNES; KOHLMANN, 2014, p. 25- 26)

Para os autores supracitados, é necessário criar modelos com transparência, estabilidade e confiabilidade, que garanta ao usuário “*os benefícios sociais desejados e de maneira equilibrada em relação aos ganhos privados*”:

Outro aspecto considerado crítico para o ganho de dinamismo no setor de infraestrutura é a natureza e a qualidade do marco regulatório e institucional. Nesse campo, os países que buscaram inovar abriram processos de revisão e reforma de seus marcos regulatórios, na tentativa de encontrar pontos que impediam ou dificultavam a viabilidade de novos modelos de negócio em infraestrutura, incluindo fontes de capital, aumento da concorrência e novos entrantes. Do ponto de vista da atratividade para participação privada nos empreendimentos de infraestrutura, os requisitos básicos são modelos regulatórios e institucionais que garantam transparência, estabilidade e confiabilidade. Embora tais arranjos sejam também presentes nos modelos tradicionais, no caso de arranjos mais inovadores eles ganham importância central. A experiência internacional indica que essas garantias não são apenas voltadas aos investidores privados, mas também aos cidadãos e usuários. O suporte político a essas modalidades inovadoras depende da disponibilidade de informações e da comprovação de que os novos arranjos estão gerando os benefícios sociais desejados e de maneira equilibrada em relação aos ganhos privados. (SENNES; KOHLMANN, 2014, p. 29)

A regulação no aspecto de produção e edição de normas é efetivada tanto em nível legal, com as diretrizes gerais de aplicação das normas produzidas pelas Casas Legislativas, quanto em nível infralegal, pelas Agências Reguladoras e demais órgãos administrativos.

Certo é que a regulação infralegal é a ponta da norma mais próxima do usuário e das empresas, do dia a dia das suas atividades, ao tratar das minúcias da Lei e, especificar caso a caso, como os negócios setoriais

devem ser implementados e disciplinados na área da infraestrutura de transportes.

## 2.5 AS EXTERNALIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Cumprindo o art. 178 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determinou que a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, a Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001) foi editada e dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, e criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), - órgão que foi extinto pela MP nº 870/2019 (BRASIL, 2019), a ANTT, a ANTAQ e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Apesar da boa intenção do legislador, o modelo instituído já deixou claro alguns problemas relacionados à assimetria de informação e participação logo no início da vigência da Lei.

Em 2003, a Casa Civil, por meio da Câmara de Infra-estrutura e Câmara de Política Econômica, apresentou relatório de *“Análise e Avaliação do papel das Agências Reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro”* (BRASIL, 2003), com ponderações de natureza econômica e institucional que continuam atuais:

[...] (ii) o governo é responsável por criar um ambiente que favoreça os investimentos públicos e privados em infra-estrutura, já que há ampla evidência empírica da importância crucial, no contexto de uma agenda de desenvolvimento, de uma política de êxito para a infra-estrutura; (iii) a presença das agências reguladoras é indispensável para o sucesso dos investimentos privados, que são centrais para suprir o déficit de investimento em infra-estrutura existente no Brasil. Isto se dá porque importante parte deste investimento terá que ser arcada pelo setor privado, e investimentos em infraestrutura envolvem significativos custos irrecuperáveis (*sunk costs*), amortizados por um longo prazo de tempo. Em qualquer país, essa situação cria riscos de que tanto empresas quanto governo ajam de forma oportunista: de um lado, uma vez assegurada a concessão (monopólio) de um serviço público essencial, surge para a empresa investidora a oportunidade de pleitear benefícios não previstos inicialmente. Por outro lado, pela

ótica do governo, uma vez que a empresa concessionária já realizou significativo investimento fixo, surge o incentivo de remunerá-lo abaixo do nível eficiente. Para contrapor-se a estes incentivos naturais, mas conflitantes e ineficientes, o governo necessita garantir e fortalecer o papel das agências, autônomas e independentes, como reguladores desses setores.[...] (vi) transcendendo a necessidade das agências regulatórias, a regulação econômica – não necessariamente por meio de agências reguladoras – é indispensável onde podem existir falhas de mercado (e.g. assimetrias de informação e externalidades negativas significativas). A necessidade de regulação se aplica mesmo a setores não relacionados à infra-estrutura, como a indústria farmacêutica;[...] (viii) por outro lado, a regulação econômica deve ser constantemente aperfeiçoada, tendo como meta a promoção da concorrência como mecanismo de organização da atividade econômica. Em vista deste caráter dinâmico, para que se preserve a estabilidade dos setores regulados, é indispensável assegurar a transparência nos processos decisórios tanto do formulador das políticas, como das agências. Só assim permitem-se graus de liberdade ao regulador para que, no futuro, mudanças em benefício da sociedade sejam implementadas dentro de parâmetros bem conhecidos; (ix) o desenvolvimento de instrumentos de controle social das agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo. De pronto, faz-se necessário a) aperfeiçoar mecanismos de consulta pública, que devem ser obrigatórios para todas as agências, criando uma espécie de “semi-contencioso administrativo”: a agência deve motivar e responder a críticas, e justificar a adoção de regras que se mostrem controversas; b) estudar mecanismos que permitam as entidades de defesa do consumidor/usuário terem a prerrogativa de indicar um representante de conhecimento notório (*expert*) para acompanhar os processos de consulta pública e outros trabalhos desempenhados pela agência, financiado – dentro das disponibilidades orçamentárias - pela própria agência; c) criar

ouvidorias no âmbito de todas as agências; d) aumentar a transparência das regras, incluindo a regulação de contatos *ex parte* entre empresas reguladas e agências; e) de modo mais geral, instituir com presteza mecanismos de prestação de contas ao Poder Legislativo; (BRASIL, 2003, p. 05-06-07)

Este estudo da Casa Civil (BRASIL, 2003) enfatizou a captura do interesse público como um dos grandes problemas decorrentes da indústria de monopólio ao demonstrar a importância de se promover a independência das Instituições e dos agentes reguladores:

Os problemas dos monopólios são bem conhecidos há mais de um século, quando a regulação econômica começou a se desenvolver, particularmente nos Estados Unidos da América (EUA), onde se deu na esteira da extraordinária concentração industrial observada por esse país naquele período. Também é conhecido, há muito tempo, e dado à publicidade inclusive por aqueles que consideram a regulação ineficiente e mesmo desnecessária, o risco de “captura” do regulador, que tende a levar ao excesso de investimento e à ineficiência. Tal risco, independente da ontologia da sua identificação, é, de forma geral, atual e concreto — ainda que não único. De fato, existe uma série de outros riscos — inclusive por parte do Estado — que também podem resultar em uma provisão ineficiente e inadequada de serviços. [...] A “teoria da captura” mostra que o aparato regulatório corre o risco de ser “adquirido” pela indústria, com “a regulação desenhada e operada primariamente para o seu benefício”. Assim, sem correto controle social do regulador, os interesses das indústrias reguladas podem influir e moldar as práticas regulatórias de maneira distorcida. Agravam o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou

empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente o risco de “captura” não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios, e a identificação de fatores que podem exacerbá-los normalmente se traduz por um desenho institucional que procure diminuí-los. Para que fossem mitigados os riscos de captura por setores regulados, a experiência anglo-saxã acabou por criar as “agências reguladoras”, tal como hoje conhecidas: com autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes e não-coincidentes com as eleições majoritárias; estrutura de direção e decisões colegiadas, quarentena para os dirigentes na partida. Estas características, que dão um grau de independência às agências, vêm se tornando padrão na maior parte dos países desenvolvidos e já encontram reflexos definidos nas instituições brasileiras. (BRASIL, 2003, p. 11-12).

Para compreender o fenômeno da assimetria de informação, vale reproduzir a definição de Áurea Fernanda de Brito Loiola Aguiar Moraes (2017) em dissertação sobre os “*Crítérios de avaliação da assimetria de informação na regulação de transportes terrestres no Brasil*”:

A assimetria de informação é, primariamente, um fenômeno da comunicação. Para que ocorra a comunicação entre dois agentes, é necessária a troca de signos contida no repertório da cada agente. Quando há uma relação de igualdade entre os repertórios, diz-se que a comunicação ocorre de forma simétrica. Porém quando há desigualdade entre os repertórios com uma das partes exercendo poder sobre a outra devido ao repertório que possui, a comunicação é dita complementar. (MORAES, 2017, p. 29)

Na conclusão deste trabalho, Moraes (2017, p. 91) pontua:

A regulação funciona com base em um tripé onde em cada ponta estão situados: a sociedade, o Estado e os regulados. A sociedade espera que o Estado atue na ordem econômica de modo a garantir seus direitos fundamentais zelando pelo bem-estar econômico. O Estado, para cumprir suas obrigações constitucionais, delegou funções e poderes às agências reguladoras, que por sua vez estabeleceram regras de conduta às empresas reguladas, que buscam maximizar seus interesses. Essa complexa dinâmica tem como um de seus pilares as informações, que são produzidas, recebidas, organizadas, processadas e distribuídas por todos os agentes do tripé. Tendo em vista que esta dinâmica é marcada por conflitos de interesses, seus agentes utilizam-se das informações que possuem para atingirem seus objetivos. Assim, das diferenças informacionais entre os agentes, surge a falha de mercado chamada assimetria de informação. Porém, para o bom andamento da atividade regulatória, o regulador deve conhecer o máximo de informações possível e poder confiar nelas, até mesmo para que possa compartilhá-las com outros agentes do setor como órgãos de governo e a sociedade. Os órgãos de governo podem utilizar as informações para elaborar planos de desenvolvimento do setor de transportes, como ampliação de redes de transporte, melhorias para atividades de logística e formulação de políticas públicas que ampliem a oferta de serviços de transportes, contribuindo assim para avanços sociais e econômicos do país. A divulgação de informações para a sociedade ajuda a institucionalizar a boa governança, transparência e responsabilidade. O envolvimento da sociedade nos processos de prestação de contas e monitoramento de gastos pode se traduzir num uso mais eficiente de recursos, podendo resultar na melhoria da prestação de serviços e em desenvolvimento.

No mesmo sentido, Andreia Cristina Bagatin (2010) explica a relação entre o Congresso Nacional (CN) e as Agências Reguladoras e demonstra a existência de assimetria de informação também neste caso:

O regulador administrativo só tem lugar para atuar quando recebe uma delegação administrativa para tanto. O legislador fixa os *standards* gerais de determinada política pública e o regulador fixará as regras específicas que concretizam estes *standards* e atingem os objetivos visados pelo legislador. Nessa justa medida, instala-se uma relação principal-agente entre o Congresso (principal) e o regulador (agente). Diante da diferença de objetivos de um e de outro e da assimetria que se estabelece entre o Congresso e o regulador, este pode vir a se afastar das políticas definidas por aquele. (BAGATIN, 2010, p.39)

Para BAGATIN (2010), seguindo a teoria de Niklas Luhmann, o problema da captura está relacionado com a noção de risco:

Rigorosamente, a captura pode ser tomada como um risco decorrente da decisão de regular um determinado setor econômico. Diante de um setor econômico específico, o Estado tem a possibilidade de escolher entre as diversas alternativas (deixar o setor sujeito ao livre mercado, submetê-lo exclusivamente às regras gerais e abstratas derivadas do Poder Legislativo, regular o setor por meio de órgão vinculado à Administração Pública direta ou criar um ente regulador setorial e independente). A decisão de regular traz consigo o risco de cooptação do responsável pela regulação por interesses específicos. Mais que isso: a decisão de regular por meio de entes setoriais independentes reforça este risco. Para utilizar a nomenclatura que foi cunhada por LUHMANN, entende-se que a captura é um risco inerente à decisão de regular um determinado setor econômico. Tratar-se-ia mesmo de um risco, pois há uma decisão que pode ser imputada a alguém (o Estado), que foi adotada diante de uma plêiade de possibilidades que se apresentavam. (BAGATIN, 2010, p. 130-131)

Além da captura institucional pelos riscos estruturais de amplo conhecimento, o procedimento torna-se ilegítimo em decorrência da

inadequada participação do usuário e pelo procedimento conduzido pela Administração Pública, como será visto a seguir.

## 2.6 A ILEGITIMIDADE PROCESSUAL

É possível asseverar que a ilegitimidade processual decorre da falta de uniformidade do processo administrativo normativo e da dificuldade do usuário para participar do processo administrativo e obter um resultado útil.

Sobre a ausência de uniformidade PALMA (2014, p. 28) destaca a inexistência de um padrão para o processo administrativo normativo e demonstra que qualquer objetivo no sentido de depreender o modelo de processo normativo no Brasil seria impertinente e *“mesmo incoerente com a realidade, devido à multiplicidade de formas de exercício do poder normativo pela Administração”*.

Para PALMA (2014) não há nenhum procedimento geral, mas sim precedentes que estão em constante construção:

A construção da ideia de processualidade administrativa no Brasil se estabeleceu em dois foros: o doutrinário, com o engajamento de administrativistas brasileiros na luta pela compreensão do processo administrativo no sistema de garantias individuais, e o jurisprudencial, com especial destaque para o Supremo Tribunal Federal, cujas sucessivas decisões de afirmação dos direitos constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal resultaram no alargamento da noção de processualidade administrativa. Com o movimento de codificação do processo administrativo, leis gerais de processo administrativo foram editadas, dentre elas a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99). No entanto, como se discutirá, a processualização da atividade administrativa no Brasil é uma atividade inacabada: o dever de realizar processo ainda não se firmou como uma regra da atuação administrativa, de modo que para toda ação administrativa haja um necessário processo administrativo que lhe seja correspondente. Essa constatação é sobressalente na atividade normativa da Administração Pública, tendo em vista que

normas são editadas pelo Poder Público na maior parte das vezes fora do âmbito do processo administrativo. Mais do que uma expressão de eventual ineficiência pública ou capricho do gestor público, tenta-se indicar que esta é uma manifestação de raízes históricas na teoria do Direito Administrativo. Em um Estado marcado por ondas antidemocráticas, natural seria o atraso na consagração da prática do processo administrativo. No que tange à atividade normativa estatal, a processualidade ainda está porvir. (PALMA, 2014, p. 107-108)

Em outra ótica, em relação à dificuldade para o usuário participar do processo administrativo normativo, é possível apontar a falta da cultura do usuário, cidadão e do consumidor para participar ativamente de processos legislativos, bem como, no caso dos setores regulados, como é o setor de transportes, a falta de estrutura para profissionalizar a atuação, ou seja, não existe monitoramento das políticas e projetos, gerando por consequência a fragilidade para exercer influência e defender os seus interesses.

Embora o raciocínio jurídico seja semelhante, existem diferenças entre usuário e consumidor explicadas por Osvaldo Agripino de Castro Junior na obra *Direito Portuário e a Nova Regulação*:

[...] o usuário não precisa necessariamente ser o destinatário final de um serviço. É usuário o passageiro que paga a tarifa portuária para embarcar num terminal, ou uma pessoa jurídica que utiliza tal conjunto de serviços para movimentar suas cargas, em sua atividade comercial ou não comercial. [...] Conclui-se, portanto, que todos podem ser usuários de serviços portuários prestados por concessionários, por exemplo, quando pessoa física ou jurídica usa os serviços de um porto público, todavia, somente aqueles que estiverem numa relação de consumo, podem ter a incidência do CDC, e serem considerados consumidores”. (CASTRO JUNIOR, 2015, p.102)

Para compreensão desta assimetria de informação e participação, há que se ter em vista que o legislador que trata da Concessão e Permissão de serviços públicos - Lei nº 8.987/1995 (Brasil, 1995), estabeleceu

expressamente no art. 29 que incumbe ao poder concedente: “*XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço*”.

De maneira análoga, a Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/1999 (Brasil, 1999), afirmou no art. 33 que “*os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas*”.

A importância das Associações, reconhecida na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e nas leis supracitadas é ressaltada por Wendel de Brito Lemos Teixeira (2014, p. 37):

A importância que vem tendo as associações em todo ordenamento jurídico ocidental dá-se porque são entidades supraindividuais com fim ideal convergente não lucrativo, se colocando como o ponto mediano entre o Estado e o indivíduo isolado. Guido Zanobini escreve: as associações são lícitas e representam o desdobramento do direito fundamental de liberdade que o ordenamento reconhece aos cidadãos, permitindo a eles se reunirem para conseguir aqueles fins que singularmente não poderiam alcançar ou somente conseguiriam com grande dificuldade.

Entretanto, apesar de políticas públicas de caráter legislativo para estimular a participação do administrado e a formações de associações de usuários, os resultados ainda não têm efetividade para reduzir as assimetrias existentes.

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira *apud* PALMA (2014), existe um déficit democrático nos processos desenvolvidos pelas Agências Reguladoras:

[f]rise-se que não há dúvidas de que a participação é restrita. Atinge um número muito limitado de pessoas que antes se qualificam como detentoras de interesse econômico a ser regulado do que propriamente como cidadãos no exercício de seus direitos políticos. É desproporcionalmente baixo o número de pessoas que participam das consultas (usualmente, apenas aquelas com acesso a jornais de grande circulação ou a informações via Internet). A conclusão do autor diante desse

cenário é contundente: “(...) a atuação das agências efetivamente contempla um déficit democrático, pouco importa o conceito que se tenha de democracia”. Idem, p. 25. (PALMA, 2014, p. 393-394 – nota de rodapé nº 1006).

Tal fato se confirma na tese de doutorado de Sandro Rodrigues Gomes (2017) pelo Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, da Faculdade de Tecnologia da Universidade de Brasília (UNB), pela qual foi analisado o “*Modelo Conceitual para Identificação da Influência dos stakeholders em Projetos de Transportes com base na Dinâmica de Sistemas*”.

Em tabela que resume a percepção da influência dos *stakeholders* na formação da agenda de políticas públicas em transportes, é possível verificar que após o Poder Executivo e Legislativo, os lobistas, seguidos dos Grupos de Pressão tem o maior poder de influência.

Tal fato contrasta com a pouca influência da sociedade e também da Academia (Universidades e Órgãos de Pesquisa) que poderiam influir com maior propriedade nos projetos de transporte. Vejamos a tabela que demonstra a influência dos *stakeholders* na formação da agenda de políticas públicas em transportes segundo Gomes (2017, p. 157):

Tabela 1: Influência dos *stakeholders* na formação da agenda de políticas públicas em transportes

FATOR	Média	Desvio Padrão	Coefficiente de Variação
Poder Executivo	4,58	0,72	0,16
Poder Legislativo	4,29	0,89	0,21
Lobista	4,14	0,97	0,23
Grupos de Pressão	4,00	1,00	0,25
Mídia	3,99	0,92	0,23
Empresas	3,97	0,96	0,24
Partidos Políticos	3,79	1,15	0,3
Agências Reguladoras	3,52	1,03	0,29
Poder Judiciário	3,32	1,32	0,4
Sociedade	3,24	1,17	0,36
Consultores Especializados na área de transportes	3,23	1,02	0,32
Órgãos de Pesquisas	2,97	1,19	0,4
Universidades	2,79	1,11	0,4

Fonte: (GOMES, 2017, p. 157)

Nas palavras de Gomes (2017, p. 156) “*A Sociedade que é o grande beneficiário das políticas públicas acaba sendo um dos que possuem baixa influência, mostrando o quanto os anseios deixam de ser importantes na formação da agenda*”.

Tal assertiva é confirmada na jurisprudência do TCU, conforme se depreende da leitura do relatório técnico que subsidiou a decisão proferida pelo Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário (TC 012.693/2009-9), Rel. Min. José Jorge:

256. Controle social compreende os mecanismos que permitem a participação da sociedade na elaboração de normas, na fiscalização, no monitoramento e no controle da atividade regulatória. [...]

257. Apesar de implementados e aplicados pelas agências, denotou-se uma baixa participação da sociedade nos processos de controle social.

258. Uma das facetas da regulação é ponderar interesses e a baixa participação efetiva da sociedade nos processos de controle social dificulta o trabalho do regulador em verificar os diversos interesses envolvidos, podendo a regulação tornar-se desequilibrada.

259. O Poder Público preocupa-se, atualmente, em incentivar o controle social e em conhecer os interesses dos usuários/consumidores finais, bem como das empresas prestadoras. Observou-se que esse cuidado também está presente nas agências reguladoras de infraestrutura.

260. Nesse sentido, os sítios das agências estão equipados com diversos instrumentos para garantir o contato do público com seus técnicos e diretores. Como exemplos, cite-se o ‘fale conosco’, que possui formato telefônico, formulário digital ou mesmo *chat on line*. Além desses recursos, algumas agências possuem ouvidorias ou centros de atendimento ao usuário/consumidor, onde se recebem denúncias, elogios, reclamações, dúvidas e sugestões.

[...]

265. Apesar do número de instrumentos de controle social identificados, os técnicos das agências reconheceram nas entrevistas que a participação da sociedade ainda é pequena e pouco baseada tecnicamente, dificultando o aproveitamento efetivo de grande parte das contribuições. Isso pode ser explicado, em parte, pela grande especificidade e complexidade dos assuntos inerentes à regulação dos serviços de infraestrutura.

266. Grande parte dos usuários - geralmente consumidores finais - possui baixa capacidade de mobilização e pouco conhecimento do assunto, de sorte que suas contribuições tendem a limitar-se a reclamações sem argumentação técnica. Por outro lado, uma pequena parcela de usuários - geralmente consumidores intermediários - e as empresas concessionárias/permissionárias são capazes de defender mais organizadamente seus interesses e de utilizar os instrumentos de controle social de forma mais ativa e tecnicamente baseada. Verificam com frequência o sítio das agências, são bem representados por especialistas e somam a quase totalidade das contribuições recebidas nas audiências.

267. Considerando que uma regulação eficiente pressupõe o conhecimento, pelo regulador, de todos os interesses envolvidos, a baixa participação de parcela considerável dos usuários nos processos de controle social pode prejudicar a consecução dos fins esperados pela atividade regulatória.

268. Ante todo o exposto e tendo em vista a razoável quantidade de instrumentos de controle social já aplicados pelas agências, entende-se que uma política de capacitação dos usuários (ou de suas instâncias representativas) promoveria um maior grau de participação efetiva de considerável parcela da sociedade na atividade regulatória. (TCU-ACÓRDÃO 2.261/2011- PLENÁRIO – n.p.)

Destaca-se que o Processo TC 012.693/2009-9, que realizou a supracitada auditoria operacional para aferir a governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, teve origem em 2009, em função de solicitação do CN, pelo Requerimento nº 156/2009, de autoria de autoria do Deputado Sílvio Torres (PSDB/SP), então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC).

Portanto, esta evidência não permite atribuir total omissão do CN sobre o trabalho das Agências Reguladoras, embora a expectativa seja de maior participação no controle das atividades normativas e fiscalizatórias.

Quatro anos após este julgamento do Processo TC 012.693/2009-9 (ACÓRDÃO 2.261/2011-TCU-PLENÁRIO), o TCU promoveu nova

auditoria operacional por meio do Processo TC 031.996/2013-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, no qual a área técnica reforçou ser fundamental que o processo decisório facilite a participação social para legitimar a atuação das Agências Reguladoras:

39. Além disso, a transparência permite a participação da sociedade na vida regulatória, contribuindo para a legitimação social dos atos das agências reguladoras. Nesse sentido, é fundamental que o processo decisório facilite a participação e o controle da sociedade. Essa legitimação também se instrumentaliza por meio da garantia à participação de todos os interessados por meio da publicidade, bem como pela possibilidade de intervenção e pelo exercício do contraditório e da ampla defesa. (TCU –ACÓRDÃO 240/2015 –PLENÁRIO – n.p.)

Especificamente sobre os limites da democracia participativa, é oportuno citar a dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pela Mais Moreno (2016), que discorreu sobre a participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP, com um raciocínio jurídico interpretativo semelhante à participação do usuário no processo de elaboração de normas.

Ao tratar sobre o direito constitucional de participação, à luz da democracia participativa, MORENO (2016) cita Paulo Modesto e Luigi Bobbio, para quem:

Nesse contexto, não restam dúvidas de que os PMI, assim como as consultas públicas, as audiências públicas e os *roadshows* são manifestações das diferentes feições do princípio da participação popular tomado em seu sentido amplo, na medida em que são instrumentos que —[...] visam instruir o pleno exercício da democracia, nos Estados contemporâneos [...]. Porém, como alerta Paulo Modesto: É ingenuidade supor que o incremento da participação popular na administração pública possa ser isolado da questão da participação popular nos demais setores do Estado ou reduzido a uma questão meramente jurídica, relacionada unicamente à definição de instrumento normativos de participação. A participação popular é sobretudo uma questão política, relacionada ao grau de

desenvolvimento e efetivação da democracia. O aparato jurídico é incapaz de induzir a participação popular; mais ainda, frequentemente cumpre papel inverso, dificultando a participação, estabelecendo mecanismos de neutralização e acomodação extremamente sutis. Em linha com esse raciocínio, Luigi Bobbio explica que —[...] “a democracia participativa é particularmente exposta à contraposição entre concessões procedimentais (ou melhor, processuais) e concessões substanciais [...]” Questiona se a autenticidade da democracia participativa estaria na capacidade de ela realmente habilitar um diálogo entre cidadãos e instituições que resultasse na alteração de fato do estado das coisas (e.g, alterações dos pressupostos do modelo econômico ou freio dos grandes interesses de mercado para alcançar justiça social) ou se, ao contrário, os objetivos da democracia participativa estariam atingidos —[...] se todos os sujeitos sociais envolvidos estiverem se expressado, se informado e sido considerados — independentemente dos resultados concretos que ela [a participação] alcançar”. (MORENO, 2016, p.37-38)

E, ao estabelecer o raciocínio interpretativo aplicável aos institutos da PMI, consulta pública e audiência pública, MORENO (2016) conclui citando Fábio Konder Comparato e Gustavo Henrique Justino de Oliveira:

Tais ferramentas decorrem, de fato, da nova cidadania no Estado social, que, nas palavras de Fábio Konder Comparato consiste em —[...] fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação. [...] O PMI, assim como a consulta pública, a audiência pública e o *roadshow* não são instrumentos com a natureza de ferramentas reativas, tais quais as previstas nos incisos I a III do parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal. Ao contrário, alçam o administrado à condição de agente que interfere de maneira proativa nos rumos da Administração Pública. Como lembra Gustavo Henrique Justino

de Oliveira: No que tange à realidade institucional brasileira, a junção da noção de democracia à de Estado de direito, levada a efeito pela atual Constituição, muito mais que estabelecer um qualificativo do modo de ser do nosso Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeiríssima grandeza, de importância inquestionável: o direito de participação nas decisões estatais. (MORENO, 2016, p.39)

Ou seja, existem procedimentos para promover a participação popular, porém esta desigualdade de forças, em razão da inadequada participação do usuário, torna o processo administrativo normativo ilegítimo.

Neste sentido, Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira alerta sobre a importância da participação efetiva do usuário no processo de elaboração das normas para a legitimidade das decisões:

A preocupação com a participação é realmente com a efetividade do processo de elaboração das decisões, o que decorre da ideia de que cada membro da sociedade é responsável pela formação das decisões do Estado. No Brasil há poucas previsões de participação nas decisões e não há preocupação com a efetividade da participação nas decisões, mas com a proteção do usuário pela agência, o que decorre da ideia da formação do Estado no Brasil como protetor da sociedade. A situação no Brasil é a de que o membro da sociedade não participa efetivamente da elaboração das normas das agências e, após a expedição da norma, busca o Estado, por meio do Poder Judiciário, para socorrê-lo contra o eventual arbítrio na formação da norma. (FERREIRA, 2003. p. 602-603).

Da mesma forma, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler (SCHIEFLER, 2013), em dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) explica:

A legitimidade da função administrativa encontra vertente na democratização do exercício das

atividades administrativas discricionárias. Requer-se a abertura e o fomento da participação dos particulares nos processos decisórios da Administração Pública, seja em defesa de seus interesses individuais, seja em defesa de interesses comuns à coletividade (BINENBOJM, 2008, p. 31). [...] Porém, como os institutos de participação social dependem de uma participação voluntária e espontânea do público, não se percebe grande mobilização popular em prol da participação nos processos administrativos decisórios (BAGATIN, 2010, p. 183-184). Como consequência desta peculiaridade, que é própria da cultura cotidiana do brasileiro, a participação popular, caracterizada pela defesa particular de interesses coletivos, não é tão expressiva quanto a participação dos agentes econômicos que recebem os efeitos das regras regulatórias. Daí dizer que o grande desafio do Procedimento de Manifestação de Interesse é obter a efetiva participação social, a efetiva democratização da Administração Pública. (SCHIEFLER, 2013, p.193)

Mas a assimetria de participação não decorre apenas da falta de cultura participativa, a ausência de estrutura e profissionalismo na atuação junto aos órgãos legislativos é um ponto crucial para a defesa dos interesses, conforme expõe Manoel Leonardo Santos e Lucas Cunha:

As discussões teóricas e as iniciativas de regulamentação do *lobby* se desenvolveram, em particular nas democracias liberais, em torno de duas grandes questões. Segundo Thomas (2004), as duas grandes questões são as seguintes: i) as vantagens injustas que o *lobby* profissional leva no processo político em relação àqueles que não têm recursos para profissionalizar suas atividades ou contratar lobistas para representar seus interesses; e ii) a percepção amplamente compartilhada sobre as condutas antiéticas dos lobistas e dos agentes públicos quando em interação política. Ou seja, de um lado, está a preocupação com a desigualdade de forças entre grupos de interesses poderosos e setores da sociedade menos organizados e com menos recursos; de outro lado, a preocupação com

a corrupção. (TEXTO PARA DISCUSSÃO/ INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA, 2015, p. 7)

PALMA (2014) ressalta que um dos motivos para a ausência de participação administrativa é pelo fato da participação no processo ser tardia, quando o ato já se encontra pronto e acabado:

Os atos normativos são em geral definidos pela “autoridade competente”, de modo que apenas excepcionalmente, e em alguns setores, são realizadas análises de impacto regulatório. Quanto à participação administrativa, quando esta se verifica, a sua abertura é tardia, quando o ato normativo já se encontra praticamente pronto e acabado. Dificilmente as contribuições recebidas impactarão no desenho normativo da proposta de regulamento submetida à audiência ou consulta pública. Nesse contexto, frases como “o Ministro baixou instrução normativa” não causam estranheza. (PALMA, 2014, p. 20)

Desta forma, o problema da assimetria acaba se tornando prejudicial não apenas para o usuário, que fica sem poder defender os seus interesses, mas também ao Estado que não consegue alcançar o objetivo público de regular com eficácia o setor de transporte.

## 2.7 A INFLUÊNCIA POLÍTICA NA INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Agrega-se a toda a dificuldade processual demonstrada, a influência política, que afeta o processo de elaboração de normas no CN e nas Agências Reguladoras setoriais de transporte, sendo importante analisar inicialmente o fenômeno no CN, onde as evidências são mais claras.

Em tese de doutorado que trata dos “*Interesses econômicos, representação política e produção legislativa no Brasil sob a ótica do financiamento de campanhas eleitorais*” Bruno Carazza dos Santos (SANTOS, 2016) escancara o sistema corrupto decorrente da influência do poder econômico nas eleições, com reflexos na atividade legislativa, que merecem ser reproduzidos para compreensão da dinâmica do processo de elaboração de normas no Brasil:

A hipótese central desta tese é que o processo de escolha dos representantes e os incentivos presentes nas regras de funcionamento do presidencialismo de coalizão brasileiro favorecem a atuação de grupos econômicos privados, que influenciam o processo legislativo e geram uma legislação mais próxima de seus interesses – em detrimento dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da Constituição brasileira. Para analisar o problema da influência econômica sobre a representação política e a produção legislativa brasileiras, parte-se do princípio de que as normas têm por característica criar direitos ou obrigações, afetando as decisões dos agentes econômicos (produtores, consumidores, trabalhadores e outros) por meio de seus efeitos sobre a renda, o patrimônio, o bem-estar etc. Por esse motivo, diferentes agentes e grupos sociais buscam convencer as autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo a conceder-lhes tratamentos diferenciados ou a evitar que seus benefícios sejam eliminados ou diminuídos. A possibilidade de ter seu bem-estar afetado por uma norma é o que desperta o interesse dos grupos sociais em participar do processo eleitoral e legislativo – de empresas a entidades de defesa dos consumidores, passando por ambientalistas e sindicatos de trabalhadores. (SANTOS, 2016, p. 20)

Nesta tese, fica claro que a captura do interesse público decorre do comportamento *rent seeking* dos grupos de interesse no processo de elaboração de normas. Santos (2016, p.22-23) explica:

Essa visão de que os agentes públicos têm interesses particulares – de se reeleger, de ter mais poder ou status e até mesmo de enriquecer –, que muitas vezes se sobrepõem ao interesse público relacionado ao exercício de seus mandatos ou cargos, já vinha sendo explorada por acadêmicos ligados à *Virginia School of Public Choice* e sua teoria da escolha pública. Nesse grupo de pesquisa, reunido em torno de James Buchanan, Gordon Tullock (1967) desenvolveu a teoria do *rent seeking*, expressão cunhada posteriormente por

Anne Krueger (1974). Trata-se da estratégia de indivíduos e grupos privados para buscar extrair rendas (daí a expressão *rent seeking*) do Estado em seu benefício, à custa da coletividade. O argumento central dessa teoria é que não apenas os benefícios concedidos pelas autoridades governamentais aos grupos de interesse são uma perda de bem-estar para consumidores – que arcam com preços mais altos em função da regulação favorável aos setores – ou aos contribuintes – no caso de pagarem maiores impostos para cobrir a concessão de subsídios, incentivos tributários e outros privilégios –, mas que a estratégia de *rent seeking* constitui, em si, uma perda social. Segundo Gordon Tullock (1967), em vez de aplicarem seus recursos para produzir melhores produtos a preços mais baixos, as empresas preferem aplicá-los em contribuições de campanha, *lobbying* e corrupção pura e simples para convencer parlamentares e membros do Poder Executivo a conceder-lhes legislação favorável, tratamento tributário especial ou regulação mais benéfica. De acordo com a teoria do *rent seeking*, grupos de interesse levam grande vantagem ao lidar com o governo, uma vez que os benefícios são concedidos a grupos específicos (ou seja, os ganhos são concentrados), enquanto os custos daquela política são diluídos entre um número indefinido de consumidores e contribuintes.

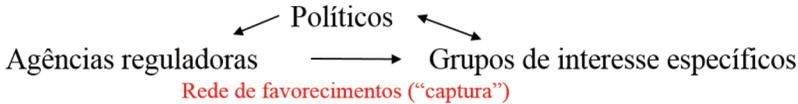
No setor de específico de infraestrutura de transportes não é diferente, em tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, André Castro Carvalho (2013) explicita:

Conforme demonstra Johan Fourie, mesmo que se chegue à conclusão de que uma rodovia secundária é mais importante para a economia e bem-estar da sociedade, a decisão política é que definirá onde serão alocados os recursos. Por vezes, essa mesma decisão política pode definir que uma região que não necessite tanto de um investimento em infraestrutura seja agraciada com esses recursos, justamente por esse fator político exógeno à infraestrutura. A infraestrutura, dessarte, também tem seus aspectos políticos envolvidos – e o papel

do governo é crucial nesse processo. Nesse sentido, “[...] a racionalização do programa de tomada de decisões é um dos problemas mais urgentes que desafiam os governos no mundo de hoje”. O fato de esse fator político estar presente nas infraestruturas é, por vezes, preponderante a outros fatores, como o econômico – e, *in casu*, aquele fator é exacerbado por se tratar da disciplina de um bem público, na maioria das vezes: A importância da política para o crescimento econômico advém diretamente da importância da infraestrutura, cujo alcance não é determinado pelo mercado, mas sim amplamente por meio dos mecanismos de decisão política. À medida que a infraestrutura predominantemente possui a propriedade do bem público, isso é uma oferta sobre o mercado devido à invalidade do princípio da excludabilidade, que fica geralmente fora de análise. [...] O governo de situação, geralmente, não tem como foco de agenda política os investimentos em infraestrutura no momento presente, justamente porque seus benefícios vêm diferidos no tempo – que podem ser, inclusive, auferidos por governos de outros partidos, não abarcando o período do seu mandato, salvo em caso de reeleição. E como o partido de oposição não consegue controlar diretamente os gastos em infraestrutura, o tema só vem à tona politicamente quando há uma clara falta de investimentos em infraestrutura no país. Esse movimento, na visão de alguns autores, provoca um ciclo de sobreinvestimento e subinvestimento em infraestrutura pertencente ao próprio ciclo político de mudanças de poder. (CARVALHO, 2013, p. 182-187)

Da mesma forma, utilizando a Teoria Processual Administrativa da regulação de Steven P. Croley, Conrado da Silveira Frezza (2016), em dissertação intitulada “*A nova Lei dos Portos e os modelos de concessões e de agências reguladoras: mecanismos para a garantia do interesse público*”, explica que haveria uma relação de troca de favores entre políticos, grupos de interesse e agências reguladoras “*que tenderia à produção regulatória favorável a determinados grupos de interesses privados, em detrimento do interesse público*”, conforme figura reproduzida abaixo:

Figura 1: Representação do fenômeno da captura segundo a *Public Choice*



Fonte: Frezza (2016, p. 16)

Croley (*apud* FREZZA, 2016, p.16) explica:

Esses vários métodos de controle por parte do Congresso permitem que os legisladores satisfaçam as demandas regulatórias dos grupos de interesse induzindo as agências, que são os reguladores de base, a tomarem as decisões regulatórias almejadas pelos grupos de interesses – caso as agências não estejam inclinadas a fazer isso por si mesmas. A obtenção de tratamento orçamentário e estatutário favorável por parte dos legisladores motiva as agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os grupos de interesses ficam satisfeitos em prover recursos eleitorais para os legisladores, que por sua vez podem inspirar as agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os legisladores, no intuito de assegurar recursos eleitorais necessários, são motivados a garantir que as agências forneçam a regulação que o grupo de interesse apoiador procura. Dessa forma, constitui-se o chamado “triângulo de ferro” ou, colocado de forma menos sombria, a “rede temática” de relacionamento entre grupos, legisladores, e agências administrativas, que tipicamente caracteriza a concepção de regulação da *Public Choice*.

## 2.8 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO

Neste capítulo, a pesquisa apresentou os fundamentos constitucionais do Estado democrático regulador e a definição de regulação, para, a partir destes conceitos, compreender as causas do problema decorrentes das externalidades negativas das Agências Reguladoras setoriais de transportes.

O primeiro passo para solucionar estes problemas e construir a hipótese proposta na pesquisa é o estudo dos fundamentos jurídicos do

processo de elaboração de normas nas Agências Reguladoras setoriais de transporte, pois, como visto, o processo administrativo normativo é o meio pelo qual os objetivos traçados pela Constituição da República (BRASIL, 1988) e pela Lei nº 12.233/2001 (BRASIL, 2001) podem ser efetivados, tema que será objeto do próximo capítulo.



### 3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE

[s]e no Estado não democrático o que importa é a manifestação concreta do poder (o ato administrativo, por exemplo), no Estado de Direito importa também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o deslocamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo). (MARQUES NETO apud PALMA, 2014, p.278 – nota de rodapé nº 708)

#### 3.1 O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS

Conforme exposto, o processo de elaboração de normas, ou tecnicamente, o processo administrativo normativo, é o processo desenvolvido pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte com fundamento constitucional na função normativa da Administração.

Inicialmente, cumpre assinalar que a escolha da função de produção de normas, dentre as outras funções de uma Agência Reguladora (fiscalizatória, adjudicativa, sancionatória, redistributiva e dialógica), se deve ao fato da função normativa ser a principal função de uma agência reguladora setorial, tendo em vista a sua competência para regular um setor complexo, em constante desenvolvimento.

O processo administrativo normativo (regulatório) consiste no modo pelo qual as Agências Reguladoras setoriais de transporte inovam na ordem jurídica em nível infralegal para regulamentar as leis.

Para Vitor Rhein Schirato *apud* PALMA (2016) processo administrativo normativo pode ser definido como:

o processo conduzido pela Administração Pública previamente ao exercício do seu poder normativo, [s]eja o poder normativo do qual decorrem normas abstratas e gerais, seja o poder normativo do qual decorrem normas concretas e específicas com efeitos sobre indivíduos indeterminados (PALMA, 2016, p. 331-332, NOTA DE RODAPÉ nº 834)

Verificada a definição, analisa-se em seguida a estrutura legal administrativa da ANTAQ e seu regimento interno, pois estas normas dispõem sobre o processo de elaboração de normas na ANTAQ.

### 3.2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Antes de apresentar a instituição formal da ANTAQ, é importante anotar que as Agências Reguladoras foram constituídas a partir da redefinição do papel do Estado na economia no começo da década de 1990, a partir das medidas econômicas e estruturais, no âmbito da Administração Pública, no qual se destacou o Plano Nacional de Desestatização – PND.

O tema foi desenvolvido por Caroline de Fátima da Silva Torres em dissertação de mestrado defendida pela Universidade Federal de Pernambuco em 2013:

Desde a década de 1980, na Europa, e a partir da década de 1990, no Brasil, estamos a perceber uma verdadeira “revolução” nas relações estabelecidas entre o Estado, a economia e o papel e sentido da regulação econômica. Podemos observar a mutação do Estado gestor e provedor de bens e serviços, para o Estado regulador de uma economia privatizada e cada vez mais submetida aos mecanismos de mercado. Todavia, a regulação passa a ser apartada do poder central das Administrações Públicas e delegadas a entidades relativamente independentes, objetivando a neutralidade política e o atendimento à especialidade técnica dos setores regulados.

Assim, o surgimento dos entes reguladores independentes no panorama da Administração Pública contemporânea representa uma grande modificação na estrutura estatal, tradicionalmente concebida sob os ditames da tripartição dos poderes, independentes e harmônicos entre si. Representam uma esfera de poder apartada do poder central, que concentra atividades típicas de cada um dos tradicionais Poderes de Estado, visando intervir nas relações econômicas para regular e corrigir as distorções econômicas decorrentes da livre condução do mercado.

A autonomia reservada às agências reguladoras no exercício da competência regulatória estatal, na prática, corresponde a uma concessão poderes imensos, uma vez que, essas entidades poderão interferir de forma decisiva em setores vitais à sociedade. A ideia de um Estado mínimo impõe,

necessariamente, uma mudança no entendimento da regulação desempenhada pelo Estado. A eficiência deve ser considerada a pedra de toque na condução das economias nacionais, pela regulação segundo o modelo dos entes reguladores independentes, que devem ser capazes de dissociar do exercício da regulação econômica e social, os interesses políticos.

Compete à entidade reguladora independente, através de seu afastamento da ingerência governamental e de uma regulação técnica, profissional e neutra, garantir a adequada atuação dos agentes econômicos. Assim, Vital Moreira corrobora com tal entendimento ao concluir que “o conceito de regulação tem subjacente a ideia de uma nova forma de relação entre o Estado, e a sociedade, que colhe a sua fonte numa visão sistêmica da mesma”. (TORRES, p.32 -33)

Sob a ótica das condições para trazer investimentos ao país, estudo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) ressalva a importância da criação das Agências Reguladoras:

O modelo regulatório brasileiro foi adotado com o objetivo de viabilizar o processo de privatizações e desestatizações da década de 1990. A atração do capital privado, principalmente o de origem internacional, dependia da consolidação de um ambiente de estabilidade política, jurídica e econômica que incentivasse agentes produtivos a assumir riscos inerentes às atividades econômicas de interesse público. Em outras palavras, a estabilidade regulatória era a principal exigência do mercado para a realização de investimentos, nacionais ou estrangeiros.

Assim, a criação de agências reguladoras permitiu que o marco regulatório fosse deslocado do processo político-partidário para entes públicos revestidos de uma blindagem institucional, capaz de manter o setor regulado afastado do jogo político-partidário. (IBGC, 2018, p. 11)

Neste sentido, com personalidade jurídica de direito público, as Agências Reguladoras exercem atividades típicas de Estado, com funções administrativas, legislativas, fiscalizatórias e sancionatórias.

### 3.3 A ESTRUTURA LEGAL E A COMPETENCIA NORMATIVA DA ANTAQ

A ANTAQ foi criada pela Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001 (BRASIL, 2001) para regular o transporte aquaviário e a atividade portuária.

Um dos objetivos expostos no art. 20, II, “a” foi “*garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas*”. (BRASIL, 2001)

Destaca-se que o inciso III do art. 11 estipula como princípios gerais: “*proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados*”. (BRASIL, 2001)

Por sua vez, o art. 20 dispõe que são objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

(i) implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), pelo Ministério dos Transportes (MT) e pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP), nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei. [Cf. inciso I, com redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013 (BRASIL, 2013c) –A Lei dos Portos].

(ii) regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes exercidas por terceiros, com o objetivo de:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica. (BRASIL, 2001)

A Lei, portanto, dispõe expressamente sobre a proteção dos objetivos dos usuários, sob o critério da preservação do interesse público, que é o objeto maior da Administração.

Um pouco adiante, ao tratar das atribuições específicas da ANTAQ, o legislador expressamente prevê no inciso IV do art. 27 a competência da ANTAQ para elaborar e editar normas que assegurem os direitos dos usuários:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:  
[...]

IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores; (BRASIL, 2001)

O processo decisório das Agências é objeto de seção específica na Lei, a partir do art. 66, o qual estabelece a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Destaca-se que o art. 66 não menciona o princípio da eficiência. Todavia, o princípio da eficiência é mola mestra de todos os processos administrativos, sejam normativos ou de outra espécie.

Na sequência, o art. 67, com redação dada pela Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) – Lei dos Portos, estabelece que “*as decisões das Diretorias serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, cabendo ao Diretor-Geral o voto de qualidade, e serão registradas em atas*”. (BRASIL, 2013c)

Já o parágrafo único do art. 67 dispõe que “*as datas, as pautas e as atas das reuniões de Diretoria, assim como os documentos que as instruem, deverão ser objeto de ampla publicidade, inclusive por meio da internet, na forma do regulamento*”. (BRASIL, 2001)

O art. 68 exige a realização prévia de audiência pública nas hipóteses de iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte.

O parágrafo 2º determina que “*os atos normativos das Agências somente produzirão efeitos após publicação no Diário Oficial, e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação*”. (BRASIL, 2001)

E o parágrafo 3º dispõe que “*qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento*”. (BRASIL, 2001)

### 3.4 ANÁLISE DO REGIMENTO INTERNO DA ANTAQ

Além dos aspectos previstos na Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001), é essencial analisar os aspectos da Resolução nº 3.585, de 18 de agosto de 2014 (Regimento Interno da ANTAQ) no pertinente ao processo de elaboração de normas.

O processo decisório começa a ser tratado no art. 13, ao dispor que a ANTAQ obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Anota-se que o Regimento Interno inovou em relação ao art. 66 da Lei nº 10.233/2011 (BRASIL, 2001), ao prever expressamente o princípio da eficiência.

Na sequência, o art. 14 explicita que as iniciativas de projetos de lei, alterações de atos normativos e decisões da Diretoria para solução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transportes serão sempre precedidas de audiência pública, com os seguintes objetivos:

- I - recolher subsídios para o processo decisório da ANTAQ;
- II - propiciar aos agentes e usuários dos serviços de transporte aquaviário a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos e sugestões;
- III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e
- IV - dar publicidade à ação regulatória da ANTAQ. (ANTAQ, 2014, n.p.)

A ordem dos objetivos da realização da audiência pública é significativa, pois o primeiro objetivo é recolher subsídios, ou seja, instruir da melhor forma o processo administrativo normativo para buscar o interesse público.

O segundo objetivo se relaciona a propiciar e incentivar os agentes e usuários a opinarem em relação à proposta apresentada.

O terceiro objetivo está ligado à sistematização e aprimoramento do procedimento dentro do processo de elaboração de normas, pois é importante saber identificar a matéria relevante e priorizar o debate do

núcleo fundamental para conseguir eficiência e também para garantir a economicidade dos recursos públicos.

Por fim, o objetivo de dar publicidade à ação regulatória está pautado pelo ganho de reputação tanto da Agência, quanto do mercado brasileiro, pois os investimentos e a viabilidade dos projetos de engenharia, especialmente no setor de transportes, dependem da percepção de segurança - tópico que será aprofundado adiante.

Em relação ao objetivo de propiciar a participação do usuário por meio de audiências e consultas públicas, o legislador busca suprir o problema da falta de cultura de participação do usuário no processo de elaboração de normas, que tem raízes nos atos do Estado que não estimulam a manifestação do usuário.

Para mudar estes parâmetros pouco democráticos e eficientes, torna-se essencial que a participação do usuário seja efetiva e considerada (com a devida motivação) no resultado final, mesmo na hipótese de não ser acatada.

### 3.5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO

A fonte de todo o processo administrativo está na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em especial nos direitos e garantias fundamentais do art. 5º. Vejamos:

(i) Devido processo legal [inciso LIV da CF/88 (BRASIL, 1988)]: O princípio constitucional do devido processo legal é a garantia que qualquer processo judicial ou administrativo deve seguir o rito constitucional, legal e infralegal. Tal comando evita o arbítrio e o processo meramente formal.

(ii) Direito ao contraditório e ampla defesa [inciso LV da CF/88 (BRASIL, 1988)]: O direito ao contraditório garante a participação do usuário e outros interessados no processo administrativo normativo e está diretamente ligado ao direito de petição.

(iii) Celeridade Processual [inciso LXXVIII da CF/88 (BRASIL, 1988)]: A celeridade processual está alçada em nível de princípio constitucional de forma a conduzir a Administração a um processo célere, realizado dentro da razoabilidade de tempo para instruir o processo, colher todas as informações, opiniões e decidir de forma fundamentada.

Destacam-se ainda os princípios constitucionais da eficiência, moralidade, impessoalidade, proporcionalidade, publicidade e razoabilidade, aplicáveis a todos os processos administrativos.

### 3.6 O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

As regras gerais para a realização do processo administrativo estão na Lei 9.784/99 (Brasil, 1999), a Lei Federal de Processo Administrativo que, por ter caráter nacional, é aplicada de forma subsidiária a toda Administração Pública.

Para as Agências Reguladoras, a processualização é fundamental, como ensina Marçal Justen Filho (2002, p. 564):

A atribuição de poderes para gerar normas tanto gerais e abstratas quanto individuais e concretas propicia o risco de grande concentração de poder no âmbito das agências reguladoras. Afinal, a complementação da regulação legislativa ficará a cargo delas, o que importará significativa inovação na ordem jurídica. A processualização da atividade regulatória das agências traduz a necessária submissão de seu poder decisório à observância de procedimentos norteados por princípios e regras próprios. Desse modo, evita-se a desnaturação das competências estatais e o risco de seu distanciamento da consecução do interesse público.

A atividade processualizada é, sem dúvida, a única forma para assegurar toda a gama de direitos e garantias de todos os envolvidos em busca do interesse público, como bem explica PALMA (2014, p. 197-198):

Na relação administrativa processualizada, o particular deixa de ser mero destinatário do provimento administrativo final para passar a figurar como efetiva parte processual, que, para defesa de seus direitos e interesses, encontra-se plenamente legitimado a se contrapor à Administração Pública, bem como apresentar e solicitar a produção de provas em conformidade com a garantia da ampla defesa. Para FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, é revolucionária a locução “aos litigantes” no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, que garante o contraditório e a ampla defesa, pois pressupõe a existência de pretensão resistida à vontade administrativa e interesses contrapostos a ela. Daí

afirmar o autor que: “O contraditório não é meramente a contraposição de dois interesses para permitir a decisão por um terceiro, detentor do poder extroverso. O contraditório, posto na amplitude da relação processual, permite a contraposição dos distintos (até mesmo mais de dois) interesses envolvidos na decisão (ou atingíveis por ela), de modo a que a decisão colete e leve em conta todos os pontos de vista enredados no tema objeto do processo. Daí porque sustentarmos, com base na Constituição, que sempre que houver interesses relacionados à decisão da autoridade deverá haver contraditório e, para assegurá-lo, deverá haver processo”.

Por sua vez, Fabrício Macedo Motta (2007, p. 255-256) aduz que o procedimento de participação popular está ligado à concretização do conteúdo de princípios constitucionais antes tratados:

- a) em atenção ao princípio da publicidade administrativa, deve ser promovido amplo acesso à informação, como forma de possibilitar o conhecimento dos dados necessários à participação. As informações devem ser levadas ao conhecimento do público de forma transparente, em linguagem acessível e mediante meios de fácil acesso, sob pena de converter a publicidade em mera formalidade;
- b) as decisões ligadas à edição de atos normativos devem ser motivadas, de forma a permitir ao cidadão que verifique quais razões presidiram a manifestação da “vontade” da Administração, verificando a efetividade da participação social;
- c) os meios de participação dos interessados devem ser estabelecidos em atos normativos que podem, inclusive, determinar seus efeitos (vinculantes ou não), respeitada a hierarquia das normas;
- d) as possibilidades de participação devem ser estabelecidas de maneira proporcional ao alcance do ato normativo a ser indicado. Um ato que atinja somente determinada categoria de indivíduos, em situação específica (servidores, por exemplo), pode permitir a participação somente destes,

resguardadas as amplas possibilidades de controle *a posteriori*.

e) em todas as situações em que forem colocados em risco direitos individuais e coletivos, é obrigatória a concessão de oportunidade de manifestação, em atendimento ao princípio constitucional da ampla defesa.

Desta forma, com o processo administrativo se tornando regra, em constante aprimoramento, passa-se a ocorrer à racionalização do processo administrativo:

A racionalização do processo de construção das decisões das Agências Reguladoras também figura dentre os aspectos que determinam a processualização da atividade regulatória. Ocorre que esta processualização determina que a decisão final seja uma decisão construída, objeto de detida reflexão e discussão no curso de um processo. Formada por uma sucessão de atos administrativos, a instrução processual volta-se a discutir estudos técnicos, interpretações de fatos, normas jurídicas, efeitos esperados e alternativas de modelagem da regulação (e.g., regulação por ato individual e concreto vs. regulação por contrato) e, nessa dinâmica, qualifica a tomada de decisão pelo regulador. Potencialmente, uma decisão tomada nessas circunstâncias tende a apresentar melhor qualidade, mostrando-se mais efetiva no alcance das finalidades setoriais. Em outros termos, a regulação se torna mais racional. Por esta razão se afirmar ser inválida uma decisão final absolutamente destoante do processo administrativo, por vício de motivação. (PALMA, 2014, p. 214)

Pela racionalidade do processo e obediência aos contornos impostos pela Constituição, a motivação se torna elemento indissociável de todos os atos resultantes do processo administrativo normativo.

Destarte, nos termos da teoria dos motivos determinantes, é impossível expor as razões e tomar uma decisão administrativa normativa de forma diversa, sob pena de nulidade. Portanto, ao lado da participação democrática, fruto do contraditório, a motivação dos atos e decisões

constroem a forma como o processo se desenvolve e constituem a maior garantia dos usuários.

Citando Odete Medauar e Carlos Ari Sunfeld, PALMA (2014, p. 328) expõe o plexo de direitos e garantias que são conquistados e garantidos quando o processo administrativo é devidamente desenvolvido:

A atuação administrativa eminentemente processual, em que a decisão administrativa se construa no curso das sucessivas etapas procedimentais, coaduna-se com o ideal de tutela de direitos e interesses dos particulares perante o Poder Público, potencializado com a participação administrativa e a abertura ao controle que o processo administrativo enseja, além de tornar mais racional a tomada de decisão administrativa. A processualização da atividade administrativa mostra-se um instrumento contra o arbítrio. Com o desenvolvimento das ações administrativas no âmbito do processo, as finalidades públicas passam a ser satisfeitas em conformidade com o princípio da impessoalidade, evitando-se que as competências sejam exercidas em benefício de uma particular agente ou grupo de interesse. Sendo o processo administrativo uma metódica de racional e pública de construção da decisão administrativa, finalidades públicas caras são alcançadas por meio deste importante instituto jurídico. Ao mesmo tempo em que propicia a aproximação entre Administração e cidadãos, também viabiliza o controle da Administração.

### 3.7 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO E PARTICIPATIVO

Na forma delineada para o desenvolvimento do devido processo legal, torna-se possível traçar a diferença entre “*ato administrativo*”, revestido de imperatividade, emitido unilateralmente pela autoridade detentora de poderes e o processo administrativo, desenvolvido de forma democrática, ampla e pública.

Atenta à jovem democracia brasileira, PALMA (2014, p. 291) explica o movimento que fundamenta a participação popular:

Apenas com a redemocratização foi possível iniciar no Brasil um movimento, já conhecido em outros sistemas jurídicos, de diálogo entre Poder Público e particulares. A participação administrativa representa canais de diálogo no âmbito da Administração Pública em que os cidadãos verbalizam suas considerações sobre a estrutura e o funcionamento administrativo. Devido à sua ampla expressão, a participação administrativa também é conhecida como “participação popular” e “participação social”. Trata-se, acima de tudo, de uma sinalização para a mudança do papel do particular frente ao Poder Público, passando de mero destinatário da decisão final da Administração (em posição análoga a de um súdito) para partícipe da construção de políticas públicas e dos mecanismos mais eficientes para satisfação de finalidades públicas. Reciprocamente, a participação administrativa também aponta para uma gradativa superação da posição do Poder Público de um pedestal inacessível aos particulares para uma posição mais horizontalizada em relação aos particulares.

E desenvolve que o caminho para conferir maior legitimidade ao processo administrativo normativo é a abertura para a participação popular:

Considerada como uma tendência no Direito Administrativo brasileiro, a participação administrativa é tomada como verdadeiro valor público. Pela participação administrativa, as decisões tomadas pelo Poder Público revestem-se de maior legitimidade. Exatamente por corresponder ao elemento democrático da atuação administrativa, a abertura da Administração Pública ao diálogo com os cidadãos, especialmente na arena do processo administrativo, dota de maior legitimidade o exercício de prerrogativas públicas de autoridade. Ademais, a participação administrativa fortalece a confiança legítima dos particulares às ações administrativas. Outros efeitos correlatos à participação administrativa correspondem à atenuação do atributo da unilateralidade dos atos administrativos, cujo

conteúdo é preliminarmente publicado para que todos os interessados possam apresentar suas considerações em defesa de seus próprios interesses e direitos. Por esta razão, a participação administrativa consiste no fundamento mais evidente da consensualidade. No Direito Administrativo brasileiro, a consagração da participação administrativa como um valor público decorre de uma combinação de fatores. Primeiramente, a doutrina de direito administrativo tem desempenhado importante papel nesse sentido ao sistematicamente afirmar a importância da participação administrativa, indicando as linhas da tendência da participação administrativa e seus principais instrumentos. Reconhecida como a Constituição Cidadã, a Constituição democrática de 1988 dispõe de diversos preceitos que ensejam a participação dos particulares no exercício das funções de Estado, em especial na função administrativa. Saliente-se, ainda, a insuficiência da democracia representativa no atual contexto em que os cidadãos anseiam por voz ativa perante o Poder Público, ensejando a construção de canais de diálogo mais efetivos que os instrumentos de participação para fins de controle ou de gestão administrativa. As primeiras iniciativas de participação administrativa surgiram no setor ambiental e, posteriormente, no Direito do Consumidor. Hoje cada vez mais os cidadãos são convidados a discutir desenhos de políticas públicas e a se manifestarem sobre mecanismos de ação administrativa que lhes digam respeito. (PALMA, 2014, p. 291)

Neste contexto e considerando que a ciência jurídica é uma, torna-se novamente importante balizar o processo administrativo com o processo civil, ciência onde o princípio do contraditório tem *status* diferenciado ao sujeito processual.

No processo civil, o princípio constitucional do contraditório assegura o direito de manifestar em todos os atos do processo, conferindo poder de influência para a defesa dos interesses individuais ou coletivos. Trata-se do contraditório útil, que preenche o conteúdo do processo e dá poder para legitimar a decisão.

Ou seja, apenas com a legitimação de todo o processo, obtida a partir da participação efetiva do usuário no processo de elaboração de normas haverá avanço na produção normativa, como bem exposto por MARQUES NETO (2009, p. 1):

A atividade de regulação pressupõe [...] a noção de equilíbrio. Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Mais do que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses enredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descurar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Ao contrário, admite-a e mesmo exige sua presença [...] O que se altera, contudo, é o modo de exercício desta autoridade. Em vez de se relacionar com os agentes privados exclusivamente pelo vetor vertical, impositivo e unilateral, interage com eles num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas. Ademais, há um traço necessário de responsividade no manejo desta autoridade que não mais estabelece normas e padrões de conduta, a partir apenas de sua leitura do que seja o interesse público, mas se impõe como objetivo manter equilibrados os interesses envolvidos naquela dada relação econômica de modo que, a um só tempo, possa perseguir os interesses (públicos) alvitados sem sacrificar demasiados interesses dos particulares e sem comprometer a reprodução e preservação das relações econômicas reguladas.

Sobre a efetiva participação do usuário em todos os atos do processo, PALMA evidencia três momentos (2016, p. 292):

A participação administrativa assume importância inquestionável no processo administrativo normativo. Na verdade, a participação confere identidade ao processo normativo. Pela definição mais acatada na doutrina de direito administrativo,

o processo administrativo corresponde à sucessão de atos concatenados voltados à decisão administrativa. No processo administrativo normativo, a participação administrativa serve como eixo condutor dessas etapas processuais, em torno do qual os atos interlocutórios se articulam. A participação administrativa no processo administrativo normativo se evidencia, ao menos, em três fases: (i) na fase preparatória da minuta de ato normativo, mediante recebimento de comentários relativos à oportunidade e conveniência de determinado regulamento, bem como às suas linhas gerais; (ii) na fase de instauração, no caso em que o particular requeira o exercício do poder normativo pela Administração Pública; e (iii) na fase de instrução, por meio de instrumentos de discussão sobre a proposta de ato normativo. (PALMA, 2016, p. 292)

Outro princípio processual que deve irradiar a legitimidade democrática é o princípio processual da paridade de armas. No direito processual civil, o princípio da paridade de armas existe para garantir que todas as partes tenham a mesma oportunidade de apresentar os fundamentos de forma a obter uma decisão justa.

No Direito Administrativo, a paridade de armas ganha um caráter ainda mais importante, pois vigora o princípio da busca da verdade real, que consiste na busca da solução justa, independente dos argumentos apresentados.

Por fim, destaca-se também os valores da governança pública, que impõem a regularidade processual como forma adequada a legitimar as ações administrativas ao exigir transparência e efetiva participação dos atores envolvidos.

No relatório do Acórdão 240/2015, proferido pelo Plenário do TCU no dia 11 de fevereiro de 2015, no julgamento do Processo TC 031.996/2013-2, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, fica claro que a qualidade do serviço prestado pelas agências reguladoras e, por conseguinte, dos serviços regulados, depende, dentre outras coisas, da adoção de boas práticas de governança:

33. A qualidade do serviço prestado pelas agências reguladoras, e por conseguinte, dos serviços regulados, depende, dentre outras coisas, da adoção de boas práticas de governança. Segundo a

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, o modo como as agências são estruturadas, dirigidas, controladas, dispõem de recursos e prestam contas - incluindo a natureza das relações entre o tomador de decisão regulatória, atores políticos, o legislador, a administração executiva, os processos judiciais e as entidades reguladas - constrói a confiança no regulador e é crucial para a efetividade da regulação (OCDE, 2013).

34. Para uma boa governança, ganham relevo algumas características, como a estratégia organizacional e a autonomia das agências reguladoras, a clareza de seus papéis, os processos de tomada de decisão, a transparência e a previsibilidade regulatória, o uso de ferramentas de apoio à tomada de decisão e a qualificação dos recursos humanos, além da participação dos atores envolvidos nas decisões regulatórias e a *accountability*.

[...]

38. A transparência é outro elemento chave para uma boa governança. A OCDE destaca a transparência como um dos pilares centrais de uma regulação eficaz, apoiando a *accountability*, mantendo a confiança no ambiente legal, contribuindo para a produção de regulamentos mais seguros e acessíveis, menos influenciados por interesses particulares e, portanto, promotores da concorrência, do comércio e de investimentos (OCDE, 2011). (TCU – Acórdão 240/2015 – PLENÁRIO – n.p.).

Com o mesmo entendimento, no prefácio do livro *Lobby Desvendado*, Marcos Lisboa (2018, p. 11-12) afirma:

A política pública requer regras de governança que reduzam a possibilidade do malfeito, seja pela troca indevida de favores, seja pela distribuição de benefícios para o setor privado sem a contrapartida de ganhos sociais que compensem os recursos públicos despendidos. Essa governança passa por estudos independentes que avaliem, com fatos e dados, os possíveis benefícios a serem obtidos e os custos de oportunidade dos recursos públicos. A

boa técnica disponibiliza os instrumentos para avaliar os resultados esperados. Além disso, a governança requer que essas políticas tenham metas de resultado e sejam avaliadas por agências independentes, com regras claras que garantam a sua revisão em caso de fracasso. Sobretudo, as políticas de proteção devem ter prazo para terminar – afinal, ou são bem sucedidas, e não mais são necessárias, ou fracassam, e devem ser interrompidas. (SELIGMAN, 2018, p. 11-12)

Para deixar claro a diferença de processos conduzidos com e sem governança, PALMA (2014, p. 357) divide em dois tipos os processos administrativos normativos:

a) Processo Normativo de 2ª geração – *top down*: Uma primeira aproximação que se pode cogitar corresponde aos processos normativos conduzidos por uma Administração imperativa e unilateral. Com fases bem definidas em um procedimento uniforme, conduzido “de cima para baixo” (“*top-down regulation*”), os processos normativos conduzidos nessa linha têm a única finalidade de elaborar normas gerais, abstratas e com vocação para a permanência. Esses atos normativos, por sua vez, estabeleceriam uma relação de comando e controle (“*command-control*”), com preceitos de observação obrigatória pelos seus destinatários, sob pena de aplicação de sanção administrativa. Quando houvesse participação administrativa, esta se apresentaria apenas tardiamente, ao final do processo normativo, limitando-se a possibilidade de o particular influenciar no desenho normativo final. Essa é a descrição do processo administrativo de segunda geração apresentada por JAVIER BARNES, que segue a imagem do processo legislativo e se desenvolveu na teoria do Direito Administrativo fundamentalmente a partir da segunda metade do século XX.

b) Processo colaborativo: Mas o processo administrativo normativo pode ser compreendido a partir de uma outra óptica de análise, mais permeável e colaborativa. Trata-se da óptica da governança pública, que será a perspectiva de

análise da dinâmica do processo administrativo normativo no presente trabalho. O principal objetivo deste item é indicar os valores públicos compreendidos na noção de governança que delimitam a dinâmica do processo administrativo normativo, orientando a elaboração dos atos interlocutórios e o desenho da decisão administrativa final.

Fica claro, nos termos já expostos da legitimidade procedimental, que o processo de elaboração de normas deve procurar seguir todas as alternativas possíveis para incentivar e garantir a participação do usuário em prol do interesse público, da efetividade processual e eficiência administrativa.

É a busca pela efetividade processual, conceituada por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro da seguinte forma:

O conceito de efetividade é, como bem esclareceu José Carlos Barbosa Moreira, uma noção abrangente que comporta dose inevitável de fluidez. É evidente que quando se emprega o termo efetividade no processo quer-se traduzir uma preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar. (RIBEIRO, 2006, p. 154)

### 3.8 PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO

Um grande avanço do sistema processual civil e administrativo foi tornar o processo eletrônico, fato que conferiu maior acessibilidade e celeridade processual e já faz parte do cotidiano da Administração Pública e do Poder Judiciário – ainda que não esteja 100% implementado.

Sobre o ponto de vista da ampliação do acesso, PALMA (2014, p. 285-286) explica:

De fato, o governo eletrônico é uma tendência na Administração brasileira, corroborando tanto para a eficiência no cumprimento de funções públicas quanto para democratização do acesso à Administração Pública, além de corroborar com o valor público da transparência, que propicia o controle social da Administração Pública. No processo administrativo normativo, é grande o potencial de emprego de tecnologia eletrônica para

edição de normas pelo Poder Público. No Brasil, o processo administrativo normativo eletrônico é caracterizado pela utilização da informática para desenvolvimento de um ou mais atos processuais para desenvolvimento e aplicação de ato normativo. Na prática regulatória, no entanto, verifica-se a utilização da internet fundamentalmente para divulgação de informações (agenda regulatória, proposta normativa e correspondente justificativa, por exemplo) ou para realização da fase de participação administrativa. Esta última funcionalidade destaca-se na dinâmica do processo administrativo normativo eletrônico.

E, um pouco adiante, destaca as iniciativas que podem incrementar a participação administrativa:

Para incremento da participação administrativa, as seguintes iniciativas podem ser promovidas pela Administração Pública: disponibilização de formulários simplificados eletrônicos ou modelos de contribuição em consulta pública; melhoria do desenho da página eletrônica na qual a consulta pública se processará, preferencialmente com a elaboração de um tutorial sobre como contribuir em um processo normativo; formulação oral de contribuições perante a ouvidoria, para que esta a formalize de acordo com a dinâmica da consulta pública; especialização de um órgão da Administração para lidar com as consultas públicas; e, sem prejuízo de outras alternativas, incumbir um determinado agente público para conduzir a dinâmica de consulta pública, servindo, inclusive, como mediador de interesses. Assim, o desenvolvimento eletrônico do processo administrativo normativo se volta fundamentalmente a facilitar as atividades de processamento de informação pela Administração Pública, bem como a promover o diálogo do particular com o Poder Público. Consequentemente, o processo administrativo eletrônico tende a reduzir custos. Por outro lado, a divulgação de consultas públicas no ambiente da internet potencializa o alcance da notícia da minuta normativa, ensejando o recebimento de maior

número de contribuições, especialmente se for feito uso de mídia social. No entanto, o emprego de recursos eletrônicos não pode ser um obstáculo à participação administrativa. (PALMA, 2014, p. 413)

Sob a ótica de proposta de gestão, Modesto Carvalhosa (2018) apresenta os conceitos de *open government* e *open data* dentro de um raciocínio pelo qual a sociedade possa ser “*instantânea e permanentemente informada*” das atividades dos agentes políticos e administrativos:

3.2. Regime de transparência de todos os dados do setor público, nas três esferas, dentro do conceito de *open government*. Um governo decente não pode prescindir das novas tecnologias de produção de dados numéricos em massa, no conceito do *open government*. Esse sistema de localização e de revelação de todos os dados da administração pública e de suas empresas revela, em tempo real, o estado da administração pública e a atividade política em todos os seus aspectos. O conceito de *open government* - dados numéricos em massa destinados ao conhecimento público – coloca num mesmo conjunto todos os dados numéricos originados da movimentação do Estado. Permite, assim, esse conceito avançado, uma efetiva e eficaz transparência da atividade pública em todo o seu conjunto. Trata-se de um programa que permite estocar, analisar, visualizar e comparar todos os dados da administração pública. As escalas de análise são, por sua vez, segmentadas, permitindo criar unidades de informação pormenorizadas, com todas as peculiaridades próprias e comparativas. A sociedade fica instantânea e permanentemente informada das atividades dos agentes políticos e administrativos. Constitui o *open data*, portanto, uma pesquisa ininterrupta sobre o comportamento, as escolhas, as agendas, as políticas públicas, a execução dos contratos com o setor privado, a atuação das estatais, etc. Trata-se do princípio dos quatro Vs da robótica: volume de dados, variedade de dados, velocidade de dados e veracidade de dados. [...] O conceito de *open government* coloca

à disposição da sociedade todos os aspectos do setor público, criando uma relação entre Estado e sociedade em termos de legitimação. Haverá uma nova escala de compartilhamentos no seio da sociedade sobre as questões políticas e de administração pública. [...] Um governo decente deve dar prioridade nos investimentos em *open data*, visando dar efetividade ao regime legal da transparência. (CARVALHOSA, 2018, p.119-120)

Também neste sentido, Castells (*apud* ISSA, 2013, p. 6) defende que o papel do Estado, “*seja interrompendo, seja promovendo, seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados*”.

### 3.9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO

Como visto, o processo administrativo tem conformação eminentemente constitucional, pelos princípios processuais enunciados no art. 5º (BRASIL, 1988), bem como os princípios gerais da Administração Pública expressos no art. 37, *caput*, da CF/88 (BRASIL, 1988), demonstrando que a atividade regulatória deve ser desenvolvida de forma processualizada, em ampla e contínua transição para o processo eletrônico, proporcionando a adequada participação do usuário e demais atores, como forma de legitimar democraticamente a própria existência e custo do processo ante a eficiência administrativa.

O próximo capítulo terá por objeto a análise dos institutos, mecanismos e instrumentos jurídicos que proporcionam a evolução das Instituições e a criação de um ambiente mais favorável para a participação do usuário, incluindo a análise dos projetos de lei com impacto no processo de elaboração de normas pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte.



## 4 APRIMORAMENTO DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE

A inexistência de disciplina jurídica sobre as reuniões entre autoridades públicas e particulares decorre, em grande medida, da proibição da atividade de lobby no Brasil. Todavia, as reuniões no processo administrativo normativo não se confundem com a atividade de lobby. Na medida em que essas reuniões se destinam unicamente ao recolhimento de informação relevante para o desenho normativo, elas mais se aproximam de audiências particularizadas.

Além de ser um instrumento que efetivamente reflete a emancipação do particular frente ao Poder Público, que passa a ser um colaborador no exercício de competências administrativas, a participação também permite recolher informação relevante para o desenho das decisões públicas, o que é particularmente vantajoso em razão da assimetria informacional que obstaculiza uma ação administrativa mais eficiente. É, por excelência, uma das principais manifestações do contraditório no processo administrativo normativo. (PALMA, 2014, p. 394)

### 4.1 CONTEXTO GERAL SOBRE GESTÃO E GOVERNANÇA

Antes de discorrer sobre os mecanismos e instrumentos legais para aprimorar o processo de elaboração de normas pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte, cumpre realizar breve amostragem de *benchmarking* sobre a gestão e governança das Agências Reguladoras.

Além da ANTAQ e da ANTT, objeto desta pesquisa, no âmbito federal existem as seguintes Agências Reguladoras: Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Agência Nacional de Mineração (ANM).

No evento “*O papel e o futuro das Agências Reguladoras do Brasil*” (Brasil, 2018), o Ministro Bruno Dantas, protagonista entre os 9 Ministros do TCU nos debates públicos sobre o tema, ressaltou diferenças entre as Agências Regulatórias sobre elementos de transparência do processo decisório das Agências Reguladoras, utilização a AIR e governança. Vejamos:

Quadro 1: Quanto aos elementos de transparência do processo decisório das Agências Reguladoras

	Calendário Anual de Reuniões da Diretoria	Pautas/documentos dos assuntos a serem deliberados nas reuniões públicas e da lista de processos a serem julgados	Transmissão via internet das sessões deliberativas da diretoria	Registro dos atos originários das decisões exaradas nas reuniões da diretoria	Atas das reuniões da diretoria	Sistema de acompanhamento processual eletrônico	Prazo razoável para disponibilização de relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências/consultas públicas
ANTT	N	S	N	N	N	N	N
ANTAQ (semestral)	S	S	S	N	S	S	S
ANAC	N	S	N	N	S	S	S
ANP (mensal)	S	S <sup>1</sup>	N	S <sup>1</sup>	S <sup>1</sup>	S <sup>2</sup>	N
ANATEL	S	S	S	S	S	S	S
ANEEL	S	S	S	S	S	S	S

Fonte: Apresentação do Ministro Bruno Dantas no evento “O papel e o futuro das Agências Reguladoras do Brasil” (2018)

Quadro semelhante foi desenvolvido em matéria sobre o tema pelo site Jota, demonstrando a possibilidade de participação nas reuniões de Diretoria Colegiada das Agências Reguladoras, onde são decididos os processos normativos.

Quadro 2: Quanto à participação nas reuniões da Diretoria Colegiada

AGÊNCIA	REUNIÕES DA DIRETORIA COLEGIADA				ADERIU AO SEI (Sistema integrado de informações, do governo federal)?
	É possível acompanhar pessoalmente?	São transmitidas ao vivo pela internet?	São gravadas e disponibilizadas depois ao público?	A agência divulga calendário prévio das reuniões?	
ANA (Agência Nacional de Águas)	Não	Não	Não	Sim	Não
ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil)	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações)	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
ANCINE (Agência Nacional do Cinema)	Não	Não	Não	Não	Sim
ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica)	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
ANP (Agência Nacional do Petróleo)	Não	Não	Não	Sim	Sim
ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar)	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários)	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres)	Não	Não	Não	Não	Não
ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

Fonte: site Jota – “Metade das agências reguladoras não permite acesso a reuniões da diretoria”, 2018.

Quadro 3: Quanto à situação das Agências Reguladoras quanto a análise de impacto regulatório (AIR)

	<i>AIR obrigatória</i>	<i>Manuais internos</i>	<i>AIR simplificada</i>	<i>Consultas Públicas</i>
<i>ANTT</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>N</i>	<i>N</i>
<i>ANTAQ</i>	<i>N</i>	<i>N</i>	<i>N</i>	<i>N</i>
<i>ANAC</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>	<i>N</i>
<i>ANP</i>	<i>N</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>
<i>ANEEL</i>	<i>S</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>
<i>ANATEL</i>	<i>S</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>

Fonte: Apresentação do Ministro Bruno Dantas no evento “*O papel e o futuro das Agências Reguladoras do Brasil*” (2018).

Quadro 4: Quanto à governança das Agências Reguladoras

	<i>Vacância</i>	<i>Transparência</i>	<i>Planejamento</i>	<i>AIR</i>	<i>Gestão de Riscos</i>
<i>ANTT</i>	<i>Elevada</i>	<i>Ruim</i>	<i>Em elaboração</i>	<i>Inexistente</i>	<i>Inexistente</i>
<i>ANTAQ</i>	<i>Elevada</i>	<i>Regular</i>	<i>Inexistente</i>	<i>Inexistente</i>	<i>Inexistente</i>
<i>ANP</i>	<i>Média</i>	<i>Ruim</i>	<i>Em elaboração</i>	<i>Inicial</i>	<i>Inexistente</i>
<i>ANATEL</i>	<i>Média</i>	<i>Boa</i>	<i>Em elaboração</i>	<i>Intermediário</i>	<i>Inexistente</i>
<i>ANAC</i>	<i>Baixa</i>	<i>Regular</i>	<i>Completo</i>	<i>Intermediário</i>	<i>Inexistente</i>
<i>ANEEL</i>	<i>Baixa</i>	<i>Boa</i>	<i>Em elaboração</i>	<i>Intermediário</i>	<i>Inexistente</i>

Fonte: Apresentação do Ministro Bruno Dantas no evento “*O papel e o futuro das Agências Reguladoras do Brasil*” (2018).

Este panorama evidencia o grau de governança das Agências Reguladoras e repercute na atuação do TCU sobre elas, como se depreende da entrevista do Ministro Bruno Dantas publicada no dia 26 de agosto de 2018 no jornal Folha de São Paulo, do qual se destacam os seguintes trechos:

Quantas vezes você viu o TCU substituir a posição da ANP [Agência Nacional do Petróleo] ou da Aneel [Agência Nacional de Energia Elétrica]? [...] Se pegar o número de intervenções do TCU em agências e o quadro da governança, você vai ver que [a maior parte das intervenções] é nas agências com governança pobre, que não fazem avaliação de

impacto regulatório, que adotam decisões desamparadas da lei. Há uma relação entre a baixa governança da agência e a atuação mais forte do TCU. (*“TCU interfere mais em agências com governança pobre, diz ministro do tribunal”*, 2018”, n.p.).

Como se verifica, a ANEEL é considerada a Agência Reguladora mais efetiva em relação à utilização de instrumentos como a AIR<sup>3</sup> e notas técnicas de forma a proporcionar a defesa e representatividade de interesses de consumidores e produtores de energia. Trata-se do mercado mais regulado no Brasil, com a participação de inúmeros atores.

Realizada esta abordagem inicial, passamos a analisar mecanismos e instrumentos legais que facilitam a redução da assimetria e a favorecem a busca pela eficácia regulatória para as Agências Reguladoras setoriais de transporte.

#### 4.2 PRO-REG - DECRETO Nº 6.062/2007

Após quase seis anos de vigência da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001), o Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007 (BRASIL, 2007) instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) que, nos termos do art. 2º, tem a finalidade de contribuir para a melhoria:

- (i) do sistema regulatório;
- (ii) da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal;
- (iii) dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e
- (v) da qualidade da regulação de mercados.

Como se depreende, o Pro-Reg tem por finalidade expressa a implantação de políticas para maior participação da sociedade civil e também para o controle social. Todavia, o Pro-Reg não tem competência para supervisionar a atuação das Agências Reguladoras setoriais de transporte.

---

<sup>3</sup> Apesar da melhor posição institucional nas práticas de gestão e governança, como será visto no item 4.4, com fundamento na pesquisa da Koçouski (2016), a própria ANEEL está aprimorando a utilização da AIR.

### 4.3 NOVO MARCO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – PL 6.221/16

Em 2013, o Senador Eunício de Oliveira (MDB/CE) propôs o Projeto de Lei do Senado nº 52/2013 (BRASIL, 2013a) para instituir o Marco Legal Lei das Agências Reguladoras. O Projeto já foi aprovado naquela Casa Legislativa, tramitou na Câmara dos Deputados (CD) como Projeto de Lei - PL 6.621/16 (CD – PL6.621/16, 2016) e agora retornou ao Senado Federal como substitutivo para apreciação das alterações.

O primeiro ponto de destaque no projeto é a previsão de formação da Diretoria por pessoas com elevada capacidade técnica e de gestão, evitando o apadrinhamento político<sup>4</sup>. Esta proposta é muito válida, pois a grande crítica atual é quanto à composição e consequente atuação do corpo diretivo<sup>5</sup>, em virtude da influência política.

Cumpre assinalar que a preocupação com a independência dos Diretores já havia sido assinalada no relatório publicado pela Casa Civil, em 2003 (BRASIL, 2003, p. 16-17):

O mandato fixo para os dirigentes é característica chave para a independência das agências *vis-à-vis* o governo e, de forma indireta, de pressões das empresas dos setores regulados. Uma forma de reforçar este mecanismo e aumentar a previsibilidade das decisões do órgão regulador é estabelecer mandatos não coincidentes para os diretores das agências. Um dos argumentos para a não coincidência dos mandatos é o defendido por Pires e Goldstein (2001), que argumentam: “A não coincidência de mandatos é desejável para evitar vícios administrativos e estimular a renovação administrativa dos órgãos”. Além disso, a desvinculação da coincidência dos mandatos dos dirigentes de agências reguladoras com o mandato

---

<sup>4</sup> Sobre os Dirigentes, além dos óbices políticos, depreende-se hoje que a cultura do medo, destacada pelo risco de gestão pública, no qual inúmeros gestores são processados pelo Tribunal de Contas e Ministério Público por diversas razões colabora para a dificuldade de atrair gestores técnicos do mercado que possam cumprir mandatos e contribuir para o avanço institucional. Sobre o tema, o Estadão divulgou editorial “*A cultura do medo*” no dia 07 de abril de 2019.

<sup>5</sup> Sobre o tema, recomenda-se a pesquisa de Alexandre Sérgio Alves Vieira (2015): “*Agências reguladoras independentes?: especialização e captura nas trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros*”.

do Presidente da República implica a redução da formação de expectativas dos produtores em relação a eventuais aumentos dos custos de transação, envolvidos na negociação da melhoria de uma falha de mercado. Na sua ausência, os produtores poderiam vir a se preocupar por ocasião do processo eleitoral com uma eventual ruptura contratual, que viria a ter impacto desfavorável na estabilidade necessária para a atratividade dos investimentos. Destarte, desvincular a nomeação dos dirigentes do processo eleitoral concorre para o objetivo de mitigar os riscos regulatórios, tornando a regulação estável. Além da questão da composição dos mandatos propriamente ditos, trabalhos efetuados pela Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam que os principais aspectos para assegurar a autonomia administrativa da agência reguladora referem-se também ao processo de seleção e nomeação dos dirigentes e condições para sua demissão e substituição. A possibilidade de demissão dos dirigentes das agências reguladoras, a critério do Poder Executivo, por exemplo, tende a criar a percepção de enfraquecimento da autonomia administrativa da agência, prejudicando o entendimento de que a agência está dotada da independência necessária para evitar a captura por grupos de interesse, perseguir os objetivos principais da missão regulatória, e ser capaz de criar expectativas favoráveis em relação à estabilidade do marco regulatório.

Outro ponto de destaque é a exigência que as Agências tenham maior transparência no seu processo regulatório e busca autonomia orçamentária e financeira.

Desta forma, o eixo deste projeto de lei objetiva melhorar a qualidade técnica dos dirigentes, possibilitar o exercício do controle social e garantir a transparência. O resultado esperado é a segurança regulatória e a melhoria no índice de qualidade técnica.

O Capítulo 1 do Projeto trata do processo decisório das Agências Reguladoras, prevendo:

- a) a adoção da razoabilidade, condicionando toda a atuação das Agências Reguladoras:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. (BRASIL – CAMARA DOS DEPUTADOS – PL6.621/16, 2016)

b) a motivação das decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos, diminuindo o impacto negativo da omissão regulatória desmotivada:

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos. (BRASIL - CAMARA DOS DEPUTADOS – PL6.621/16, 2016)

c) a adoção da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como medida obrigatória:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (BRASIL - CAMARA DOS DEPUTADOS – PL6.621/16, 2016)

A utilização da AIR freia os desvios do interesse público e ameniza a influência da captura. Trata-se de um processo de reflexão pelo qual o corpo técnico utiliza a tomada de subsídios, as consultas públicas, maximizando a transparência e eficiência administrativa.

Conforme dispõe o §6º do art.6º, nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

Nos termos do art. 7º do projeto, o processo de decisão da agência reguladora referente à regulação terá caráter colegiado.

O art. 8º disciplina que as reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada de agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico, tornando o controle social muito mais forte.

Passo seguinte, os *caputs* dos artigos 9º e 10º trazem o grande avanço ao disciplinar os institutos da consulta pública e da audiência pública.

O art. 9º disciplina que:

[...] serão objeto de consulta pública previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (BRASIL, CAMARA DOS DEPUTADOS – PL6.621/16, 2016)

Por sua vez, o art. 10 disciplina que “*a agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante*”. (BRASIL, CAMARA DOS DEPUTADOS – PL 6.621/16, 2016)

O §1º do art. 9º conceitua consulta pública como:

o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora. (BRASIL, Câmara dos Deputados – PL 6.621/16, 2016)

Por sua vez, o §1º do art. 10º conceitua audiência pública como “*o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante*”. (BRASIL, CAMARA DOS DEPUTADOS – PL 6.621/16, 2016)

Por fim, o projeto prevê que a agência reguladora deverá decidir as matérias submetidas a sua apreciação nos prazos fixados na legislação e, nos casos de omissão, nos prazos estabelecidos em seu regimento interno.

Além destes, outros instrumentos estão previstos para possibilitar a melhoria regulatória, como, por exemplo, a implementação do planejamento anual obrigatório a ser realizado pela Diretoria, cujos resultados serão avaliados também de forma anual pelo Congresso Nacional.

O PL 6621/16 pretende uniformizar a quantidade de diretores em cinco cadeiras, sob o argumento de dar mais equilíbrio ao processo de tomada de decisões. Na ANTAQ, o aumento da quantidade de Diretores de 3 para 5 pode contribuir para dar mais equilíbrio ao processo de tomada de decisões e aumentar a qualidade das decisões.

A nomeação será ano a ano, permitindo, à princípio, as nomeações serem realizadas por sucessivos Governos. O prazo de mandato será de 5 anos, uniforme para todas as Agências e não mais de 10 anos. E os mandatos não serão coincidentes.

Ficará vedada a recondução, porém, em caso de vacância no curso do mandato, este será completado por sucessor que o exercerá pelo prazo remanescente, admitida a recondução se o prazo igual ou inferior a dois anos.

Tal procedimento visa garantir menor influência do Presidente da República sobre o colegiado, sendo que a escolha será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 dias antes da vacância do cargo decorrente do término do mandato, ou até 60 dias depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção.

Um Decreto estabelecerá composição e procedimentos da comissão de seleção, com base em processo baseado na análise de currículo dos candidatos interessados que atenderem a chamamento público e em entrevistas com os candidatos pré-selecionados. Haverá ampla divulgação dos procedimentos em todas as fases.

O projeto estabelece requisitos de reputação ilibada, notório conhecimento, e comprovação de experiência profissional, com o objetivo de realmente assegurar a garantia de escolhas técnicas. Um modelo de fixação de mandatos com o objetivo de diminuir a ingerência política.

Será estabelecido um índice de qualidade regulatória, fundamental para avaliar a função normativa, por meio de parâmetros objetivos, permitindo concluir que a nova Lei pode trazer maior previsibilidade e segurança jurídica, com padronização de aspectos relativos à gestão, organização, governança, processo decisório e controle social pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte.

#### **4.3.1 Posição da CNI sobre o PL 6621/2016**

Na publicação sobre a Agenda da Indústria (2018), pela qual a Confederação Nacional da Indústria (CNI) apresenta posicionamentos

sobre diversos projetos de lei no país, consta a posição convergente sobre o Marco Legal das Agências Reguladoras:

O texto dispõe sobre as regras de gestão, organização e mecanismos de controle social, aplicáveis às agências reguladoras. Autonomia das agências – a natureza especial conferida às agências reguladoras é caracterizada pela ausência de tutela ou subordinação hierárquica, por investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos e autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira. [...] Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) – as propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados serão precedidas da realização de AIR que analisará os impactos do ato normativo. Nomeação para os cargos de dirigentes nas agências – estabelece que a indicação para os cargos de direção das agências reguladoras será precedida da formulação de uma lista triplíce por uma comissão de seleção, cuja composição e procedimento serão fixados em regulamento. Qualificação dos candidatos – os candidatos deverão ter experiência mínima de dez anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou, ainda, quatro anos ocupando cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora. [...] O projeto aprovado no Senado Federal traz avanços importantes quando comparado ao texto original, como a melhoria do processo de audiência pública com a livre participação e expressão de opinião e a supressão da obrigação de as agências arcarem com os custos de consultores externos, que contraria os pressupostos de independência e legitimidade dos atos regulatórios. Reforça o princípio de autonomia decisória das agências, com a supressão da necessidade de submissão dos planos de gestão à aprovação dos Ministérios Setoriais e do Planejamento. Institui a necessidade de o plano de gestão ser apresentado ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União (TCU). Porém define que os órgãos de

fiscalização devem se ater a questões orçamentárias, e não influenciar ou alterar decisões regulatórias de caráter técnico. Retira a obrigação de as agências reguladoras solicitarem parecer ao órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre as minutas e propostas de alterações de atos normativos. Garante que as próprias agências reguladoras serão responsáveis pela regulamentação e operacionalização da Avaliação de Impacto Regulatório (AIR), conferindo-lhe caráter eminentemente técnico, desvinculado de posicionamento político, não permitindo sua revisão por parte do Governo Federal. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018, p. 40-41)

Sobre a menção da CNI para retirar a competência do Tribunal de Contas da União de “*influenciar ou alterar decisões regulatórias de caráter técnico*” das Agências Reguladoras, cumpre assinalar que a competência do TCU está delineada na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e na sua Lei Orgânica – Lei nº 8.443/1992 (BRASIL, 1992).

Desconhece-se que a atuação do TCU no controle das Agências Reguladoras tenha sido objeto de questionamento judicial. Portanto, eventual redução da sua competência pode ser um problema a ser submetido ao Supremo Tribunal Federal.

#### 4.4 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

A AIR é um instrumento essencial para o processo de elaboração de normas para garantir a participação do usuário, pois assegura a implementação de um procedimento sistemático e possibilita que a norma seja fundamentada em evidências colhidas a partir da definição de um problema regulatório a ser solucionado pela norma proposta.

A construção dos possíveis impactos e das alternativas disponíveis são diretrizes gerais da AIR estabelecidas para orientar e subsidiar a tomada de decisão sobre a norma. Este processo de explicitação de problemas regulatórios, opções disponíveis de intervenção e possíveis consequências surgem de casos concretos, por meio de dados empíricos.

Em linguagem simples, a AIR consiste na máxima popular “pensar antes de agir”, utilizando o conhecimento técnico para imaginar todos os cenários e impactos possíveis, bem como todas as medidas que deverão ser implementadas na sequência da edição de um ato normativo.

Em dissertação de mestrado em Regulação e Gestão de Negócios pela Universidade de Brasília (UNB) com o título “*Avaliação de impacto do controle externo do Tribunal de Contas da União na regulação de infraestrutura*”, Davi Ferreira Gomes Barreto (2011, p. 16) apresenta figura com os cinco elementos que a OCDE (2008) elencou como constitutivos da AIR:

Figura 2: Elementos constitutivos da Avaliação de Impacto Regulatório

Fonte: OCDE (2008, *apud* BARRETO, 2011, p. 16)

Estes elementos mínimos corroboram as Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Presidência da República na publicação (2018, p. 07):

[...] a Análise de Impacto Regulatório (AIR) pode ser definida como um processo sistemático de

<b>Definição do contexto e dos objetivos da política pública</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Identificação do problema que gerou a demanda pela intervenção estatal, por meio de uma definição clara dos objetivos da política pública em questão.</li> </ul>
<b>Identificação das opções regulatórias</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Identificação das opções regulatórias alternativas existentes (inclusive a opção de “não fazer”).</li> </ul>
<b>Avaliação de custos e benefícios</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Quantificação dos impactos das diferentes opções elencadas, incluindo custos, benefícios e demais impactos.</li> </ul>
<b>Consulta pública</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Oportunidade de participação de todos <i>stakeholders</i> no processo regulatório, provendo dados adicionais sobre custos e benefícios de propostas alternativas, incluindo análises sobre sua efetividade.</li> </ul>
<b>Mecanismos de implantação, <i>compliance</i> e monitoramento</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desenho, para cada opção regulatória, das estratégias e processos de implantação, <i>compliance</i> e monitoramento, incluindo uma análise de efetividade e eficiência.</li> </ul>

análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão. Como ferramenta de

melhoria da qualidade regulatória, proporciona maior fundamentação técnica e analítica ao ente regulador no momento da sua tomada de decisão, especialmente quando esta significa a imposição de regras a serem cumpridas.

O Tribunal de Contas da União também definiu a AIR no relatório do Acórdão 240/2015, proferido pelo Plenário do TCU no dia 11 de fevereiro de 2015, no julgamento do Processo TC 031.996/2013-2, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro. Vejamos:

164. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é uma metodologia que intenta aprimorar as intervenções das agências sobre os setores regulados que afetam agentes privados e a sociedade, que estão inseridas no poder normativo de expedir atos que impõem deveres e restringem direitos. Esse aprimoramento se dá pela promoção da transparência, da *accountability* e do rigor técnico das regulamentações propostas. A procedimentalização e a participação dos interessados afetados pela política regulatória promovidos pela AIR democratiza e legitima a atuação regulatória.

165. A AIR busca garantir que a regulação proposta será tão eficiente quanto possível no sentido de alcançar a política pública objeto da regulação, ao menor custo total para o conjunto da sociedade, garantindo que a regulação só pode ser imposta caso os benefícios totais sejam maiores que os custos totais.

166. Trata-se de uma evolução da forma do Estado de elaborar e impor regras de conduta à sociedade, chamando-a a participar em todas as etapas, avaliar a necessidade e o objetivo da norma proposta, apresentar suas carências, sua visão do problema e suas expectativas de solução.

167. Portanto, o uso dessa ferramenta alcança diretamente os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público, razoabilidade, finalidade e motivação. Ademais, fortalece imensamente a participação e o controle social. [...]

169. De acordo com as boas práticas internacionais identificadas, a Análise de Impacto Regulatório funciona para desenvolver políticas regulatórias baseadas em evidências e, para tanto, deve-se demonstrar as razões da intervenção e os objetivos almejados; as soluções alternativas, inclusive opções não regulatórias e de não fazer; custos e benefícios quantitativos e qualitativos das medidas propostas para os usuários, para o setor privado, para o governo, para o meio ambiente e para a sociedade como um todo; e os riscos associados ao não atingimento dos objetivos pretendidos.

170. Essa ferramenta impõe que as soluções possíveis sejam comparadas em termos de custos e benefícios. Há os custos diretos, aqueles que são custeados pelas empresas e pela sociedade, como resultado direto do atendimento da regulação, e os custos governamentais de administração e imposição das regulações (custo regulatório). Os benefícios são os próprios objetivos almejados pela regulação pretendida.

171. A análise deve ser posta ao escrutínio das partes interessadas, por meio de audiências ou consultas públicas. Nessa fase, os dados devem ser apresentados em linguagem clara e direta, utilizando-se, por exemplo, uma tabela que resuma as estimativas de benefícios e de custos para cada alternativa regulatória em questão, incluindo os benefícios e custos qualitativos (não monetários). É imperativo documentar todos os pressupostos e métodos utilizados, de modo que um terceiro qualificado possa compreender e reproduzir a análise.

172. Deve-se sempre considerar que alternativas não regulatórias podem acompanhar a regulação, ou mesmo substituí-la, como a informação, a educação, a propaganda, outros instrumentos econômicos e a autorregulação. É igualmente essencial considerar os impactos da concorrência na condução da AIR, visto ser um dos mais importantes de todos os impactos regulatórios.

173. A última etapa da AIR é monitorar e avaliar a solução implementada, a fim de avaliar o atingimento dos objetivos pretendidos e efetuar as revisões necessárias.

174. Relevante destacar que o princípio da proporcionalidade perpassa todo o processo de AIR, desde a seleção das medidas alternativas para solução do problema a ser resolvido, até a profundidade das análises empreendidas e da quantificação e monetização de custos e benefícios.

175. Países-referência no uso dessa ferramenta, como Estados Unidos, Austrália e Reino Unido, possuem leis obrigando a realização da AIR e, além disso, criaram órgãos centrais que orientam e avaliam todas as análises, além de contarem com extensa base de dados econômicos e sociais. (TCU – ACÓRDAO 240/2015 – PLENÁRIO – n.p.)

Grife-se que no relatório que subsidiou o Acórdão 240/2015, a área técnica do TCU demonstrou a atual incapacidade das Agências Reguladoras setoriais de transporte de realizar a AIR nos moldes das melhores práticas, bem como foi possível identificar, como um dos motivos, a ausência da sociedade como agente participante das decisões públicas:

176. É preciso destacar que, desde o princípio da análise empreendida nesse trabalho, identificou-se a incapacidade das agências reguladoras de infraestrutura de realizar a AIR nos moldes das melhores práticas estabelecidas internacionalmente. Essa incapacidade deve-se: à falta de cultura das nossas entidades públicas em expor os motivos de suas ações regulatórias; à ausência da sociedade como agente participante das decisões públicas; e a inexistência de um levantamento sistêmico de dados que pudessem embasar as avaliações de custos e benefícios das alternativas regulatórias propostas. (TCU – Acórdão 240/2015 – Plenário – n.p.)

Na ANTT, a AIR foi instituída pela Deliberação ANTT nº 85/2016 (BRASIL, 2016), que tornou obrigatória a realização da AIR previamente à edição ou alteração de atos normativos que tenham natureza regulatória e de atos regulatórios que impliquem edição ou alteração de modelos de outorga e prorrogação de prazos de outorgas.

O objetivo da ANTT foi melhorar a qualidade regulatória e obter maior aderência às boas práticas regulatórias internacionais. A Deliberação nº 85/2016 também aprovou o novo modelo de AIR da ANTT e o respectivo manual.

Na ANTAQ ainda não existe norma regulamentando a AIR. De toda forma, a ANTAQ pode utilizar a AIR por meio da aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99, a Lei do Processo Administrativo Federal.

Como síntese conclusiva sobre a AIR, vale reproduzir trecho da Conclusão da Dissertação de Ângela Regina Koçouski (2016) intitulada “*Qualidade regulatória brasileira: a Análise de Impacto Regulatório como instrumento indutor de governança na Agência Nacional de Energia Elétrica*”:

Embora a AIR se comporte como verdadeiros “tentáculos” para outras hipóteses de regulação governamental, seu potencial para extrapolar o objetivo de melhorar a produção normativa das agências reguladoras federais brasileiras depende do sucesso da adoção de outras ferramentas que a apoiam na busca pela qualidade regulatória. São exemplos as consultas públicas e audiências públicas, a gestão de riscos, os instrumentos de simplificação, como súmulas, e as agendas regulatórias. Assim, é necessária uma mudança cultural nessas instituições, principalmente no que diz respeito à transparência devido à submissão do procedimento de AIR a um escrutínio mais amplo, que obriga o seu formulador a explicitar e documentar os problemas e objetivos que motivarão a produção normativa. Esta participação precisa ser democraticamente pensada, a fim de que a AIR não se mostre uma burocracia que viola o próprio princípio que a justifica, o da eficiência. (KOÇOUSKI, 2016, p. 102).

De toda forma, há que se fazer uma análise crítica da AIR, pois este instrumento, assim como a emissão de notas técnicas que fundamentem propostas administrativas e regulatórias, colaboram para a formação patamar básico no desenvolvimento de processos normativos pelas Agências Reguladoras e contribuem para a participação do usuário, que terá elementos concretos.

#### 4.5 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O processo de elaboração de normas teve grande impacto com o advento da Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011) – Lei de Acesso à Informação, pois com esta norma, a cultura da Administração obrigatoriamente passou a ser proativa no sentido de disponibilizar as informações antes ocultas, de forma a possibilitar a atuação fundamentada em números e resultados oficiais.

A Lei inovou radicalmente a política de transparência e de acesso à informação pública no Brasil, retirando os últimos resquícios de sigilo oriundos dos 21 anos de ditadura vivenciados antes da promulgação da Constituição Democrática de 1988.

O Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos já expressava que *“Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”*.

Além de estar protegido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à informação também foi objeto de compromisso assumido em diversos Tratados e Convenções internacionais, dentre eles a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (arts. 10 e 13), a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (item 4) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19).

No plano internacional, cabe assinalar ainda que o Brasil já participava do *Open Government Partnership*, iniciativa com objetivo de assegurar compromissos de governos nas áreas de promoção da transparência, luta contra a corrupção<sup>6</sup>, participação social e de fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias.

---

<sup>6</sup> *“Afirmar-se que a corrupção decorre da natureza humana é um lugar comum desmedido. Em qualquer ambiente onde existam regras, haverá alguém disposto, ou a trabalhar no extremo de seus limites, ou a até mesmo rompê-los, com o objetivo de se prevalecer em detrimento dos demais. A função da norma, como não poderia deixar de ser, é impor a conduta esperada (ou proibir aquela que for considerada danosa), a fim de evitar a degradação das relações estabelecidas entre o Estado e os administrados. Um agir corrupto será, assim, um agir contra as normas estabelecidas para um bom governo”*. Trecho da dissertação de Igor Sant’Anna Tamasauskas (2018) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *“A corrupção política: hipótese de sobrecarga dos instrumentos jurídicos de responsabilização por atos de corrupção no Brasil”*.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) garantiu o direito à informação em três dispositivos, que somente com a regulamentação pela lei puderam ser exercitadas na sua plenitude. Vejamos:

(i) Art. 5º, XXXIII: Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade [...]; (BRASIL, 1988)

(ii) Art. 37, §3º, II: A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo[...];(BRASIL, 1988)

(iii) Art. 216, §2º: Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta ao Patrimônio Cultural Brasileiro. (BRASIL, 1988)

A Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011) objetivou assegurar o acesso à informação pública e criar uma nova cultura, na qual os dados públicos pertencerão a todos. Sem dúvida, o acesso à informação é um direito fundamental do indivíduo a ser exigido e defendido de forma individual, bem como coletiva, pois interessa a toda a coletividade.

Com isso, devem cumprir a lei: a União, os 26 Estados, o Distrito Federal, os 5.565 Municípios, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, as Agências Reguladoras, Autarquias, Fundações, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e as entidades que recebam dinheiro público.

Como diretriz política, a publicidade passou a ser regra e o segredo a exceção. A cultura é pela transparência ativa, pela qual as informações devem ser publicadas independente de solicitação. Todos os órgãos públicos devem criar o seu Serviço de Informações ao Cidadão (SIC), utilizar a internet e os recursos de TI.

Para pedir uma informação, a pessoa deverá se identificar e especificar a informação requerida. Não será sequer necessário justificar o motivo. A Administração deve fornecer a informação imediatamente se estiver disponível. Se não estiver disponível, deve prestá-la em prazo não superior a 20 dias, prorrogáveis por mais 10 dias.

No caso de indeferimento, caberá recurso contra a decisão no prazo de 10 dias a contar da sua ciência. A autoridade hierarquicamente superior, competente para o julgamento, deverá se manifestar no prazo de cinco dias.

Apesar da transparência, a lei preserva o sigilo fiscal, o bancário e o industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou jurídica que tenha vínculo com o Poder Público, resguardando o princípio da livre concorrência.

Os dados e documentos fundamentais para a segurança da sociedade e do Estado continuarão sendo protegidos. Por outro lado, as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos não poderão ser objeto de restrição de acesso.

As informações serão classificadas como ultrassecreta, secreta ou reservada, as quais podem ser mantidas em sigilo, respectivamente, por 25, 15 e 5 anos. Após esses prazos, a informação deverá ser “automaticamente” tornada pública, com exceção dos documentos ultrassecretos, que poderão ter o sigilo prorrogado por mais uma única vez. Com isso, o sigilo máximo de documentos será de 50 anos.

Pela dificuldade de regulamentação e mudança de cultura, ficou claro que a lei seria implementada de maneira gradual, com algumas resistências pontuais, até o momento em que a transparência seja uma cultura permanente.

São passos que o Brasil precisa trilhar para ser reconhecido como exemplo de maturidade democrática, disposto a evoluir e oferecer um ambiente seguro de negócios.

Por isso, hoje, com mais de sete anos de vigência da Lei nº 12.527/2011 (Brasil, 2011), o momento é de assegurar a transparência de 2º e 3º graus. Ou seja, não apenas a transparência formal, com documentos publicados, mas sim a transparência real, fruto da ampla divulgação dos dados e também da apresentação da análise e impactos destes dados.

Todos os interessados, aqui incluídos o usuário, o cidadão e as empresas devem ser incentivados a ter acesso às informações e a participar ativamente dos processos de formulação de políticas públicas e normas editadas pelos órgãos legislativos, administrativos e regulatórios.

Essa é a posição de Juliano Heinen (2015, p. 23-24), ao destacar a construção da democracia como um dos efeitos marcantes a LAI:

[...] o presente arcabouço normativo acaba por pautar pragmaticamente uma importante

ferramenta de crescimento e relevo à democracia. Não é demais lembrar que a democracia deve ser construída, porque ela não está pronta. Deve ser (re)construída a partir de mecanismos concretos que permitam o acesso, o controle, a participação, a transparência, a proatividade etc. Então, o conceito moderno de democracia exige a ampla participação do cidadão, conduzindo ao fomento de legitimidade, perspectiva esta garantida pela transparência de dados e de informações públicas. O problema da participação é uma questão que se liga à necessidade de se democratizar a sociedade, intensificando o status ativo dos homens. Isso se dá, não raramente, por meio de uma participação processual (*Verfahrensteilhabe*). Desta forma, pode-se dizer que a LAI cumpre um papel fundamental neste sentido.

Na obra de HEINEN (2015, p. 34) fica claro que a transparência é um instrumento para possibilitar a participação popular, pois ela irá associar aquilo que pode (deve) ser visível ou acessível:

A transparência, dessa forma, impõe a necessidade de que as funções exercidas pelo Poder Público sejam claras, ou melhor, vistas dessa maneira pelos administrados, porque o Governo, em última análise, representa a vontade do povo, sendo que, assim, tem este direito de saber o que se faz em seu nome. Logo, ainda mais neste início de século XXI, é oportuno que se queira uma Administração Pública aberta ao acesso à informação etc. Então, a transparência irá associar aquilo que pode (deve) ser visível ou acessível.

Portanto, além do direito de vista aos processos, assegurado pela Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), o usuário pode instaurar procedimento de acesso à informação, importante ferramenta de controle social.

Em artigo que avaliou a Lei de Acesso à Informação após cinco anos de vigência, MICHENER, Gregory Michener, Evelyn Contreras e Irene Niskier (2018, n.p.) pontuam que:

Há cinco anos, o Brasil inaugurou um novo paradigma cívico e administrativo. Ao implementar uma Lei de Acesso à Informação

(LAI no 12.527/2011), o Estado passou da posição de detentor do monopólio de “documentos oficiais” para guardião de “informações públicas”. Essa é uma transformação onerosa. Informação é poder, e as leis de acesso à informação (AI) têm sido chamadas de “revolucionárias” e “subversivas” ao fornecer um amplo direito fundacional para acessar informações governamentais (Darch e Underwood, 2010:9). Ao ameaçar derrubar o “muro de papel” que divide cidadãos do Estado, as leis de AI se tornaram objeto de considerável resistência por parte do setor público (Hood, 2010; Michener, 2015b; Roberts, 2006). [...] Uma lei de AI pode ser forte no papel, mas é notoriamente difícil garantir sua plena implementação e cumprimento. Como demonstrado pela bibliografia, entender qual estrutura de incentivos motiva o compromisso com o AI é fundamental para formular *advocacy*, treinamento e estratégias institucionais (Berliner, 2014; Hood, 2010; Michener, 2015a; Roberts, 2006; Schnell, 2017).

Outrossim, a participação social é uma forma de legitimar o processo administrativo, alcançar o equilíbrio ou simetria processual e atingir o interesse público, ainda que não exista simetria econômica e estrutural entre os diferentes atores.

#### 4.6 A LEI DO CONFLITO DE INTERESSES

Após a Lei de Acesso à Informação, outra importante conquista para a maturidade do processo de elaboração de normas é a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (BRASIL, 2013b), norma que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

Nos termos do inciso I, do art. 3º, considera-se conflito de interesses “*a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública*”. (BRASIL, 2013b)

Por sua vez, o inciso II define informação privilegiada, como a que “*diz respeito a assuntos sigilosos, ou aquele relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão*

*econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público”*. (BRASIL, 2013b)

A Lei nº 12.813 serve como um guia para o servidor público no trato de situações sensíveis, como se depreende na leitura do art. 4º:

Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.

§ 1º No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo federal, ou a Controladoria-Geral da União, conforme o disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei.

§ 2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.

O art. 5º da Lei nº 12.813 disciplina condutas que configuram conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, inclusive se estiverem em gozo de licença ou em período de afastamento:

I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Na sequência, foram disciplinadas as limitações persistentes mesmo após o fim do vínculo com o Poder Executivo federal. O artigo 6º da Lei nº 12.813 considerou “*conflito de interesses*” (BRASIL, 2013b):

I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e

II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;

b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;

c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou

entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou

d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.

Verifica-se tratar de uma lei de grande relevância para a Administração Pública, pois trouxe novos valores para o cotidiano da Administração Pública, como a governança e o *compliance*, que correspondem ao cumprimento de todas as normas e observância dos valores éticos.

#### **4.6.1 A governança regulatória**

A governança tornou-se um mecanismo essencial para a melhoria regulatória das Agências Reguladoras setoriais de transporte, e tem, na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2013d) – a Lei Anticorrupção, a sua base de apoio, pois a partir da previsão da responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, a cultura empresarial teve que ser alterada.

Para incentivar a conduta proativa, um dos fatores atenuantes na aplicação das sanções é o fato de a empresa ter feito tudo o que era possível para evitar que as infrações ocorressem. A lei premia a pessoa jurídica que tenha criado mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, e que crie e aplique o seu código de ética e de conduta.

Na prática, isso inclui auditar o trabalho dos executivos, além de treinar e conscientizar funcionários e colaboradores sobre a importância da gestão sustentável dos contratos.

A tendência, assim como acontece com a transparência, é a incorporação do processo como prática contínua. Ou seja, a lei traz novos valores para a sociedade aplicar, dentro da expectativa que a própria sociedade nutriu do legislador.

Com isso, a política de governança corporativa e as ações de *compliance*, além de influírem na reputação da empresa, nos ativos intangíveis e terem reflexo no relacionamento institucional com acionistas e *stakeholders*, agora vão pesar em eventual julgamento, devendo ser concretas.

A preocupação com a reputação fica clara na lição de (COIMBRA, MANZI, p.5, *apud* SCHRAMM, p. 434:

O sucesso das organizações é extremamente dependente da admiração e da confiança pública, refletida no valor de suas marcas, na sua reputação, na capacidade de atrair e fidelizar clientes, investidores, parceiros e até os empregados. Estudos recentes têm demonstrado como estão à frente as organizações que apresentam uma estrutura sólida de preceitos éticos e atuam de forma responsável, em detrimento das demais que atuam de forma diversa. A cada dia, aumenta a importância de fatores intangíveis. O *compliance* contribui com sua parte ao aumento deste valor intangível por ser um instrumento cujo objetivo principal é a proteção da reputação da empresa.

Mas, a reputação é ainda mais relevante ao se pensar no país e não apenas na atividade das empresas, pois a criação de um ambiente de produção regulatória/legal que assegure eficácia no processo de elaboração de normas e no seu cumprimento, contribui para a melhor reputação do Brasil no cenário internacional, que hoje ocupa a preocupante 105<sup>o</sup> posição entre 180 nações no Índice de Percepção de Corrupção<sup>7</sup> (IPC, 2018).

#### **4.6.2 A política de governança da Administração pública federal**

Em 2017, o Decreto Federal nº 9.203/2017 (BRASIL, 2017) dispôs sobre a política de governança da administração pública federal. Para fins

---

<sup>7</sup> “O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro.[...] O Brasil caiu 9 posições no IPC este ano em comparação ao ano anterior, ocupando a 105<sup>a</sup> colocação entre 180 países avaliados. A pontuação passou de 37 para 35. Na liderança do ranking neste ano está a Dinamarca, com 88 pontos. Entre os dez países mais bem colocados, sete são nações europeias, além de Nova Zelândia, Singapura e Canadá, único representante das Américas neste grupo”. (IPC, 2018, n.p.)

deste Decreto, governança foi definida no inciso I, do art. 2º, da seguinte forma:

I - governança pública - conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade;

Trata-se de um conceito sintético, mas consentâneo com as demais definições de governança que compreendem os mecanismos de liderança, estratégia e controle, bem como sistemas aptos a serem utilizados pela alta administração para avaliar a condução de políticas públicas e a prestação de serviços de interesse da sociedade.

O referido Decreto elencou os princípios da governança no art. 3º: I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI - transparência.

Na sequência, o artigo 4º estipulou as diretrizes, sendo pertinente reproduzir os seguintes incisos:

[...]

VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade;

IX - editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente;

[...]

XI - promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação.

Sobre a diretriz da governança que estipula a promoção da comunicação aberta, voluntária e transparente, essencial para o acesso à informação e o consequente controle social, cumpre reproduzir a lição de José Antonio Llorente (2015, p. 11):

A comunicação é reflexo do que ocorre na sociedade e, por meio de sua análise, pode-se extrair as tendências econômicas, políticas e sociais que desenham nossa história contemporânea. Neste ambiente versátil e complexo, surgem novas formas de comunicar e de relacionar-se e, com elas, novas tendências e lideranças que guiam o desenvolvimento das sociedades. As empresas, as instituições e os governos enfrentam hoje novas responsabilidades comunicativas diante de uma sociedade em constante mutação e cada vez mais exigente. O rastro mais profundo e valioso que a Grande Recessão deixou para trás é a crescente fiscalização dos donos de companhias, seus acionistas, investidores e *stakeholders*, em geral, diante de práticas diretivas de empresas e instituições que, tradicionalmente, haviam permanecido à margem do dito controle, tão exigente. Da mesma forma, o cidadão converteu-se em um protagonista fundamental no desenrolar dos acontecimentos dos nossos dias, já que deixou de ser um sujeito passivo para encarnar uma posição de consumidor exigente, eleitor crítico ou simplesmente de um cidadão com capacidade para questionar aqueles feitos que acontecem ao seu redor. Seu amplificador já não é apenas a palavra impressa: as novas Tecnologias da Informação e a Comunicação facilitaram a aproximação destes a uma multiplicidade de ferramentas que aceleram e multiplicam este processo. Nesta conjuntura, a transparência já não se apresenta como uma opção, mas como uma obrigação. O atual ambiente operacional das empresas, das instituições financeiras e das organizações públicas é caracterizado pela necessidade destas de reestabelecer ou reforçar, conforme o caso, a confiança, a credibilidade e, em última instância, a reputação entre seus grupos de interesse. Para isto, a inovação e a inteligência corporativa devem fazer parte, de igual modo, do DNA da gestão diretiva. O caráter mutável da atual situação manifesta-se, além disso, no fenômeno da globalização e em mudanças sociais como a mobilidade, a aprendizagem on-line maciça e aberta, a

rotatividade no trabalho, o turismo e as novas conexões interculturais que todos esses fenômenos acarretam.

#### 4.7 A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Brasil, 1942) (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A LINDB tem como objetivo regulamentar outras normas, possuindo caráter de norma de *sobredireito*, sendo considerada como leis das leis, uma vez que disciplina questões como a obrigatoriedade, a interpretação das normas e a aplicação das leis no tempo e no espaço.

A nova Lei introduziu dez novos artigos (arts. 20 a 30), sendo que os dois primeiros artigos afetam diretamente o processo de elaboração de normas de transporte, ao exigir expressamente a previsão do impacto da norma:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (BRASIL, 2018)

Destarte, a consideração das consequências práticas (AIR), a motivação (essencial no processo administrativo normativo) e a razoabilidade conformam parte da solução jurídica buscada para ter um legítimo processo de elaboração de normas.

Por sua vez, o art. 29 dispõe sobre a Consulta Pública no processo de elaboração de normas, cumprindo exatamente com a previsão vista no item 3.7. da pesquisa para a participação social e implantação do processo eletrônico:

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO). (BRASIL, 2018)

Por fim, destaca-se a redação do art. 30, que disciplina de forma programática a busca pela segurança jurídica na aplicação da norma:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (BRASIL, 2018)

A edição da Nova Lei de Introdução às normas do direito confirma o ensinamento de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco na obra *Teoria Geral do Direito*:

Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos

valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 19)

#### 4.8 LOBBY E RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS PARA A DEFESA DOS INTERESSES

Após desenvolver a estrutura constitucional do processo administrativo normativo e apresentar as inovações legislativas, torna-se relevante conhecer como se dá o direito constitucional de manifestação, a sua regulamentação e quais as possibilidades para a defesa de interesses e exercício de influência de forma individual e coletiva nos processos de elaboração de normas de transporte.

##### 4.8.1 Fundamento constitucional e conceito de *lobby*

Todo o esforço para viabilizar a participação do usuário no processo administrativo de elaboração de normas e a defesa dos seus interesses decorre do direito constitucional de manifestação e petição.

A Constituição da República garante a todos os cidadãos o direito de manifestação e o direito de petição, fazendo com que todos possam requerer informações e formular pedidos aos órgãos públicos em matéria administrativa, regulatória e legislativa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Soma-se a estes direitos a liberdade de expressão e o direito de associação para fins lícitos, legitimando a prática do *lobby*, ou das relações governamentais e institucionais:

Art. 5º.

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

Conforme define FARHAT (2007, p.50-51), *lobby* é “*toda a atividade organizada, exercida dentro da lei e da ética, por um grupo de interesses definidos e legítimos, com o objetivo de ser ouvido pelo poder público para informá-lo e dele obter determinadas medidas, decisões, atitudes*”.

Por seu turno, GALAN (2012, p. 25) explica que “*o conceito de lobby está ligado a um forte senso de persuasão, pedidos, demandas, argumentação e cobranças com o objetivo de convencer os detentores do poder (pessoas ou instituições) a fazer o que queremos. Simples assim*”.

Para a pesquisa, tendo em vista a atuação dos usuários por meio de Associações, é importante compreender também o conceito de *advocacy* e as diferenças conceituais entre *lobby* e *advocacy* segundo GOZETTO e MACHADO (2015, n.p.):

[...] *advocacy* poderia ser descrito como o processo organizado e planejado de informar e influenciar tomadores de decisão, por meio de conscientização e engajamento de outros atores da sociedade, tendo como objetivo promover mudança (ou manutenção) de uma política pública de interesse amplo, baseada em evidências concretas. Tanto uma campanha de *lobby* quanto de *advocacy* deve necessariamente ser um processo organizado e planejado, já que engloba várias atividades e práticas e pretende envolver vários grupos da sociedade. Primeiramente, há que se entender quais são esses grupos de interesse, suas pautas e interesses naquele assunto. Para isso, dados e evidências concretas são fundamentais: pesquisas, coleta de dados, entrevistas e toda sorte de

informação que esteja disponível sobre o tema da política pública em questão. A partir daí a estratégia de comunicação e engajamento de cada um desses grupos é desenhada, bem como a mensagem central a ser disseminada. Comunicar claramente qual é a causa, sua importância e o que precisa ser feito para que ela se torne realidade é central em uma campanha de *advocacy*. Essa mensagem precisa ser uma, convincente, precisa estar presente em todas as comunicações, de todos os atores envolvidos, sem obviamente ser uma imposição. Portanto, precisa ser engajadora e ter sido elaborada a partir de sofisticadas técnicas de comunicação. É fundamental que se pense e adapte a mensagem, inclusive, para os diversos meios e formatos usados por esses grupos. Uma estratégia efetiva de *advocacy* geralmente envolve vários tipos de ação de comunicação e relacionamento: ações de imprensa, patrocínios a eventos sobre o tema, produção de *papers* acadêmicos, inserções de rádio e TV, vídeos virais, criação de páginas na internet, ações de rua, panfletagem, reuniões políticas e atividades tradicionais de lobby. Campanhas de *advocacy* tratam de maneira especial a forma como as mensagens serão entregues, pois é essencial que fique claro para o tomador de decisão que parcelas cada vez mais expressivas da sociedade defendem aquele ponto de vista, ou seja, advogam por aquela causa. Para isso, o planejamento e a organização são fundamentais. Portanto, não é possível confundir uma ação de comunicação ou uma ação de lobby isolada com uma campanha de *advocacy*: esta última requer diversas e variadas ações coordenadas entre si.

Pensando em uma defesa difusa e na formação de cidadãos lobistas, o italiano Alberto Alemmano escreveu o livro *Lobbying for change: find your voice to create a better society* (ALEMMANO, 2017) pelo qual explica que “anos atrás, o lobby do cidadão era uma necessidade desconsiderada” (ALEMMANO, 2017, p. 6), mas hoje tornou-se uma necessidade urgente, pois os cidadãos estão cansados de não terem serviços básicos, de não terem dignidade.

O autor explica que milhões de cidadãos em todo o mundo estão se tornando conscientes do poder que eles podem ter: o poder colaborativo, em prol do interesse público, pois, em um grupo, é possível pensar quais são as verdadeiras necessidades coletivas.

Depreende-se da leitura da obra que o raciocínio aplicável ao cidadão é o mesmo do usuário. Com esta premissa, e considerando que os efeitos da regulação refletem em toda a coletividade, é preciso conscientizar a importância da cidadania, do conhecimento, da educação para capacitar pessoas para serem lobistas da própria comunidade.

#### 4.8.2 A regulamentação do *lobby*

Atualmente, o projeto de lei sobre a regulamentação do *lobby* no Brasil que tem a maior probabilidade de ser votado é o Projeto de Lei PL nº 1.202/2007 (BRASIL, 2007), de autoria do Deputado Carlos Zarattini (PT/SP), que, conforme consta na tramitação, está pronto para ser votado no Plenário.

O propósito do PL nº 1.202/2007 (BRASIL, 2007) pode ser resumido nos objetivos de (i) promover transparência, (ii) ampliar os canais de deliberação e (iii) garantir *accountability*.

Por outro lado, seus riscos envolvem: (i) a criação de barreiras ao acesso dos grupos menos organizados e economicamente frágeis, (ii) a ampliação dos custos de fiscalização – sem comprovada contrapartida de bônus de qualidade no processo decisório – e (iii) uma temerária vulneração das relações entre representantes de interesses e parlamentares.

O grupo formado pelas Instituições ACT Promoção da Saúde, ARTIGO 19, IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, INESC, IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto Sou da Paz, Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social e Rede Justiça Criminal apresentou a seguinte Carta (INTERVOZES, 2018, n.p.) sobre o projeto de regulamentação do *lobby*:

O PL 1.202/07 é uma oportunidade para regular a prática do “*lobby*” no Brasil e, assim, estimular práticas mais transparentes e abertas no curso das decisões políticas. Entretanto, ele também acarreta riscos à atuação de inúmeras organizações e movimentos sociais. Sabe-se hoje que poucos e poderosos grupos construíram ao longo da história acesso privilegiado ao governo e ao Parlamento, em detrimento da participação de representantes de

setores e grupos marginalizados, que encontram longo, árduo e por vezes inócuo caminho para se fazerem ouvir junto ao poder público. Seria desastroso se, a título de regular o “*lobby*”, se oficializasse o acesso oligopolizado ao poder público que ora se verifica. O objetivo desta nota é, assim, o de estimular o aprimoramento do PL 1202/07 em direção a um marco regulatório que crie caminhos para uma interação mais republicana e democrática entre sociedade civil e governo. [...] Isso significa que um projeto de lei nesse sentido deve se preocupar em: a) ampliar o acesso ao poder público de setores e organizações sociais atualmente marginalizados nesse diálogo; b) abrir para escrutínio público os interesses das organizações e empresas que buscam influenciar o Estado e as práticas por elas adotadas; c) criar canais que permitam uma aproximação entre sociedade civil, empresas, Executivo e Legislativo que sigam um padrão respeitoso à ética republicana. [...] Entretanto, alguns pontos importantes para a contemplação dos princípios do acesso, da transparência e da ética ou foram retirados do projeto original ou não foram contemplados em nenhuma das versões. No atual substitutivo, apenas os artigos 9 e 10 fazem referência ao tipo de conduta que se espera de agentes públicos. Também é preocupante que no último substitutivo, no 2º parágrafo do art. 9, tenha-se explicitado que contribuições eleitorais não geram responsabilização no âmbito da regulação do “*lobby*”. É de conhecimento geral que o financiamento eleitoral é uma das formas mais disseminadas de obtenção de privilégios junto ao poder público. O tema requer, portanto, regulação mais zelosa. Tampouco se encontra na atual redação do projeto de lei qualquer referência à necessária pluralidade e garantia efetiva do contraditório no curso das decisões políticas, incluindo a condenação e proibição do acesso restrito de poucos e privilegiados grupos ao processo decisório. [...] Nesse sentido, consideramos que os seguintes pontos não estão suficientemente contemplados: 1) A transparência da interação entre o poder público e grupos com

acesso historicamente privilegiado ao Estado. 2) A garantia de acesso plural e aberto ao processo de formulação das decisões políticas. 3) Maior clareza nos critérios de conduta ética entre representantes do poder público, das empresas e da sociedade civil. Esperamos que a Câmara dos Deputados esteja aberta à experiência e ao ponto de vista das OSC, de modo a fazer valer já na tramitação do projeto os princípios que se propõem formalizar. Brasília, 18 de Abril de 2018.

Com fundamento em outros aspectos, o Instituto de Relações Governamentais (IRELGOV) importante *think tank* sobre o tema, se posicionou da seguinte maneira (IRELGOV, 2016, n.p.):

O IRELGOV acompanha as discussões sobre a regulamentação do *Lobby*, tanto no Senado Federal, quanto na Câmara dos Deputados e também no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), que criou um Grupo de Trabalho para propor mudanças à regulamentação vigente nas atividades de *lobby* no Brasil. O IRELGOV acredita que a regulamentação da atividade do *Lobby* é fundamental, desde que vise fomentar o diálogo e a participação da sociedade na construção de políticas públicas, bem como a melhoria da qualidade de vida da população, por meio de um processo transparente, ético, legítimo e colaborativo. O debate sobre a regulamentação do *lobby* no Brasil começa a aceitar e discutir que se trate a atividade de relações governamentais como instrumento democrático, que objetive a construção de um ambiente regulatório equilibrado; que seja instituído por um modelo aberto de democracia participativa; e que seja garantida voz às partes impactadas pela norma resultante de processos de decisão política. É nessa direção que o IRELGOV espera que o debate evolua. O foco dessa discussão deve estar nos processos e procedimentos de participação das partes impactadas durante a criação e revisão de políticas públicas, com definição de boas práticas e de sanções para aplicação às más práticas.

Representar interesses em processos de decisão política é contribuir para seu resultado com dados, informações, análises de risco e impacto, argumentos e sugestões, agindo de boa-fé e observando a integridade do conteúdo oferecido ao tomador de decisão e às demais partes interessadas. A Regulamentação do *Lobby* não deve ser interpretada como a normatização da profissão e da disciplina do *Lobby* como atividade, que são matérias de natureza diversa e devem ser objeto de norma específica. O IRELGOV sugere que este ponto seja discutido à parte.

### 4.8.3 Recomendações da OCDE para a regulamentação do *lobby*

A *Organization for Economic and Co-Operation Development* (OCDE, 2013) sugere 10 (dez) princípios para que a regulamentação do *lobby* seja bem sucedida:

1. Todos devem ter acesso aos mesmos canais de informação para atuar nos processos de formulação de políticas públicas;
2. As regras impostas ao *lobby* devem ser tomadas dentro do contexto social e político da nação, respondendo às demandas da sociedade nesse setor;
3. A regulamentação do *lobby* deve estar inserida nos mesmos princípios jurídicos da boa administração pública;
4. Os países devem claramente definir os termos '*lobby*' e '*lobista*' para fins regulatórios;
5. Os cidadãos, empresas e burocratas do país devem ter acesso a informações suficientes sobre o funcionamento do *lobby*;
6. O público tem o direito de amplo escrutínio sobre as atividades de *lobby*;
7. Os países devem criar uma cultura de integridade na tomada de decisão por agentes públicos;
8. Os grupos de *lobby* devem agir de forma profissional e transparente;
9. Os países devem envolver todos os grupos interessados no *lobby* para evoluir estratégias de cumprimento da ética e das metas de transparência;

10. As normas sobre *lobby* devem ser periodicamente revistas e adaptadas à realidade e vontade da nação.

O desejo da OCDE é que os países alcancem “*um patamar de atuação nesta área para garantir acesso justo e equânime a todos os stakeholders para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas*” fato este que, per se, justifica a pesquisa ante o deduzido desequilíbrio de forças no processo regulatório. (OCDE, 2013)

#### **4.8.4 Regulamentação pelo Governo Federal**

No nível local, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) encaminhou ao Palácio do Planalto minuta de decreto para regulamentar o *lobby* no Governo Federal no dia 16 de maio de 2017.

Entre as novas regras sugeridas estão o credenciamento prévio dos lobistas; a publicidade da agenda de reuniões entre autoridades ou servidores e grupos de interesse em todos os níveis hierárquicos e a vedação ao recebimento de presentes ou qualquer tipo de benefício por parte dos servidores.

Conforme notícia publicada no sítio do Ministério, o texto reconhece a legitimidade da representação social não-institucional como parceira necessária da representação política:

“É claro que essa legitimação pressupõe um quadro legal eficaz que garanta publicidade das ações, dos meios de atuação e dos interessados”, destaca o ministro. A proposta de decreto irá complementar a Lei nº 12.813/2013 (Conflitos de Interesses no Executivo Federal). O objetivo é estabelecer regras simples e pouco burocráticas para a concessão de audiências destinadas a influenciar decisões governamentais e políticas públicas.

O Decreto disciplina no artigo 1º que a representação para a defesa de interesses e direitos no âmbito dos órgãos e entidades públicas deve ser exercida em conformidade com os princípios da transparência, moralidade, legalidade, probidade administrativa e supremacia e indisponibilidade do interesse público.

No parágrafo único resta disciplinado que a representação para defesa de interesses e direitos qualifica-se como função acessória e

subsidiária na formulação das políticas públicas e na orientação das ações institucionais, normativas e administrativas da Administração Pública federal direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público federal.

O artigo 2º traz definições de representação para defesa de interesses e direitos (inciso I); agente público (inciso II); ação estatal (inciso III); particular (inciso IV) e audiência (inciso V).

No §1º do artigo 2º, o Decreto explicita que não é considerada representação para defesa de interesses e direitos:

- a) a reunião entre particular e agente público sem poder decisório para executar uma ação estatal (inciso I);
- b) as atividades de relações públicas e de educação que não tenham por objetivo influenciar o processo de tomada de decisão no âmbito da administração pública (inciso II); (BRASIL, 2017)

O art. 3º determina que o pedido de audiência efetuado por particular deverá ser dirigido ao órgão ou entidade pública, preferencialmente por meio eletrônico, obedecendo alguns requisitos expostos nos parágrafos do artigo, o que torna o processo acessível, isonômico e transparente, além de facilitar o controle social.

O art. 4º determina que as audiências de que trata este Decreto terão sempre caráter oficial, ainda que realizadas fora do local de trabalho.

O art. 5º determina que os agentes públicos e os militares de cargo ou função equivalentes, divulgarão em suas agendas todas as audiências de que participem, conduta essencial para a transparência.

Por sua vez, o § 1º do art. 5º determina que independentemente do cargo, emprego ou função que ocupe, também serão divulgadas, em sítio único de acesso público, as agendas de compromisso dos agentes públicos que detenham poder de decisão com relação a processos de regulação, fiscalização e controle do seu órgão ou entidade pública;

Na sequência, os §§ 2º e 3º dispõem que a agenda de compromissos deverá ser divulgada diariamente na rede mundial de computadores – internet, em seção específica e deverá conter assunto, local, horário e participantes da audiência.

É importante grifar que a o item 5 da exposição de motivos do projeto de Decreto apontava a necessidade de tornar pública as audiências para que a sociedade conheça quais grupos de interesses atuam para influenciar processos decisórios. Vejamos:

Os interessados que solicitem audiências com agentes públicos devem informar, com razoável grau de detalhamento, o assunto a ser tratado, bem como sua capacidade legal e seu interesse em participar daquela discussão específica. Tais informações conferem legitimidade ao pleito. É factível - por igual, que se exija do particular documento que comprove seu vínculo à pessoa natural ou jurídica. Observe-se que um credenciamento não se confunde com um registro cartorial (burocrático) de particulares – o que traria entraves, mas, sim, prover o poder público de informações mínimas para a concessão de audiências. E o mais importante: registrar todas as informações relacionadas aos pedidos de audiência (participantes, assuntos, interesses) para que seja dada ampla publicidade à sociedade. O registro de informações é requisito básico para que sejam atendidos os princípios da transparência e responsabilidade. A transparência da agenda dos agentes públicos, portanto, é medida essencial para que seja dada publicidade aos pedidos de audiências para que a sociedade conheça quais grupos de interesse atuam para influenciar processos decisórios. (BRASIL, 2017, p. 4)

Infelizmente, na mesma data, foi publicada a gravação de uma reunião entre Joesley Batista e o Presidente da República que não constava da agenda oficial (ao contrário do que a norma proposta defende). Após tal fato e crise gerada, não houve nenhuma publicação sobre a continuidade dos trabalhos.

#### **4.8.5 Relações Governamentais**

Relações Governamentais é a expressão que se utiliza no Brasil para denominar a atividade de relacionamento com o Governo em nível do Poder Executivo e Poder Legislativo. Uma denominação que não carrega a negatividade do *lobby*. Muitos atores utilizam também a defesa de interesses como “relações institucionais”, mesmo que realizada perante órgãos públicos.

Inobstante a definição e cientes que a defesa de interesses em nível de políticas públicas e projetos de normas existe, o objetivo de qualquer nação séria e que busca um bom ambiente regulatório e de trabalho é que

a atividade seja realizada com alto grau de profissionalismo, competência, dentro de padrões éticos e de transparência.

Dentro deste espectro, pode-se asseverar que a atividade de relações governamentais é orientada pelos princípios da legitimidade, legalidade (estrita legalidade) e transparência, definidos, na Carta de Princípios do (IRELGOV, 2014, n.p.):

a) Princípio da Legitimidade

Defendemos a legitimidade do intercâmbio de informações entre os setores privado e público no Brasil, cujo exercício é essencial a qualquer governo que almeja a tomada de decisões informadas em prol do interesse público. Acreditamos que a tomada de decisões justas e informadas deve considerar informações de diversas partes interessadas da sociedade, que devem ser consultadas de modo a produzir políticas governamentais equitativas. Entendemos que as relações governamentais são parte necessária e legítima do processo político democrático. Reconhecemos que as empresas estão dentre os principais interlocutores no debate de políticas públicas, incluindo as agendas tributária, regulatória, ambiental, social, de política industrial e *compliance*. O profissional de relações governamentais é legítimo e essencial à formação de decisões no setor público.

b) Princípio da Legalidade

As relações governamentais no Brasil estão pautadas na liberdade de expressão e de associação, previstas na Constituição Federal. O profissional de relações governamentais deve reger sua conduta com observância à legislação brasileira, devendo zelar pelos deveres e responsabilidades democraticamente impostos, bem como ter conhecimento pleno das leis, regimentos e demais atos normativos que tenha qualquer relação com as atividades desenvolvidas.

c) Princípio da Transparência

Prezar pela transparência nas relações governamentais, permitindo que a sociedade tenha acesso às informações sobre o comportamento ético e responsável dos profissionais de relações governamentais associados. O IRElGov

disponibilizará dados e informações que permitam a avaliação dos efeitos sociais das atividades realizadas.

d) Condutas reprováveis

a) Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público;

b) Financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na legislação; e

c) Atuar como interposto de pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

d) exercer qualquer ato que atente contra o patrimônio público ou privado, nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

e) praticar todo e qualquer ato de corrupção, facilitação, tráfico de influência ou informação, inclusive violar o sigilo de forma não justificada, e fomentar práticas antiéticas.

#### **4.8.6 Relações Governamentais como Profissão regulamentada**

O Ministério do Trabalho (MT) reconheceu como profissão a atividade de relações governamentais, que foi incluída na lista da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) no dia 19 de fevereiro de 2018. A função passa a ter o nome de “*profissional de relações institucionais e governamentais*”. (BRASIL, 2018)

Na descrição incluída pelo Ministério do Trabalho, os profissionais de relações institucionais e governamentais “*atuam no processo de decisão política, participam da formulação de políticas públicas, elaboram e estabelecem estratégias de relações governamentais, analisam os riscos regulatórios ou normativos e defendem os interesses dos representados*”. (BRASIL, 2018)

É interessante anotar que a profissão “*1423-45 - Profissional de relações institucionais e governamentais*” foi inserida dentro do Grupo de Gerentes de comunicação, *marketing* e comunicação:

1423 :: Gerentes de comercialização, marketing e comunicação

## Títulos

[...]

1423-45 - Profissional de relações institucionais e governamentais

Defensor de interesses (relações governamentais),  
Profissionais de relações institucionais,  
Profissional de relações governamentais

## Descrição Sumária

Elaboram planos estratégicos das áreas de comercialização, marketing e comunicação para empresas agroindustriais, industriais, de comercialização e serviços em geral; implementam atividades e coordenam sua execução; assessoram a diretoria e setores da empresa. Na área de atuação, gerenciam recursos humanos, administram recursos materiais e financeiros e promovem condições de segurança, saúde, preservação ambiental e qualidade. Atuam no processo de decisão política, participam da formulação de políticas públicas, elaboram e estabelecem estratégias de relações governamentais, analisam os riscos regulatórios ou normativos e defendem os interesses dos representados.

Tal inserção é coerente com a atividade que exige além do conhecimento técnico, com amplitude de profissionais que podem atuar, a utilização de recursos especializados de comunicação para a defesa de interesses, repisando que a assimetria de informação é considerada um fenômeno da comunicação.

Sobre este ponto, é importante destacar que há apenas alguns anos, os advogados brasileiros se atentaram para este mercado, que exige competências diferentes de um advogado do consultivo ou contencioso judicial para atuar em conjunto com estratégias de comunicação.

Saïd Farhat (2007, p. 139) explica que nos EUA, os advogados foram protagonistas:

A razão determinante de serem os advogados os primeiros profissionais a dedicar-se ao *lobby* nos Estados Unidos tem relação com a ética das ações contempladas pelos interessados, e executadas pelos lobistas. Presume-se que, habituados ao trato das questões legais e aos fundamentos do direito, advogados mantêm – melhor que outros

profissionais – o clima ético indispensável às relações governamentais em sentido lato.

Já no Brasil, FARHAT (2007, p.140-141) explica que os advogados deixaram passar a oportunidade de serem protagonistas na atividade:

Como regra, no Brasil, escritórios de advocacia retraem-se de advogar os interesses não estritamente classificáveis como “de direito” dos seus clientes, seja perante o Congresso, seja diante do governo. [...] Talvez a razão pela qual os advogados brasileiros (enquanto tais) tenham deixado de lado a especialidade do *lobby* esteja no fato de – tal como os empresários-clientes – também clientes preferirem não “expor-se” aos intrincados trâmites da negociação “política” das questões.

#### **4.8.7 Estratégias de atuação para a defesa de interesses**

Como exposto por MELO (2001, p.61-62) a literatura destaca que as exigências por enunciar os motivos para as escolhas facilitam o processo de controle via “*alarme de incêndio*” pelos interessados, ou seja, aquele controle que envolve o monitoramento seletivo voltado para a identificação de desvios e comportamentos oportunistas das burocracias.

Andrea Cristina Oliveira Gozetto (2009, n.p.), especialista no tema, explica o processo de *lobbying*, no qual se insere o monitoramento legislativo:

Entendemos *lobbying* como o processo pelo qual os grupos de interesse buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração das políticas públicas de cada país. Para isso, os grupos de interesse exercem pressão política a fim de alcançar seus objetivos. *Lobbying*, no entanto, não é pressão simples. Há todo um envolvimento do ator político no processo de produção legislativa, que compreende desde o monitoramento dos projetos apresentados, a análise técnica das propostas, até a tomada de posição diante das proposições mais relevantes para o grupo de interesse.

GOZETTO (2009, n.p.) também aduz sobre as estratégias de atuação:

As estratégias de atuação comumente utilizadas pelos grupos de interesse e/ou pressão para a consecução de seus objetivos são: a) identificação do problema e do objetivo pretendido; b) construção e compreensão do cenário político brasileiro atual; c) monitoramento legislativo ou *tracking*; d) análise do monitoramento legislativo; e) monitoramento político; f) criação da estratégia de ação, que consiste em identificar como resolver o problema ou otimizar a oportunidade, apresentando uma proposição, projeto de lei ou emenda; traçar uma estratégia de comunicação, marcando audiências, levando os tomadores de decisão a eventos educacionais ou visitas às instalações dos grupos de interesse; apresentando informação imparcial e confiável, baseada em estudos acadêmicos e pareceres técnicos e g) execução do corpo-a-corpo, momento por excelência da pressão e que consiste em procurar aliados e inimigos dos interesses defendidos, a fim de convencê-los a contribuir para o alcance do fim pretendido.

De forma geral, o *lobby* procura influenciar os tomadores de decisão a partir de um posicionamento de um grupo de interesse. Segundo Mancuso e Gozetto (2011, p.123):

O *lobby* lícito pode trazer várias contribuições positivas para os interesses representados. Em primeiro lugar, o *lobby* pode aproximar o resultado decisório das preferências dos interesses organizados. Em segundo lugar, o *lobby* lícito pode proporcionar aos interesses organizados a satisfação íntima de “fazer parte do jogo”, mediante a defesa pública e aberta dos próprios pontos de vista, com o intuito de enriquecer o debate sobre as questões públicas. Em terceiro lugar, pela via do *lobby* lícito, a participação em processos decisórios abertos pode resultar em subprodutos valiosos para quem participa.

Em outro artigo, Gozetto e Issa (2017, n.p.) discorrem sobre a identificação de três fatores determinantes para o sucesso dos grupos de interesse, citando estudo conduzido na *Syracuse University*, para quem, em sistemas políticos com alto nível de controle social, os tomadores de decisão seriam mais sensíveis aos grupos de cidadãos que aos grupos econômicos:

A despeito de constituir-se como um instrumento inerente à democracia representativa, o conjunto de práticas sistematizadas que dão mais eficiência a ações de incidência política, conhecido como *lobby*, é equivocada e frequentemente associado à utilização ilícita de vultosos recursos financeiros por parte do empresariado na defesa de seus interesses ante o poder público. Há quem entenda, assim, que a política é inevitavelmente determinada, sobretudo, pelo poder econômico. Ocorre, no entanto, que dinheiro não é o único recurso à disposição dos grupos que se propõem a defender seus interesses na arena política. Uma série de outros fatores interfere sobre a capacidade de influência governamental, tais como: organização interna; capacidade de monitoramento e análise de assuntos de interesse; conhecimentos sobre o *modus operandi* dos órgãos e instituições públicas; habilidades da liderança; coesão; status público simbólico; capacidade de persuasão; e capacidade de mobilização social. O empresariado, sem dúvida, dispõe de recursos que facilitam sua atuação política eficiente. Recursos financeiros são fundamentais para suportar os custos operacionais envolvidos, como a remuneração de recursos humanos especializados ou o financiamento de estudos que possam dar consistência a seus argumentos. Por outro lado, quando se analisa à fundo a ação política do empresariado, o fator determinante de êxito desses grupos parece não ser financeiro. Ao estudar cerca de 150 casos de defesa de interesses junto ao Congresso dos Estados Unidos e à Comissão Europeia, a professora Christiane Mahoney, da *Syracuse University* (EUA), identificou três fatores determinantes para o sucesso dos grupos de interesse em seus esforços de concretização de políticas públicas. Em sentido

oposto ao que parece indicar o senso comum, a pesquisadora concluiu que os fatores preponderantes para o êxito ou fracasso dos grupos organizados para defesa de interesses são justamente as características do próprio interesse, a atenção da opinião pública a respeito da temática e o respectivo nível de conflito envolvido.

Tal constatação evidencia a importância de reduzir a assimetria de participação no processo de elaboração de normas de transporte e compreender a relevância de defender os interesses, comunicar adequadamente e realizar o controle social, conforme continuam Gozetto e Issa (2017, n.p.):

Isso significa que, do ponto de vista prático, dificilmente os tomadores de decisão escolheriam defender interesses específicos quando há muitos interesses privados e diversas parcelas da sociedade envolvidas em processos de tomada de decisão, com elevados níveis de conflito e grande visibilidade. A conclusão mais surpreendente desse estudo, contudo, revela que em sistemas políticos com alto nível de controle social, os tomadores de decisão seriam mais sensíveis aos grupos de cidadãos que aos grupos econômicos. Embora encontrados em realidade estrangeira, esses resultados podem ser um alento para os grupos ou organizações da sociedade civil brasileira que defendem interesses públicos ou coletivos e que dispõem de menos recursos financeiros para participar dos processos de formulação e implementação de leis e políticas públicas. É preciso, no entanto, que não se deixe de aprofundar os níveis de controle social de nossas instituições democráticas e que se dissemine entre as organizações e iniciativas do campo social os conhecimentos e as práticas necessários para dar mais eficiência a suas ações de incidência política.

Trata-se, em suma, da defesa de interesses e equilíbrio na paridade de armas, que deve ser aumentada com a adoção de práticas transparentes e exercício contínuo de aprimoramento pelo Poder Público e todos os atores.

#### 4.9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO

Neste capítulo foi possível demonstrar que desde a edição da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001), o legislador nacional buscou o aprimoramento institucional das Agências Reguladoras setoriais de transporte. Espera-se que o PL 6.221/2016 seja aprovado para trazer a uniformidade de composição e procedimentos, bem como os avanços necessários como a definitiva implementação da AIR.

Com este arcabouço de institutos e instrumentos legais, o usuário tem condições de exercer o controle social das atividades das Agências Reguladoras e poder, por exemplo, fiscalizar e opinar sobre projetos de Engenharia desde a formação da norma até a sua execução, possibilitando o controle social da atividade das Agências Reguladoras.



## **5 O CONTROLE EXTERNO E O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SETORIAIS DE TRANSPORTE – ANÁLISE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 13/2018**

A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o legislativo e para o executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência, que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal. (CLÈVE, 1990, p. 82-83)

### **5.1 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU**

O Tribunal de Contas, nos termos do art. 70 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) tem competência plena para exercer o controle externo da Administração Pública, com atuação relevante sobre a atividade das Agências Reguladoras setoriais de transporte.

A postura da doutrina é que o TCU tem competência para fiscalizar a atividade meio: administrativa, mas não para fiscalizar a atividade fim: normativa e fiscalizatória das Agências Reguladoras.

Este é o posicionamento exposto pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, do Tribunal de Contas da União exposto no ano de 2005 (TCU – Revista – O Controle da Regulação no Brasil, 2005, p. 7-15):

Os erros, omissões, inconsistências técnicas, indefinições e impropriedades, comprovados em dezenas de processos atinentes à atividade regulatória, apenas robustecem a necessidade da atuação tempestiva e permanente do controle externo, na supervisão da atuação dos entes reguladores. Nessa linha, a Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores – Intosai – entidade que congrega órgãos de fiscalização e auditoria governamental de todos os países membros da ONU - divulgou as

diretrizes e as melhores práticas para o controle da regulação econômica, evidenciando a geral e cada vez maior preocupação com a atuação das autoridades de regulação. [...] Ao proceder à fiscalização das atividades-fins das agências reguladoras, o Tribunal não pretende substituir-se aos órgãos que controla, pois aí o controlador se transmudaria em regulador; não pode estabelecer o conteúdo do ato regulatório, que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção das medidas que considerar adequadas, salvo quando verificadas considerações de legalidade, erros, ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei. De qualquer modo, é esse, talvez, o maior desafio do Controle Externo, distinguir o comportamento arbitrário da autoridade reguladora do uso adequado de suas faculdades discricionárias. A abrangência das falhas consideradas pelo TCU reforça a imperiosa necessidade de aprimoramento e fortalecimento do sistema das agências reguladoras. [...] Assim, a atuação do TCU, coibindo, por um lado, comportamentos arbitrários e injustificáveis por parte do regulador, e, por outro, estimulando a ação do Estado, contribui para o apropriado funcionamento das instituições.

No mesmo sentido do artigo, o TCU proferiu decisão pelo Plenário na sessão do dia 11 de abril de 2018, Acórdão 775/2018, Rel. Min. Bruno Dantas (TCU – Acórdão nº 775 – Plenário, n.p.), no qual foram analisados os limites da competência da ANTAQ no pertinente à regulamentação do art. 178 da CF/88, e em relação à RN – ANTAQ nº 01/2015. Vejamos o respectivo trecho:

34. Disso extrai-se que, no entender da doutrina, a agência reguladora possui certa autonomia para, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, dispor de maneira geral, sobre a ordenação do transporte aquático. Contudo, especificamente no tocante à matéria do parágrafo único do art. 178 em comento, que trata justamente da competência para estabelecer “as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por

embarcações estrangeiras”, o constituinte não deixou margem para tanto. A constituição foi taxativa ao determinar que apenas lei formal poderia dispor sobre essa matéria.

35. Nesse contexto, entendo que não poderia a ANTAQ, por meio de resolução, ter criado novas condições para o afretamento de embarcações estrangeiras além daquelas já previstas pelo legislador ordinário na Lei 9.432/1997. Vale dizer, por mais alargado que seja o poder normativo das agências reguladoras, é evidente que ele não alcança conteúdos reservados à regulamentação exclusiva de lei formal.

As agências reguladoras, seja porque a lei lhe confere este poder, seja à luz da Teoria dos Poderes Implícitos, estão legitimadas a fazer uso do binômio prescrição-sanção. Sobre o tema, anota Gustavo Binenbojm:

“Como a atividade regulatória envolve, essencialmente, a definição de parâmetros normativos de orientação comportamental, as normas de comando e controle são dotadas de grande funcionalidade porque fortalecem a segurança jurídica e a igualdade de tratamento no âmbito da regulação. Tais normas assumem a estrutura de regras, uma vez que estabelecem a conduta exigível dos particulares, sob pena de incidência da punição cominada” (Poder de Polícia, Ordenação e Regulação, Fórum, pág. 164). O entendimento mais atualizado na doutrina de direito administrativo é o de que a atividade normativa das agências é suplementar à função precípua dos órgãos legislativos e à função regulamentar do próprio Poder Executivo, com o a qual não se confunde, pois a regulação se caracteriza por ser mais densa e complexa do que a simples regulamentação – notadamente quando de natureza econômica. (TCU – ACÓRDAO nº 775 – PLENÁRIO, n.p.)

Porém, embora seja refutado formalmente, a atuação do TCU implica no controle de atividades finalísticas, com características semelhantes ao ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal diante da omissão do Poder Legislativo Federal.

Na pesquisa de OLIVEIRA (2017), o ativismo é denominado “*Intervenção regulatória*”, com análise da atuação do TCU nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC.

Um destes temas foi apreciado no Processo TC 004.662/2014-8, decorrente de denúncia com identidade preservada, prevista no art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992, que - entre outras irregularidades, descreveu a “*omissão da ANTAQ na fiscalização e regulação dos armadores estrangeiros*” (Acórdão 1439/2016 – TCU – Plenário, n.p.)

Vejamos alguns trechos do julgado (TCU – Acórdão 1439/2016 – Plenário, n.p.):

38. Essa parte da denúncia diz respeito à possível omissão da Antaq na fiscalização e na regulação dos armadores estrangeiros, caracterizada: (i) pela ausência de outorga de autorização aos armadores estrangeiros; (ii) pela ausência de normativos que regulem a prestação e/ou punam condutas abusivas; e (iii) pela própria falta de conhecimento, dados e informações acerca do mercado de fretes por parte da Agência, de forma a detectar conluios e abusos de cobranças de fretes, THCs e extra-fretes dos usuários brasileiros.

39. No que toca à necessidade legal de outorga de autorização para armadores estrangeiros, a SeinfraHidroFerrovia entendeu que as Leis 9.432/1997 e 10.233/2001 permitem concluir pela ausência de exigência de outorga na exploração da navegação de longo curso. Contudo, corroboro o entendimento exposto na denúncia de que também não há impedimento legal para exigência de outorgas de autorização pela Antaq para armadores estrangeiros atuarem em portos nacionais.

[...]

46. Embora tenha reconhecido que a ausência de exigência de outorga não implica ausência de competência para regular, controlar e fiscalizar esses armadores, a Antaq esclareceu que atua sob demanda (denúncias), oportunidade em que analisa o fato e aplica as punições que entende pertinentes. Entretanto, não trouxe aos autos nenhum documento que demonstrasse uma atuação ativa e efetiva.

47. Ao mesmo tempo, a denúncia apontou uma série de medidas que não estariam sendo adotadas

pela Antaq, como: (i) controle sobre quais e quantos são os armadores que exploram nossa navegação de longo curso; (ii) verificação de quais portos são escalados no Brasil e no exterior; (iii) verificação das rotações das viagens, transbordos nacionais e internacionais; (iv) verificação de tempos de trânsito das mercadorias entre portos; (v) estudos comparativos internacionais sobre a discrepância/pertinência dos preços de fretes, THCs e extra-fretes cobrados dos usuários brasileiros; (vi) estudos sobre compatibilidade e razoabilidade dos preços cobrados; e (vii) estudos para verificar se há combinação de preços e conluio entre armadores, como fazem as agências reguladoras de outros países.

O relatório elaborado pela área técnica do TCU é incisivo quanto ao problema decorrente da omissão da ANTAQ:

48. É preocupante a afirmativa do denunciante de que os armadores estrangeiros têm total liberdade de arrolar os portos brasileiros em que irão atracar, mesmo quando cometem abusos aos usuários e terminais. Entre os abusos relatados – e não contestados pela Antaq – está o de que eles se acharam no direito de deixar, por mais de 300 vezes, os usuários brasileiros sem atendimento (“omissão” de portos). Usuários também se queixam de cancelamento de escalas, o que significa que nossos exportadores e importadores literalmente ficaram sem embarcar ou desembarcar suas mercadorias nos termos contratados, arcando com as sobretaxas relativas à permanência da carga nos portos e a seu armazenamento, além de descumprimento de prazos com fornecedores e compradores. É plenamente possível que isso derive do fato de não haver legislação no Brasil que puna armadores estrangeiros nesses casos, como afirmou o denunciante. Assim, entre omitir escalas aqui e em outro país mais regulado, acabam eles por decidir omitir nossos portos, com prejuízos aos importadores e exportadores brasileiros.

49. Causa estranheza também o fato de a Antaq não ter apresentado um ordenamento da navegação de longo curso explorada por empresas estrangeiras de

navegação no país. A Agência não demonstrou que sabe quais empresas regulares fazem parte desse ordenamento da navegação de longo curso, quais suas respectivas nacionalidades e bandeiras e quais rotas elas exploram.

50. Não demonstrou a Antaq, igualmente, que faz estudo aprofundado das demandas dos exportadores e importadores brasileiros para organizar o tráfego do longo curso ou que tem esse tráfego catalogado e registrado. Com pesar, tenho que admitir que, nas diversas oportunidades que a Agência teve para se manifestar nestes autos, não conseguiu demonstrar que está havendo a regulação de direito e de fato sobre os armadores estrangeiros.

51. Restou evidente a omissão total da Agência na regulação desse tipo de transporte, sob a principal alegação de temor de afastar tais atores. Ora, o país não pode estar à mercê desse sentimento, já que não foi apresentado um estudo sério que fundamentasse tal preocupação. Como ressaltou o denunciante, o mercado brasileiro envolve todos os negócios desses armadores na América do Sul, Central e parte do Norte. É evidente que, se a Antaq estabelecesse rotas e as autorizasse de acordo com os interesses do país, tal outorga de autorização se tornaria um ativo para armadores estrangeiros. Sem dúvida, o governo precisa aumentar a competitividade da sua economia e reduzir os abusivos custos logísticos, e a Antaq tem um papel fundamental nesse desiderato.

52. Diante desse fato, considero procedente a denúncia. Como se trata de matéria tão séria e sensível para o desenvolvimento do país, é extremamente importante que se exija da Antaq um plano de ação para regular a navegação de longo curso nos portos brasileiros, alcançando, por exemplo: (i) registro de armadores estrangeiros; (ii) registro de preços de frete, THC, extra-frete e outros; (iii) estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros; e (iv) normatização de punição para omissões injustificadas de portos, entre outras ações consideradas pertinentes pela Antaq. (TCU – ACÓRDAO 1439/2016 – PLENÁRIO, n.p.)

Como descrito, o processo teve origem em uma denúncia encaminhada ao TCU. Neste contexto, cumpre explicar que a denúncia é um instituto previsto no regimento interno dos Tribunais de Contas, que pode ser realizada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

Existe também um outro instituto de controle externo denominado Representação, que só pode ser iniciado por agentes públicos, comunicando a ocorrência de irregularidades que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, como Servidores, Vereadores, Prefeitos etc.

Vejamos os artigos correspondentes do Regimento Interno do TCU:

a) Denúncia:

Art. 234. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. § 1º Em caso de urgência, a denúncia poderá ser encaminhada ao Tribunal por telegrama, fac-símile ou outro meio eletrônico, sempre com confirmação de recebimento e posterior remessa do original em dez dias, contados a partir da mencionada confirmação. § 2º A denúncia que preencha os requisitos de admissibilidade será apurada em caráter sigiloso, até que se comprove a sua procedência, e somente poderá ser arquivada após efetuadas as diligências pertinentes, mediante despacho fundamentado do relator. § 3º Reunidas as provas que indiquem a existência de irregularidade ou ilegalidade, serão públicos os demais atos do processo, observado o disposto no art. 236, assegurando-se aos acusados oportunidade de ampla defesa. § 4º Os processos concernentes a denúncia observarão, no que couber, os procedimentos prescritos nos arts. 250 a 252.

Art. 235. A denúncia sobre matéria de competência do Tribunal deverá referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, ser redigida em linguagem clara e objetiva, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade

denunciada. Parágrafo único. O relator ou o Tribunal não conhecerá de denúncia que não observe os requisitos e formalidades prescritos no caput, devendo o respectivo processo ser arquivado após comunicação ao denunciante.

Art. 236. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria. § 1º Salvo expressa manifestação em contrário, o processo de denúncia tornar-se-á público após a decisão definitiva sobre a matéria. § 2º O denunciante não se sujeitará a nenhuma sanção administrativa, cível ou penal em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé. (BRASIL, 2011)

#### b) Representação:

Art. 237. Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas da União: I – o Ministério Público da União, nos termos do art. 6º, inciso XVIII, alínea c, da Lei Complementar nº 75/93; II – os órgãos de controle interno, em cumprimento ao § 1º do art. 74 da Constituição Federal; III – os senadores da República, deputados federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem; IV – os tribunais de contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as câmaras municipais e os ministérios públicos estaduais; V – as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do art. 246; VI – as unidades técnicas do Tribunal; e VII – outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica.

Parágrafo único. Aplicam-se às representações os dispositivos constantes do § 1º e da segunda parte do § 2º do art. 234, do caput e do parágrafo único do art. 235 e dos arts. 250 a 252. (BRASIL, 2011)

Depreende-se da norma que ambos institutos seguem um rito semelhante, no qual são verificados os requisitos formais, a documentação juntada e se existe indício de prova da irregularidade. Uma

vez admitidos, o processo é instruído pela área técnica, que, simplificadamente segue o seguinte rito:

O relatório é emitido pela parte técnica, por analistas de controle externo, ou auditores de controle externo, a depender da denominação do cargo nos Tribunais de Contas é fundamental sob o ponto de vista da fundamentação técnica:

A pesquisa empírica desenvolvida demonstra que este desenho impacta diretamente no modo de controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Especificamente neste tipo de controle, o órgão principal é o órgão técnico, ou seja, os auditores, e não o Plenário. Ocorre que o relatório elaborado pelos auditores é mais do que a síntese da auditoria, mas a verdadeira motivação do controle, tendo em vista que a fundamentação dos Ministros se limita a reproduzir os argumentos técnicos apresentados no relatório. É perceptível a diferença de motivação entre os votos dos Ministros e o relatório de auditoria. A fundamentação se encontra prioritariamente nos relatórios da unidade técnica responsável, quase inexistindo explanação de motivos nos votos em si. Quando, excepcionalmente, o voto aparece bem fundamentado, o que se encontra é uma reprodução fiel dos argumentos apresentados no relatório, de modo que os Ministros não trazem, eles próprios, novos fatos, argumentos ou perspectivas sobre os casos, mas apenas seguem o posicionamento da unidade técnica. (USP, OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2019, p. 131).

Na sequência do processo, o Ministério Público de Contas emite parecer sobre o caso. Em seguida, é assegurado ao administrador (Agência Reguladora) o amplo direito ao contraditório.

Por fim, o relator profere o seu voto e submete ao Tribunal Pleno, constituído por nove Ministros no caso do Tribunal de Contas da União para analisarem em conjunto a matéria, com direito a recurso.

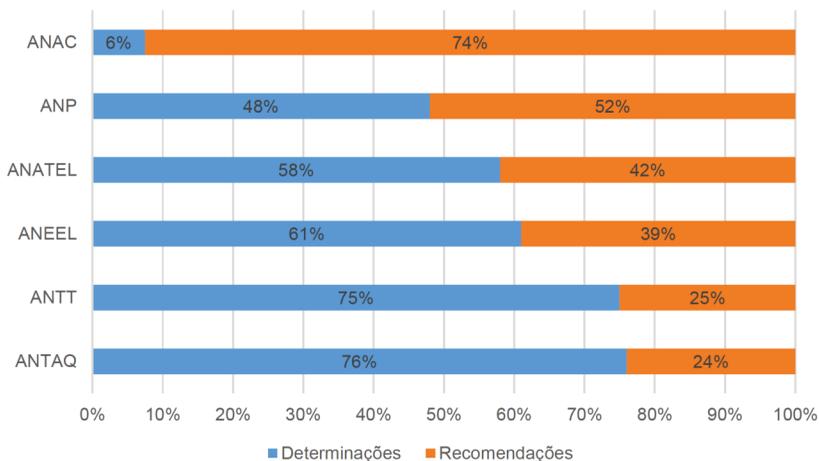
O julgamento realizado sobre as atividades das Agências Reguladoras setoriais de transporte conclui pela expedição de Recomendações e Determinações.

As recomendações não possuem comando imperativo, enquanto as determinações são emitidas com comando imperativo para o seu cumprimento.

Em ambos os casos, são procedidas auditorias posteriores para monitorar o cumprimento das recomendações e determinações, sendo que na hipótese das determinações, existe a possibilidade da imposição de sanções.

No relatório de pesquisa bianual – “*O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*” realizado pelo Observatório do Controle da Administração Pública da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2009), foi identificado que as determinações correspondem a 76% dos julgamentos relacionados à ANTAQ entre 2014 a 2017, correspondentes a 54 cominações, do total de 71 para a ANTAQ, correspondentes, por sua vez, a 11% do total de 660 cominações selecionadas pelo grupo de estudo:

Gráfico 1: Relação percentual de determinações e recomendações do TCU às Agências Reguladoras de Infraestrutura



Fonte: USP – Observatório do Controle da Administração Pública (p. 66)

Tal fato se explica, pois, repise-se, as determinações têm caráter de imperatividade e possibilitam a aplicação de multas por eventual descumprimento.

Todavia, em pesquisa intitulada “*Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*” (USP, 2017, p. 01), que embasou o supracitado estudo da USP (2019),

não houve registros de descumprimento de recomendações pela ANTAQ e, em apenas um caso, a ANTAQ descumpriu uma determinação:

Houve um único caso em que a ANTAQ manifestou, primeiramente, tentativa de adequação da decisão, convalidada em resistência à adoção das exigências impostas. Trata-se de acórdão (TCU - Acórdão nº 732/2014, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues) que abordava a preservação do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento de área portuária. Esse documento traz o monitoramento de determinações já fixadas em acórdão anterior (TCU - Acórdão nº 4.273/2010, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), mas que não haviam sido cumpridas em 2014. A peculiaridade desse conflito reside na tentativa de diálogo estabelecido pela ANTAQ com o TCU. Devido ao não cumprimento das determinações anteriormente estabelecidas, o Tribunal insistiu na cobrança por meio do monitoramento. A Agência, diante do próprio descumprimento, pleiteou a prorrogação do prazo para efetivação das exigências, o que foi aceito pelo TCU. No entanto, ao final do prazo prorrogado, as medidas ainda não haviam sido implementadas pela ANTAQ, que, então, realizou novo pedido de alongamento da data limite. Neste episódio, o TCU novamente acolheu a solicitação, mas, devido ao reiterado descumprimento, impôs novas determinações à Agência, bem como condenou o diretor em exercício da época ao pagamento de multa pecuniária. A partir de então, iniciou-se intenso diálogo, em que a Agência tentou justificar o descumprimento reiterado das determinações, de modo a inclusive apontar responsabilidade do próprio TCU pela eventual omissão em publicar documentos que vincularia a obediência da ANTAQ. Além disso, houve ainda demanda por reexame da decisão que ensejava multa pecuniária do ex-dirigente. Este único de resistência da ANTAQ às recomendações do TCU reflete preocupação pontual acerca dos prejuízos que a agência e um de seus ex-diretores podem sofrer, mas não questiona a interferência do TCU na atividade-fim da agência. No geral, tratando-se do

diálogo institucional entre ANTAQ e TCU, existe clara deferência da Agência em relação às determinações do Tribunal (TCU – Acórdão nº 1.149/2015, Rel. Min. José Múcio Monteiro). (USP, 2017, p.13-14)

De toda forma, tal análise não permite aferir que o comportamento do gestor, no caso a Diretoria das Agências Reguladoras setoriais de transporte, seria similar ante determinações e recomendações.

Ao contrário, a presunção, nos termos já expostos, é que as Determinações têm maior carga de efetividade processual justamente pelas características imperativas.

Em um precedente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC), decorrente na apreciação de Denúncia em face do descumprimento da Lei de Acesso à Informação, o Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Júnior fundamentou em voto divergente que o TCE/SC precisava expedir Determinações ao gestor para poder alcançar o resultado útil com o processo e promover o efetivo controle social:

[...] há algumas informações elencadas no presente processo que, no meu entender, devem ser obrigatoriamente divulgadas, e, portanto, passíveis de determinações e não apenas recomendações, sob pena de não se alcançar o resultado esperado com o presente processo, qual seja, o efetivo controle social e o dever de a Administração Pública prestar informações. (TCE/SC – PROCESSO DEN-14/00403070 - TRIBUNAL PLENO).

Outro aspecto consta do estudo sobre a “*Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*” (USP, 2017), ao analisar o problema relacionado ao deslocamento da competência regulatória das Agências Reguladoras para o TCU a partir da teoria da organização reputacional de Daniel Carpenter (2010). Vejamos:

A reputação institucional – conjunto de crenças sobre a capacidade de organização, intenções, história e missões de uma instituição em meio à sua audiência – é em muitos casos determinante para definir o grau de autonomia e de discricionariedade que um órgão efetivamente goza. Daniel Carpenter sugere quatro dimensões para mensurar a reputação

de uma instituição, quais sejam: reputação de performance (o órgão consegue cumprir com as suas tarefas?), reputação moral (o órgão é comprometido, flexível e honesto?), reputação procedimental (as normas procedimentais são observadas?) e reputação técnica (o órgão tem capacidade e a técnica necessária para lidar com situações complexas?). Desse modo, quanto mais sólidas forem essas facetas da reputação, maior será o grau de autonomia de ação da instituição e menores serão as limitações. (USP, 2017, p. 01)

Na conclusão deste estudo (USP, 2017), os autores concluem que o TCU efetivamente influencia a atividade das Agências Reguladoras:

Constatamos que este controle é amplo, abrangendo não apenas a estrutura organizacional das Agências Reguladoras, mas especialmente a atividade-fim por elas desempenhadas. A nossa hipótese de pesquisa se confirmou: a autonomia e a independência das Agências Reguladoras são condicionadas pelo TCU na medida em que as determinações desta instituição de controle afetam a atividade-fim das Agências e são prontamente obedecidas pelas Agências, sem maiores enfrentamentos. [...] Este modo de controle está fundado na imagem reputacional que tem o TCU das instituições: imagem reputacional negativa para as Agências Reguladoras e imagem reputacional positiva da própria instituição do TCU. [...] São os seguintes elementos que demonstram o depósito de confiança na unidade técnica do TCU em detrimento da Agência Reguladora: (i) o exercício do controle sobre a atividade-fim da Agência Reguladora não é fundamentado juridicamente, com a indicação do preceito normativo que autoriza o controle externo sobre a estruturação das Agências ou a regulação; (ii) o processo regulatório das Agências não é apreciado; (iii) as análises da unidade técnica são acatadas pelo Plenário, cuja motivação dos votos são, em geral, altamente discrepante da fundamentação exposta no relatório da unidade técnica; (iv) as recomendações elaboradas pela unidade técnica do TCU são canceladas pelo

Plenário e endereçadas às Agências Reguladoras com caráter de determinações; (v) o TCU não tem diferenciação categórica entre recomendações e determinações, o que, na prática, indica que as recomendações funcionam como efetivas determinações, com prazo e monitoramento ou acompanhamento posterior; (vi) há alta conta da participação da unidade técnica na regulação na medida em que a provocação dela, na visão do Plenário do TCU, desenvolve a regulação e a atuação das Agências Reguladoras; (vii) interpretações diferentes entre unidade técnica e Agências Reguladoras são resolvidas pelo Plenário em favor da unidade técnica, resultado, em considerável número de casos, em declaração de ilegalidade na ação ou omissão das Agências Reguladoras; e (viii) as Agências Reguladoras são altamente deferentes às recomendações do TCU, com exceção da ANEEL, sendo o diálogo institucional fraco. (USP, 2017. p.20-21).

Trata-se de uma análise interessante, pois trabalha com a reputação de dois órgãos relevantes para a Administração Pública Nacional: Agências Reguladoras e Tribunais de Contas, de forma a demonstrar que a omissão do Regulador no dever de legislar, fiscalizar e punir, enfatiza o papel do Controlador.

Tal conflito aparente, pois derivado de uma omissão do dever legal, deve ser superado pela aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público, bem como pelos princípios constitucionais da eficiência e razoabilidade, que impõe a busca constante do objetivo traçado pelo legislador maior e legitimam a intervenção.

Além das denúncias e representações, os Tribunais de Contas podem instaurar outros procedimentos de fiscalização como, por exemplo, a auditorias operacionais, sendo que supracitado estudo do Observatório do Controle da Administração Pública da USP (2019), a auditoria operacional foi reconhecida como o procedimento principal para realizar o controle da atividade das Agências Reguladoras:

As competências de controle do TCU estão expressamente definidas na Constituição Federal, em seu art. 71. O rol de competências expressas neste preceito é marcadamente extenso, reforçando a tese de fortalecimento das instituições de controle

pelo Constituinte. Estão no rol de competências constitucionais funções de fiscalização, como a verificação da regularidade de admissão de pessoal ou de aposentadoria, opinativas com a emissão de parecer prévio, a exemplo das contas do Presidente da República, julgadoras, como se verifica com o julgamento das contas dos responsáveis por bens ou valores públicos, sancionadoras, com particular disciplina da aplicação de multas, e consultivas, como a prestação de informações a pedido do Congresso Nacional. A par dessas competências, existem também aquelas intituladas pela instituição como função corretiva. Segundo o próprio Tribunal define, a função corretiva se verifica nos casos de ilegalidade ou de irregularidade de órgão ou entidade pública que predique a fixação de prazo pelo TCU para o cumprimento da lei. A função corretiva decorre diretamente do art. 71, inc. IX, da Constituição, segundo o qual é de competência do TCU “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. O mecanismo próprio de exercício dessa competência corresponde à inspeção, de ofício ou por provocação, em que fundamentalmente se faz a fiscalização do órgão ou ente público, geralmente ensejada por denúncia apresentada ao TCU. Ainda utilizando a linguagem do TCU, a Constituição também prevê a função educativa, voltada à disseminação de informações sobre a atuação do órgão e à recomendação de providências de eficiência administrativa. Assim, é a auditoria operacional o mecanismo de exercício da competência educativa por excelência, com fundamento no art. 71, inc. IV, da Constituição Federal: Art. 71, inc. IV, Constituição Federal. “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”. A interpretação que o TCU faz deste preceito, com amplo respaldo na doutrina, é que a

Constituição Federal ineditamente atribuir à Corte uma função de orientação dos órgãos e entes administrativos quanto ao modo de atuação dentro dos parâmetros da legalidade e quanto à otimização de resultados. Assim, esta nova competência atribuída pelo Constituinte de 1985/86 ao TCU se alinharia aos critérios de legalidade, legitimidade e economicidade previstos no art. 70, caput, da Constituição. O TCU depreende do art. 71, inc. IV, da Constituição, portanto, legítima competência para apreciar a atividade-fim dos órgãos e entes administrativos, ainda que detenham, por expressa previsão legal, autonomia e independência, como as Agências Reguladoras. A observação das decisões do TCU sobre as Agências Reguladoras indica que é a auditoria operacional o mecanismo mais utilizado para controlar a regulação. (USP, OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, p. 114 -115 - 116).

Por fim, em relação ao controle do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras, aduz sobre a importância de avaliar a também verificar o próprio controle do impacto regulatório:

A existência dos processos de avaliação de impacto é justificada pela necessidade de criar mecanismos capazes de mensurar a eficiência da interferência estatal nos setores regulados. Contudo, é preciso entender que a ação do Estado na regulação não se resume aos atos executados pelas agências reguladoras, outros órgãos também exercem influência significativa nos setores regulados, mesmo que indiretamente. Em outras palavras, instituições como o Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas e outros órgãos do Executivo possuem um papel relevante nesse contexto, pois a influência que exercem nas agências e em suas decisões causam impacto nos diversos interessados. Quase tudo o que foi discutido ao longo deste trabalho remete à utilização de AIR como mecanismos de avaliação do impacto de agências reguladoras, ou seja, de órgãos executivos que promovem a criação de regras, programas e ações estatais capazes de gerar efeitos positivos ou

negativos no ambiente regulado. Trata-se da aceção original do mecanismo de avaliação de impacto regulatório – o próprio nome da ferramenta remete a esse entendimento. A prática também demonstra que o uso de AIR na maioria dos países é significativamente restrito à apreciação dos atos de agências reguladoras ou entidades congêneres. É preciso atentar, no entanto, que outras entidades estatais, geralmente não abarcadas pelo conceito de reguladoras, exercem influência significativa nas ações dos órgãos reguladores e, de forma indireta, “regulam” o mercado com influência significativa na vida das pessoas. As ações das agências reguladoras são consideravelmente impactadas por decisões judiciais, ações do Ministério Público, determinações e recomendações de Comissões Parlamentares, Tribunais de Contas e órgãos de defesa da concorrência, entre outros exemplos. Assim, surge a necessidade de avaliar o impacto regulatório sob outra perspectiva – não somente aquela relacionada às ações tomadas pelo regulador stricto sensu, mas abrangendo também as decisões tomadas por outros organismos estatais capazes de exercer influência no desempenho dos setores regulados.

## 5.2 O CONTROLE SOCIAL

O controle social é a participação do cidadão no Estado nas mais variadas formas possíveis, como por exemplo, a avaliação dos serviços prestados, a realização de pedido de informações, o acesso à ouvidoria e a participação no processo de elaboração de normas.

Conforme disserta Fabrício Motta (2007, p. 248-249):

[...] interessa mais a possibilidade de participação popular na formação da vontade da Administração expressada por meio de um ato normativo: sempre que possível, deve-se possibilitar que o cidadão leve suas razões ao conhecimento da Administração, sendo previamente ouvido antes da edição de um ato normativo. A Consensualidade, como foi visto, é realidade que apresenta vantagens sobre a individualidade, sobretudo por aproximar o

cidadão da Administração Pública, permitindo atuações mais solidamente embasadas e planejadas. Nessa direção, a participação dos cidadãos nos processos decisórios e consultivos da Administração é tendência atual vinculada à diminuição da distância entre Estado e sociedade. Trata-se do rompimento clássico da dualidade radical entre Administração e cidadão – e entre autoridade e liberdade – em favor da adoção de procedimentos consensuais, que consideram a importância de coordenação entre as ações para a consecução do interesse público. Tenta-se, desta maneira, fazer com que coincidam, na maior medida possível, a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas.

Um pouco adiante, MOTTA (2007, p. 251-253) explica:

Em todas as situações, a observância de determinadas formalidades traz consigo a vantagem de limitar a vontade subjetiva dos agentes. Não obstante, as normas formadas mediante procedimento que admite a colaboração do cidadão possuem, inegavelmente, melhor conteúdo em razão do acúmulo de informações efetivado. Pode-se também imaginar que a participação refletirá na eficácia da norma, pois o cidadão certamente acatará com maior decisão uma norma elaborada com a sua colaboração. Interessa a este estudo propugnar por uma participação efetiva no procedimento de elaboração normativa, mediante os diversos instrumentos possíveis. Por participação efetiva entende-se aquela que não é ilusória ou forjada para legitimar o que já estava, de antemão, decidido. [...] Nesta linha de raciocínio, é necessário não somente promover e estimular a participação, como oferecer condições para que o cidadão possa, de fato, levar suas contribuições ao conhecimento da Administração. A via do estímulo, pois, é de mão dupla: a colaboração efetiva alimenta a disposição participativa. Eis a figura do cidadão que manifesta sua vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza

individual, mas de ordem coletiva ou difusa. É o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar a sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas. É o cidadão responsável, conhecedor de seu compromisso social de intervir na esfera estatal, visando com que as decisões dela emanadas possam ajustar-se o mais possível com a realidade social. É o cidadão cooperador, que almeja não ser visto como intruso ou estranho na organização administrativa, mas como o seu principal colaborador. Enfim, é o cidadão participante, que assume posturas pró-ativas perante uma Administração pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade.

Esse é o problema aqui direcionado ao processo de elaboração de normas de transporte, no qual a assimetria de informação existente entre o prestador de serviço e o usuário, somado com a omissão da ANTAQ e a pressão dos grupos de interesse que procuram retirar a legitimidade da ANTAQ.

As soluções não são tão claras, pois o que existe são instrumentos para minimizar os efeitos deletérios do poder econômico e do desvio do interesse público, que precisam ser utilizados, além da efetiva atuação da ANTAQ e demais Agências Reguladoras para regular o setor e a criação de Associações para fortalecer e organizar a atuação dos usuários.

## 5.3 ESTUDO DE CASO: AUDIÊNCIA PÚBLICA ANTAQ Nº 13/2018

### 5.3.1 Apresentação

No final do ano de 2018, a ANTAQ promoveu a Audiência Pública nº 13/2018 para obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta de norma que dispõe sobre a participação social nas decisões da ANTAQ, por meio de Audiências Públicas, Consultas Públicas, Reuniões Participativas, Tomadas de Subsídio e Consultas Internas.

Trata-se de uma iniciativa louvável para o aprimoramento da proposta de norma, pela qual recebeu contribuições eletrônicas e também em audiência física.

### 5.3.2 Análise da proposta de norma

Sobre a norma, o art. 2º da proposta traz uma série de definições para promover a participação social:

(i) Audiência Pública:

I - Audiência Pública: mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais; (BRASIL, 2018)

(ii) Consulta Interna:

II - Consulta Interna: mecanismo participativo que tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da Agência; (BRASIL, 2018)

(iii) Consulta Pública:

III - Consulta Pública: mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação; (BRASIL, 2018)

(iv) Reunião Participativa:

IV - Reunião Participativa: mecanismo participativo utilizado para construção do conhecimento sobre dado tema e para o desenvolvimento de propostas, aberto ao público ou, a critério da ANTAQ, restrito a convidados, que possibilita participação oral ou escrita em discussões presenciais, sobre matéria definida pela Agência; (BRASIL, 2018)

(v) Sistema de Participação Social - SIPAS:

V - Sistema de Participação Social - SIPAS: sistema disponível no sítio da ANTAQ para recebimento de contribuições; (BRASIL, 2018)

(vi) Sistema de Controle de Leilões e Audiências - SCLA:

I - Sistema de Controle de Leilões e Audiências - SCLA: sistema disponível no sítio da ANTAQ para o recebimento de contribuições no caso de minutas de editais e contratos de licitações para outorgas; (BRASIL, 2018)

(vii) Tomada de Subsídio:

VII - Tomada de Subsídio: mecanismo participativo utilizado para a construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas, que, a critério da ANTAQ, pode ser aberto ao público ou restrito a convidados, e que possibilita aos interessados o encaminhamento de contribuições por escrito à Agência sobre matéria definida pela ANTAQ, em momento diverso da sessão presencial. (BRASIL, 2018)

Estes são os institutos e mecanismos que a ANTAQ propõe para promover a participação social, com os seguintes objetivos dispostos no art. 3º:

I - colher sugestões e contribuições para subsidiar o processo decisório da ANTAQ e a edição de atos normativos;

II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;

III - identificar, de forma ampla, os aspectos relevantes à matéria sob análise regulatória;

IV - ampliar a legitimidade dos atos normativos e decisórios emitidos pela ANTAQ; e

V - dar publicidade à ação da ANTAQ. (BRASIL, 2018)

Na sequência, a norma dispõe no art. 4º que deverá ser aberto período de Consulta Pública sempre que realizada a Audiência Pública.

O art. 5º determina que as “*Reuniões Participativas, as Tomadas de Subsídio e as Consultas Internas poderão, a critério da ANTAQ, ter por objeto a mesma matéria e ser realizadas de forma simultânea*” (BRASIL, 2018), otimizando o tempo e tornando o processo mais eficiente.

O art. 6º expressamente afirma que “*as sugestões e contribuições recolhidas durante o processo de participação social têm caráter consultivo e não vinculante para a ANTAQ*” (BRASIL, 2018). De fato, como ressalta PALMA (2014, p. 419) embora motivada, a decisão sobre acatar as sugestões é discricionária do Poder Público:

É discricionária a decisão do Poder Público em aproveitar para aprimoramento da proposta de regulamento, ou não, as contribuições apresentadas em consulta pública. A incorporação de sugestões provenientes dos administrados pode ter os mais variados ímpetos, como melhorar alguma técnica regulatória, contemplar categorias de interessados que não estavam previstos originalmente no texto normativo ou reduzir a litigiosidade ao mudar algum ponto controverso da minuta. Todavia, a fase de participação administrativa não se destina unicamente ao ato normativo em construção. A abertura de canais de diálogo no âmbito do processo administrativo normativo também pode se voltar a recolher informação que o Poder Público considere relevante para a condução de sua política sobre uma determinada questão, bem como estabelecer uma relação de confiança legítima com os particulares. Assim, seja porque o agente competente para a elaboração normativa é a Administração Pública, seja porque a participação pode ter finalidades outras que não apenas o aperfeiçoamento da norma final, a assimilação das contribuições ao conteúdo do ato normativo final é uma faculdade administrativa. De qualquer modo, a decisão do Poder Público sobre o destino das contribuições deve ser devidamente motivada no Relatório de Consulta Pública.

Os artigos 8º a 12 dispõe sobre o registro e divulgação das contribuições colhidas, criando um registro formal, inclusive com a gravação e degravação das reuniões, útil para fins de pesquisa interpretativa para aplicação da norma.

Os artigos 13 ao 18 tratam da divulgação dos eventos.

O art. 19 dispõe sobre as Audiências Públicas, tornando obrigatória a sua realização nos casos de “*iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria que afetem os direitos de agentes econômicos e usuários*” (BRASIL, 2018), bem como para:

- I - minutas de atos normativos que afetem os direitos de agentes econômicos e usuários;
- II - minutas de editais e de contratos de licitação de outorgas; e
- III - outras situações decisórias previstas em regulamento específico da ANTAQ. (BRASIL, 2018)

Por sua vez, o art. 20 dispõe que a realização de Audiência Pública não terá caráter obrigatório para os seguintes casos, dentre outros:

- I - propostas de alterações formais em normas vigentes;
  - II - propostas de alterações em norma que não restrinja direitos de agentes econômicos ou de usuários dos serviços de transporte;
  - III - consolidação de normas;
  - IV - pesquisas e estudos preliminares visando embasar os planos de outorga;
  - V - edição ou alteração de normas que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais;
  - VI - edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANTAQ; e
  - VII - atos normativos de efeitos concretos, voltados a disciplinar situação específica e que tenham destinatários individualizados.
- Parágrafo Único Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, a ANTAQ poderá decidir pela realização de Audiências Públicas sempre que entender conveniente. (BRASIL, 2018)

No pertinente ao processo normativo, verifica-se que a ANTAQ utilizou o critério da destinação da norma para exigir a audiência pública. Ou seja, para normas de caráter geral, exige-se a realização de audiência. Mas, para normas que tenham destinatários individualizados, a audiência, em regra, não é obrigatória.

O art. 21 consagra a competência da Diretoria para aprovar a realização de audiências públicas. O art. 22 dispõe sobre a possibilidade de realizar mais de uma sessão presencial para permitir a participação social. Os arts. 23 ao 28 dispõem sobre os procedimentos.

O art. 29 dispõe sobre as Consultas Públicas e determina que *“quando a matéria em causa envolver assunto de interesse geral que deva ser submetido à participação da sociedade, a ANTAQ poderá realizar Consultas Públicas para recebimento de contribuições”*. (BRASIL, 2018)

Os arts. 30 a 32 dispõem sobre a competência e procedimentos para realizar as Consultas Públicas.

Os arts. 33 e 34 tratam das Reuniões Participativas presenciais, em sessões abertas ao público ou restrita a convidados, definidos como *“atores identificados pela ANTAQ como importantes para o desenvolvimento das matérias em discussão”*,

O art. 35 trata das Tomadas de Subsídio, pela qual a ANTAQ poderá *“solicitar ao público em geral ou a convidados o encaminhamento de contribuições por escrito sobre matéria objeto de discussão na ANTAQ, em momento diverso da sessão presencial”* (BRASIL, 2018) para auxiliar o processo decisório.

O §1º do art. 35 dispõe que as Tomadas de Subsídios restritas a convidados serão orientadas a atores identificados pela ANTAQ como relevantes para o desenvolvimento das matérias em discussão.

Por fim, o art. 36 trata das Consultas Internas para obter manifestações e contribuições orais ou escritas dos servidores da Agência sobre temas em discussão, estabelecendo que a iniciativa poderá partir dos *“Diretores, das Superintendências ou das Gerências da ANTAQ, que definirão o prazo para recebimento das contribuições”*. (BRASIL, 2018)

Estas últimas iniciativas estão consentâneas com o gerenciamento de *stakeholders*, chamando tanto o público interno, formado por servidores que lidam com os problemas diários e podem colaborar no aspecto da AIR e no aprimoramento processual das normas, quanto especialistas externos.

### 5.3.3 Análise das Contribuições recebidas

Das contribuições recebidas pela ANTAQ e publicadas no site, destacam-se as seguintes para proceder à análise<sup>8</sup>:

(i) Sobre o art. 1º, *caput*:

Norma proposta:

Art. 1º Este Regulamento tem por objeto estabelecer procedimentos para a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ. (BRASIL, 2018)

A única contribuição foi realizada pela Associação Brasileira dos Terminais Portuários (ABTP), dissertando sobre a importância de implementar a AIR nos procedimentos da ANTAQ. Vejamos trecho da contribuição, sendo que a íntegra está disponível para consulta no site da ANTAQ:

*Contribuição 64*

Contribuinte: Associação Brasileira dos Terminais Portuários

Data de Cadastro: 20/11/2018 17:59:20

Contribuição Geral

Justificativa para alteração: I. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4. Em que pese o papel atribuído pela Lei nº 10.233/2001 à ANTAQ para a elaboração e edição de normas e regulamentos, deve-se registrar a cautela necessária à tarefa de regulamentação, especialmente quando se cogita da imposição de novas obrigações aos entes regulados. Isso porque, ao se gerar ônus novos à atividade econômica desempenhada por terminais portuários, a Agência pode impactar toda a cadeia produtiva, sendo crível a ocorrência de impactos negativos não antecipados pelo regulador. [...]12. Ainda que os mecanismos existam e possam ser usados para viabilizar a participação desses atores, a proposta

---

<sup>8</sup> Até o dia 24 mar. 2019, quando o texto da dissertação foi finalizado, a ANTAQ não publicou a análise das contribuições recebidas na Audiência Pública nº 13/2018, bem como não publicou a minuta da proposta de norma definitiva.

da Agência não contempla o AIR como um mecanismo imprescindível e que deve ser efetivamente realizado – seguindo os devidos passos e respeitando as orientações nacionais e internacionais. 13. A ABTP compreende, portanto, que não é apenas recomendável, mas cogente, a realização de efetiva e fundamentada análise prévia de impacto regulatório da proposta das normas propostas pela Antaq, especialmente quanto à identificação e consulta aos agentes e grupos afetados pelo problema regulatório. (ABTP, 2018, n.p.):

Sobre a regulamentação da AIR pela ANTAQ, não há conhecimento de projeto de norma para formalizar o procedimento. Apenas o PL nº 6.621/2016, em trâmite na CD tem perspectiva concreta de tornar a AIR uma ferramenta obrigatória para todas as Agências Reguladoras setoriais de transporte.

De toda forma, por se tratarem de institutos diversos, a posição da pesquisa é que esta norma sobre participação social não precisa incluir a AIR, deixando a sua regulamentação para norma específica, como é o caso da ANTT, que, repise-se, regulou a matéria pela Deliberação nº 85/2016.

Sobre o momento processual para o usuário manifestar em sede de AIR, é relevante anotar que antes da realização de abertura para participação social por meio dos institutos e mecanismos disciplinados nesta proposta, a AIR, bem como documentos técnicos já estejam disponíveis para consulta.

De toda forma, não há prejuízo se a ANTAQ não publicar o texto definitivo, desde que oportunize ao administrado mais de uma manifestação.

(ii) Sobre o art. 2º, II:

*Norma proposta:*

II - Consulta Interna: mecanismo participativo que tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da Agência; (BRASIL, 2018)

A única contribuição foi realizada pelo Ministério da Fazenda:

Contribuinte: Ministério da Fazenda  
Data de Cadastro: 20/11/2018 11:03:04  
Redação proposta:

A Seprac sugere que a Antaq reavalie a manutenção deste mecanismo na presente proposta.

Justificativa para alteração:

Entende-se que a definição de Consulta Interna não se enquadra no art. 1º da minuta apresentada, in verbis: “Este Regulamento tem por objeto estabelecer procedimentos para a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ”. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, n.p.)

Diverge-se da proposta, pois ao contrário do asseverado, embora a norma trate da participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da ANTAQ, um dos grandes problemas nas Agências Reguladoras setoriais de Transporte é justamente o caráter político do corpo de Dirigentes que destoa muitas vezes de um corpo técnico que, à princípio, está isento de pressões políticas externas, conforme foi visto no Capítulo 4, item 4.2., que tratou do Novo Marco das Agências Reguladoras.

Portanto, sustenta-se que realizar Consultas Internas para ouvir os servidores é válido e colabora para o aperfeiçoamento da norma no aspecto processual e na AIR (dada a experiência dos servidores com os problemas concretos que possam surgir), como também pode criar uma cultura de participação dos servidores no processo de tomada de decisão, com benefício à Instituição.

Por fim, destaca-se que a crítica veio de um órgão do Ministério da Fazenda, o que demonstra a existência de um monitoramento válido e elogiável pelo Poder Executivo.

Sobre o tema, vale reproduzir o estudo de PALMA (2014, p. 393):

Durante o desenvolvimento do processo administrativo normativo o Poder Público poderá, eventualmente, tomar contato com outros órgãos ou entes públicos e particulares, quer estes apresentem a condição de interessados ou não. Seria ilusório imaginar que essas comunicações não existem na prática da gestão pública. Ademais,

as comunicações estabelecidas entre Administração Pública e terceiros não ocorrem à margem do Direito, pelo contrário, são elas previstas no ordenamento jurídico. A Lei de Organização da Presidência da República e dos Ministérios, por exemplo, determina que a Casa Civil seja o centro de coordenação e integração das ações de governo, o que pressupõe, por certo, a realização de comunicações governamentais entre a Casa Civil e os vários órgãos e entes estatais não independentes da Administração federal. Também a Lei Federal de Processo Administrativo prevê em seu art. 35 a possibilidade de realização de audiência em reunião conjunta entre órgãos e entes públicos. O ponto aqui sustentado é que essas comunicações são salutares à qualidade do ato normativo final, pois a instrução do processo administrativo normativo se torna mais robusta. É imprescindível, porém, que essas comunicações sejam processualizadas. Desse modo, quando se fizer necessário ouvir outros órgãos e entes estatais sobre a matéria em discussão no processo administrativo normativo, para fins de instrução, da audiência em reunião conjunta, deve-se lavrar ata para juntada nos autos do processo.

(iii) Sobre o art. 2º, IV:

Norma proposta:

IV - Reunião Participativa: mecanismo participativo utilizado para construção do conhecimento sobre dado tema e para o desenvolvimento de propostas, aberto ao público ou, a critério da ANTAQ, restrito a convidados, que possibilita participação oral ou escrita em discussões presenciais, sobre matéria definida pela Agência; (BRASIL, 2018)

Foram apresentadas duas contribuições semelhantes efetuadas pela Associação de Terminais Portuários Privados (ATP) e pela ABTP:

Contribuição 49

Contribuinte: Associação de Terminais Portuários Privados

Data de Cadastro: 20/11/2018 10:34:59

Justificativa para alteração:

A proposta tem como objetivo central estabelecer distinções entre os mecanismos de participação, atribuindo a cada um deles um papel específico na Participação e Controle Social. Assim, cabe direcionar e restringir a realização das Reuniões Participativas e Tomadas de Subsídios para o seu objetivo, qual seja, a obtenção de dados e informações técnicas e redução da assimetria de informações. Entende-se que, para esses mecanismos mais técnicos, abrir ao público em geral pode trazer complexidade e morosidade desnecessárias ao processo, sem ganhos equivalentes que possam contribuir efetivamente para a qualidade desses processos regulatórios. Por outro lado, há a disposição da Agência outros mecanismos a servir como fórum mais amplo para ouvir a sociedade em geral, as Consultas Públicas e Audiências Públicas. Parece-nos que as sugestões propostas tornarão a participação mais transparente, efetiva e eficiente, trazendo ganhos para todos os envolvidos e atingidos pela regulação da ANTAQ. (ATP, 2018, n.p.)

Contribuição 65

Contribuinte:

Associação Brasileira dos Terminais Portuários

Data de Cadastro: 20/11/2018 17:59:20

Justificativa para alteração:

A proposta tem como objetivo central estabelecer distinções entre os mecanismos de participação, atribuindo a cada um deles um papel específico na Participação Social. Assim, cabe direcionar a realização das Reuniões Participativas e Tomadas de Subsídios para o seu objetivo, qual seja, a obtenção de dados e informações técnicas e redução da assimetria de informações. Entende-se que, para esses mecanismos mais técnicos, a Agência deve avaliar a conveniência e oportunidade de abrir ao público em geral ou restringir os participantes a fim de que possam contribuir efetivamente para a qualidade do processo regulatório e de seu produto final. Por fim, as sugestões propostas tornarão a participação mais transparente, efetiva e eficiente, trazendo

ganhos para todos os envolvidos e atingidos pela regulação da ANTAQ. (ABTP, 2018, n.p.)

Diverge-se da proposta acima, pois embora seja válida a justificativa para a alteração, sob o argumento que existe a possibilidade de *“trazer complexidade e morosidade desnecessárias ao processo, sem ganhos equivalentes que possam contribuir efetivamente para a qualidade desses processos regulatórios”* (ATP, 2018, n.p.), há que se considerar que a norma fala em decisão discricionária da ANTAQ para abrir o convite ao público.

Desta forma e considerando a implementação de novos mecanismos de participação, defende-se redação proposta possa ser mantida para que a ANTAQ consiga trazer novos atores para o debate técnico.

Dos princípios que conformam a Teoria Geral da participação social, depreende-se que a via de debate e contribuições precisa ser ampla para poder construir uma nova relação processual e apenas deve ser restringida nas hipóteses de efetivo e comprovado prejuízo.

(iii) Sobre o art. 9º:

Norma proposta:

Art. 9º Deverá ser elaborado documento único contendo o posicionamento da área técnica ou da comissão de licitação, conforme o caso, sobre o acatamento ou rejeição, devidamente justificados, das críticas e contribuições apresentadas tanto na Audiência Pública quanto na Consulta Pública. (BRASIL, 2018)

A ATP fez a seguinte contribuição:

Contribuição 68

Contribuinte: Associação Brasileira dos Terminais Portuários

Data de Cadastro: 20/11/2018 17:59:20

Justificativa para alteração:

É importante assegurar o devido processo administrativo, especificamente quanto à possibilidade de que o público que se manifestou em Audiência Pública e que submeteu contribuições em Consulta Pública possa conhecer a justificativa apresentada pela área técnica antes de decisão final sobre o assunto. Essa proposta

permite que aqueles que tenham seus argumentos rechaçados pelo corpo técnico possam pleitear eventual reunião participativa ou, até mesmo, submeter nova manifestação no processo antes que venha a se consolidar a decisão da agência. O processo se torna mais colaborativo e a Diretoria Colegiada poderá tomar uma decisão com mais fundamento e que tenha privilegiado a efetiva oitiva dos atores essenciais e afetados pelo problema regulatório. A proposta, portanto, fortalece e preserva o devido processo administrativo - na forma da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo - e dá à decisão maior legitimidade. (ABTP, 2018, n.p.)

Como visto no desenvolvimento da dissertação, o processo administrativo normativo deve ser desenvolvido de forma a permitir a participação dos administrados de forma colaborativa, com a oitiva dos atores essenciais, afetados pelo problema regulatório para que a decisão possa ser legítima.

(iv) Sobre o art. 13, §1º:

Norma proposta:

§1º Os avisos que tratem das Audiências Públicas ou das Consultas Públicas serão divulgados pela Internet no endereço eletrônico da ANTAQ e publicados no Diário Oficial da União - DOU, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis, no caso de Audiências Públicas, exceto quando se tratar de licitações de outorgas, que deverão obedecer os prazos previstos na legislação específica. (BRASIL, 2018)

A Associação Brasileira da Indústria Química – Abiquim sugere o aumento do prazo para 15 dias, pois é o prazo mínimo para adequação de agendas e vigens.

O pedido de aumento do prazo é razoável e, à princípio, não traz qualquer prejuízo.

(v) Sobre o art. 17, *caput*:

Norma proposta:

Art. 17 As Reuniões Participativas e as Tomadas de Subsídio, quando restritas a convidados, serão divulgadas mediante convites individuais a pessoas

físicas e jurídicas selecionadas pela ANTAQ, a seu critério.

A ABTP solicitou que a ANTAQ exponha a motivação para as hipóteses de restringir a participação a convidados pré-selecionados:

A proposta visa garantir adequação e sistematização do artigo 17 com o texto do §1º dos artigos 33 e 35. A seleção dos atores, quando as Reuniões Participativas e Tomadas de Subsídios forem restritas a convidados, devem estar minimamente motivadas pela identificação dos atores definidos como importantes para o desenvolvimento das matérias técnicas em discussão. (ABTP, 2018, n.p.)

A proposta é válida, pois todos os atos administrativos devem ser motivados. Desta forma, para fins de transparência e para buscar o aprimoramento do processo administrativo normativo, é importante a motivação da escolha, bem como a divulgação de informações sobre o currículo.

#### 5.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO

Os precedentes do TCU demonstram que o controle externo das Agências Reguladoras setoriais de transporte tem características próprias, com evidente intervenção ante a omissão das atividades típicas de regular, fiscalizar e punir. Os precedentes demonstram ao usuário que os seus direitos têm uma salvaguarda dentro da estrutura do Estado.

Por sua vez, o controle social retrata a evolução a importância do usuário e dos cidadãos para a evolução das Instituições, confirmando que o controle externo caminha junto com o controle social. A análise da proposta de norma para regular a participação social na ANTAQ expõe de forma material que o caminho para legitimar o processo depende da participação dos atores.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito é a alternativa que o mundo concebeu contra a força bruta. Em lugar de guerras ou duelos, debates públicos; em vez de armas, ideias e argumentos. A nossa profissão consiste em transformar emoções em palavras, interesses em razão, em busca do que é certo, do que é justo, do que é legítimo.

Luís Roberto Barroso.

A face mais real dos problemas de transporte é sentida pelo usuário e pelos cidadãos, vítimas do trânsito assassino, das estradas deterioradas pelo excesso de carga, das normas que permitem os motoristas realizar jornadas extraordinárias de trabalho, da falta de logística e alto custo para empreender por meio da mobilidade social e do transporte nos mais diversos modais, da constante captura do interesse público e omissão do Estado ao não legislar, fiscalizar e punir os administrados adequadamente.

Por fim e, principalmente, o usuário é vítima e, de certa forma, culpado pela omissão individual e coletiva decorrente da falta de investimento do Estado em cultura e da falta de comprometimento com o seu futuro e desenvolvimento do país, ao não saber cobrar e ter conhecimento para exercer o controle social.

Neste ponto, apesar da afirmação, há que se fazer uma ponderação pelo senso comum de justiça, pois como as Instituições do Estado já se mostraram insuficientes para conseguir cumprir o seu papel, o incentivo para a participação social busca conscientizar e capacitar o usuário, sem puni-lo.

Portanto, a culpa pelas mazelas sociais e a deficiente infraestrutura do país não podem ser colocadas no cidadão. Ao contrário, o propósito desta pesquisa é apresentar instrumentos e mecanismos que possibilitem a efetiva participação do usuário e do cidadão nas políticas públicas e nos projetos de transporte a partir da elaboração das normas que o viabilizam.

Na introdução da pesquisa, o problema identificado foi a ineficácia da regulação realizada pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte (ANTT e ANTAQ), decorrente, em parte, da inefetividade do processo de elaboração de normas de transporte pelas Agências Reguladoras por não promoverem a adequada participação do usuário.

As evidências extraídas da doutrina e dos julgados do Tribunal de Contas da União apresentam o estado atual da atividade regulatória pelo

qual as Agências Reguladoras setoriais de transporte não cumprem a função para as quais foram instituídas.

A pesquisa permite relacionar a ineficácia da regulação realizada pelas Agências Reguladoras setoriais de transporte com a inefetividade processual decorrente de um processo administrativo normativo ilegítimo, caracterizado pela assimetria de participação do usuário.

Com ênfase no aspecto jurídico, a pesquisa buscou compreender a formatação constitucional da matéria, pois a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) é a lei maior, que ilumina todo o ordenamento jurídico.

Neste aspecto, registra-se que a primeira evidência do problema surge logo na leitura do preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quando o Constituinte anuncia a pretensão de instituir um Estado Democrático, no qual o povo, por força do parágrafo único do art. 1º (BRASIL, 1988), detém o poder e o exerce diretamente ou por meio de representantes.

Nos termos desta norma de eficácia plena, é seguro aferir que todos os desvios do interesse público, bem como a captura deste interesse público efetuada em qualquer processo administrativo, violam a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Prosseguindo na pesquisa, o Capítulo 2 demonstrou que tanto o usuário, quanto o Estado, sofrem com a captura do interesse público, porque o Estado torna-se ineficiente e pouco atrativo, não conseguindo efetivar os projetos de infraestrutura de transporte de maneira adequada.

Do ponto de vista do direito processual, fica evidente a ilegitimidade processual decorrente da inadequada participação do usuário, violando o princípio do devido processo legal, bem como o direito constitucional de participação social.

A proposta de solução iniciada no Capítulo 3 e consentânea com o objetivo geral da pesquisa, demandou a análise do processo de elaboração de normas na ANTAQ sob a ótica do processo administrativo democrático e participativo.

Ficou comprovado pela doutrina e pelos julgados do TCU que as Agências Reguladoras ainda não têm um padrão adequado para o desenvolvimento do processo administrativo normativo democrático e, portanto, não conseguem oportunizar ao usuário a justa participação.

Todavia, foi possível depreender que a Academia e o Estado já têm a exata ciência que a evolução institucional depende do aperfeiçoamento do processo de elaboração de normas, com a implantação de processos eletrônicos e a implementação da participação social.

Na sequência, o Capítulo 4 apresentou os institutos e mecanismos elaborados após a criação das Agências Reguladoras, que permitiram instituir os valores da transparência, governança e legitimidade da defesa de interesses como institutos permanentes para assegurar a participação democrática.

Procedeu-se à análise do PL 6.621/2016 (CD – PL6.621/16, 2016) – novo Marco Legal das Agências Reguladoras que, espera-se, seja aprovado, para trazer uniformidade de estrutura e procedimentos para todas as Agências Reguladoras setoriais de transporte, como, por exemplo, a implementação da AIR e participação social de forma permanente.

No Capítulo 5, foi evidenciada a relevância do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União para romper a anemia das Agências Reguladoras setoriais de transporte e assegurar as finalidades para as quais foram criadas e, por consequência, o seu avanço institucional.

As evidências colhidas pelos julgados da Corte de Contas da União podem ser utilizadas por simetria pelas Cortes de Contas dos Estados, do Distrito Federal e do(s) Municípios, pois o controle externo é fundado na simetria entre a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e as Constituições dos Estados.

As análises da ética e governança, que iluminam a atividade administrativa eficiente, precisam ser analisadas permanentemente para garantir a legitimidade das Instituições e o desenvolvimento íntegro dos seus processos.

Cumpra também ao legislador e ao administrador, aplicador da lei, incentivar não apenas a participação do usuário no processo de elaboração de normas, mas também o controle social, pois o usuário, assim como o cidadão, tem o direito de opinar a respeito de qualquer medida que possa afetar a sua vida ou atividade.

Registre-se, assim, que o controle social é a melhor oportunidade para estruturar a mudança cultural de toda a sociedade brasileira em prol de um país melhor, que possa convergir para aprimorar as Instituições e trabalhar para resultados efetivos.

De toda forma, embora esta seja uma meta viável, conseguir que o usuário invista o seu tempo na construção de normas e políticas é um desafio cultural que o Estado e a sociedade organizada precisam empreender a longo prazo.

Por isso, é importante que o Estado procure alternativamente desenvolver o uso de dados obtidos via *big data* e inteligência artificial a

partir dos evidências concretas dos processos e reclamações apresentadas para extrair a vontade do usuário e encontrar as melhores opções regulatórias para o desenvolvimento da infraestrutura de transportes.

Por fim, o estudo de caso efetivado é uma ilustração real, pela qual, o regulador, no art. 3º da proposta de norma apresentada pela ANTAQ na Audiência Pública nº 13/2018 (ANTAQ, 2018), expressamente vinculou a legitimidade processual à efetiva participação social no processo de elaboração de normas.

Ante o exposto, a pesquisa permite concluir que a regulação da infraestrutura brasileira precisa ser submetida a uma nova arquitetura processual, com respeito ao direito de participação social desde a concepção do processo de elaboração de normas de transporte até o controle posterior da aplicação da norma.

A chave para resolver os problemas reais da infraestrutura de transportes do país passa por soluções multidisciplinares, que demandam o conhecimento e atuação prática por equipes interdisciplinares, formada por profissionais alinhados em soluções implementáveis.

Do ponto de vista institucional, o Brasil, enquanto Estado e não apenas governo, precisa trabalhar a sua reputação, a marca Brasil, para demonstrar possuir a capacidade de atrair e manter investimentos nos projetos de transporte a longo prazo.

Conforme foi desenvolvido, um projeto de infraestrutura de transporte efetivado com balizas democráticas é uma externalidade positiva que refletirá nos setores público e privado, alcançando o objetivo constitucional de desenvolvimento do país e assegurando o direito social e também o direito econômico dos usuários e cidadãos brasileiros.

Em nível de conclusão, é possível afirmar que o usuário, munido do conhecimento dos instrumentos jurídicos e mecanismos legais, poderá participar do processo de elaboração de normas, defender os seus direitos e exercer o controle social para fiscalizar o cumprimento das normas.

Quando este fato ocorre, o usuário preenche a lacuna da omissão estatal e permite que o Estado se proteja da captura do interesse público, tornando a regulação eficaz, pois o regulador terá melhores condições de buscar o interesse público na confecção da norma.

Tal fato confirma a hipótese ao demonstrar que o estudo dos principais aspectos do processo de elaboração de normas da ANTAQ contribui para reduzir a ineficácia da regulação setorial de transportes e consequentemente atingir os objetivos do legislador para as Agências Reguladoras setoriais de transporte.

Este caminho, que consiste no processo de elaboração de normas de transporte, exige, para ser legítimo e alcançar o interesse público, a

efetiva participação do usuário e de todos os atores que são potencialmente atingidos pela regulação, tornando a regulação setorial de transportes mais eficaz.



## 7 ESTUDOS FUTUROS

Para estudos futuros a partir desta pesquisa, sugere-se:

1) **Tema 1:** Estudo da análise e utilização de dados pelo Governo.

**Justificativa:** O maior interessado em promover a regulação de forma eficaz é o próprio Estado, que tem a maior riqueza de dados, existindo campo de pesquisa para estudo das evidências da utilização eficiente dos dados e quais os mecanismos podem ser utilizados para otimizar a análise dos dados via *big data* e inteligência artificial.

2) **Tema 2:** Estudo dos aspectos de *compliance* e governança dentro de um projeto específico de infraestrutura de transportes.

**Justificativa:** A análise dos aspectos de *compliance* e governança, por meio de um caso prático pode trazer grandes contribuições para a Academia e o mercado profissional.

3) **Tema 3:** Estudo da competência, alcance e efeito das decisões do Tribunal de Contas da União no controle externo das Agências Reguladoras setoriais de transporte. A busca por órgãos de controle, como o TCU, para que faça a Regulação.

**Justificativa:** A atuação do TCU no controle externo das Agências Reguladoras merece ser objeto de estudo aprofundado, principalmente porque como demonstrado, ante a omissão das Agências Reguladoras, o TCU determinou os grandes avanços nos direitos do usuário.



## REFERÊNCIAS

**A CULTURA do medo.** Editorial do Estadão. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,a-cultura-do-medo,70002782184>>. Acesso em: 8 abr.2019.

ALEMMANO, Alberto. *Lobbying for change: find your voice to create a better society*, Icon Books ltd. 2017.

**Análise e Avaliação do papel das Agências Reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro.** Disponível em: <[http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao\\_das\\_agencias\\_reguladoras\\_-\\_casa\\_civil.pdf](http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2018.

AZEVEDO, Henrique Sampaio de. **A legitimidade institucional da estrutura regulatória brasileira pós-88** / Henrique Sampaio de Azevedo. – 2017. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23924/Legitimidade%20Regulatória%20-%20Henrique%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BAGATIN, Andreia Cristina. **O problema da captura das Agências Reguladoras independentes.** Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral de Direito. 2010.

BARRETO, Davi Ferreira Gomes. **Avaliação de impacto do controle externo do Tribunal de Contas da União na regulação de infraestrutura.** Dissertação de mestrado em Regulação e Gestão de Negócios – Universidade de Brasília (UNB), 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito, as Emoções e as Palavras. Disponível em:< [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/o\\_direito\\_as\\_emocoes\\_e\\_as\\_palavras.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/o_direito_as_emocoes_e_as_palavras.pdf)>. Acesso em 24 mar. 2019.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”**, in: RDPE 2, abr./jun. 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Agenda regulatória: proposta biênio 2016-2017**. [2017]. Disponível em:<<http://www.antaq.gov.br/Portal/AgendaRegulatoria/pdf/AgendaRegulatoria.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. ANTAQ. **Resolução Normativa nº 18/2017**. Aprova norma que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas.

\_\_\_\_\_. ANTAQ. **RESOLUÇÃO Nº 3.585 – ANTAQ, DE 18 DE AGOSTO DE 2014. APROVA O REGIMENTO INTERNO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ**. Disponível em:<<http://portal.antaq.gov.br/index.php/institucional/regimento-interno>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. ANTAQ. **RESOLUÇÃO nº 2448 ANTAQ**, de 16 de ABRIL de 2012. ANTAQ. APROVA O REGULAMENTO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS.. Disponível em:<<http://hml.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000005664.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. ANTAQ. **Audiência Pública nº 13/2018**. Obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta de norma que dispõe sobre a participação social nas decisões da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ por meio de Audiências Públicas,

Consultas Públicas, Reuniões Participativas, Tomadas de Subsídio e Consultas Internas. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/audiencia-publica-2/audiencia-publica-no-132018/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Análise de Impacto Regulatório.** Disponível em: <[http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/2427/Analise\\_de\\_Impacto\\_Regulatorio\\_\\_AIR\\_Nivel\\_1.html](http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/2427/Analise_de_Impacto_Regulatorio__AIR_Nivel_1.html)>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.132, de 1990.** Dispõe sobre o registro de pessoas físicas ou jurídicas junto às casas do Congresso Nacional para os fins que especifica, e dá outras providências. Diário do Congresso Nacional, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 jan. 1991. Seção 1, p. 15029-15035. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015,** que deu nova redação ao art. 6º da Constituição Federal para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm)>. Acesso em: 10 fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF. 1998. Disponível em<

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm)>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e [...]; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/PDF/Institucional/Lei10233.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho. **Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002**. Classificação Brasileira de Ocupações. Disponível em: <<http://www.mteco.gov.br>>. Acesso em: 10 fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007**, Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6062.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6062.htm)>. Acesso em: ago. 2018

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 1.202, apresentado em 30 de maio de 2007**. Disciplina a atividade de *lobby* e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal. Brasília, DF. 2007. Tramitação de Projetos de Leis e Outras Proposições. Acesso em: set. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato (Lei da Ficha Limpa). Brasília, DF, 2010a. Disponível em:<

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República **Lei n. 12.527, de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: . Acesso em: 13 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. (2013a) Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 52, de 26 de fevereiro de 2013**, de autoria do Senador Eunício Oliveira. O projeto atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o nº PL 6621/2016. Disponível em:< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134809>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. (2013b) Presidência da República. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm)>. Acesso em: jan. 2016.

\_\_\_\_\_. (2013c) Presidência da República. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis [...]; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm)>. Acesso em: jan. 2016.

\_\_\_\_\_. (2013d) Presidência da República. **Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>. Acesso em: jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Portos. **Portaria nº 03, de 07 de janeiro de 2014**. Estabelece as diretrizes para a elaboração e revisão dos instrumentos de planejamento do setor portuário - Plano Nacional de Logística Portuária - PNLPe respectivos Planos Mestres, Planos de Desenvolvimento e Zoneamento PDZe Plano Geral de Outorgas - PGO. Disponível em:< [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30049702/do1-2014-01-08-portaria-n-3-de-7-de-janeiro-de-2014-30049695](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30049702/do1-2014-01-08-portaria-n-3-de-7-de-janeiro-de-2014-30049695)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Projeto de Decreto, de 17 de maio de 2017**. Regulamenta a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga o Decreto no 4.334, de 12 de agosto de 2002. Disponível em:<<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/05/transparencia-encaminha-proposta-de-regulamentacao-do-lobby-no-governo-federal/minuta-decreto-lobby.pdf>>. ; <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/05/transparencia-encaminha-proposta-de-regulamentacao-do-lobby-no-governo-federal/exposicao-de-motivos-9-2017.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm)>. Acesso em: set. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 13.655, de 24 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), com novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Medida Provisória nº 870, de 01 de janeiro de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Parecer do Senador Aloysio Nunes Ferreira, emitido em 27 de fevereiro de 2014**, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115729>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre o setor de rodovias, de ferrovias e de transporte rodoviário de passageiros**. Apresentação: Adylson Motta. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. **Regimento Interno**. Disponível em:<<https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório do Processo TC 011.844/2015-9**, 2016, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.261/2011**, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) no dia 24 ago. 2011, no julgamento do Processo TC 012.693/2009-9, Rel. Min. José Jorge.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 240/2015**, proferido pelo Plenário do TCU no dia 11 fev. 2015 no julgamento do Processo TC 031.996/2013-2, rel. Min. Raimundo Carreiro.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Acórdão 562/2016**. Tribunal Pleno. **Relatório GAC/AMF - 564/2016** - Processo: DEN-14/00403070.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 581/2017**, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no julgamento do Processo nº TC 031.604/2016-1., Rel. Min. Augusto Nardes, no qual se discutiu os critérios e metodologia para análise da Gestão da Ética na Administração Pública Federal.

CABEZA, Eliane Rocha de La Osa; CAL, Ariane Brito Rodrigues. **O risco de captura nas agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica**. 2008. Disponível

em:<<http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf>>.

Acesso em: 10 maio 2016.

**Cadernos de finanças públicas** / Escola de Administração Fazendária. – n. 15 (dez. 2015). – Brasília : Esaf, 2000-Anual

CAMPOS, Ana Maria. Accountability: **Quando poderemos traduzi-la para o português?** In Revista de Administração Pública, Vol. 24, no 2, fev-abr. 1990, p. 30-50.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Coord). **Direito, regulação e logística**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito portuário e a nova regulação**. Prefácio: Egon Bockmann Moreira. Introdução especial: Cesar Luiz Pasold. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito Regulatório e Inovação na Regulação de Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CAVALCANTI, Bianor (Coord.). **Políticas de regulação na área de transportes: experiências internacionais**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: EBAPE/FGV. 2002.

CAVALCANTI, Bianor; PECCI, Alketa. **Para uma leitura política do ambiente regulatório brasileiro: agências reguladoras e relações com os principais atores políticos**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DO CLAD SOBRE A REFORMA DO ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 6., 2001, Buenos Aires. Anais... Buenos Aires, 2001.

CAVALCANTI, Bianor (Coord.). **VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002 Políticas de Regulação na área de transportes: experiências internacionais. Rio de Janeiro: EBAPE/FGV. 2002.

CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, eleições e poder : As engrenagens do sistema político brasileiro** / Bruno Carazza. –1º ed. – São Paulo ; Companhia das Letras, 2018.

CARDOSO, André Guskow. **Administrative Procedure and the Independent Regulatory Agencies**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Ed.). *Infrastructure Law of Brazil*. 2 ed. Re. exp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P 63-73. ISBN 978-85-7700-499-7 (Coleção Fórum Internacional de Direito Público, 2).

CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública: instrumentos para o seu desenvolvimento** / André Castro Carvalho. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013. 608 f. Tese (Doutorado)

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O cidadão, a administração pública e a nova Constituição**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 27, n. 106, p. 82-83, abr./jun. 1990.

Confederação Nacional da Indústria. Unidade de Assuntos Legislativos. **Agenda Legislativa da Indústria 2018** / Organizadores: Marcos Borges de Castro,- Godofredo Franco Diniz, Frederico Gonçalves Cezar, Brenda Parada Granados – Brasília: CNI, 2018. 315 p.

COELHO, Gabriel Rodrigues; JUNQUEIRA, Ana Claudia S. **Lobby no Brasil: uma análise sobre o caso brasileiro e as tentativas de regulamentação da atividade**. Arcos. 2012. Disponível em: Acesso em: 21 jun. 2014.

**CONFIANÇA – de lá comunicación a la reputación**. Llorente y Cuenca. Disponível em: < <https://www.llorenteycuenca.com/wp-content/uploads/2016/07/trust-es.pdf> , p. 17>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CORDOVIL, Leonor AgustaGiovini. **O interesse público no antidumping. 2009**. Tese (Doutorado)– Universidade de Paris e Universidade de São Paulo (USP),Paris/São Paulo, 2009.

CRISTAS, Assunção. **Legística ou a arte de bem fazer leis**. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, 2006.

**Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR** / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. 108p. :il.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. **O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

FARHAT, Saïd. **Lobby, o que é: como se faz: ética e transparência na representação junto a governos.** São Paulo; Peirópolis: ABERJE, 2007.

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário** / Maria Rita Ferragut. – São Paulo : Dialética, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário eletrônico Aurélio da língua portuguesa** v. 6.0.1. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. **Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte.** Direito regulatório : temas polêmicos, Belo Horizonte : Fórum, 2003, p. 585-604. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (organizadora).

GALAN, G. **Relações governamentais &lobby: aprendendo a fazer: as melhores práticas, das melhores empresas.** São Paulo: ABERJE Editorial – Associação Brasileira de Comunicação Empresarial, 2012.

**Gestão dos stakeholders** / coordenação Thelma Rocha, Andrea Goldschmidt. São Paulo : Saraiva, 2010.

GODOY, Valdemar de; MACHADO, Vilson Vitória. **O excesso de peso rodoviário: manual prático do transporte rodoviário de cargas: pesos, dimensões e configurações técnicas.** Canoas, 2013.

GOZETTO. Andrea Cristina Oliveira. **Lobbying no Congresso Nacional: estratégias de atuação dos grupos de interesse empresariais e de trabalhadores no Legislativo brasileiro.** 2009. Disponível em: <http://www.lobbying.com.br/2009/04/lobbying-no-congresso-nacional.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

GOZETTO. Andrea Cristina Oliveira. Issa, Marcelo Kalil. **Lobby, dinheiro e empreendedorismo cívico.** 2017. Disponível em: <<http://www.jota.info/coberturas-especiais/as-claras/lobby-dinheiro-e-empreendedorismo-civico-05122017>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. Leandro Machado. 2015. **O LOBBYING NO BRASIL E REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES** Disponível em: <<http://www.lobbying.com.br/2015/10/ainda-e-necessario-esclarecer-conceitos.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira; IANONI, Marcus; MANCUSO, Wagner Pralon. **Lobby e reforma política. Teoria e Debate**, São Paulo, n. 98, 2012.

GRAZIANO, Luigi. **O lobby e o interesse público**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 35, 1997. Disponível em: Acesso em: 18 jun. 2014.

GRUPO BANCO MUNDIAL. **Doing Business: Brasil. 2019**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/rankings>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

HEINEN, 2015 – **Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei nº 12.527/2011** / Juliano Heinen. 2. Ed. Ver. E atual. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Governança de agências reguladoras** / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2018. (Série: IBGC Opina). 32 p. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23709/Publicacao-IBGC%20Opina-Governanca-Agencias-Reguladoras.pdf> Acesso em 09. abr. 2019.

IGNARRA, José Cassio. **Regulação no mercado ferroviário brasileiro**. In:

Instituto de Relações Governamentais – IRELGOV - Comitê de Regulamentação do *Lobby*. Disponível em: <http://irelgo.gov.com.br/%E2%80%8Bveja-o-posicionamento-do-irelgo-sobre-a-regulamentacao-do-lobby>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Instituto de Relações Governamentais. **Carta de Princípios**. Disponível em: <<http://irel.gov.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Carta-de-Principios-do-IRELGOV-1.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

ISSA, Marcelo Kalil. **Dados abertos governamentais: implicações e possibilidades em políticas públicas**. 2013. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

Journal of European Public Policy, v. 12, n. 5. **O Processo de Tomada de Decisão Regulatória**. Londres, 15 jan. 2009.

KOÇOUSKI, Ângela Regina. **Qualidade regulatória brasileira : a Análise de Impacto Regulatório como instrumento indutor de governança na Agência Nacional de Energia Elétrica / Ângela Regina Koçouski**. – Brasília : IPEA, 2016. Dissertação (mestrado) – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, área de concentração em Políticas Públicas, 2016. Disponível em: <<http://www.mestradoprofissional.gov.br/sites/images/mestrado/turma2/angela-regina-kocouski.pdf>>. Acesso em 10. fev. 2019.

LAKATOS, E. Maria; MARCONI, M. de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica: Técnicas de pesquisa**. 7ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

LLORENTE, José Antonio. Disponível em: <<https://www.joseantoniolllorente.com>>. <<https://www.llorenteycuenca.com>>. <<https://www.eloctavosentido.com>>.

MANCUSO, Wagner P. **Lobby e participação política: desafios democráticos para a representação de interesses**. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 8., 2012, Gramado-RS. AT 7: participação política. São Paulo, SP: ABCP, 2012. v. 1., p. 1-14.

MANCUSO, W. P.; GOZETTO, A. C. O. **Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?** Organicom: Revista

Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas, ano 8, n. 14, 2011. Edição especial sobre Lobby, relações governamentais e democracia.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINELLO, Rita de Cássia Laude. **Lobby: uma revisão crítica da literatura brasileira (1994-2007)**. São Carlos: UFSCar, 2012. 118 f. Disponível em <[http://www.bddt.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4891](http://www.bddt.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4891)>. Acesso em: 9 fev. 2016

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação econômica e suas modulações**. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; e GABRIEL, Yasser. **Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3950200/mod\\_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlotto%2C%20yasser%20gabriel%20-%20reputação%20institucional%20....pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3950200/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlotto%2C%20yasser%20gabriel%20-%20reputação%20institucional%20....pdf)>. Acesso em: 9 fev. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

**Metade das agências reguladoras não permite acesso a reuniões da diretoria**. Matéria produzida pelo site Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/agencias-reguladoras-transparencia> Acesso em 09. abr. 2019.

MEZZAROBBA, Mariana Pessini et al. **O portal e-democracia da Câmara dos Deputados como sistema sócio-tecnológico**. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, n. 9, p. 24-43, 2013. Disponível

em:

<<http://edemocracia.camara.gov.br/documents/1520453/1520476/O+portal+e-Democracia+da+Câmara+dos+Deputados+como+sistema+sóciotecnológico.pdf/b967c12c-866c-4cfe-9608-4cb7c4e073a9>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

MEZZARROBA, Orides; SANTOS, Paloma Maria; BERNARDES, Marcielle. **E-democracia: possibilidades e a experiência brasileira frente aos novos sistemas**. Democracia eletrônica. Orides Mezzaroba e Fernando Galindo (Ed.). Lefis Series; 11 – Zaragoza: Pressas Universitarias de Zaragoza, 2010.

MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 610-629, ago. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122018000400610&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122018000400610&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 24 mar. 2019.

<http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220170289>. MORAES, Áurea Fernanda de Brito Loliola Aguiar. (2017). **Crítérios de avaliação da assimetria de informação na regulação de transportes terrestres no Brasil**. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia. Departamento de Engenharia Civil e Ambiental.

MORENO, Maís, **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós- Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Univerdade de São Paulo, com exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2847910/mod\\_resource/content/1/mais%20moreno%20-%20a%20participação%20do%20administrativo%20no%20processo%20de%20elaboração%20dos%20contratos%20de%20ppp.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2847910/mod_resource/content/1/mais%20moreno%20-%20a%20participação%20do%20administrativo%20no%20processo%20de%20elaboração%20dos%20contratos%20de%20ppp.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2019

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública** /Fabrício Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica**. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

**Nota aberta sobre o Projeto de Lei de regulamentação do “lobby” (PL 1202/2007)** ACT Promoção da Saúde, ARTIGO 19, IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, INESC, IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto Sou da Paz, Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social e Rede Justiça Criminal Disponível em:<<http://intervozes.org.br/nota-aberta-sobre-o-projeto-de-lei-de-regulamentacao-do-lobby-pl-12022007>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

Observatório do Controle da Administração Pública da Universidade de São Paulo, 2019, Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito - Relatório de pesquisa bianual – “**O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**”.

**O Controle da Regulação no Brasil**. Walton Alencar Rodrigues <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/542/593>

ODETE MEDAUAR, **Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 202.

OECD – **Organization for Economic and Co-Operation Development. Transparency and integrity in lobbying– Princípios para a transparência e integridade na atividade de lobby**. 2013. Disponível em:<<https://www.oecd.org/gov/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. **Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil**. 2004. 263 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Campinas, -Campinas, SP, 2004.

OLIVEIRA, Anderson Marcio de. **Intervenção regulatória do TCU : avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC** / Anderson Marcio de Oliveira. – 2017. Disponível em:<[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19724/Dissertação%20Versão%20Final\\_Anderson%20Oliveira.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19724/Dissertação%20Versão%20Final_Anderson%20Oliveira.pdf?sequence=3&isAllowed=y)>. Acesso em: 19 fev. 2019.

**O papel e o futuro das Agências Reguladoras do Brasil.** Evento com a participação do Ministro Bruno Dantas, do TCU. Disponível em: [https://gei-sa.fgv.br/sites/gei-sa.fgv.br/files/u49/o\\_papel\\_e\\_o\\_futuro\\_das\\_agencias\\_reguladoras\\_do\\_brasil.pdf](https://gei-sa.fgv.br/sites/gei-sa.fgv.br/files/u49/o_papel_e_o_futuro_das_agencias_reguladoras_do_brasil.pdf), <https://gei-sa.fgv.br/evento/papel-futuro-agencias-reguladoras-brasil> e <https://www.youtube.com/watch?v=6Y3WgH0KrgY> Acessos em: 09. abr. 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo.** 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 13. nov. 2018.

PEREIRA, Monique; REIS, Jorge Renato. **HERMENÊUTICA FILOSÓFICA EM GADAMER: INTERPRETAÇÃO, COMPREENSÃO E LINGUAGEM.** Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 16, nº 1296, 07 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/329-artigos-abr-2016/7492-hermeneutica-filosofica-em-gadamer-interpretacao-compreensao-e-linguagem>>. Acesso em: 20 fev. 2019

PEREIRA, Viviane Magalhães. **Sobre a tese “ser que pode ser compreendido é linguagem”:** hermenêutica como teoria filosófica. Disponível em:<<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/111021/109366>>. Acesso em: 20 fev. 2019

**Regulamentação do Lobby.** Relatório do Grupo de Trabalho Portaria nº 1.081, de 20 de junho de 2016 MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO Disponível em:[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/institucionais/arquivos/relatorio\\_lobby.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/institucionais/arquivos/relatorio_lobby.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019

'**Rent seeking**', o comportamento que explica o Brasil. Artigo publicado no jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/leandro-narloch/2017/11/1932080-rent-seeking-o-comportamento-que-explica-o-brasil.shtml>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

**Revista Uno.** Disponível em: <<https://www.revista-uno.com.br/revista-uno/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Prestação Jurisdicional Efetiva: Uma garantia constitucional.** Obra coletiva. Coordenação Fux, Luiz/ Nery Jr., Nelson/ Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira /** Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr.e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, SANDRO GOMES. **Modelo Conceitual para Identificação da Influência dos stakeholders em Projetos de Transportes com base na Dinâmica de Sistemas** [Distrito Federal] 2017.

xx, 222p., 210 x 297mm (ENC/FT/UnB, Doutor, Transportes, 2017). Tese de Doutorado –Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia. Departamento de Engenharia Civil e Ambiental.

RUEL, Thiago Santos. **Lobby, grupos de pressão e grupos de interesse.** 2010. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2013. SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas: análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil.** 2007. 527 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Ciências Sociais, UnB, Brasília, 2007.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional** (Texto para discussão nº 941). Rio de Janeiro: BNDES, 2003.

SANDEL, Michael J. **A humanização através da convivência.** Disponível em:<<https://www.fronteiras.com/videos/a-humanizacao-atraves-da-convivencia/>>. Acesso em 24 mar. 2019.

SANTOS, Manoel Leonardo W. D. Santos. **O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados** / Manoel Leonardo W. D. Santos. – Recife, O autor, 2011.

SANTOS, Manoel Leonardo. **Representação de interesses na Câmara dos Deputados: o lobby e o sucesso da agenda legislativa da indústria.** Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 52-60, mar. 2014. Disponível em: . Acesso em: 7 maio 2015.

SANTOS, Paloma Maria et al. **Governo eletrônico no Brasil: análise dos fatores críticos de sucesso e dos novos desafios.** Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/artigo\\_jaiio\\_2010.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/artigo_jaiio_2010.pdf)>. Acesso em: 9 fev. 2016.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público- privadas.** 2013. 500 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em:>  
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107525/318832.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 fev. 2019.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **O Compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das Contratações Públicas.** 2018. Dissertação de Mestrado. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

SELIGMAN, Milton, ME. **Lobby desvendado: democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil contemporâneo**/organização de Milton Seligman e Fernando Mello – 1º edição. Rio de Janeiro: Record, 2018.

SENNES, Ricardo Ubiraci. **Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento** / Ricardo Sennes...[et al.]. – São Paulo: Lex Editora, 2014. Outros coordenadores: Rosane Menezes Lohbauer, Rodrigo Machado M. Santos, Gabriel Berton Kholmman, Rodrigo Sarmento Barata.

SILVA, Daniel Cavalcante. **Checks and balances e conflitos políticos.** Jus Navidandi. 2011. Disponível em: . Acesso em: 12 mai. 2014.

SOARES, Fernando. Utilização do *lobby* cresce no Brasil. *Jornal do Comércio*, 5 maio 2014. Disponível em: Acesso em: 11 jun. 2014.

STABILE, Max. **Democracia eletrônica para quem? Quem são, o que querem e como os cidadãos avaliam o portal da Câmara dos Deputados**. Universidade de Brasília. 2012.

SANTOS, Bruno Carazza dos. **Interesses econômicos, representação política e produção legislativa no Brasil sob a ótica do financiamento de campanhas eleitorais** / Bruno Carazza dos Santos. - 2016.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **A corrupção política: hipótese de sobrecarga dos instrumentos jurídicos de responsabilização por atos de corrupção no Brasil**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito, 2018.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos Teixeira. **Manual das associações civis**. Wendel de Brito Lemos Teixeira. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 1990 - **PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY NO BRASIL: UMA ANÁLISE COMPARADA**. Disponível em:< [http://irelgov.com.br/wp-content/uploads/2015/08/sobre\\_a\\_regulamentacao\\_do\\_lobby-maio2015.pdf](http://irelgov.com.br/wp-content/uploads/2015/08/sobre_a_regulamentacao_do_lobby-maio2015.pdf) >. Acesso em: 17 nov. 2018.

**TCU interfere mais em agências com governança pobre, diz ministro do tribunal**. Entrevista com o Ministro Bruno Dantas. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/tcu-interfere-mais-em-agencias-com-governanca-pobre-diz-ministro-do-tribunal.shtml> Acesso em 09. abr. 2019.

TORRES, Caroline de Fátima da Silva. **A autonomia das agências reguladoras brasileiras e o risco de capturas econômicas** / Caroline de Fátima da Silva Torres. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Universidade Federal de Pernambuco– Recife: O Autor, 2012. 131 folhas: graf., tab. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10637/1/Dissertação%](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10637/1/Dissertação%20de%20Mestrado%20de%20Caroline%20de%20F%C3%A1tima%20da%20Silva%20Torres.pdf)

20Caroline%20de%20fátima%20da%20Silva%20Torres.pdf>. Acesso em: 10 abril. 2019.

*Transparency International. Índice de Percepção de Corrupção.* 2018. Disponível em:< <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/CPI-2018.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2019.

VIEIRA, Alexandre Sérgio Alves. **Agências reguladoras independentes?: especialização e captura nas trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros** / Alexandre Sérgio Alves Vieira. - 2015.79 f. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13715/Dissertação%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10 mar. 2019.