

MARIANA BEZERRA NÓBREGA SERQUIZ DE AZEVEDO

**A consensualidade na moderna regulação estatal: utilização dos
instrumentos consensuais nas atividades regulatórias da
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

MARIANA BEZERRA NÓBREGA SERQUIZ DE AZEVEDO

**A consensualidade na moderna regulação estatal: utilização dos
instrumentos consensuais nas atividades regulatórias da
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Azevedo, Mariana Bezerra Nóbrega Serquiz de
A consensualidade na moderna regulação estatal:
utilização dos instrumentos consensuais nas
atividades regulatórias da Agência Nacional de
Transportes Terrestres (ANTT) ; Mariana Bezerra
Nóbrega Serquiz de Azevedo ; orientador Sebastião
Botto de Barros Tojal -- São Paulo, 2020.

186

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Consensualidade administrativa. 2. Regulação
estatal. 3. Agência Nacional de Transportes
Terrestres. I. Tojal, Sebastião Botto de Barros,
orient. II. Título.

Nome: AZEVEDO, Mariana Bezerra Nóbrega Serquiz de.

Título: A consensualidade na moderna regulação estatal: utilização dos instrumentos consensuais nas atividades regulatórias da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal (Orientador)

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Escrever esses agradecimentos não é tarefa fácil. Foram muitos os que estiveram junto a mim, ou simplesmente passaram por meu caminho, durante esse ciclo de realização do Mestrado e ajudaram de alguma forma para a conclusão das tarefas, que culminaram nesta dissertação.

Início expressando minha gratidão a Deus, a quem devo absolutamente tudo.

Agradeço ao meu orientador, Professor Sebastião Botto de Barros Tojal, que esteve constantemente à disposição, sempre encontrando tempo em sua agenda nos apertados dias em que estive presente em São Paulo, o que resultou em proveitosas reuniões. A ele agradeço pela confiança e pelas opiniões salubres sobre os rumos do trabalho.

Agradeço também aos Professores Jacintho Arruda Câmara e Marcos Augusto Perez, pelas contribuições valiosas apontadas na banca de qualificação. Ao Professor Jacintho Câmara, expresso gratidão pela constante gentileza e atenção a mim dispensadas; certamente, as conversas iniciais que tivemos sobre o tema foram cruciais para o encaminhamento do trabalho. Ao Professor Marcos Perez, ressalto meu agradecimento também pela proveitosa disciplina sobre controle da gestão pública, ministrada juntamente com os Professores Rodrigo Pagani de Souza e José Maurício Conti, que abordou temas atuais e textos que muito contribuíram com a pesquisa.

Também não posso deixar de agradecer ao Professor Gustavo Justino de Oliveira, que, nas duas de suas disciplinas que tive oportunidade de cursar, obtive bastante aprofundamento sobre temas inovadores, contato com textos de alta substância e discussões relevantíssimas.

Expresso gratidão também aos amigos que estiveram ao meu lado nas aulas, seminários e eventos da Faculdade, com constante apoio e compartilhamento de opiniões e ideias, o que tornou o dia a dia da realização do Mestrado bastante agradável e prazeroso. Em especial, agradeço a Clarissa Mesquita, Talitha Bernardino, Mariana Carnaes, Livia Ricciotti e Daisesse Bonfim.

Faço especial agradecimento ao meu marido, Virgílio Azevedo, que sempre me apoiou de forma incondicional, nunca deixando de acreditar que eu poderia realizar qualquer plano.

Também agradeço à minha família, especialmente aos meus pais, Ana Eleonora e Verdi, meus irmãos Gabriela e Pedro, e aos meus sogros Lúcia e Marconi, que, com amor e acolhimento, estiveram dispostos a me ajudar quando fosse preciso e por respeitarem todos os momentos em que precisei me ausentar para me dedicar ao desenvolvimento da dissertação.

Por fim, agradeço aos amigos da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região, especialmente da Divisão de Consultoria Administrativa e da Divisão de Assuntos Fiscais, de quem sempre recebi apoio e palavras de estímulo.

RESUMO

AZEVEDO, Mariana Bezerra Nóbrega Serquiz de. **A consensualidade na moderna regulação estatal**: utilização dos instrumentos consensuais nas atividades regulatórias da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). 2020. 186 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente dissertação pretende analisar a manifestação da consensualidade na regulação estatal contemporânea, observando, especificamente, a utilização dos instrumentos consensuais nas atividades regulatórias da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Nesse contexto, visa-se averiguar a relevância do tema da consensualidade no âmbito da atividade regulatória atual e verificar se os instrumentos consensuais, da forma que têm sido regulamentados e implementados na regulação estatal, especialmente no âmbito das agências reguladoras, possuem o condão de proporcionar o efetivo diálogo e interação entre os atores envolvidos no ambiente regulatório, legitimando democraticamente a atividade do ente regulador e tornando a regulação mais eficiente e qualificada. Dessa forma, através da dogmática analítica e normativa, como também de breve estudo de caso, aborda-se o tema, inicialmente, sob um viés teórico, e, em um segundo momento, através de uma perspectiva concreta. Para tanto, divide-se a dissertação em duas partes. Na primeira, composta do segundo e terceiro capítulos, será abordada a consensualidade na regulação estatal, apontando-se, de forma teórica, no que consiste a consensualidade administrativa, sua relevância e formas de manifestação nas atividades do Estado regulador contemporâneo. Na segunda parte, composta dos capítulos quarto, quinto e sexto, será analisada a consensualidade na esfera de atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). O objetivo é abordar os principais instrumentos regulatórios consensuais institucionalizados pela agência, através da análise do seu desenvolvimento nos atos normativos internos por ela editados, além de estudar o caso concreto da atividade regulatória da ANTT no contexto da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM – TRC). Serão observados, sob um viés democrático e à luz da sua efetividade, os instrumentos consensuais dos quais se valeu a agência no exercício de suas competências regulatórias.

Palavras-chave: Consensualidade administrativa. Regulação estatal. Instrumentos consensuais. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

ABSTRACT

AZEVEDO Mariana Bezerra Nóbrega Serquiz de. **Consensus in Modern State Regulation: Use of consensual instruments in regulatory activities of the National Land Transportation Agency (ANTT).** 2020. 186 p. Dissertation (Master of State Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation aims to analyze how consensus works in contemporary state regulation, specifically considering the use of consensual instruments in the regulatory activities of the National Land Transportation Agency (ANTT). In this context, the purpose is to ascertain the relevance of the consensus in the current regulatory activity and check if consensual instruments – as they have been regulated and implemented in state regulation, especially in the regulatory agencies – have the ability to provide the effective dialogue and interaction between the players involved in the regulatory setting, democratically legitimizing the activity of the regulator and making regulation more efficient and qualified. Thus, through analytical and normative dogmatics, as well as a brief case study, the topic is initially addressed from a theoretical perspective, followed by a concrete perspective. For this purpose, the dissertation is divided into two parts. The first one, made up by the second and third chapters, consensus in state regulation will be approached, pointing out, theoretically, what administrative consensus is like, its relevance and its forms of manifestation in the activities of the contemporary regulatory state. The second part, which comprises the fourth, fifth and sixth chapters, the consensus under the scope of the National Land Transportation Agency (ANTT) will be analyzed. The objective is to address the main consensual regulatory instruments institutionalized by the agency, by analyzing their development in the internal normative acts, and to study the concrete case of ANTT's regulatory activity in the context of the National Policy of Minimum Freight for Road Cargo Transport (PNPM - TRC). Under a democratic point of view and in the light of their effectiveness, the consensual instruments used by the agency in the exercise of its regulatory powers will be observed.

Keywords: Administrative consensus. State regulation. Consensual instruments. National Land Transportation Agency (ANTT).

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
---	------------	----

PARTE 1 A CONSENSUALIDADE NA REGULAÇÃO ESTATAL

2	A CONSENSUALIDADE NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
2.1	A mudança de paradigma da atuação administrativa	20
2.1.1	A abertura do Estado à participação social	21
2.1.2	A processualização e os meios de participação e diálogo	23
2.1.3	O princípio da eficiência e sua realização através do consenso	26
2.1.4	A revisão da concepção teórica do interesse público	27
2.2	Conceito de consensualidade e definição do objeto de estudo	31
2.2.1	Consensualidade na Administração Pública: análise da complexidade e abrangência	32
2.2.2	Consensualidade e a concretização do princípio democrático	39
2.2.3	Panorama normativo da consensualidade administrativa no Brasil	43
2.3	A abordagem da consensualidade administrativa em ordenamentos jurídicos estrangeiros	49
3	A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA CONTEMPORÂNEA	59
3.1	Do Estado Social ao Estado Regulador: novos padrões da intervenção estatal	59
3.2	Configuração e objetivos da moderna regulação estatal	67
3.3	Os instrumentos consensuais presentes na atuação das agências reguladoras	75
3.3.1	A consensualidade no âmbito da atividade normativa das agências reguladoras e a importância das audiências e consultas públicas	77
3.3.2	A consensualidade na atividade sancionatória das agências reguladoras e os acordos substitutivos	82
3.3.3	Os instrumentos consensuais na resolução de conflitos regulatórios	89
3.3.4	Instrumentos informais de consenso	95

PARTE 2 A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

4	A ANTT COMO AGENTE REGULADOR DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA E RODOVIÁRIA E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE TERRESTRES	99
4.1	Apontamentos sobre o setor regulado e contexto de criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres	99
4.2	Âmbito de atuação e as atividades regulatórias da ANTT	106
4.3	Agendas regulatórias da ANTT ao longo dos anos 2011 a 2020 e a intenção de aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais	111

5	DOS INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS CONSENSUAIS NO ÂMBITO DA ANTT	115
5.1	As audiências e consultas públicas na atividade decisória da ANTT e o processo de participação e controle social	115
5.1.1	A previsão das audiências e consultas públicas nos atos normativos da ANTT e sua evolução	116
5.1.2	O aperfeiçoamento dos instrumentos de participação na ANTT e sua atual regulamentação	121
5.2	O termo de ajustamento de conduta (TAC) no âmbito da ANTT: escopo de correção ou compensação dos efeitos de descumprimentos de obrigações legais, regulamentares e contratuais pelos agentes regulados	126
5.2.1	Análise evolutiva da previsão de acordos substitutivos nas Resoluções da ANTT	127
5.2.2	Os contornos do termo de ajustamento de conduta na regulamentação hodierna da ANTT	131
5.3	A mediação e a arbitragem na resolução de conflitos regulatórios no âmbito da ANTT	137
5.3.1	O desenvolvimento dos meios consensuais de resolução de conflitos regulatórios na ANTT	138
5.3.2	A atual regulamentação da mediação e arbitragem na ANTT: a solução de controvérsias entre a ANTT e os seus entes regulados	141
6	ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS NA ANTT	147
6.1	A consensualidade na atividade regulatória da ANTT no contexto da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas	149
6.1.1	O contexto da ação regulatória	149
6.1.2	Os instrumentos consensuais na atividade regulatória da ANTT no contexto da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas	152
6.1.2.1	Dos procedimentos de tomada de subsídios e audiência pública promovidos pela ANTT	153
6.1.2.2	Das reuniões e outros procedimentos participativos fora do ambiente institucional da agência reguladora	157
6.2	Considerações sobre a consensualidade na prática das atividades regulatórias da Agência Nacional de Transportes Terrestres	160
7	CONCLUSÃO	165
	REFERÊNCIAS	173

1 INTRODUÇÃO

A caracterização do Estado foi objeto de profundas transformações nas últimas décadas, as quais passaram a refletir diretamente na forma de atuação da Administração Pública, bem como exigiram uma reformulação de diversos pontos de estudo do Direito Administrativo. Um dos principais aspectos de mudança consiste na tendência de substituição do modo de atuação unilateral e impositiva do Estado por formas e instrumentos baseados no diálogo, na participação e na cooperação. Nesse contexto, desponta o tema da consensualidade administrativa, que se constitui como um dos tópicos protagonistas da nova face da atuação da Administração Pública.

Essa mudança de postura do Estado está relacionada com outros vetores, como a ampliação de mecanismos de abertura do Estado à participação social, a processualização, a consolidação do princípio da eficiência como balizador da atuação estatal e a redefinição teórica do interesse público, que conferem suporte teórico ao incremento da consensualidade na atuação da Administração Pública e sua inserção nas bases do Direito Administrativo.

Nesse contexto, é certo que o Estado, assim como os demais agentes econômicos, não mais se contentam com a sua antiga postura verticalizada e estática. Surgem novas ideias e modelos que advêm de uma abordagem pluralista, em que se prioriza a obtenção de compromissos e de soluções consensuais, considerando a complexidade dos problemas e a existência de múltiplos e distintos interesses públicos. Destarte, os instrumentos consensuais têm sido cada vez mais utilizados como meios normais de atuação administrativa, ao lado dos atos unilaterais e imperativos, justificados pela possibilidade de se alcançar, através deles, maior eficiência e atendimento aos mais diversos interesses que envolvem a sociedade.

No âmbito da regulação estatal, a consensualidade assume uma relevância ainda maior, uma vez que esta consiste em função estatal na qual se faz essencial a clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor, a eficiência das decisões tomadas, o atendimento dos múltiplos interesses e a boa capacidade de interlocução com os atores envolvidos. Nesse escopo, a postura cooperativa e dialógica da Administração vai ao encontro da busca do equilíbrio no setor regulado, que é um dos principais objetivos da atividade regulatória estatal.

Ademais, a partir da segunda metade do século XX, o Estado regulador passa a ter seus objetivos ampliados, de forma a buscar, também, a realização de certos valores de natureza política e social, assumindo inclusive feições redistributivas. Nesse contexto, as

bases do Estado regulador contemporâneo, bem como seus objetivos e meios de atuação, passam a se relacionar com institutos e fenômenos mais modernos inerentes à sua formatação atual, devendo a regulação ser entendida também no contexto das transformações que perpassam as bases do Direito Administrativo e as novas formas de legitimação da atuação estatal.

Desta feita, no campo regulatório, sobretudo na esfera de atuação das agências reguladoras, que se constituem como entidades criadas para proporcionar um ambiente técnico, independente e flexível para as ações inerentes à regulação, foi possível observar um espaço favorável ao desenvolvimento de soluções consensuais, havendo maior incentivo à participação do regulado na formação das decisões regulatórias e a necessidade da composição dos mais diversos interesses envolvidos em um mesmo segmento da atividade econômica, o que se refletiu na grande quantidade de previsão de instrumentos consensuais nos atos normativos das agências reguladoras e na crescente produção legislativa sobre o tema.

Na presente pesquisa, a partir do contexto demonstrado, busca-se estudar a relevância do tema da consensualidade no âmbito da atividade regulatória, a fim de verificar o desenvolvimento dos instrumentos consensuais na esfera de atuação das agências reguladoras e aferir se tais mecanismos possuem o condão de, realmente, incrementar a permeabilidade aos interesses dos regulados e demais agentes sociais e possibilitar o efetivo diálogo e interação entre os atores, de forma a legitimar democraticamente a atividade do ente regulador, além de tornar a regulação mais qualificada e eficiente.

Assim, visando alcançar os objetivos almejados, a dissertação analisa, em um primeiro momento, a temática da consensualidade administrativa no bojo da atividade regulatória estatal sob uma perspectiva teórica, a partir do estudo doutrinário e normativo.

De fato, o tema da consensualidade administrativa tem sido demasiadamente abordado nos últimos anos no âmbito do Direito Administrativo, tanto em razão da corrente utilização concreta dos instrumentos consensuais, que exige uma notável dedicação da doutrina para justificar o crescimento pragmático da consensualidade na Administração, como também devido às importantes inovações legislativas acerca da matéria. No entanto, embora a doutrina pátria se posicione de forma relativamente uniforme acerca das bases teóricas para a afirmação do consenso como faceta da atuação administrativa contemporânea, ligada às transformações ocorridas no âmbito do Direito Administrativo a partir do final do século XIX, a concepção do que se entende por consensualidade administrativa ainda está envolvida por divergências.

Desta feita, abordam-se, inicialmente, as bases teóricas que explicam o fenômeno da consensualidade administrativa, e, em seguida, analisa-se a abrangência e a complexidade envolvendo o conceito de consensualidade administrativa, a fim de esclarecer o entendimento de consensualidade a ser adotado neste estudo. Ademais, considera-se importante discorrer sobre a concepção democrática atual, uma vez que a consensualidade, compreendida sob um viés democrático, contribui para a legitimidade das decisões emanadas pela Administração Pública. Ainda, demonstra-se o panorama normativo da consensualidade administrativa no Brasil, de maneira a verificar o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da legislação que trata dos instrumentos consensuais nos últimos anos, contribuindo para maior institucionalização da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, faz-se uma breve abordagem da temática da consensualidade em ordenamentos jurídicos estrangeiros nos quais o tema se apresenta relevante e amadurecido. Ressalte-se que não será realizada análise comparada do Direito, mas se procederá com o exame dos principais atos normativos e entendimentos manifestados pela doutrina dos países abordados, de forma a corroborar a tendência atual de substituição das formas unilaterais e imperativas de atuação estatal.

Entendidos os aspectos teóricos e normativos que envolvem a consensualidade e adotada uma concepção para sua abordagem nesta dissertação, analisa-se o fenômeno no campo da atividade regulatória contemporânea.

Assim, de forma a entender a atuação regulatória, serão estudadas as principais mudanças pelas quais perpassou a configuração do Estado, até alcançar o modelo denominado de Estado regulador; serão ainda analisadas as principais características e objetivos perseguidos atualmente pela regulação estatal.

Posteriormente, visando examinar como se manifesta a consensualidade na atividade regulatória estatal, considerando a amplitude das formas de exercício da regulação pelo Estado – que se operacionaliza através dos mais variados instrumentos e formas de intervenção – optou-se por proceder com a análise dos instrumentos consensuais inerentes à atividade das agências reguladoras, que se constituem como entes de maior relevância no âmbito da configuração do Estado regulador, e nas quais a consensualidade tem assumido um papel de destaque, se refletindo nas principais competências regulatórias a elas atribuídas.

Dessa forma, analisam-se os instrumentos consensuais presentes no exercício das principais competências regulatórias das agências reguladoras, quais sejam, as competências normativa, sancionatória e de resolução de conflitos, visando destacar não apenas as principais características dos mecanismos abordados, mas também os aspectos democráticos

que os envolvem, a fim de poderem ser compreendidos como mecanismos capazes de legitimar democraticamente a atividade dos entes reguladores e qualificar sua atuação. Vê-se também que existem instrumentos informais de consenso, que embora estejam à margem dos instrumentos institucionalmente previstos em atos normativos, não podem ter seus efeitos ignorados.

A partir do contexto teórico sobre a manifestação da consensualidade na regulação estatal, pretende-se, em um segundo momento da dissertação, analisar o tema sob uma perspectiva prática, uma vez que, embora atualmente haja a posituação dos instrumentos consensuais em leis gerais, além de importantes vozes defendendo sua inerência ao exercício das competências regulatórias, é possível vislumbrar que a consensualidade pode se refletir de formas variadas no âmbito da atuação concreta das agências reguladoras, principalmente pelo fato de cada agência possuir um arcabouço normativo próprio, através do qual esses entes exercem suas atividades e poderes. Assim, os instrumentos consensuais já previstos em leis gerais e proclamados pela doutrina poderão assumir nuances específicas e obter resultados práticos diferentes, a partir da atuação concreta do ente regulador.

Para a análise sob tal ponto de vista, optou-se por realizar a pesquisa no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), agência reguladora incumbida da regulação das atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes terrestre, pois, nesse setor, a permeabilidade aos agentes regulados e usuários de serviços é essencial para o seu equilíbrio sistêmico. Destarte, no setor de transportes terrestres se vislumbra uma especial importância quanto à efetiva aderência dos interessados às decisões regulatórias, em razão da sensibilidade que permeia os temas nele envolvidos. Ademais, o referido ente regulador tem recentemente empregado diversos instrumentos consensuais no campo de sua atuação concreta e se debruçado sobre o aperfeiçoamento e regulamentação de instrumentos consensuais passíveis de serem utilizados em sua atividade regulatória.

Nesse escopo, passa-se a estudar a temática no âmbito da ANTT, investigando, inicialmente, o desenvolvimento do tema da consensualidade na prática regulatória da agência, considerando, para tanto, os principais atos normativos regedores da atividade da ANTT, como seu regimento interno, e os temas priorizados nas suas Agendas Regulatórias ao longo dos anos de 2011 a 2020, além dos Relatórios Anuais editados pela agência.

Em seguida, analisa-se a previsão normativa dos instrumentos consensuais nos regulamentos internos editados pela ANTT. Tais atos normativos possuem grande relevância na medida em que cabe à própria agência construir seu próprio arcabouço normativo regulatório, conferindo maior previsibilidade e segurança em sua atuação. Assim, serão

identificados os principais instrumentos com viés consensual utilizados na ANTT e analisados os diversos aspectos relacionados à sua configuração institucional.

Por fim, estuda-se um caso concreto em que é possível observar a utilização de instrumentos consensuais pela referida agência reguladora. Trata-se da regulação da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM – TRC), em que houve intenso diálogo com a sociedade para fins de regulamentação, pela ANTT, dos preços mínimos de frete. Nesse contexto, a análise recairá sobre a relevância dos meios consensuais institucionalizados pela agência e que foram utilizados no caso concreto, e em que medida foram aproveitados meios informais de consenso. Ademais, pretende-se verificar os instrumentos consensuais observados no caso em tela sob um viés democrático e à luz da sua efetividade. Para tanto, alguns elementos serão especialmente considerados na análise: a) a efetiva divulgação e publicidade ativa dos instrumentos participativos, proporcionando a participação dos diversos grupos interessados; b) a fixação de prazos razoáveis para a manifestação dos participantes; c) a divulgação das contribuições e respostas por parte do ente regulador; e, por fim, d) a incorporação ou não das contribuições no ato normativo editado, a fim de aferir, ao final, se houve uma efetiva influência da participação externa na decisão regulatória.

Em seguida, pretende-se alcançar conclusões acerca da relevância do tema da consensualidade no âmbito da atividade regulatória atual e verificar se os instrumentos consensuais, da forma que têm sido regulamentados e implementados no âmbito regulatório atual, podem proporcionar o efetivo diálogo e interação entre os atores envolvidos no ambiente regulatório, legitimando democraticamente a atividade do ente regulador e tornando a regulação mais eficiente e qualificada.

Para investigar os temas propostos, dividiu-se a dissertação em duas partes. Na primeira delas, será abordada a consensualidade na regulação estatal, apontando-se, sob um viés teórico, em que consiste a consensualidade, sua importância e formas de manifestação nas atividades regulatórias do Estado. Na segunda parte, o tema será analisado sob uma perspectiva prática, observando, no âmbito regulatório concreto, a normatização e a utilização dos instrumentos consensuais já previstos em leis gerais e proclamados pela doutrina, o que será realizado estudando a esfera de atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

A primeira parte da dissertação consiste em dois capítulos.

O segundo capítulo, após a Introdução da pesquisa, buscará explicar como a consensualidade está inserida no âmbito da atuação da Administração Pública, a fim de chegar a uma definição atual do fenômeno, antes de posicionar o tema no âmbito específico

da regulação estatal. Para tanto, serão estudadas as bases teóricas do consensualismo no âmbito administrativo e o seu conceito, visando a delimitar o objeto de estudo da presente dissertação, expondo a complexidade que envolve sua definição. Ademais, relaciona-se o conceito à concepção democrática atual e ao panorama normativo brasileiro sobre o tema. Ainda no segundo capítulo, será abordada a temática da consensualidade na Administração Pública de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No terceiro capítulo, será demonstrada a consensualidade no âmbito da moderna atividade regulatória no Estado brasileiro, estudando-se, para tanto, a configuração atual do Estado Regulador e seus objetivos, os instrumentos consensuais presentes na atuação das agências reguladoras, especialmente no âmbito das competências normativas, sancionatórias e de resolução de conflitos regulatórios, ressaltando também os instrumentos informais de consenso.

Os três capítulos seguintes constituirão a segunda parte da dissertação.

Desta feita, no quarto capítulo, será exposto o papel da ANTT como agente regulador da infraestrutura e prestação de serviços de transportes terrestres e o contexto do setor regulado. Serão abordados os temas priorizados nas suas Agendas Regulatórias entre 2011 e 2020, a fim de demonstrar os principais objetivos da agência nos últimos anos, sobretudo no que tange ao aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais.

No quinto capítulo, serão tratados os principais instrumentos regulatórios consensuais institucionalizados pela ANTT, quais sejam, as audiências e consultas públicas no âmbito da atividade normativa e decisória, os acordos substitutivos em processos sancionatórios, a mediação e a arbitragem na resolução de controvérsias.

Por fim, no sexto capítulo, será realizada a análise de caso concreto, visando a avaliar aspectos práticos sobre a utilização dos instrumentos consensuais no âmbito da ANTT. Para tanto será explorado o contexto da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM – TRC), analisando-se os instrumentos consensuais aplicados no âmbito do exercício das competências regulatórias por parte da ANTT, verificando os instrumentos institucionais e aqueles utilizados fora do ambiente institucional da agência.

Desta feita, a fim de desenvolver a presente dissertação, empregou-se a metodologia dogmática analítica e normativa, com uso também de estudo de caso.

Através de pesquisa doutrinária, buscou-se definir as bases teóricas que envolvem o tema da consensualidade administrativa no âmbito da moderna atividade regulatória estatal. Também realizou-se pesquisa de doutrina especializada no setor de infraestrutura rodoviária e ferroviária e de prestação de serviços de transportes terrestres, de forma a vislumbrar as

principais nuances e discussões envolvendo a esfera de atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

A pesquisa normativa abrangeu leis gerais e atos normativos setoriais, especialmente aqueles editados pela ANTT para regulamentar a sua atuação.

Vale ressaltar que, diante da importância pragmática do tema, utilizou-se principalmente a doutrina e os atos normativos brasileiros, uma vez que o tema está sendo analisado no contexto da Administração Pública nacional, que assume problemáticas e características específicas, sobre as quais os autores nacionais apresentam melhor visão crítica. A doutrina e as normas editadas em outros países foram utilizadas, sobretudo, para desenvolver tópico específico com o objetivo de analisar brevemente experiências estrangeiras sobre o tema da consensualidade administrativa, a fim de demonstrar que o assunto apresenta relevância também em outros ordenamentos jurídicos.

Ademais, realizou-se pesquisa em documentos oficiais e informações institucionais divulgadas pela ANTT, especialmente em seu *site*¹, de forma a analisar o desenvolvimento do tema da consensualidade no âmbito da prática regulatória da ANTT. Nesse escopo, utilizou-se de Agendas Regulatórias² ao longo dos anos de 2011 a 2020, Relatórios Anuais³ publicados pela agência, informações de relatórios e documentos divulgados no canal de participação social da ANTT⁴ e em documentos e processos administrativos disponíveis para consulta pública no sistema SEI-ANTT⁵.

Para o estudo de caso, foram realizadas pesquisas em reportagens jornalísticas sobre o contexto em que se promoveu a ação regulatória. Foram analisados os documentos publicados pela agência, como relatórios e notícias disponíveis em seu *site*⁶, e processos administrativos disponíveis para consulta pública.

Desta feita, após a pesquisa e o desenvolvimento do tema conforme proposto, pretende-se alcançar conclusões acerca da relevância do tema da consensualidade no âmbito

¹ AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.html>. Acesso em: 08 dez. 2019.

² AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Agenda Regulatória da ANTT**. Disponível em: <http://governanca.antt.gov.br/AgendaRegulatoria/Paginas/Inicio.aspx>. Acesso em: 08 dez. 2019.

³ AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Relatórios anuais**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/textogeral/Relatorios_Anuais.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁴ PARTICIPANTT. **Sistema de participação pública da ANTT**. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁵ AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Processo Eletrônico (SEI)**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/textogeral/Processo_Eletronico_SEI.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁶ AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

da atividade regulatória atual e verificar se os instrumentos consensuais, da forma como têm sido regulamentados e implementados na regulação estatal, especialmente no âmbito das agências reguladoras, possuem o condão de proporcionar efetivo diálogo e interação entre os atores envolvidos no ambiente regulatório, legitimando democraticamente a atividade do ente regulador e tornando a regulação mais eficiente e qualificada.

PARTE 1

A CONSENSUALIDADE NA REGULAÇÃO ESTATAL

2 A CONSENSUALIDADE NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado, em sua caracterização, sofreu diversas transformações, especialmente nas últimas décadas, as quais se refletiram na forma de atuação da Administração Pública e levaram à reformulação de diversos pontos de estudo do Direito Administrativo. Um dos principais aspectos de mudança consistiu na tendência de substituição do modo de atuação unilateral e impositiva do Estado por formas e instrumentos baseados no diálogo, na participação e na cooperação. Este aspecto passou a ser identificado como consensualidade administrativa, a qual se constitui como um dos tópicos protagonistas da nova face da atuação da Administração Pública.

A compreensão da consensualidade administrativa requer, portanto, que sejam entendidas as mudanças observadas na caracterização do Estado e nos institutos clássicos do Direito Administrativo, de forma a ser possível perceber as bases teóricas que fundamentam a sua incorporação às formas de atuação estatal.

Assim, serão demonstrados, neste capítulo, os principais pontos envolvendo a mudança de paradigma da atuação administrativa, como a abertura do Estado à participação social, a processualização, a consolidação do princípio da eficiência como balizador da atuação estatal, e a redefinição teórica do interesse público, os quais se relacionam intimamente com o fenômeno consensual e lhes fornecem bases teóricas.

Por outro lado, embora haja certa consonância acerca dos fundamentos teóricos para a afirmação do consenso como aspecto da atuação administrativa contemporânea, a concepção do que se entende por consensualidade administrativa ainda é envolta em divergências. Destarte, a fim de definir o objeto de estudo da presente dissertação, será analisada a complexidade e a abrangência do conceito de consensualidade, relacionando-a com a concepção democrática atual, e demonstrando o panorama normativo da consensualidade administrativa no Brasil.

Ademais, será abordada a consensualidade em ordenamentos jurídicos estrangeiros em que o tema se apresenta relevante e mais amadurecido, examinando os principais atos

normativos e entendimentos manifestados pela doutrina dos países abordados, de forma a corroborar a tendência atual de substituir formas unilaterais e imperativas de atuação estatal.

2.1 A mudança de paradigma da atuação administrativa

Nas primeiras construções teóricas do Direito Administrativo do século XIX, a figura do Estado se individualizava pela detenção do poder soberano, acompanhada de prerrogativas para possibilitar seu exercício. Estas prerrogativas caracterizavam os típicos atos de império, vinculados à ideia de irresponsabilidade do Estado. A finalidade do exercício do poder estatal, nesse contexto, era garantir a supremacia do interesse público, que, por vezes, era confundido com o interesse da própria Administração (ALMEIDA, 2017, pp. 326-327).

Barbosa de Melo (1983, pp. 87-88) resumiu a característica do Estado no contexto citado:

O certo é que o modelo administrativo clássico, autoritário, centralizado e burocrático, condizia com essas duas determinantes do pensamento juspublicista característico de grande parte do séc. XIX. Se, por força do liberalismo, as intervenções administrativas no domínio económico-social deviam tomar a forma de actos de polícia, então a eficácia da acção administrativa seria tanto maior quanto mais esta fosse conforme como o modelo clássico.

A decisão unilateral, autoritária, susceptível de ser imposta aos agentes económicos se necessário pela força, deveria ser a forma de acção típica da administração económica. Por outro lado, se os cidadãos tinham de ser igualmente tratados, onde quer que residissem e fosse qual fosse a repartição a que se dirigissem, então a Administração deveria ser organizada num corpo único para todo o território nacional, perfeitamente hierarquizado em cada um dos seus ramos (ministérios) que satisfizesse integralmente as exigências da unidade de comando. Teria de ser, em suma, nas palavras de MAX WEBER, uma administração monocrático-burocrática. Pois só assim a interpretação e a aplicação das leis e a definição concreta dos interesses públicos a prosseguir poderiam ser rigorosamente isónomas para a comunidade universal dos cidadãos sujeita ao Poder Executivo do Estado.

No entanto, essa caracterização do Estado foi objeto de profundas transformações, as quais passaram a refletir diretamente na forma de atuação da Administração Pública, além de exigirem uma reformulação de diversos pontos de estudo do Direito Administrativo. As últimas décadas observam a efetiva consolidação dessas mudanças, dentre as quais a consensualidade administrativa, caracterizada pela substituição, ainda que parcial, do modo de atuação unilateral e impositiva do Estado por formas e instrumentos baseados no diálogo, na participação e na cooperação.

Por não ser um fenômeno isolado, estando a consensualidade inserida em um contexto de profundas modificações quanto ao modo de atuação administrativa, passa-se a expor alguns dos principais vieses de mudança observados nesse processo de transformação, como a ampliação de mecanismos de abertura do Estado à participação social, a processualização e a

institucionalização dos meios de participação e diálogo, a consolidação do princípio da eficiência como balizador da atuação estatal e a redefinição teórica do interesse público, os quais conferem suporte teórico ao fortalecimento do fenômeno consensual na atuação da Administração Pública e no Direito Administrativo pátrio⁷.

2.1.1 A abertura do Estado à participação social

A abertura do Estado à participação social consiste em um dos principais aspectos de mudança da atuação administrativa contemporânea, estando intimamente relacionada à gradual substituição da anterior performance predominantemente unilateral e impositiva estatal por formas consensuais de atuação.

Em obra dedicada ao tema, Perez (2009, p. 26) explica o fortalecimento dos institutos de participação popular no Direito Administrativo a partir de três perspectivas: a perspectiva política, identificando-se a participação popular na Administração como fruto do atual estágio de desenvolvimento da democracia; a perspectiva administrativa, que considera a participação popular como um novo modelo de organização da Administração Pública; e a perspectiva jurídica, que vê a participação como alvitre da ampliação conceitual do Estado de Direito.

Segundo expõe o autor, sob a perspectiva democrática, a participação passou a ser consagrada a partir do modelo de democracia semidireta ou participativa, observado em diversas Constituições editadas ou reformadas a partir da década de 1970, tal como na própria Constituição Federal de 1988, baseando-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que aquela admitida no regime de democracia representativa (PEREZ, 2009, pp. 31-38). Nesse contexto, consagraram-se diversos instrumentos participativos, como a iniciativa popular de leis, os referendos e a ação popular (artigos 14, III, II e 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988).

⁷ Os fenômenos que serão tratados não podem ser considerados isoladamente, mas integram um contexto de mudanças no modo de agir da Administração Pública, e, conseqüentemente, dos focos de estudo do Direito Administrativo. Os pontos de mudanças que atingiram a atividade administrativa nos últimos anos são bastante amplos. Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2016, pp. 33-50), por exemplo, arrola como principais aspectos de transformação do Direito Administrativo, em especial no Brasil, os seguintes: a constitucionalização desse ramo do Direito, entendida no sentido da elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas por legislação infraconstitucional, e também no sentido da irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico; a democratização da Administração Pública; transformações ocorridas no conceito de discricionariedade administrativa; a crise da noção de serviço público, com a tendência de transformar serviços públicos exclusivos em atividades abertas à livre iniciativa; o movimento de agencificação; a aplicação do princípio da subsidiariedade, com a ampliação das privatizações e do terceiro setor; a adoção do conceito de Administração Pública Gerencial; a procura da consensualidade como instrumento de atuação pública; a centralidade da pessoa humana em contraposição ao princípio da supremacia do interesse público; e a privatização do Direito Administrativo.

Do ponto de vista da perspectiva administrativa, a participação se configura como elemento crucial no novo modelo de organização da Administração Pública, que se identificou como propulsora de desenvolvimento econômico e garantidora de direitos humanos e sociais no início do século XX. Nesse modelo de Estado de Bem-Estar, observou-se uma ampliação das funções da Administração, que se tornaram mais complexas, com um modo de atuar voltado ao alcance de maior eficiência (PEREZ, 2009, p. 43). Assim, a participação surge como um instrumental hábil a proporcionar uma máxima eficiência à atuação administrativa, de forma a buscar uma maior adesão dos cidadãos às políticas governamentais, na medida em que aproxima a sociedade do Estado.

Ainda utilizando-se dos ensinamentos de Perez (2009, pp. 61-63), relevante destacar a perspectiva jurídica, na medida em que a participação dos cidadãos aproxima o Estado da concepção substancial de Estado de Direito, o qual tem como objetivos maiores a concretização dos direitos fundamentais e uma efetiva legitimação, que vai além da mera obediência às prescrições legais.

Nesse escopo, passou-se a observar a consagração de instrumentos participativos em todas as funções estatais: legislativa, com o uso, por exemplo, do instituto do referendo (artigo 14, II, da Constituição Federal de 1988) e da iniciativa popular (artigo 14, III, da Constituição Federal de 1988); jurisdicional, com a utilização de instrumentos como a ação popular (artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988); e, ainda, na função executiva, através da crescente importância de audiências e consultas públicas, dentre outros instrumentos.

Dessa forma, fortaleceu-se a ideia de que a ação do Estado deve corresponder às preferências coletivas da sociedade, de forma que a Administração necessita de informação precisa e concreta sobre as referidas prioridades na esfera social. Segundo ensina a cientista política Eli Diniz (2013, pp. 09-20), a relevância desse tipo de informação para a eficiência da ação estatal requer o reforço das instituições deliberativas e participativas, que representam, juntamente com as instituições representativas, as duas facetas do fortalecimento do regime democrático.

Diante do quadro exposto, percebe-se que a participação se apresenta “como expressão e efeito da moderna ideia da relação Estado-sociedade, onde se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação” (NIGRO, 1980, p. 229, *apud* MEDAUAR, 2017, p. 294), aproximando, portanto, os dois sujeitos.

Ademais, a participação tem a ver com a crescente inter-relação entre interesses de diversas espécies nas sociedades contemporâneas, de forma que as decisões tomadas pela

Administração passam a atingir um número muitas vezes indeterminado de pessoas, demonstrando a existência de um verdadeiro pluralismo, constituído pela multiplicidade de grupos e de interações indivíduo-sociedade (MEDAUAR, 2017, p. 294).

O Estado Democrático de Direito brasileiro consagrado constitucionalmente asseverou os valores de uma sociedade pluralista, fundamentando-se no pluralismo político, conforme preceitua o artigo 1º, V, da Constituição Federal de 1988. Ao optar por uma sociedade pluralista, a Constituição acolheu uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos, de forma que é preciso construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas que podem daí decorrer (SILVA, 2007, p. 143).

Dessa forma, fez-se clara a demanda do Estado moderno por uma maior participação, a fim de efetivamente cumprir seus objetivos sociais e democráticos com legitimidade, além de garantir o atendimento dos interesses inerentes a uma sociedade pluralista. Nessa esteira, deve-se entender a participação como a “possibilidade de intervenção popular na gestão dos assuntos que dizem respeito a toda a coletividade, com reflexos na determinação do conteúdo da decisão administrativa” (OLIVEIRA, 2005, p. 190).

Assim, a participação está também relacionada às práticas administrativas baseadas no consenso, na negociação e na conciliação de interesses (MEDAUAR, 2017, p. 296), de forma que o administrado, através da participação, tenha efetiva influência nas decisões administrativas, o que ressalta sua importância na configuração do Estado contemporâneo.

2.1.2 A processualização e os meios de participação e diálogo

A importância da processualização no cenário do Direito Administrativo advém, em parte, da perda de protagonismo da figura do ato administrativo, que, da forma como inicialmente formatado pela doutrina clássica, não se mostra mais como o principal instituto capaz de explicar e sustentar a atuação da Administração Pública.

O ato administrativo, concebido como um dos principais institutos do Direito Administrativo, e caracterizado como ato unilateral e coativamente imposto aos particulares, foi utilizado inicialmente como instituto capaz de afirmar a autoridade administrativa, que justificava a concreta execução da lei pela Administração (BITTENCOURT NETO, 2017, p. 41).

Nesse cenário, o ato administrativo apresentou-se como afirmação do momento de autoridade, tanto por significar a própria execução da lei, que deveria ser estritamente cumprida em obediência ao princípio da legalidade, como por incidir unilateralmente sobre

situações subjetivas de particulares, estando acompanhado de determinados atributos, constituídos como verdadeiras prerrogativas conferidas pelo sistema normativo, a fim de que a atuação da Administração pudesse objetivar eficazmente os desígnios consagrados como próprios da coletividade (BANDEIRA DE MELLO, 2015, pp. 425-427).

Contudo, a concepção clássica do ato administrativo foi recebendo reparos, de forma que não mais se encaixa na moderna concepção de Administração Pública. Com efeito, diversos autores passaram a apresentar críticas ao instituto tradicional do ato administrativo, revelando-se um cenário de verdadeira *crise do ato administrativo*⁸.

Nesse contexto, passou-se a questionar inclusive se o conceito de ato administrativo teria lugar no novo modelo de Administração Pública, que agora adota contornos de atuação dialógica, de forma que o ato administrativo passa a perder espaço para as formas bilaterais, como os contratos e outras relações jurídicas que ultrapassam a mera imposição de decisões. Marques Neto (2011a, p. 108) sintetizou os vetores que levaram à construção de um novo paradigma acerca da teoria do ato administrativo:

A crescente demanda de sujeição do ato administrativo a princípios como a proporcionalidade, ao já aludido dever de motivação ampla e concomitante à prática do ato, a submissão da administração à processualidade administrativa, aos deveres de transparência, somada aos desafios da participação popular na Administração, à crescente pressão pelo controle judicial do antes insindicável mérito administrativo, à relativização da autoexecutoriedade a situações previstas expressamente em lei, à contraposição da imperatividade ao princípio da confiança legítima, aos questionamentos apoiados nos módulos consensuais na atividade administrativa, enfim, várias questões postas, seja pela própria ciência madura, seja pelos desafios apresentados desde fora dela (por outros ramos do direito, pelas demandas políticas, pelo fortalecimento da sociedade, pelas condicionantes econômicas, pelo sistema judicial), a nosso ver dão mostras de um período de transição a um novo paradigma.

O estudo desse fenômeno de crise da categoria do ato administrativo foge ao escopo do presente trabalho. Todavia, é fato que o contexto citado moveu o foco do estudo do ato administrativo para o modo de sua formação, ou seja, ao procedimento das escolhas nele

⁸ Vários autores escreveram sobre o tema, dentre eles, SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2006; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: **Os caminhos do ato administrativo** (coord.) Medauar, Odete e Schirato, Vitor Rhein. São Paulo: RT, 2011a, pp. 89-113; MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan.-mar. 2019. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=254675>. Acesso em: 15 out. 2019; NOHARA, Irene Patrícia. Crise de identidade do ato administrativo: benefícios e rescos da “terapêutica dialógica”. In: **Revista Direito em (Dis)Curso**, Londrina, v. 4, n. 1, pp.15-24, jan.-jul. 2011. Apesar das críticas, reconhece-se que o ato administrativo permanece como importante categoria do Direito Administrativo, na medida em que foca na própria atuação administrativa, o que fornece um arsenal importante para seu controle (NOHARA, 2011, p. 23), merecendo, no entanto, algumas reformulações teóricas a fim de torná-lo mais consentâneo com a realidade atual.

compendiadas, passando-se a se valorizar todo o desenvolvimento do agir administrativo, e não apenas o momento isolado da decisão (MEDAUAR, 2017, p. 253).

O procedimento ganha relevo na medida em que responde às necessidades do atual modelo de Estado, que busca ampliar as relações com os cidadãos, proporcionando a participação social, e, ainda, tutelando e protegendo os direitos e interesses dos participantes, sejam públicos ou privados.

A processualização significa agir conforme regras preestabelecidas, que devem ser amplamente conhecidas. Ademais, no curso do procedimento, até a formação da decisão final, deverá haver diversas oportunidades de interlocução com os próprios participantes e até mesmo com outros interessados. Segundo Nohara (2011, p. 19), tal contexto efetiva a Administração Pública em sua perspectiva democrática.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a processualidade no artigo 5º, LV, ao conferir aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos que lhe são inerentes. Ademais, com a edição da Lei de Processo Administrativo, em 1999, o Direito passou a exigir, nas mais diversas circunstâncias, que a tradicional sequência de atos preparatórios se transformasse em um caminho decisório transparente e acompanhado de diversas garantias (MARRARA, 2014, p 36). Assim, a democratização se alia à processualização, a qual representa um movimento de crescente qualificação de processos decisórios.

Sob outra perspectiva, conforme afirma Bitencourt Neto (2017, p. 96), o procedimento é uma forma de legitimidade complementar da ação administrativa, diminuindo o foco da legitimação pela tão somente titularidade das competências administrativas conferidas por lei, e aumentando a importância dos modos de exercício dessas competências.

Destarte, a processualização está alinhada à atuação administrativa consensual, albergando as formas negociadas e participativas, além de corresponder à exigência pluralista que caracteriza a sociedade atual, chamando todos os agentes representantes dos mais diversos interesses a cooperar e atenuar o caráter rígido e unilateral das condutas administrativas (MEDAUAR, 2017, pp. 289-290).

Nesse sentido, a processualização, abarcando formas de participação, gera uma verdadeira legitimação democrática e reforça a necessidade de manutenção dos canais de comunicação entre a atuação administrativa e o titular do poder político, melhorando e qualificando as decisões administrativas.

2.1.3 O princípio da eficiência e sua realização através do consenso

O princípio da eficiência como balizador da atuação administrativa exurgiu também no contexto das transformações administrativas ocorridas na década de 1990, orientando a Administração Pública a agir de forma a obter o máximo de resultado em seus programas, opondo-se à lentidão, ao descaso, à negligência e à omissão que costumavam marcar sua forma ordinária de atuação (MEDAUAR, 2017, p. 315).

No Brasil, a eficiência foi inserida como princípio constitucional com a Emenda Constitucional n. 19/1998, impondo que toda a ação administrativa deve ser dirigida para a concretização substancial das finalidades postas pela lei. Assim, esta concretização deverá se dar com o emprego da melhor qualidade, de forma mais rápida, e por meio dos menores custos.

Dessa forma, segundo Moreira Neto (2016, p. 172), a eficiência consiste em um passo além da simples eficácia, conceito que não contém em si qualquer análise quanto ao resultado concreto da ação, mas, apenas, a de sua envergadura para produzi-lo. Dessa forma, o conceito de eficiência se mostra mais completo, na medida em que considera a aferição do resultado buscado com determinada ação estatal. Porém, segundo o autor, o conceito de eficiência ainda não é completo; é necessário seguir para a introdução e o alcance do conceito de efetividade, o qual se traduz no atingimento satisfativo geral do interesse público:

A destacada consequência dessa despertada preocupação, não apenas com o *processo de decisão*, como era da tradição administrativa, mas, ainda além, com o *resultado do decidido*, pode ser bem apreciada na evolução da técnica do controle, pois além dos tradicionais controles de *existência*, de *validade*, de *eficácia* e de *eficiência* dos atos públicos, acrescentou-se um quinto, o de *efetividade*, destinado a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o que foi disposto na ordem jurídica.

Frise-se, portanto, que este quinto modo de controle ganha especial relevância para a valorização da cidadania, pois é através dele que a legitimidade ganha visibilidade na ação do estado, sendo precisamente essa qualidade que permite confrontar a ação administrativa com o seu resultado prático, ou seja, a verificação finalística daquilo que de modo tão nítido se averba na constituição portuguesa: “a administração pública persegue o interesse público, no respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão” (MOREIRA NETO, 2016, p. 172).

Muitos autores relacionam intimamente os fenômenos da eficiência e da participação. Segundo Moreira Neto (2016, p. 174), a participação “de conteúdo”, identificada como aquela que de fato adota políticas públicas desejadas pela sociedade, poderá não apenas revelar as reivindicações sociais, como também concorrer para dinamizar a própria democracia representativa no sentido de torná-la mais eficiente em termos de resultados.

França (2000, p. 172) aponta que a Emenda Constitucional n. 19/1998, procurando concretizar a eficiência administrativa, inserida como princípio no artigo 37 da Constituição Federal, também declarou o direito de participação dos administrados na gestão dos serviços públicos, determinando que a lei deve instituir formas que o viabilize. Estabeleceu, nesse contexto, por exemplo, o direito de reclamação contra a ineficiente prestação de serviços públicos, a garantia da manutenção dos serviços de atendimento do usuário e da avaliação periódica da qualidade dos serviços, o direito de acesso dos usuários dos serviços públicos a registros administrativos e o direito de representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na administração pública (artigo 37, § 3º, da Constituição Federal de 1988).

Dessa forma, segundo o autor, a valorização da participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa teria forte ligação com o princípio da eficiência, consistindo em um importante instrumental jurídico para a concretização normativa da eficiência pregada constitucionalmente (FRANÇA, 2000, p. 172).

Conforme explicita Palma (2015, p. 239), a eficiência é um dos fundamentos utilizados para fundamentar o surgimento da consensualidade, o que se percebe quando a doutrina expõe as potencialidades positivas dos instrumentos consensuais. Assim, a consensualidade, que geralmente está associada a uma atuação administrativa menos incisiva ao administrado, costuma gerar maior aderência dos administrados, e, portanto, menores custos e resultados mais efetivos, alcançando maior eficiência na atuação estatal.

Destarte, o consensualismo pode ser considerado um viés de atuação hábil na promoção da eficiência na atividade da Administração Pública.

2.1.4 A revisão da concepção teórica do interesse público

Outro aspecto de mudança está relacionado à noção teórica do interesse público, conceito que se configura como uma das bases clássicas do Direito Administrativo, figurando, tradicionalmente, como fundamento, limite e instrumento do poder estatal (MEDAUAR, 2017, p. 230).

No Brasil, destaca-se sobre o tema a doutrina de Bandeira de Mello (2015, p. 55 e ss.), que construiu uma teoria de Direito Administrativo com fulcro nos basilares princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Conforme as lições do autor, o interesse público poderia ser conceituado como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua

qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 62).

Segundo o autor, o princípio da supremacia do interesse público viria a anunciar a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência do interesse público sobre o particular, convindo a justificar alguns preceitos próprios da atuação administrativa, como a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e exprimi-lo nas relações com os particulares, a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações e a possibilidade de estabelecer restrições especiais no desempenho da atividade de natureza pública (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 70).

A indisponibilidade do interesse público, por sua vez, significaria que os interesses públicos não se encontram à livre disposição da vontade do administrador, que tem, por sua vez, o dever de curá-los nos termos da finalidade legal a que estão adstritos (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 77).

Diante das diversas mudanças que atingem a configuração do Estado nos dias atuais, é certo que esses princípios, como também a própria concepção de interesse público, devem ser interpretados à luz das novas perspectivas enfrentadas no âmbito do Direito Administrativo.

Um dos vieses de redefinição consiste na negação de uma concepção unitária de interesse público, uma vez que não seria plausível desconsiderar, na sociedade atual, a possível existência de uma multiplicidade de interesses públicos (CAMPOS; JUST, 2014, pp. 114-115). Explica-se.

Atualmente, em razão da sociedade pluralista que hoje predomina, pode-se afirmar que há tantos interesses públicos quantas forem as comunidades nela existentes (MARQUES NETO, 2002a, p. 152). Dessa forma, é insuficiente identificar o interesse público como aquele unicamente disposto em lei, ou aquele escolhido pelos representantes do Estado, os quais costumavam ser os únicos aceitos a fundamentar a atuação administrativa, mesmo quando se estava diante de conceitos abertos ou genéricos dispostos nos atos normativos. É o que afirma Marques Neto:

19. Não mais podendo ser sustentada a existência de um interesse público (prescrito em lei ou identificado pela burocracia), não há mais como aceitar a tese da oposição e supremacia absoluta desse interesse geral frente aos diversos interesses encontrados na sociedade – interesses estes, que, inclusive, acabam por estar refletidos, a partir de locuções genéricas ou de cláusulas abertas (conforme expusemos no Capítulo II), na lei ou mesmo na Constituição.

[...]

20. Não mais prevalecendo tais concepções, perde sentido a noção universal, absoluta, singular, de interesse público, definido unilateralmente e autoritariamente pelo Estado (quer por meio da lei, quer, mais posteriormente, por meio de aparato

burocrático no exercício de sua crescente margem de discricionariedade) (MARQUES NETO, 2002a, p. 156).

Assim, a doutrina mais moderna afirma que, no contexto em que se vive atualmente, é necessário redimensionar a noção de interesse público. É mais adequado ampliar sua noção para abranger também os interesses privados dotados de legitimidade, a fim de que o conceito de interesse público não reste como um conceito útil apenas para meros fins retóricos (MARQUES NETO, 2002a, pp. 147-149).

Como decorrência dessa concepção, não se mostra cabível falar em parâmetros fixos de interesse público, na medida em que não seria possível definir previamente seu conteúdo (CAMPOS; JUST. 2014, p. 115). Assim, a definição de interesse público em uma sociedade pluralista deve decorrer da colaboração dos diversos grupos sociais, de forma que assumem especial relevo, nesse processo, as formas de participação e de consenso.

Nesse sentido, Medauar, citando Parejo (2008, p. 61, *apud* MEDAUAR, 2017, p 238), observa que cada vez mais se revela a dificuldade em se adotar uma autônoma definição abstrata e objetiva de interesse público, de forma que o poder público tem se socorrido de fórmulas de concerto, transação e cooperação com grupos sociais e agentes privados inclusive para a própria definição do interesse público.

Da mesma forma se posicionam Campos e Just (2014, pp. 116-117), que defendem a necessidade de racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente, o que pode ser alcançado através da procedimentalização progressiva da Administração Pública e da adoção da técnica da ponderação de interesses.

A ponderação de interesses para a caracterização do interesse público a ser atendido assume especial relevância na medida em que permite sopesarem-se os eventuais interesses conflitantes, de forma a alcançar a melhor solução possível ao caso concreto (BORGES, 2007, p. 17).

Outro aspecto de revisão relacionado ao conceito de interesse público consiste na incompatibilidade da invocação abstrata do princípio da supremacia do interesse público para a motivação das decisões tomadas pela Administração. Esta premissa significa que não se mostra adequado que a Administração se valha da referência abstrata ao interesse público para motivar um ato ou decisão, em razão da sua supremacia afirmada apenas genericamente, desvinculada de todos os interesses envolvidos no caso concreto.

Acerca desse ponto, vale expor as lições de Palma (2015, p. 172), para quem é insuficiente a fundamentação dos provimentos emanados pela Administração tão somente

pelo princípio da supremacia do interesse público; é imprescindível a explicitação do critério utilizado para se determinar a prevalência de um interesse em detrimento do outro.

Marques Neto (2002a, p. 165), por sua vez, entende que a supremacia do interesse público deve adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos, desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: a interdição do atendimento de interesses particularísticos, ou seja, desprovidos de amplitude coletiva ou transindividual; a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos envolvidos no caso concreto; e a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.

Em relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, a doutrina mais moderna defende que ele deve ser encarado como a impossibilidade de renúncia por parte do agente público no que tange à tutela dos interesses públicos difusos, ou seja, o agente público não pode se esquivar de proteger e fazer prevalecer os interesses socialmente hipossuficientes (MARQUES NETO, 2002a, p. 165).

Ressalte-se, todavia, que não se está a defender a inaplicabilidade dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público à moderna concepção de interesse público adotada. Ao contrário, entende-se que estes princípios persistem como importantes construções para entender o regime jurídico-administrativo adotado no Direito Administrativo brasileiro.

No entanto, a interpretação a eles conferida deve ser renovada, a fim de atender à atual face da Administração Pública. Cite-se, nessa toada, a opinião de Marques Neto (2002a, p. 165), para quem os princípios centrais da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público não devem ser abandonados, mas colocados à luz das novas perspectivas.

Essa visão mais atualizada pode evitar que o conceito de interesse público seja utilizado unicamente para a garantia de interesses estatais ou políticos apenas camuflados de interesse público. Ademais, tal perspectiva abre-se à possibilidade de admitir as mais diversas formas de participação e negociação, afirmando a realização da consensualidade no âmbito da Administração Pública.

Nessa esteira, Moreira Neto (2016, p. 168) afirma que o conceito de interesse público, antes um obstáculo quanto à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadão, passou a ser um aspecto essencial para a noção de Administração Pública consensual.

Ainda, a concepção de interesse público demonstrada permite justificar os atos consensuais a serem realizados no âmbito administrativo, justamente por eles próprios consistirem, muitas vezes, no próprio interesse público, caindo por terra as afirmações de que a consensualidade visa apenas a atender interesses particulares. Nesse sentido afirma Palma:

[...] o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. [...] Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta –, é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público (PALMA, 2015, p. 171).

Pelo exposto, acompanha-se o entendimento de Alice Gonzales Borges (2007, p. 19-21), para quem o interesse público continua a ser conceito fundamental de direito administrativo, mas que deve ser melhor definido, diante das modernas tendências democratizantes do direito administrativo, do conteúdo da Constituição Federal brasileira, bem como das perspectivas histórico-sociológicas da realidade do país.

Assim, é importante considerar a multiplicidade de interesses igualmente resguardados na proteção constitucional, sopesando-os na busca da realização do melhor interesse público, a fim de promover decisões que alberguem ao máximo a integridade de cada um dos interesses legítimos postos nos conflitos em jogo.

2.2 Conceito de consensualidade e definição do objeto de estudo

As diversas transformações pelas quais perpassaram os institutos clássicos do Direito Administrativo e os contornos de atuação da Administração Pública fundamentaram a tendência à preterição da forma tradicional de ação estatal impositiva e unilateral. De fato, passou-se a priorizar o consenso e as formas de atuação que visam a alcançá-lo, conforme esclarece Oliveira:

Tradicionalmente orientado pela lógica da autoridade, imposição e unilateralidade, o direito administrativo contemporâneo passa a ser permeado e combinado com a lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade. O modelo burocrático – baseado na hierarquia e racionalização legal das competências – passa a coexistir com outros modelos que prestigiam de modo mais acentuado a eficiência e resultados (gerencialismo) e também a democraticidade e legitimidade das relações jurídico-administrativas (nova governança pública e Administração Pública paritária) (OLIVEIRA, 2017, p. 523).

Embora a doutrina pátria se posicione de forma relativamente uniforme acerca das bases teóricas para a afirmação do consenso como importante faceta da atuação administrativa contemporânea, o conceito de consensualidade administrativa ainda é envolto por divergências.

Dessa forma, com a finalidade de definir uma concepção de consensualidade a ser adotada no presente trabalho, passa-se a analisar os aspectos de divergências e aproximações existentes na doutrina brasileira sobre o tema, a aproximação da Administração consensual com a compreensão democrática atual e como o tema foi posicionado na legislação pátria.

2.2.1 Consensualidade na Administração Pública: análise da complexidade e abrangência

Embora o tema da consensualidade administrativa tenha se mostrado palpitante nos últimos anos em razão das constantes inovações legislativas, e cada vez mais frequente utilização concreta dos instrumentos consensuais, o estudo da atuação estatal consensual não se constitui propriamente como uma novidade no âmbito da doutrina brasileira.

Almiro do Couto e Silva, em artigo publicado em 1997, argumentou que nas relações entre o Estado e os indivíduos era fenômeno corrente a busca de decisões administrativas por meios consensuais, através dos quais o Poder Público, em vez de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procurava ou atraía os indivíduos para o debate das questões de interesse comum, as quais deveriam ser solvidas mediante acordo. Além da formalização do próprio acordo, haveria a possibilidade de que o ajuste fosse estabelecido antes de o Poder Público exarar o ato administrativo, de forma que a solução consensual ficaria “escondida” pelo ato emanado da Administração (SILVA, 1997, pp. 64-65).

No entanto, Silva afirmou que, na prática da Administração brasileira, a consensualidade administrativa vinha, até então, sendo utilizada de forma muito tímida e por vezes informalmente, como por exemplo, através dos acordos informais entre governo e setores empresariais para a contenção de preços e dos ajustes entre os particulares e municipalidades acerca da concessão de licenças para construção (SILVA, 1997, p. 65).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nos idos do ano 2000, também abordava o tema da consensualidade na Administração Pública, ressaltando, a despeito da sua importância, seu pouco avanço nos estudos brasileiros àquela época:

o avanço da *consensualidade* e dos consequentes mecanismos de coordenação – a *cooperação* e a *colaboração* – leva à valorização dos *resultados* da ação administrativa [...]

Por outro lado, a *consensualidade*, embora não tenha ainda avançado no Brasil tanto quanto o fez na Alemanha, na Itália e na Espanha, para ficar com exemplos mais eloqüentes, nos quais já apresenta excelentes resultados práticos, em termos de agilização administrativa, na forma dos chamados *acordos substitutivos*, em que a negociação disciplinada entre Administração e administrados institui uma função substitutiva dos atos unilaterais de exercício do poder estatal, ainda assim, entre nós, já transparece nas modalidades intra e extra-estatais de *contratos de gestão*, que, na realidade, nada mais são também, que modalidades de *acordo* (MOREIRA NETO, 2000, pp. 180-182).

Com efeito, apenas a partir da primeira década do século XXI, o que até então era denominado de *tendência*, passou a ser utilizado com mais frequência no âmbito da atuação administrativa brasileira. Nessa esteira, a partir desse período, foi possível observar a formação de uma consistente doutrina que se debruçou sobre a temática da *consensualidade*, seus instrumentos e meandros.

Não obstante, ainda hoje não se observa uma teoria uniforme acerca da *consensualidade* na Administração Pública brasileira, mas diversas posições doutrinárias que divergem entre si em aspectos conceituais e categorizações. Uma das dificuldades encontradas em relação ao tema é a diversidade de nomenclaturas e de definições acerca do fenômeno. Por outro lado, como se verá, se destaca o avanço da legislação no que tange à positivação dos instrumentos consensuais.

Um dos importantes autores para a consolidação do *consensualismo* no âmbito do Direito Administrativo no Brasil foi Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que produziu ampla produção doutrinária sobre o tema. Para ele, a *consensualidade* pode ser definida como um princípio especial que rege o Direito Administrativo, de forma que sua existência tem o condão de iluminar diversas relações entre sociedade e Estado e de facilitar, assim, a aplicação e o aperfeiçoamento dos institutos consensuais já existentes, a criação de novos, e de convergir para a interpretação homogênea de situações indefinidas, possuindo grande importância para a realização da democracia, a partir do seu emprego na Administração Pública (MOREIRA NETO, 2003, p. 156).

Moreira Neto (2016, p. 179) entende que haveria três gêneros da administração pública consensual, os quais se demonstrariam nas funções decisória, executiva e judicativa da Administração.

Na tomada de decisão administrativa (função decisória), o consenso poderia figurar como elemento simplesmente coadjuvante da formação da vontade administrativa, em que a administração deve buscar a audiência dos interessados e, se possível, com eles manter o

diálogo e a negociação de interesses, mas somente a ela caberá a decisão final; ou, ainda, como elemento determinante da formação da vontade do Estado. Exemplos de atuação da administração decisória consensual seriam a audiência pública, os debates públicos, o plebiscito e o referendo (MOREIRA NETO, 2016, pp. 181-182).

No âmbito da execução administrativa (função executiva), o consenso figuraria como elemento potencializador da capacidade de ação do Estado, através da composição e da soma de esforços, pela possibilidade de execução associada de serviços e atividades, mediante parcerias ou instrumentos contratuais, ou, ainda, por modalidades não contratuais de cooperação e de colaboração. Podem figurar como exemplos de atuação da administração executiva concertada as atividades paraestatais (administração privada associada de interesses públicos), as concessões e permissões de serviços públicos, consórcios, convênios e acordos de programa (MOREIRA NETO, 2016, pp. 183-185).

Por fim, Moreira Neto (2016, pp. 186-190) expõe que o consenso estaria presente na prevenção de conflitos administrativos e na composição de conflitos já instaurados (função judicante), a exemplo da utilização do consenso como modalidade substitutiva da ação unilateral e imperativa do Estado (acordos substitutivos), bem como da conciliação, mediação, arbitragem e ajustes de condutas e similares.

O autor adota um conceito amplo de administração consensual, qualificando o fenômeno como um verdadeiro princípio de Direito relacionado à satisfação da própria democracia, o que abrangeria a atuação administrativa em seus diversos espectros, desde a tomada de decisão, perpassando pela execução de serviços e ações próprias estatais, até a resolução de conflitos. Em diversas oportunidades, o autor também se utiliza da expressão “administração concertada” para denominar os novos modelos da ação administrativa caracterizados por uma atividade consensual e negocial (MOREIRA NETO, 2003, p. 147; 2016, p. 165).

Outros autores nacionais também adotaram uma concepção ampla de consensualismo, a exemplo de Almeida (2017, pp. 333-334), ao apontar que a utilização de mecanismos de consenso na atividade administrativa abrange, além do próprio contrato administrativo, quatro outros vetores de evolução⁹:

⁹ Ressalte-se, no entanto, que em obra dedicada ao tema dos contratos administrativos, Almeida (2012, pp. 475-476) afirma que apenas a situação de criação de nova situação jurídica é que seria propriamente um módulo convencional, se refletindo na formação de um acordo de vontades entre as partes envolvidas, ou nos casos em que a Administração teria um poder unilateral de decisão para criar uma nova situação jurídica, mas que decide substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades. Por outro lado, nessa mesma obra, Almeida (2012, p. 340) chama a atenção ao fato de que o espírito de consenso na ação administrativa vai muito além do uso do instrumento convencional propriamente dito, e que muitos autores têm versado o tema da Administração

- a) a utilização de novas formas convencionais pela Administração Pública, para o estabelecimento de situações subjetivas com particulares ou com outros entes estatais;
- b) a substituição de mecanismos fundamentados em hierarquia – no sentido jurídico ou no sentido político – por acordos, nas relações internas da Administração Pública, ou seja, envolvendo órgãos públicos de uma pessoa administrativa ou de entidades a ela vinculadas;
- c) o estímulo à participação dos governados, enquanto destinatários das decisões a serem tomadas pela Administração Pública, no processo decisório; e
- d) o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios (ALMEIDA, 2017, pp. 333-334).

Seriam exemplos desses vetores, respectivamente, a) os contratos de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004), consórcios públicos (Lei n. 11.107/2005) e contrato de gestão (artigo 37, § 8º, da Constituição Federal de 1988); b) os termos de ajustamento de condutas; c) as audiências e consultas públicas; e d) os institutos da arbitragem e da mediação (ALMEIDA, 2017, p. 334).

Marrara (2017, pp. 275-277), por sua vez, adotando a denominação consensualização¹⁰ para se referir ao “fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas”, avalia que há pelo menos três grandes grupos de instrumentos pró-consensuais: a) os mecanismos procedimentais, que são utilizados pontualmente em certa fase do procedimento administrativo com a intenção de promover o diálogo entre sociedade e Estado, a exemplo de audiências e consultas públicas; b) os mecanismos orgânicos, que abrangem canais de diálogo permanente no âmbito de órgãos colegiados, a exemplo da participação de representantes de agentes econômicos em conselhos de políticas públicas ou em órgãos regulatórios; e c) os mecanismos contratuais, que concretizam o consenso na forma de instrumentos formais bilaterais, como os acordos de leniência, os acordos em processos de autorização administrativa ou licenciamento, compromissos de cessação de condutas ou alteração de condutas dos agentes regulados no âmbito de processos sancionadores.

Para esses autores, portanto, a concepção de administração consensual abrange todos os instrumentos que proporcionam o efetivo diálogo e a participação dos interessados, de

consensual com uma amplitude na sua aplicação, não necessariamente ligada à utilização de instrumentos convencionais.

¹⁰ Marrara (2017, p. 275) propõe uma distinção entre os termos consensualização, consenso, consentimento e consensualidade: “Consentimento é aceitação; consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito; a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública e a consensualização, finalmente, o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas. Diante desse breve panorama, não há que se confundir consensualidade, como resultado, com consensualização, aqui correspondente a um fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas”.

forma que o ato final será construído através da cooperação e composição de esforços, e poderá ser emanado pela própria Administração, constituindo um ato unilateral, ou conjuntamente por todas as partes, como um ato bilateral ou multilateral, assumindo a forma de contrato, acordo ou ajuste.

Outros autores, ainda em valorosos e aprofundados estudos sobre o tema da consensualidade administrativa, apresentam um entendimento mais estrito acerca do conceito de consensualidade.

Bittencourt Neto (2017, pp. 29-30), por exemplo, utilizando o termo Administração concertada, entende que esta consiste no modo de atuação administrativa por meio do consenso e da produção de acordos, significando o uso de instrumentos pactuados, em alternativa a uma atuação administrativa unilateral. Para o autor, a noção de concertação se reconduz às noções de acordo, pacto, composição, ajuste, o que não necessariamente se formaliza por meio de um contrato, mas se viabiliza por um instrumento bilateral, ou, mesmo, resulta numa fase preparatória da produção de um ato administrativo unilateral (BITTENCOURT NETO, 2017, pp. 250, 254).

Palma (2015, pp. 111-112) também adota um sentido restrito de atuação administrativa consensual, identificando-a como a técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre a Administração Pública e administrado são firmados com vistas à terminação consensual do processo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal.

Por outro lado, a autora expõe a possibilidade de se considerar um sentido amplo ou um sentido amplíssimo para o fenômeno. Assim, em sentido amplo, a consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral, enquanto em sentido amplíssimo, a atuação consensual se identificaria com a abertura do seu procedimento para que o administrado participe, a exemplo das hipóteses dos instrumentos participativos, audiências e consultas públicas (PALMA, 2015, p. 111).

Como se vê, dentre os autores brasileiros, não se observa uniformidade na forma de tratamento da Administração consensual, embora, em geral, a doutrina especializada reconheça unanimemente que se trata de uma forma alternativa à atuação administrativa imperativa e unilateral do Estado, admitindo a possibilidade de abertura ao diálogo entre a Administração e os administrados.

Para o escopo desta pesquisa, passa-se a identificar a consensualidade de forma abrangente, a fim de albergar não apenas os instrumentos bilaterais firmados entre a

Administração e os particulares, no exercício do poder. Entende-se que a consensualidade deve ser compreendida como todos os meios que efetivamente permitam aos administrados participar efetivamente dos processos decisórios, influenciando concretamente na decisão final a ser tomada, através da cooperação, do diálogo e da composição de esforços.

Dessa forma, a consensualidade é identificada não necessariamente como o alcance ou formalização de um acordo ou ajuste, mas sim como todos os mecanismos através dos quais seria possível efetivamente proporcionar o diálogo e a cooperação entre Administração e administrados.

Destarte, os instrumentos consensuais têm sido cada vez mais utilizados como meio normal de atuação administrativa, ao lado dos atos unilaterais, justificados pela possibilidade de se alcançar, através deles, maior eficiência e atendimento aos diversos interesses da população.

As virtudes do incremento da utilização de instrumentos consensuais são constantemente afirmadas pela doutrina em geral. Almeida (2017, p. 335) resume os benefícios apontados pelos autores em razão da utilização de instrumentos de consenso, identificando-os como: a) o abandono de um viés autoritário em benefício de um viés democrático, em razão da participação mais efetiva dos destinatários dos atos da Administração em sua elaboração, o que gera uma maior possibilidade de realmente contribuírem com sua vontade para a formação dos atos e também de seu controle; e b) o ganho de eficiência e de melhor governança na ação administrativa.

Ainda, Moreira Neto destaca:

é inegável que o consenso, como modo alternativo de ação estatal, contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (MOREIRA NETO, 2016, p. 176).

Com efeito, embora seja possível vislumbrar diversos benefícios na adoção dos instrumentos consensuais, deve-se sempre adotar uma visão lúcida do tema, não podendo se considerar que a consensualidade seja uma solução universal para todas as problemáticas que comumente se apresentam nas atividades da Administração Pública.

Marrara (2014, p. 36) alerta que os mecanismos de consenso possuem, muitas vezes, custos elevados, pois demandam recursos financeiros, preparação técnica, mudanças de hábitos e de culturas organizacionais, o que é muitas vezes dividido com o particular, o que pode desestimular a participação de diversos grupos sociais. Ainda, não se pode perder de

vista que o uso dos instrumentos consensuais tem aptidão de, muitas vezes, gerar e estimular dissensos, o que pode distorcer o processo decisório.

Ademais, a consensualidade deve estar associada à construção de espaços imparciais de diálogo, não podendo significar a priorização de determinados grupos em detrimento de outros. Como aponta Nohara:

A busca da consensualidade, no sentido da legitimidade de uma conduta do Estado, perpassa pela discussão pública ou por razões fortes, para que haja persuasão. Mas não se deve confundir discussão pública e consenso, no sentido de maior legitimidade, com simples 'ação acordada' com setores interessados. Estes devem ser ouvidos, para que haja diálogo, mas a preocupação central da cidadania depende da construção de espaços públicos imparciais, para que o foco do consenso gravite também e principalmente em torno dos interesses públicos primários (NOHARA, 2011, p. 22).

Dessa forma, a Administração consensual não deve perder seu viés instrumental, a fim de ser sempre utilizada na medida em que possa efetivamente realizar os fins do regime democrático.

Vale ressaltar, todavia, que a Administração consensual não significa o fim da atuação administrativa unilateral clássica. Ao contrário, os modelos convivem e o alcance do efetivo consenso depende justamente de alguns riscos e estímulos gerados pela existência de mecanismos de Administração unilateral, de forma que os mecanismos consensuais se conectam a diversas estratégias unilaterais (MARRARA, 2017, p. 276). Ademais, muitos instrumentos clássicos da Administração permanecem operativos, mas com novas roupagens e feições, tal como o ato administrativo, que permanece sendo figura relevante, mas com a presença, agora, da possibilidade de acordos procedimentais sobre o próprio conteúdo do ato ou a forma de sua execução (BITENCOURT NETO, 2017, p. 430).

Pelo exposto, é possível vislumbrar certa complexidade no que tange à concepção de consensualidade estatal, o que se reflete nas diversas opiniões doutrinárias sobre em que consiste o fenômeno no âmbito da Administração Pública.

No presente trabalho, como já afirmado, considerando a importância da busca pelo consenso nas diversas fases da atuação regulatória, será considerada a perspectiva ampla de consensualidade administrativa, considerando-se como expressão deste fenômeno as variadas formas de efetiva promoção de diálogo e cooperação entre Administração e administrados, que permitam a estes influenciar na decisão estatal, em consonância com a realização do princípio democrático, conforme será visto a seguir.

2.2.2 Consensualidade e a concretização do princípio democrático

A consensualidade administrativa deve ser compreendida em conformidade com a concepção democrática, contribuindo para a legitimidade das decisões emanadas da Administração Pública¹¹.

A democratização consiste em fenômeno recente do Estado, refletindo a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, a fim de resguardar a liberdade e a igualdade (DALLARI, 2015, p. 150). Para o alcance do ideal democrático foram instituídos meios de representação social. No Brasil, foi consagrado o modelo de democracia representativa ou indireta, em que o povo concede um mandato a alguns cidadãos para externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome (DALLARI, 2015, p. 157).

Esse modelo, no entanto, foi ampliado ao longo do século XX com a intensificação da participação direta do povo nas decisões políticas, tendo em vista o reconhecimento das limitações do sufrágio.

Essa nova forma de participação popular, reconhecida como democracia participativa, passou a se dar através de manifestações populares coletivas de maneira mais ativa, das mais variadas formas, a exemplo da criação de conselhos de participação nos espaços de formulação de políticas públicas, atuando diretamente na gestão da Administração, e de instrumentos de participação diretamente na produção legislativa, a exemplo do referendo e do plebiscito. Dessa forma, diminuiu-se ainda mais as barreiras entre Estado e sociedade.

Atualmente, há razoável consenso de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais (BARROSO, 2018). Dessa forma, a democracia deve se mostrar além de sua dimensão formal, de maneira a incluir também uma dimensão substantiva, que abrange valores como igualdade, liberdade e justiça. Sob essa perspectiva, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como também as parcelas minoritárias, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política (BARROSO, 2018).

¹¹ Conforme observa Bitencourt Neto (2017, p. 86), “Pode-se dizer que a legitimidade da atuação administrativa do Estado se liga à capacidade de conexão com sua fonte de legitimação. Tem que ver com a necessidade de a Administração Pública atuar tendo em conta os interesses de seus destinatários, com a participação desses, ou seja, com um poder que orienta à satisfação de seus interesses e informado pelos interesses públicos. Nesse sentido, a legitimidade da Administração não se basta com a participação direta dos cidadãos na escolha do titular de seu órgão máximo, ou seja, não basta a legitimidade democrática do Chefe do Executivo ou do governo. O princípio democrático impõe um imperativo de legitimidade ampliada da Administração Pública”.

No Estado constitucional brasileiro, conforme afirma José Afonso da Silva (2007, p.145), optou-se por um modelo de democracia representativa que tem como principais sujeitos os partidos políticos, com vieses de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental, e que incorporou princípios da justiça social e do pluralismo.

Entretanto, não se pode perder de vista que há uma atual tendência democrática mais ampla, que compreende a necessidade de maior diálogo e discussão entre Estado e sociedade, a fim de ampliar os limites da agenda política, das convicções e conhecimentos pessoais e da harmonia entre os que se dispuserem a incorporar o debate (TAVARES, 2007), o que é denominado de democracia deliberativa.

Importante ressaltar que essas denominações dadas ao fenômeno democrático (tais como democracia representativa, democracia participativa e democracia deliberativa) não representam “fases” de estágios democráticos, mas são nomenclaturas utilizadas pela doutrina para melhor identificar as tendências e os objetivos do Estado em determinado momento da sua evolução.

Segundo Medauar (2017, p. 113), a democracia deliberativa promove um incremento de atores envolvidos nas escolhas políticas e cunha novos modos de trocas destinados a assegurar a ampla confrontação das opiniões e interesses, ou seja, trata-se de ouvir a voz dos cidadãos. Tavares (2007), por sua vez, ressalta:

A democracia deliberativa é também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva. [...] A democracia assim concebida não se circunscreve ao momento de decisão, como seria razoável de se compreender o termo “deliberação” na língua portuguesa (nesse sentido: SOUZA NETO, 2006, p. 87); não busca apenas a inclusão de todos exclusivamente no momento da escolha de representantes ou na votação (concepção mais participativa); não pretende, necessariamente, o consenso universal e pleno; nem se satisfaz com a mera abertura ao diálogo (dialógica) ou com algum canal (espaço) comunicativo (discursiva).

[...]

A democracia é deliberativa, assinalam Amy Gutmann e Dennis Thompson, porque “os termos de participação recomendados são concebidos como razões que os cidadãos ou seus representantes oferecem num processo em curso de mútua justificação [e respeito]” (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 126).

[...]

*Uma das vantagens apontadas pelos teóricos da democracia deliberativa estaria numa espécie de *capacidade pacificadora* deste modelo, na medida em que as escolhas mais difíceis seriam mais aceitáveis por todos se as afirmações e as reivindicações de cada um tivessem sido avaliadas adequadamente para se chegar àquela solução (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 10).*

Vale também trazer a lume as lições de Barroso (2010, p. 62), para quem a democracia contemporânea assumiu uma feição deliberativa, em que as decisões dos órgãos estatais são frequentemente lançadas em um ambiente de audiências e debates públicos, que contêm

manifestações de diferentes segmentos sociais e ampla utilização dos meios de comunicação de massa, de forma que o jogo democrático não se limita à formação de uma vontade majoritária, que reinará absoluta por prazo certo. Ao contrário, a legitimidade do poder depende da participação social permanente, produzindo uma esfera na qual governantes e governados estabelecem um diálogo permanente acerca da condução dos negócios públicos.

De acordo com as concepções demonstradas, a democracia deliberativa pode ser caracterizada pela necessidade de que a aprovação das decisões estatais sejam antecedidas de um vasto processo de discussão coletiva, e que o processo deliberativo requer a participação efetiva de todos aqueles que poderiam ser atingidos pelas decisões estatais, ainda que potencialmente (GARGARELLA, 2006, p.19). Nesse contexto, exige-se que as decisões públicas estejam fundadas em uma base consensual ampla, formada pela participação de todos os setores da sociedade.

Segundo Tavares (2007), um elemento importante desse modelo, ponto comum a todos os teóricos que se debruçam sobre o tema, é a aplicação do princípio da justificação das decisões, ou seja, as decisões administrativas devem ser precedidas de razões admissíveis e aceitáveis, que não possam ser rejeitadas de pronto. Segundo o autor, as razões que justificam as decisões não podem ser apenas toleradas, mas devem ser respeitadas e comunicadas de forma que todos os atingidos possam entendê-las, aceitá-las e livremente respondê-las.

Ademais, as razões da decisão devem ser elaboradas com foco para o problema de maneira que é preferível os participantes serem confrontados diretamente com o problema, e não com as possíveis soluções a serem adotadas. Em outras palavras, não seria adequado que os participantes fossem confrontados já com uma solução oficial, previamente elaborada, pois, se assim ocorresse, haveria tão-somente uma sensação artificial de que estavam sendo incorporados ao processo decisório (TAVARES, 2007).

Dessa forma, ao se aplicar o princípio da justificação das decisões no âmbito da Administração Pública, o administrador precisa estar aberto a surpresas quanto aos resultados deliberativos. Nesse contexto, a preocupação da Administração não deveria se restringir à necessidade de legitimação da sua decisão, mas sim voltar-se a um processo em que as decisões já obtidas pela Administração poderiam ser eventualmente corrigidas após o devido processo deliberativo (TAVARES, 2007).

Além da legitimação da decisão tomada pela Administração, a ser alcançada com a participação procedimental¹² dos destinatários, a democracia deliberativa se preocupa com a

¹² Reitera-se, nesse ponto, a afirmação de Bitencourt Neto (2017, p. 96), para quem “o procedimento é forma de legitimidade complementar, diminuindo o foco da legitimação pela titularidade das competências administrativas

qualidade dessa participação, de forma que, embora a decisão final não seja aquela desejada por todos os grupos, ela seria amplamente aceita ao final do processo¹³.

Pois bem, embora se reconheça que a democracia deliberativa seja uma tendência ainda não efetivamente alcançada em todos os setores estatais, ela se mostra como um modelo desejável, na medida em que permite que sejam criados espaços de participação qualificada a serem incorporados às esferas estatais deliberativas.

Tal objetivo se mostra consentâneo com o conceito de consensualidade administrativa, na medida em que esta tem como cerne promover um diálogo relevante no processo de tomada de decisões administrativas, proporcionando a todos os atores uma ativa participação, com possibilidade de efetivamente influenciar na decisão final.

Vale reproduzir aqui as lições de Nohara (2014, p. 366), explicitando que a noção de consensualidade deve ser corretamente compreendida, a fim de albergar a abertura das instâncias administrativas a uma maior e melhor participação pública, com a devida consideração dos argumentos apresentados também pela sociedade:

Os significados conservadores procuram confundir o intérprete, reputando consensual uma ação do Poder Público acordada diretamente com os setores interessados, o que seria do ponto de vista democrático apenas um “simulacro de consensualidade”, pois se torna por pressuposto a adoção de valores consensuais próprios ao universo privado, sem considerar o compartilhamento público deste mesmo consenso.

Por outro lado, significações emancipatórias são as que estimulam o diálogo, que alguns autores chamam de *burocracia dialógica*, abrindo as instâncias organizacionais a maior e melhor participação pública, mediante a realização de audiências, consultas populares ou qualquer outro meio de influência de cidadania “desinteressada” (na verdade, interessada tão-somente na discussão acerca do bem-estar comum, como, por exemplo, saúde pública ou a preservação do meio ambiente, e não em seus interesses particulares mais imediatos) em assuntos de relevância pública.

Ora, como as medidas tomadas pelo Estado acabam por repercutir no cotidiano dos cidadãos, imprescindível que os debates sejam feitos não apenas no momento das eleições, mas que haja o arejamento das ações administrativas com a participação dialogada e com a consideração pelos argumentos apresentados também pela sociedade (NOHARA, 2014, p. 366).

e aumentando a importância dos modos de seu exercício. No contexto de uma Administração aberta à sociedade, a legitimação pela participação procedimental assume relevância ímpar, na medida em que constitui em meio privilegiado de diálogo antecedente e preparatório da decisão administrativa e que assegura uma espécie de compensação da ausência de legitimidade direta da ampla maioria dos órgãos administrativos. Em outras palavras, a legitimidade procedimental é característica da Administração complexa do Estado de Direito democrático e social”.

¹³ Conforme explica Tavares (2007), a democracia deliberativa trabalha com o pressuposto de que, numa discussão adequada, o diálogo poderá ser capaz de transformar posições inicialmente adotadas pelos participantes desse processo, ampliando o conhecimento daqueles que deliberam, por meio do qual se poderia chamar de diálogo responsável. Os modelos dialógicos comunicativos concebidos teoricamente insistem na necessidade de que os atores cheguem a um ponto comum, a uma posição aceita por todos, ainda que isso não signifique um consenso.

Por todo o exposto, o modelo de Administração consensual se justifica, e deve se impor, como decorrência da opção constitucional pelo princípio democrático, mostrando-se alinhado a um modelo de democracia deliberativa, no qual há a necessidade de que as decisões estatais sejam antecedidas de um vasto e efetivo processo de discussão coletiva, o qual, por sua vez, requer a participação efetiva de todos aqueles que poderiam ser por elas atingidos.

2.2.3 Panorama normativo da consensualidade administrativa no Brasil

Vistos os principais aspectos teóricos sobre a consensualidade administrativa e a concepção a ser adotada no presente trabalho, passa-se a verificar o fenômeno no âmbito normativo brasileiro. Com efeito, o reflexo da consensualidade administrativa na legislação brasileira não é fenômeno novo. Todavia, é flagrante o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos atos normativos que tratam dos instrumentos consensuais nos últimos anos.

Busca-se, no presente tópico, demonstrar como tem ocorrido essa evolução, sem pretender, no entanto, esgotar todos os instrumentos normativos que previram instrumentos consensuais no âmbito brasileiro. Vale dizer, preliminarmente, que o incremento da consensualidade na legislação brasileira não tem seguido uma lógica teórica, de forma que os instrumentos têm aparecido nos atos normativos, ou se aperfeiçoado, na medida em que se faz necessário um suporte legal para a sua utilização prática.

Assim, para facilitar o estudo, passa-se a analisar como a consensualidade tem evoluído nas leis e atos normativos brasileiros nas seguintes perspectivas: a) através da possibilidade de formalização de acordos¹⁴, b) da utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, e c) de outros meios participativos que podem ocorrer no âmbito do processo decisório.

Sob o viés da formalização de acordos, a previsão da consensualidade na legislação remete aos anos 1940. Nesta década, já estava prevista a possibilidade de desapropriação amigável, mediante acordo, no artigo 10 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Como exemplo de diploma normativo mais remoto que também tratou do tema, cita-se o

¹⁴ Para Oliveira (2017, p. 523), o acordo administrativo deve ser encarado como nova categoria jurídica do direito brasileiro, que “visa a disciplinar (i) relações entre órgãos e entidades administrativas e (ii) relações entre a Administração Pública e os particulares, empresas, organizações da sociedade civil, cujo objeto é o desenvolvimento programado de uma atividade administrativa sob um regime de cooperação ou de colaboração entre os envolvidos (bilateralidade ou multilateralidade), a partir de bases previamente negociadas, podendo o ordenamento conferir efeitos vinculantes aos compromissos eventualmente firmados”.

Decreto n. 94.764, de 11 de agosto de 1987, que previa o termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental para a suspensão de exigibilidade da multa aplicada.

Até os anos 1990, as previsões normativas acerca da possibilidade da formalização de acordos e termos de compromisso eram pontuais e rasas. Somente a partir desse ano passou-se a observar mudanças consideráveis no panorama normativo, sendo notório o aumento quantitativo da previsão dos acordos administrativos, sobretudo no âmbito das agências reguladoras¹⁵, que fizeram uso do seu poder normativo para construir seu arcabouço regulatório e passar a prever os acordos como relevantes instrumentos, especialmente no âmbito sancionatório.

Vale lembrar que no âmbito regulatório a previsão normativa dos procedimentos de regulação afere previsibilidade às ações dos agentes reguladores, propiciando a criação de um ambiente regulatório com maior segurança jurídica, e corrobora, inclusive, a sua legitimação no exercício das competências regulatórias (PALMA, 2015, p. 226).

Ainda no âmbito setorial, pode-se citar as Leis n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e 9.457, de 5 de maio de 1997, que previam termos de compromisso nos setores concorrencial e de mercado de valores mobiliários, respectivamente.

No entanto, das diversas previsões normativas surgidas a partir da década de 1990, assumiu grande relevância a inserção na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, de disposição que passou a ser utilizada como fundamento geral para a celebração dos acordos no âmbito da Administração Pública. Abaixo, transcrevem-se os termos do dispositivo inserido na legislação através da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990:

Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Artigo 5º. [...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (Incluído pela Lei n. 8.078, de 11.9.1990).

¹⁵ Conforme afirma Palma (2015, pp. 222-223): “A nota de permeabilidade, que predica a participação do regulado na formação de decisões reflexivas, foi fundamental para a criação de normas legitimadoras da negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela autoridade regulatória. Dessa forma, as agências reguladoras constituíram profícuo ambiente ao desenvolvimento da regulação consensual; desenvolvimento, esse, evidenciado no plano normativo com a previsão de instrumentos regulatórios consensuais e da prática da regulação consensual”. Nesse contexto, pode-se citar, como exemplos, a previsão de termo de compromisso de ajuste de conduta no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), através da Lei 9.656/1998 (artigo 29), inicialmente regulamentado pela Resolução n. 57/2001; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) passou a prever o termo de ajuste de conduta a partir da Resolução n. 152/2003; a previsão de termos de ajuste de conduta no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), se deu, por sua vez, através da Resolução Normativa n. 63/2004 (artigo 21); na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a previsão se deu a partir da Resolução n. 987/2008.

De fato, a referida disposição assumiu maior importância em razão de ter admitido a possibilidade de atuação consensual da Administração Pública no âmbito estritamente administrativo, sem se restringir a algum setor específico, como se observava com maior frequência, tanto nas leis setoriais, como pelos regulamentos e outros atos normativos internos de agências reguladoras.

Por outro lado, as hipóteses de aplicação da previsão contida na Lei n. 7.347, de 1985, acabava se restringindo ao âmbito da ação civil pública em fase de inquérito civil público ou após o ajuizamento daquela ação. Dessa forma, não obstante a referida previsão, a maioria da doutrina ainda classificava o modelo de consensualidade no direito administrativo brasileiro como um modelo de previsão normativa difusa (PALMA, 2015, p. 235), marcado pela pontualidade de suas prescrições.

De fato, embora existisse a previsão constante da lei de ação civil pública, a prática de adoção de acordos e compromissos de ajustamento de sua conduta ocorria com maior frequência no âmbito dos setores nos quais existia previsão normativa específica para tanto. Assim, sem norma legal autorizativa específica, ainda pairava certa insegurança jurídica para a formalização desses acordos.

No entanto, em 2018, adveio a Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que teve o condão de incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro disposição expressa acerca da possibilidade de a autoridade administrativa firmar compromissos, trazendo, inclusive, uma mínima regulamentação sobre essa figura (GUERRA; PALMA, 2018, p. 147). Transcreve-se, por sua importância, o dispositivo:

Artigo 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

A disposição normativa teve como mérito permitir que a autoridade firme compromissos no âmbito administrativo, além de trazer uma regulamentação mínima sobre o

instituto, tecendo as hipóteses de celebração de acordo, e afirmando a necessidade de atendimento aos fins públicos e à proporcionalidade, equidade e eficiência na adoção da solução jurídica. Estabeleceram-se também os parâmetros de negociação (“não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”) e os termos que devem constar do acordo (“deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”).

O compromisso a que alude o artigo 26 tem o condão de permitir a negociação do exercício de uma prerrogativa pública pelo Poder Público e a celebração por acordo de vontades no âmbito do processo administrativo (GUERRA; PALMA, 2018, p. 148), nos casos em que a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público.

Ademais, conforme previsto na norma, é imprescindível que sejam demonstradas as razões de interesse geral presentes na motivação da celebração do acordo, a fim de esclarecer que as razões não são simplesmente coincidentes com o interesse do particular ou da Administração apenas naquele caso específico. Sobre isso, ressaltaram Guerra e Palma:

Trata-se de uma justificação que endereça crítica antiga à consensualidade no sentido de que o Poder Público não poderia dispor de interesse que não lhe pertença – o interesse público seria o interesse da coletividade, e não da Administração. Ao expor as razões de relevante interesse geral, a autoridade administrativa rebate essa crítica indicando que o compromisso é o interesse público no caso concreto (GUERRA; PALMA, 2018, p. 158).

Não obstante a referida disciplina, outras leis especiais poderão dispor sobre os acordos em espécie, uma vez que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro possui natureza de norma geral. Dessa forma, continuam válidas as disposições constantes, por exemplo, das leis e regulamentos já editados por agências reguladoras ou outros órgãos da Administração¹⁶.

¹⁶ Sobre o tema, os ensinamentos de Guerra e Palma (2018, p. 148): “De qualquer modo, é assente que outras leis especiais podem dispor sobre acordos em espécie, a exemplo do *compromisso de ajuste de conduta* previsto na Lei de criação da ANS (Lei n. 9.961/2000), afastando-se parcialmente a LINDB, apesar de sua qualidade de lei geral. Não por outra razão, senão por a própria Lei ressaltar o âmbito de aplicação do compromisso de seu artigo 26: ‘observada a legislação aplicável’. Também é claro que os regulamentos editados antes da Lei n. 13.655/18 não serão por ela revogados, pois (i) o artigo 26 trata de um específico acordo – o Compromisso da LINDB; (ii) os requisitos do compromisso da LINDB já encontram previsão normativa mesmo antes de sua edição, bastando considerar o artigo 2º da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99) e o artigo 104 do Código Civil; e (iii) o termo ‘legislação aplicável’ deve ser compreendido de modo amplo – como o vernáculo ‘lei’ no artigo 5º, inc. II, da Constituição Federal –, de modo que a LINDB respeita os desenhos normativos consensuais. Se assim não fosse, teria a LINDB o efeito de propagar insegurança jurídica sobre a validade dos acordos celebrados, o que é absolutamente contrário ao seu propósito original”.

Isto posto, conforme afirmam Guerra e Palma (2018, p. 147), o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro passa a figurar como permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública, prescindindo, portanto, da existência de lei ou regulamento específico.

Ademais disso, em junho de 2019, foi editada a Lei n. 13.848, que regulamentou a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, restando expressa a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, com força de título executivo extrajudicial (artigo 32).

Não se pode olvidar de mencionar também o avanço registrado com a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção, que previu, nos artigos 16 e 17, a possibilidade de celebração de acordos de leniência visando substituir a sanção a ser aplicada às pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos naquela Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo.

Em paralelo a esses avanços ocorridos na legislação pátria em relação à previsão normativa da possibilidade de formalização de acordos no âmbito da Administração Pública, ocorreu também um amadurecimento na positivação das formas consensuais de resolução de conflitos.

Os procedimentos de resolução de conflitos de forma consensual foram previstos de maneira esparsa na legislação brasileira a partir dos anos 1990, em especial nos atos normativos que regulamentavam agências reguladoras. Como exemplo, tem-se a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo, estabelecendo que o procedimento para a solução de conflitos se daria com ênfase na conciliação e no arbitramento (artigo 20).

Ademais, havia previsão de utilização da arbitragem em contratos administrativos relacionados às concessões, conforme previsão na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004) e na Lei de Concessões (Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), a partir da Lei n. 11.196, em 2005, que nela inseriu o artigo 23-A.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil, editado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, no seu artigo 174, trouxe a previsão de que os entes federados deverão criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, ou seja, fora do âmbito jurisdicional. Dessa forma, a Administração poderá dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração

Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação e, ainda, promover a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A previsão legal da possibilidade de utilização de arbitragem pela Administração Pública em todos os contratos administrativos se deu com a Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, que amplia o escopo da possibilidade de utilização de convenção de arbitragem pela Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Também em 2015 foi editada a Lei n. 13.140, de 26 de junho, dispondo expressamente sobre a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Dessa forma, foi prevista a composição de controvérsias entre particulares e pessoa jurídica de direito público (artigo 32), como também houve a previsão do procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (artigo 33).

Foram relevantes as novas feições das previsões legislativas relacionadas aos meios de participação social nos processos decisórios, como a realização de consultas públicas e audiências públicas – ambos instrumentos já previstos na Lei de Processo Administrativo brasileira (artigos 31 e 32 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999), possíveis de serem instituídos pela Administração antes da tomada da decisão administrativa.

Em 2018, com a Lei n. 13.655, foi incluída na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro uma disposição reafirmando que a edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual deverá ser considerada na decisão (artigo 29).

No âmbito da atividade regulatória, vale dizer que esses procedimentos constaram das leis e regulamentos internos das diversas agências reguladoras, como elementos obrigatórios ou discricionários para a tomada de decisão e edição de atos normativos.

Com a edição da Lei n. 13.848/2019, que regulamentou diversos aspectos de atuação das agências reguladoras, essas previsões foram consolidadas nos artigos 9º e 10. Ademais, foi estabelecido como obrigatória a consulta pública nas hipóteses de edição de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, e facultada a audiência pública antes das decisões e atos normativos editados pelas agências.

Pois bem, a exposição aqui demonstrada não teve o intuito de esgotar a legislação relativa à consensualidade administrativa, mas corroborar a afirmação de que houve uma notável evolução nos últimos anos acerca da positivação dos instrumentos consensuais no âmbito da atuação administrativa.

De fato, diante de um arcabouço normativo mais robusto, e do alinhamento aos conceitos teóricos que fundamentam a nova faceta do Direito Administrativo, pode-se dizer que a consensualidade administrativa adquiriu maior institucionalização¹⁷, no sentido de se constituir como um instituto permanente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A abordagem da consensualidade administrativa em ordenamentos jurídicos estrangeiros

Visto o tratamento da consensualidade administrativa no âmbito da doutrina e legislação brasileiras, passa-se a tecer algumas considerações sobre a abordagem dos instrumentos consensuais em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Conforme ressalta Oliveira (2017, p. 523), de fato, o consensualismo na Administração Pública, ao lado do novo contratualismo administrativo, é movimento observado em diversos países ocidentais que revelam um novo eixo da dogmática do Direito Administrativo, sinalizando novas rotas evolutivas do modo de administrar no Estado do século XXI.

Inicialmente, vale expor as concepções trazidas pelo Direito Administrativo italiano, que apresenta um notável desenvolvimento acerca da matéria. Nesse país, a consensualidade na Administração se mostra refletida na possibilidade disposta na lei do processo administrativo, qual seja, a Lei n. 241/1990, artigo 11¹⁸, da celebração de acordos entre a Administração e os particulares, com a finalidade de determinar o conteúdo discricionário do ato final (acordos integrativos), ou substituí-lo (acordos substitutivos).

¹⁷ Conforme Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 236), a “institucionalização é a objetivação e a organização por meio da ordenação jurídica. É o que mantém a agregação, a força que impede a dispersão dos elementos e permite a caracterização destes como componentes de um arranjo funcional, a despeito de suas naturezas distintas”.

¹⁸ *Artigo 11 (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento). – 1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. 1–bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. 2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi. 4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. 4–bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. 5. Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*

Conforme observa Napolitano (2014, p. 178), foi somente com a edição desta lei sobre o processo administrativo que a Administração efetivamente teve a possibilidade de celebrar acordos no exercício da função administrativa, os quais podem ser de dois tipos: aqueles que substituem o procedimento e aqueles que determinam o conteúdo do ato. Ademais, observa o autor que há um momento de unilateralidade na formação desses acordos, na medida em que o órgão competente para a adoção do provimento final deve previamente autorizar a negociação e estabelecer o seu limite com uma determinação formal, como prescreve a Lei. Por outro lado, o particular manifestará seu consentimento ao passo que consiga alcançar uma vantagem com a conclusão do acordo, e desde que seu interesse coincida com o interesse público a ser buscado (NAPOLITANO, 2014, p. 178).

Ademais, a Lei italiana estabelece que quando não houver o caráter impositivo na ação administrativa, tal como quando da formalização de acordos, as relações serão regidas pelo direito privado¹⁹.

Segundo Juliana Palma, o direito italiano se destaca na medida em que possui um permissivo genérico de celebração de acordos pela Administração, sejam eles integrativos ou substitutivos. Assim, na Itália, essa possibilidade “ampliou o espectro da consensualidade, reforçando a atuação por meio de acordos como efetiva forma de exercício das competências administrativas” (PALMA, 2015, pp. 105-106).

Analisando novas tendências do fenômeno da consensualidade no âmbito do direito italiano, Marzia de Donno (2018, p. 5) afirma que os acordos administrativos tornaram-se, ao longo do tempo, uma ferramenta a serviço da lógica de gerenciamento eficiente da administração de resultados. Ademais, a autora completa afirmando que a busca de diálogo e de acordos com o particular é definida como imperativo para toda a Administração, defendendo inclusive a possibilidade de novos módulos consensuais para além do procedimento administrativo decisório tradicional, a exemplo do processo de elaboração de regulamentos (DONNO, 2018, p. 6). A doutrina italiana também afirma que a consensualidade deve ser registrada como uma ferramenta para a implementação de políticas públicas e como uma maneira de envolver as partes privadas na produção de bens e serviços para a comunidade (NAPOLITANO, 2014, p. 176).

Na Espanha também se observa um razoável desenvolvimento do estudo da consensualidade. Constou expressamente da Lei de Processo Administrativo, qual seja, a Lei n. 30/1992, a permissão para formalizar acordos com administrados para terminar o processo

¹⁹ *1. Principi generali dell'attività amministrativa 1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.*

ou com caráter prévio, vinculantes ou não, à decisão que ponha fim ao processo administrativo. Atualmente, a previsão está no artigo 86²⁰ da nova Lei n. 39/2015 (*Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*).

A previsão constante da lei espanhola tem configuração bastante ampla, uma vez que permite firmar acordos nas mais diversas hipóteses, desde que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, não versem sobre matérias que não podem ser objeto de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público.

Segundo afirma Alfonso (2003, pp. 11-15), a lei introduziu uma nova variedade de atos administrativos, categorizados como atos consensuais. A figura generaliza o acordo como gerador de regras jurídico-administrativas e faz do particular uma parte ativa na definição e realização de interesse geral, além de estabelecer verdadeiras novas relações jurídicas com base nas regras acordadas (ALFONSO, 2003, pp. 11-15).

O legislador espanhol dispôs, no preâmbulo da Lei n. 39/2015, que tal Lei veio garantir também a audiência e a participação dos cidadãos na elaboração de normas, a fim de alcançar a previsibilidade e a possibilidade de avaliação pública do ordenamento, como corolário do direito à segurança jurídica²¹.

²⁰ Artículo 86. Terminación convencional. 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. 2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. 3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano. 4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos. 5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

²¹ IV – “Sin embargo, es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Esta novedad deviene crucial especialmente en un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos en muchas ocasiones coincidentes. Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 “Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement””.

No direito português, a temática da administração consensual não é novidade. Cite-se o texto escrito por Barbosa de Melo, em 1983, em que o autor abordou o tema da administração concertada, afirmando que esta consiste em um novo modelo de administração que afeta especialmente o processo de formação das decisões administrativas e o modo da sua implementação, envolvendo a ampla informação recíproca entre a Administração e os agentes econômicos, a fim de permitir o contínuo confronto de pontos de vista, além da possibilidade de, ao final, negociar ou ajustar em virtude do interesse de ambos na solução reciprocamente aceitável (MELO, 1983, p. 93).

Observa-se, mais recentemente, que o Código do Procedimento Administrativo português (Decreto-Lei n. 4, de 07 de janeiro de 2015) previu expressamente a possibilidade de formalizar acordos endoprocedimentais (artigo 57º)²².

Conforme dispõe a Lei, os acordos endoprocedimentais podem ser firmados entre os sujeitos da relação jurídica procedimental para ajustar os termos do procedimento. Ademais, permite-se que o órgão competente para a decisão final e os interessados possam celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a ser praticado no final do procedimento.

Na doutrina portuguesa, se observa uma tendência ampla acerca da concepção de consensualidade administrativa. Conforme afirma Leong (2016, p. 9), a administração concertada ou consensual reclama que a Administração, ao tomar decisões unilaterais, deve possibilitar a retórica das opiniões dos particulares, sobretudo os destinatários e outros afetados pelo ato, e interiorizá-las quando for possível, tanto na perspectiva da juridicidade, quanto na perspectiva dos interesses públicos.

Nessa esteira, autores afirmam a importância da consensualidade inclusive no âmbito da elaboração de regulamentos administrativos, tal como previsto nos artigos 98 a 100 do Código de Procedimento Administrativo português²³, onde foi determinada a possibilidade de

²² Artigo 57º. Acordos endoprocedimentais. 1 – No âmbito da discricionariedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados pode, por escrito, acordar termos do procedimento. 2 – Os acordos referidos no número anterior têm efeito vinculativo e o seu objeto pode, designadamente, consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham. 3 – Durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento.

²³ Artigo 98.º Publicitação do início do procedimento e participação procedimental. 1 – O início do procedimento é publicitado na Internet, no sítio institucional da entidade pública, com a indicação do órgão que decidiu desencadear o procedimento, da data em que o mesmo se iniciou, do seu objeto e da forma como se pode processar a constituição como interessados e a apresentação de contributos para a elaboração do regulamento. 2 – Quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respetivas circunscrições.

serem estabelecidos termos de acompanhamento regular do procedimento regulamentar por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respectivas circunscrições, além da audiência e consulta pública dos interessados (LEONG, 2016, pp. 10-11; DONNO, 2018, p. 15).

O Direito francês também aborda as formas consensuais de atuação administrativa, tema amplamente defendido pela doutrina daquele país, em razão da insuficiência da utilização unicamente de mecanismos autoritários pela Administração Pública.

Conforme ensina Chevallier (2005, p. 132), a ação pública resulta de um processo longo e complexo, do qual múltiplos atores são convidados a participar, de forma que os diferentes grupos sociais são associados à elaboração das políticas, o que, nesse escopo, autoriza a procura ativa de acordos e a negociação de compromissos. Segundo ele, “a ideia de comando cede espaço a uma visão nova de um direito prestando-se a formalizar os compromissos negociados no âmbito dos processos de governança” (Chevallier, 2005, p. 135).

Morand-Deville (2011, p. 327) aborda o tema da informação, concertação, participação e simplificação no âmbito da Administração Pública, aduzindo que depois dos anos 1970 a situação passou a ser inversa àquela que valorizava a decisão de autoridade na elaboração dos atos administrativos, de forma que a transparência e a concertação se infiltraram nas diferentes fases do processo administrativo. Acerca da concertação, a autora a identifica como a busca de um debate amplamente aberto aos cidadãos de forma que possam trocar livremente argumentos sobre projetos públicos, a fim de permitir uma melhor decisão

Artigo 100.º Audiência dos interessados 1 – Tratando-se de regulamento que contenha disposições que afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o responsável pela direção do procedimento submete o projeto de regulamento por prazo razoável, mas não inferior a 30 dias, a audiência dos interessados que como tal se tenham constituído no procedimento. 2 – A audiência dos interessados pode ser escrita ou oral e processa-se, salvo quanto aos prazos, nos termos dos artigos 122.º e 123.º 3 – O responsável pela direção do procedimento pode não proceder à audiência quando: a) A emissão do regulamento seja urgente; b) Seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade do regulamento; c) O número de interessados seja de tal forma elevado que a audiência se torne incompatível, devendo nesse caso proceder-se à consulta pública; d) Os interessados já se tenham pronunciado no procedimento sobre as questões que importam à decisão. 4 – Nas situações previstas no número anterior, a decisão final deve indicar os fundamentos da não realização da audiência. 5 – A realização da audiência suspende a contagem dos prazos do procedimento administrativo. Artigo 101.º Consulta pública. 1 – No caso previsto na alínea c) do nº 3 do artigo anterior ou quando a natureza da matéria o justifique, o órgão competente deve submeter o projeto de regulamento a consulta pública, para recolha de sugestões, procedendo, para o efeito, à sua publicação na 2ª série do Diário da República ou na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa, com a visibilidade adequada à sua compreensão. 2 – Os interessados devem dirigir, por escrito, as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, no prazo de 30 dias, a contar da data da publicação do projeto de regulamento. 3 – No preâmbulo do regulamento, é feita menção de que o respetivo projeto foi objeto de consulta pública, quando tenha sido o caso.

administrativa, possuindo, portanto, um estreito vínculo com a participação (MORAND-DEVILLER, 2011, p. 328).

Com efeito, no direito francês não se observa uma disposição legal genérica autorizativa de acordos administrativos. No entanto, em diversas leis esparsas é possível notar previsão de instrumentos consensuais.

Nessa esteira, por exemplo, a Lei n. 2013-1005, de 12 de novembro de 2013, que estabeleceu disposições para simplificar as relações entre a administração e os cidadãos, trouxe também, dentre outros aspectos, a garantia de participação do público na elaboração dos atos administrativos²⁴.

O Código francês de relações entre a administração e os cidadãos (*Code des relations entre le public et l'administration – CRPA*), editado em 2015, inovou em alguns aspectos e teve como um dos seus objetivos democratizar a administração pública e aprimorar a proteção dos cidadãos (DONNO, 2017, p. 230). Entre os principais novos recursos do Código, vale mencionar as regras projetadas para aprimorar a participação na elaboração de regulamentos administrativos²⁵. Observam-se, ainda, disposições sobre modos não jurisdicionais de conflitos, como a conciliação, a mediação e a transação²⁶.

²⁴ Article 3. III. — Le Gouvernement est autorisé à apporter aux règles de procédure administrative non contentieuse les modifications nécessaires pour: 1° Simplifier les démarches auprès des administrations et l'instruction des demandes, en les adaptant aux évolutions technologiques; 2° Simplifier les règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux dans un objectif d'harmonisation et de sécurité juridique; 3° Renforcer la participation du public à l'élaboration des actes administratifs; 4° Renforcer les garanties contre les changements de réglementation susceptibles d'affecter des situations ou des projets en cours; 5° Assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet; 6° Etendre les dispositions de nature législative ainsi codifiées en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans le respect des compétences dévolues à ces collectivités, ainsi qu'aux îles Wallis et Futuna, et adapter, le cas échéant, les dispositions ainsi codifiées en Nouvelle-Calédonie et dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution; 7° Rendre applicables à Mayotte les dispositions de nature législative ainsi codifiées issues des lois qui ne lui ont pas été rendues applicables.

²⁵ Livre Ier: LES ÉCHANGES AVEC L'ADMINISTRATION. Titre III: L'ASSOCIATION DU PUBLIC AUX DÉCISIONS PRISES PAR L'ADMINISTRATION. Chapitre Ier: Principes généraux (Article L131-1). Lorsque l'administration décide, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, d'associer le public à la conception d'une réforme ou à l'élaboration d'un projet ou d'un acte, elle rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics.

²⁶ Livre IV: LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS AVEC L'ADMINISTRATION. Titre II: LES AUTRES MODES NON JURIDICTIONNELS DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS. Chapitre Ier: Conciliation et médiation dans un cadre non juridictionnel. Article L421-1. Il peut être recouru à une procédure de conciliation ou de médiation en vue du règlement amiable d'un différend avec l'administration, avant qu'une procédure juridictionnelle ne soit, en cas d'échec, engagée ou menée à son terme. Article L421-2. Des décrets en Conseil d'Etat peuvent déterminer dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant une instance juridictionnelle, à une procédure de conciliation. [...] Article L423-1. Ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions

Conforme ensina Donno (2017, p. 245), no direito francês, a ideia de codificação das regras pertinentes às relações entre os cidadãos e a Administração concebidas em termos de trocas e diálogos, e não de oposição ou conflito, pode significar uma expressão, no direito daquele país, da concepção moderna do direito comunitário europeu.

Ademais, é oportuno demonstrar como foi tratada a consensualidade no ordenamento norte-americano.

Ressalte-se que o Direito Administrativo dos Estados Unidos se identifica como o ramo que estuda os poderes e a estrutura das agências administrativas e especifica as formalidades procedimentais a serem adotadas por elas (CUÉLLAR, 2002, p. 155). Nesse ordenamento, o *Administrative Procedure Act* (APA), editado em 1946, destaca-se como o instrumento legal que traz regras procedimentais para a atividade das agências e articula os princípios do devido procedimento para aqueles que participam do processo regulatório.

No procedimento informal de elaboração de regulamentos – seção 553 do APA – e aplicado regra geral, foi priorizada a participação, na medida em que se exige o dever de informação quanto à intenção da agência de elaborar regulamentos, como garantir aos particulares a oportunidade para comentários. O procedimento é conhecido como *notice-and-comment rulemaking*²⁷.

No entanto, desde a edição do APA, vêm sendo editadas leis aperfeiçoando o âmbito de atuação das agências em diversos aspectos, em especial, incrementando a participação pública no procedimento decisório e regulamentar das agências.

réci-proques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit.

²⁷ §553. Rule making. [...] (b) General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include (1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings; (2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and (3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved. Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply (A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or (B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefor in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest. (c) After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection. (d) The required publication or service of a substantive rule shall be made not less than 30 days before its effective date, except- (1) a substantive rule which grants or recognizes an exemption or relieves a restriction; (2) interpretative rules and statements of policy; or (3) as otherwise provided by the agency for good cause found and published with the rule. (e) Each agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment, or repeal of a rule. (Pub. L. 89-554, Sept. 6, 1966, 80 Stat. 383).

Como exemplo, cita-se a Lei *Public Law 94-409 (Government in the Sunshine Act)*, publicada em 1976, que determinou, dentre outros aspectos, que as sessões dos órgãos colegiados das agências fossem abertas ao público, ressalvadas as exceções ali previstas, uma vez que o público tem direito a todas as informações possíveis sobre os processos de tomada de decisão²⁸.

Ademais, foi editado em 1990 o *Negotiated Rulemaking Act*, reformando o APA nas seções 561 a 583, o qual possibilitou a elaboração de regulamentos por meio de negociação entre agências e representantes de interessados, cuja principal finalidade é incrementar a participação dos interessados na elaboração de normas, além de proporcionar maior aceitação dos regulamentos editados pelas agências e melhorar o conteúdo das regras²⁹. Além disso, foi editado o *Administrative Dispute Resolution Act*³⁰, a fim de incentivar o uso de meios alternativos de resolução de conflitos pelas agências, como mediação, conciliação e arbitragem.

Pierce Jr., Shapiro e Verfkuil (1999, pp. 223-225), analisando a importância do procedimento no âmbito do processo decisório das agências, afirmam que as decisões das agências serão mais efetivas para solucionar um problema se as partes potencialmente afetadas forem permitidas a participar de maneira significativa da tomada de decisão, de forma que haverá uma menor chance de que a agência baseie sua ação em uma compreensão defeituosa ou incompleta dos fatos. Ademais, segundo os autores, os procedimentos que abrem o processo de tomada de decisão da agência ao escrutínio externo podem reduzir o

²⁸ Pub. L. 94-409, §2, Sept. 13, 1976, 90 Stat. 1241. Declaration of policy. Sec. 2. "It is hereby declared to be the policy of the United States that the public is entitled to the fullest practicable information regarding the decisionmaking processes of the Federal Government. It is the purpose of this Act [see Short Title note set out above] to provide the public with such information while protecting the rights of individuals and the ability of the Government to carry out its responsibilities".

²⁹ Pub. L. 101-648, §2, Nov. 29, 1990, 104 Stat. 4969. Sec. 2. FINDINGS. "The Congress makes the following findings: (1) Government regulation has increased substantially since the enactment of the Administrative Procedure Act [see Short Title note set out preceding section 551 of this title]. (2) Agencies currently use rulemaking procedures that may discourage the affected parties from meeting and communicating with each other, and may cause parties with different interests to assume conflicting and antagonistic positions and to engage in expensive and time-consuming litigation over agency rules. (3) Adversarial rulemaking deprives the affected parties and the public of the benefits of face-to-face negotiations and cooperation in developing and reaching agreement on a rule. It also deprives them of the benefits of shared information, knowledge, expertise, and technical abilities possessed by the affected parties. (4) Negotiated rulemaking, in which the parties who will be significantly affected by a rule participate in the development of the rule, can provide significant advantages over adversarial rulemaking. (5) Negotiated rulemaking can increase the acceptability and improve the substance of rules, making it less likely that the affected parties will resist enforcement or challenge such rules in court. It may also shorten the amount of time needed to issue final rules. (6) Agencies have the authority to establish negotiated rulemaking committees under the laws establishing such agencies and their activities and under the Federal Advisory Committee Act (5 U.S.C. App.). Several agencies have successfully used negotiated rulemaking. The process has not been widely used by other agencies, however, in part because such agencies are unfamiliar with the process or uncertain as to the authority for such rulemaking".

³⁰ Pub. L. 101-552, §3, Nov. 15, 1990, 104 Stat. 2736.

possível uso das agências como veículos de interesses exclusivamente políticos, e, ainda, promover maior aceitação pública das decisões governamentais.

Atualmente, os autores mais modernos que abordam a participação nos procedimentos administrativos norte-americanos a relacionam com a simplificação dos procedimentos a fim de facilitar a participação qualificada da população, inclusive através de meios virtuais³¹.

Dudley (2012, pp. 39-40), ao comentar as possibilidades de envolvimento do público no âmbito da regulação, ressalta a importância e as vantagens de se ampliar a esfera de atuação social no âmbito do procedimento de elaboração de regulamentos, o que nos Estados Unidos se efetiva inclusive com a utilização de página da internet, aberta à população, que permite a ampla visualização das propostas regulatórias e faculta a possibilidade de comentários eletrônicos³².

Após a breve análise de como é tratado o tema da consensualidade administrativa em ordenamentos jurídicos estrangeiros, embora não tenha sido o objetivo proceder com uma análise comparada das legislações e das concepções do fenômeno adotada em cada sistema jurídico, é possível afirmar que nos ordenamentos estudados o tema da consensualidade está relacionado a uma ativa participação social nos processos administrativos decisórios e na atividade normativa, se refletindo primordialmente na formalização de acordos entre a Administração e os particulares e na ampliação das esferas de participação.

Ademais, além das potencialidades positivas já proclamadas pela doutrina estrangeira, foi possível observar a positivação dos instrumentos consensuais nesses países, o que concede maior suporte jurídico para sua utilização.

³¹ Nesse sentido, Sustain (2013, p. 216): *“Time again, government officials learn from public comments on proposed rules. Greater simplification of those rules promotes informed public comments, and informed public comments promote simplification. It is not merely sensible to provide people with an opportunity to comment on rules before they are finalized; it is indispensable, a crucial safeguard against error. This is partly a point about the sovereignty of We the people – about self-government and political legitimacy. But it is even more than that. It is a point about mistakes and how to avoid them. It is a point about choice architecture for choices architects”.*

³² *“In addition to providing notice in the Federal Register, agencies now post regulations open for comment on their individual websites and on the government-wide portal, <http://www.regulations.gov>. Visitors can view and comment electronically on regulations proposed by different agencies. The promise of “e-rulemaking” has been greater citizen participation and collaboration in the rulemaking process. Not only does the Internet dramatically reduce the cost of citizens’ access to regulatory information and the cost of submitting comments, but it could also make possible collaborative experiences not previously feasible. For example, social media could be used to spread the word on an agency proposal and facilitate a discussion about it, and wiki technology could allow dozens, if not hundreds, of individuals to collaborate on regulatory filings. E-rulemaking’s full potential has yet to be realized, however”* (DUDLEY, 2012, pp. 39-40).

3 A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA CONTEMPORÂNEA

Na linha do exposto até então, a consensualidade administrativa, em seu sentido amplo, abrange instrumentos que propiciam um efetivo diálogo entre a Administração e administrados, a fim de que os interessados possam participar e influenciar na formação das decisões administrativas, legitimando democraticamente a atuação da Administração Pública.

No âmbito da atividade regulatória estatal, a consensualidade assume maior relevância, uma vez que esta atividade, de acordo com a sua conformação contemporânea, está submetida, dentre outros aspectos, à necessidade de clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor, à transparência do procedimento regulatório e à boa capacidade de interlocução com os atores envolvidos (MARQUES NETO, 2006, pp. 91-92), o que certamente pode ser alcançado pela implementação dos instrumentos consensuais.

Com efeito, a fim de compreender os meios consensuais que integram o instrumental regulatório, passa-se a estudar como se dá a atividade estatal regulatória moderna, que, a partir da segunda metade do século XX, assumiu novos contornos e objetivos.

Dessa forma, analisam-se as mudanças pelas quais passou a configuração do Estado, até alcançar o modelo denominado de Estado regulador, as principais características e objetivos perseguidos atualmente pela regulação estatal, bem como verifica-se a presença da consensualidade na configuração da regulação estatal através dos mecanismos consensuais presentes no âmbito de atuação das agências reguladoras, destacando os principais aspectos democráticos que os envolvem.

3.1 Do Estado Social ao Estado Regulador: novos padrões da intervenção estatal

A função regulatória ostenta crucial importância na conformação atual do Estado brasileiro, apesar de ser tema relativamente recente no Direito Administrativo, no âmbito do qual a palavra *regulação* passou a ser relacionada à própria ação estatal.

A compreensão das novas atividades e concepções reservadas ao que se conhece por Estado regulador pressupõe o estudo do surgimento desse conceito no domínio do Direito Administrativo, o que se passa a analisar.

De fato, o aparecimento do vocábulo regulação relacionado diretamente à ação estatal pôde ser observado no final do século XX, com a crise financeira do Estado e sua inegável ineficiência econômica, refletindo o enfraquecimento das políticas de redistribuição reveladas

na denominação “Estado do bem-estar” e “Estado keynesiano”, que ressaltavam o papel beneficente do Estado positivo como planejador e produtor direto de bens e serviços (BINENBOJM, 2016, p. 160; MAJONE, 1999, p. 7).

Analisando o período histórico que correspondeu ao abatimento desse modelo de Estado, Pedro Gonçalves (2006, p. 535) ressalta o início de um movimento de “inversão de rota”, de forma a configurar uma contração quantitativa da intervenção pública, reordenando o sistema de distribuição de papéis entre o Estado e a sociedade, ou seja, observou-se uma diminuição do tamanho do Estado e, conseqüentemente, da intervenção estatal.

Nos países em que se iniciou esse movimento, como Estados Unidos e Grã-Bretanha, a redução do papel do Estado refletiu-se na revalorização do mercado e da concorrência, abarcando a privatização de empresas públicas, a liberalização de atividades e setores econômicos antes reservados ao setor público e a eliminação do controle público sobre a produção e o mercado de diversas indústrias (MOREIRA, 1997, p. 43).

No entanto, importante ressaltar que o novo modelo que se seguiu às medidas de liberalização e privatização da economia fez emergir outro nível de responsabilidade pública que traduziu um novo arranjo de articulação e coordenação de papéis entre o Estado e o mercado, se diferenciando, portanto, daquele modelo de Estado mínimo que vigorava no bojo do liberalismo econômico³³.

No Brasil, o termo regulação também se identificou com o movimento de reforma do Estado, sendo utilizado para designar o modo pelo qual o Estado passou a se comportar após a renovação das suas estruturas, visando reduzir sua ingerência na economia, em especial, após a década de 1990.

Em linhas gerais, até a década de 1980, o Brasil adotava o padrão de intervenção estatal direta na economia, tanto na prestação de serviços públicos como na atuação nas atividades econômicas em sentido estrito³⁴. Após este período, provocou-se um sucessivo

³³ Conforme ensina Pedro Gonçalves (2010), fazendo alusão a um Estado de Garantia como sinônimo de modelo de regulação, “no período que se seguiu à adoção das medidas de liberalização e de privatização da economia, implementadas nas últimas décadas do século XX – ou seja, no *after privatization* –, emergiu, na dogmática administrativa a alusão a outro nível ou grau de responsabilidade pública, construído com base no tópico da *garantia*. Tratou-se de um *grau intermédio* de responsabilidade pública, que, além do mais, traduz um novo arranjo de articulação e de coordenação de papéis entre o Estado e o Mercado: como já se observou, o Estado de Garantia não é o *Minimalstaat* da época liberal nem o *Maximalstaat* do século XX. Enquanto sistema ou de estrutura de realização do bem comum, o modelo institucional do Estado de Garantia situa-se a meio do caminho, num ponto intermédio, entre dois modelos extremados – o *modelo de Mercado* e o *modelo de Estado* –, propondo a doutrina designá-lo de *modelo de regulação*”.

³⁴ Sobre esse contexto, explica Moreira (2017, pp. 163-164): “Veja-se bem a relevância que o tema assumiu na configuração do Estado brasileiro. O Poder Constituinte já não mais se preocupava apenas com a tríade clássica (organização do Estado, regime de governo e direitos fundamentais), unida aos direitos sociais, mas ia além: a “exploração da atividade econômica” por meio de empresas sob controle societário do Estado tornou-se assunto

processo de mutação das estruturas estatais, notadamente da organização administrativa do Brasil, de forma que se passou a tomar um programa de redução do papel do Estado em diversos setores sociais e econômicos (GUERRA, 2014, pp. 373-374).

No âmbito constitucional, restou reservada ao Estado a atuação direta apenas para atividades econômicas monopolizadas, relacionadas à indústria de petróleo e gás natural, e em caso de imperativo da segurança nacional e relevante interesse coletivo, nos termos dos artigos 173 e 177 da Constituição Federal de 1988. No artigo 174, estabeleceu-se que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Conforme ensina Guerra (2014, p. 374), o artigo 174 foi construído com base na concepção de que as modernas formas de administração do interesse público devem ordenar e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades de forma sistêmica, ou seja, tanto no sistema social, como no campo científico e tecnológico, ambos ligados ao sistema econômico.

No ano de 1995, no contexto das privatizações³⁵, que sinalizaram um compromisso com a diminuição da intervenção do Estado na economia (COUTINHO, 2014, p. 84), foi editado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, expressamente indicando que a reforma do Estado deveria ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. O documento afirmou que o Estado reduziria seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, no entanto, na função de regulador e provedor ou promotor destes.

importante demais para ser relegado ao estatuto infraconstitucional. Isso fez com que o legislador ordinário – muitas vezes acionado pelo Executivo (decretos-lei e iniciativa de lei) – se sentisse muito à vontade para multiplicar as instâncias de poder econômico estatal. O Estado Administrativo brasileiro desdobrou-se num grande empresário. [...] Em outras palavras, o Estado-Administração passou a agir continuamente no cenário econômico (não mais só a intervir, portanto). Outrora excepcionais, as sociedades empresárias sob o poder de controle do Estado tornaram-se dado usual do cotidiano”.

³⁵ Vale expor, por sua clareza, os ensinamentos de Moreira (2017, p. 167), sobre as privatizações ocorridas no Brasil: “O déficit nas contas públicas (além de diretrizes políticas), esvaziou o Estado-Empresário, que se viu na contingência de privatizar empresas e atividades estatais: seja por meio da *despublicatio* absoluta (privatização material, em que transfere a titularidade dos bens e serviços a pessoas privadas – p. ex., o caso dos bancos e das mineradoras), seja por meio de contratos (privatização formal, em que transfere a execução da atividade, por prazo certo, a particulares com autonomia a de gestão dos bens e serviços delegados – p. ex., as concessões de serviço público)”.

Também nesse contexto, ressurgiu o interesse pelas concessões de serviços públicos³⁶, a fim de que os serviços públicos passassem a ser exercidos por prestadores privados, sem ônus financeiro para a Administração.

Nessa esteira, foram editadas leis para regulamentar a figura das concessões e de outros contratos de outorga de serviços públicos a empresas privadas, como a Lei n. 8.987 e a Lei n. 9.074, ambas editadas em 1995. Ademais, outras leis setoriais começaram a surgir com projetos menos interventivos, trazendo modelos próprios de contratos, ou utilizando a Lei de Concessão como norma subsidiária, visando buscar um efetivo equilíbrio entre os valores públicos e os interesses dos investidores de obter relações jurídicas mais seguras (SUNDFELD, 2014, p. 137).

Com efeito, na prática brasileira, foram firmados contratos de concessão com prazos de 5 a 35 anos, os quais definiram algumas das principais políticas públicas brasileiras, como as relacionadas a portos, rodovias, ferrovias, aeroportos, telecomunicação e energia (MOREIRA, 2014, p. 510). Assim, estes contratos podem ser qualificados como um dos instrumentos de que o Estado se valeu para exercer essa nova função regulatória, promovendo, portanto, a definição e a implementação de normas regulatórias, regulando toda a conduta do contratado para a realização dos fins coerentes à regulação setorial³⁷.

Ademais, a partir das emendas constitucionais n. 8 e n. 9, editadas em 1995, que determinaram a instituição de “órgãos reguladores” dos setores de telecomunicações (artigo 21, XI) e petróleo (artigo 177, § 2º, III), restou fortalecido o conceito de regulação no âmbito do Direito brasileiro, a partir do movimento de criação de diversas agências reguladoras (SUNDFELD, 2014, p. 112).

Essas entidades foram estruturadas de forma que suas decisões observem, em regra, a forma colegiada, sendo o conselho diretor composto pelo diretor-presidente e demais diretores, com quórum deliberativo por maioria absoluta. Os dirigentes são nomeados para

³⁶ Segundo afirma Sundfeld (2014, p. 121), a teoria mais clássica sobre contratos de concessão e sobre os poderes da Administração concedente, que teve prestígio no Brasil até a década de 1980, foi inspirada em uma visão bastante interventiva, segundo a qual os poderes administrativos sobre a concessão de atividades de titularidade pública independeriam de uma previsão expressa e teriam de ser interpretados ampliativamente. No entanto, após a década de 1990, leis setoriais começaram a surgir com projetos regulatórios menos interventivos em alguns casos.

³⁷ O autor português Pedro Gonçalves tem ampla produção acadêmica acerca da categoria denominada de contratos regulatórios, em que o objeto contratual é, em si mesmo, a regulação administrativa. Segundo o autor (GONÇALVES, 2013, p. 134), o contrato regulatório consiste em “um instrumento ou meio de efetuar toda ou uma parte da regulação pública administrativa que orienta as condutas das empresas reguladas de um determinado mercado”. Assim, considerar um contrato de concessão como regulatório, enfatiza uma perspectiva de consideração do referido contrato como uma estratégia regulatória, privilegiando o consenso e a proteção da confiança, na medida em que os regulados passam a confiar nas normas contratuais regulatórias, inclusive com a proteção do equilíbrio econômico-financeiro (GONÇALVES, 2013, p. 139).

mandatos fixos, por prazos certos e não coincidentes. Ademais, as agências são caracterizadas por possuírem autonomia financeira e orçamentária, além de independência decisória, uma vez que não possuem subordinação hierárquica ao Ministério respectivo, mas vinculação administrativa (GUERRA, 2014, pp. 384-385). Têm como característica também a especialidade técnica, a fim de garantir maior eficiência regulatória e impedir a assimetria informacional (MARQUES NETO, 2009a, p. 49).

Ademais, às agências reguladoras foram reservadas competências retiradas da própria Administração³⁸, de forma que têm legitimidade para, por exemplo, editar normas regulamentares em abstrato, no âmbito de sua competência técnica, além de possuírem capacidade decisória para solucionar casos concretos em sua área de atuação setorial e para dirimir conflitos regulatórios (JUSTEN FILHO, 2010, p. 683).

Os referidos poderes podem ser assim resumidos, conforme categorização fornecida por Marques Neto (2009a, pp. 60-61): a) poder normativo, através do qual a agência emite normas no âmbito do setor regulado; b) poder de outorga, que é a possibilidade de emissão de atos concretos de licenças e autorizações, a fim de permitir o exercício de atividade regulada a um particular; c) poderes de fiscalização, monitorando atividades reguladas e impedindo o descumprimento de regras; d) poderes sancionatórios, que se reflete na possibilidade de aplicação de sanções; e) poderes de conciliação, que consiste na capacidade de conciliar interesses de diversos agentes no âmbito do setor regulado, como operadores, consumidores e outros agentes econômicos; e f) poderes de recomendação, relacionados à possibilidade de o regulador orientar ou subsidiar o poder político no âmbito da elaboração de políticas públicas.

Assim, essas entidades reguladoras independentes, que têm competência regulatória setorial, foram destaque no movimento de reforma na medida em que, por serem dotadas de independência e de autonomia em relação à Administração direta e possuírem fatores de blindagem da ingerência de elementos políticos no exercício da atividade regulatória, garantindo previsibilidade e segurança jurídica para os setores econômicos, possibilitaram a atração de investimentos privados para a prestação de serviços públicos (PALMA, 2015, p. 222).

Conforme ressalta Giandomenico Majone:

³⁸ Vale ressaltar o entendimento de Marques Neto (2009a, p. 57), para quem seria mais apropriado dizer que as funções das agências se caracterizam muito mais como típicas de Estado do que típicas da Administração, uma vez que a essas entidades são atribuídas funções bem mais amplas que àquelas caracterizadas como funções administrativas, como é o caso de suas funções normativas e quase judiciais.

Entre as conseqüências estruturais mais óbvias da mudança para um modo regulador de governança, figura a ascensão de uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente em relação ao governo central. [...] As demandas administrativas do exercício da normatividade, todavia, são bastante diferentes. Essas demandas são melhor atendidas por organizações flexíveis e altamente especializadas que gozem de autonomia considerável no processo de tomada de decisões: as agências reguladoras independentes (MAJONE, 1999, p. 19).

Nesse contexto, a proliferação das agências reguladoras se justificou na medida em que, por serem órgãos próximos do setor econômico e social concernente, facilitaram a solução de diversas questões setoriais, possibilitaram a transferência ao Executivo da disciplina de matérias até então privativas de lei, e permitiram conferir maior estabilidade a regras que afetavam o mercado, inclusive afastando certas atividades preponderantemente técnicas das pressões político-partidárias (MEDAUAR, 2017, p. 339).

No início dos debates sobre os objetivos concernentes à regulação estatal, predominavam duas linhas teóricas: a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica ou Econômica. A Escola do Interesse Público defendia que a regulação se justificava pela busca da implementação de missões públicas, em nome da promoção do interesse público (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 23). De outro lado, a Escola Neoclássica ou Econômica negava qualquer fundamento de interesse público à regulação e afirmava que seu objetivo é corrigir falhas de mercado, de forma que a regulação seria um supedâneo do mercado quando não existisse solução mais eficiente pelo próprio mercado (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 27).

No entanto, essas teorias demonstraram deficiências, não sendo hábeis, por si só, para explicar a abrangência da regulação.

A doutrina moderna, conforme explica Calixto Salomão Filho (2008, p. 33), entende que se deve admitir a convivência dos aspectos econômicos e sociais de regulação e reconhecer que a preponderância de um sobre o outro pode variar conforme o setor regulado. Sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 125) afirma que uma consequência da adoção do termo regulação foi a superação da dualidade entre as categorias “serviços públicos” e “atividades econômicas”, uma vez que o termo regulação está, de fato, relacionado aos debates sobre a intervenção estatal na economia em seu sentido amplo, de forma que, atualmente, apresenta esfera muito abrangente, englobando diversos aspectos da atuação estatal:

Têm importância a desvalorização da dicotomia (poder concedente sobre os serviços públicos x poder de polícia sobre atividades privadas) e o conseqüente prestígio da figura generalizante (poder de regulação). [...]

A figura da *regulação* é necessária à teoria do direito administrativo brasileiro contemporâneo, que sem ela carece de categorias suficientes e adequadas para compreender e organizar a operacionalização do direito positivo. O instrumental teórico consagrado – formado pela visão clássica de conceitos contrapostos, como os

de serviço público x atividade privada, poder concedente x poder de polícia e outros relacionados –, além de incapaz de servir à compreensão dos problemas e soluções jurídicas ligadas à intervenção do Estado na economia, está em franco desacordo com o ordenamento atual (SUNDFELD, 2014, pp. 125-126).

Nessa esteira, é possível afirmar que atividades estatais identificadas como funções clássicas de intervenção, fomento, poder de polícia e serviço público, hoje podem ser enquadradas sob o conceito aberto de regulação estatal (GUERRA, 2014, p. 12).

A partir desse novo contexto regulatório, e diante das relações surgidas com a configuração que se impôs a partir das privatizações³⁹ e dos novos papéis assumidos pelo Estado e pelos particulares, as funções estatais foram revisitadas, de forma que o Estado passou a ter de supervisionar os aspectos econômicos, estabelecer regras e intervir de maneira permanente para amortecer tensões, compor conflitos, e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto, funções estas claramente diferentes das formas clássicas de intervenção estatal direta (GUERRA, 2014, p. 378).

Assim, o Estado passa agora a valer-se de “estratégias institucionais variadas, que podem se mostrar mais eficientes diante das características do mercado a ser regulado e das finalidades legítimas perseguidas pela sociedade através do aparelho do Estado” (BINENBOJM, 2016, p. 160)⁴⁰.

³⁹ Conforme explica Moreira (2017, pp. 167-168), o contexto das privatizações deu origem a várias relações multipolares e direitos subjetivos públicos, ampliando a complexidade das relações jurídico-administrativas. Afirma o autor: “Ora, a privatização formal traz consigo o dever de fiscalizar as concessões, imputado ao concedente para verificar se o concessionário executa o contrato tal como previsto em lei e nos regulamentos (gerais e setoriais), zelando pela boa prestação de aquele serviço normativamente qualificado como público. Esta fiscalização tem dupla perspectiva funcional: frente ao concessionário, para supervisionar o cumprimento dos deveres e obrigações contratuais; frente aos usuários, para garantir a adequada prestação do serviço. O que dá origem a várias relações multipolares e direitos subjetivos públicos, ampliando a complexidade das relações jurídico-administrativas”. Por conseguinte, o Estado deixa de empreender e passa a regular e a garantir. Não é mais Estado-Empresário nem Estado-de-Bem-Estar, mas Estado-Regulador e/ou Estado-de-Garantia”.

⁴⁰ O estudo das formas e mecanismos de que o Estado pode se valer para operacionalizar a regulação estatal foge ao escopo do presente trabalho. No entanto, vale citar, em breves linhas, os trabalhos de Sérgio Guerra (2014) e Egon Bockmann Moreira (2013), que classificam as formas através do qual o Estado realiza sua atividade regulatória. Conforme classificação adotada por Guerra (2014, p. 382), atualmente pode-se identificar seis mecanismos estatais (espécies) para operacionalizar a regulação estatal (gênero): a) regulação direta, exercida por ministérios e secretarias, como, por exemplo, no âmbito dos serviços postais; b) regulação exercida por autarquias comuns, como o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que regula atividades potencialmente poluidoras; c) regulação exercida por agências executivas, tal qual o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro); d) regulação exercida por autarquias especiais, no qual estão incluídas as agências reguladoras; e) regulação por conselhos profissionais, que exercem autorregulação de profissões regulamentadas; e f) autorregulação exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como entidade *sui generis*. Moreira (2013, pp. 91-98), por sua vez, respondendo ao questionamento de quais seriam os meios e procedimentos pelos quais o Brasil busca atingir os objetivos do Direito regulatório, afirma: “o Direito da regulação pode ser implementado segundo (i) várias técnicas, por (ii) múltiplos sujeitos, ser oriundo de (iii) diversas fontes, destinar-se a (iv) mais de um objeto e deter (v) gamas variáveis de intensidade”. Em síntese, o autor identifica como técnicas regulamentares a gestão (endorregulação) e a normativa. Quanto aos sujeitos reguladores, podem ser pessoas de direito público (tais como empresas públicas, agências reguladoras, presidência da República) e/ou de direito privado (p. ex., a OAB e os conselhos profissionais, que exercem

Como visto, é possível afirmar que o conceito de regulação, embora tenha emergido em um contexto de quebra de monopólios e exclusividades, na transferência de atividades do setor estatal para o setor privado e na flexibilização de normas incidentes sobre atividades econômicas, não acarretou necessariamente a retirada do Estado. Com efeito, em relação aos serviços públicos, que passaram a ser desempenhados por particulares, não há um desligamento do Estado, e acerca das atividades econômicas, por sua vez, o Estado passa a ter ascendência (MEDAUAR, 2017, p. 330).

Nota-se, portanto, que a atividade de regulação estatal, apesar de diferir substancialmente da forma de intervenção direta, não deixa de ser uma forma de intervenção estatal no domínio econômico, que se dá sob novos parâmetros e pressupostos (MARQUES NETO, 2009b, p. 88).

A partir daí, passou-se a conceber a noção de um grande Estado regulador, que se contrai em algumas áreas, mas também se faz presente de forma abrangente em diversas esferas (MOREIRA, 2017, p. 169)⁴¹.

Por fim, pode-se resumir a configuração do modelo regulatório frente ao modelo de Estado anterior utilizando-se os ensinamentos de Justen Filho (2009, pp. 657-658), que arrola

autorregulação). As fontes regulamentares são múltiplas, como leis, regulamentos, códigos de conduta, contratos. O objeto regulado pode se dividir em quatro subespécies: i) o funcionamento da Administração pública; ii) o comportamento econômico de pessoas de direito privado; iii) o comportamento ético de pessoas de direito privado ou de agentes públicos; e (iv) os parâmetros técnicos que devem ser atendidos no exercício de determinadas atividades. Por fim, quanto à intensidade, a regulação pode ser *soft*, através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas e premiaias, ou *hard*, por meio de ordens a ser obedecidas pelos agentes econômicos, a exemplo da fixação de preços.

⁴¹ Segundo Egon Bockmann Moreira (2017, pp. 169; 170-171), a presença do Estado “se acentua no setor de serviços públicos, nos quais as políticas de privatizações obrigaram ‘a uma densificação da regulação’. No Brasil, a conjugação da reserva constitucional de serviços públicos com a ampliação dos agentes que o prestam em regime de Direito Privado Administrativo (alguns sujeitos aos efeitos do mercado concorrencial) exige níveis mais intensos e profundos tanto da regulação como da fiscalização e garantia. Este é o retrato do incremento das tarefas estatais em decorrência das privatizações de serviços públicos e de atividades econômicas outrora de titularidade estatal. [...] Com efeito, a compreensão do Estado-de-Garantia exsurge com clareza num ambiente de privatização material, no qual o Estado-Administração se retira e por isso garante a disponibilização e a qualidade de bens e serviços outrora seus, mas agora de titularidade privada. Mas se é bem verdade que a Administração de garantia mais se coaduna ao cenário da redução material da atividade administrativa, fato é que a privatização formal (concessões, permissões, PPPs, etc.) também traz consigo forte carga de deveres de fiscalização e garantia. Sobretudo no caso brasileiro, insista-se, que conserva o foro constitucional para os serviços públicos. É por meio da regulação e da fiscalização que a Administração Pública preserva a eficiente prestação do serviço. O que se tem é uma técnica diferenciada para a realização da tarefa que foi primariamente cometida aos Poderes Públicos”. Veja-se também o que diz Coutinho (2012): “Por isso, apenas em casos excepcionais (geralmente malsucedidos) a privatização torna o Estado “menor”. Na maioria das experiências de sucesso observadas o que se tem é uma combinação seletiva, simultaneamente estável e flexível, de arranjos jurídico-institucionais pelos quais a propriedade pública é substituída e/ou combinada com a governança de contratos, com um aparato regulador robusto e com a capacidade de planejar e induzir investimentos em setores importantes em vista de suas características e especificidades (e não a partir de fórmulas abstratas). Isso demanda, sem paradoxo, um investimento institucional importante em expertise de gestão pública, capacitação, intersectorialidade, coordenação, autonomia, participação, prestação de contas e controle social da ação do Estado”.

de forma clara e abarcante as principais características do Estado regulador. A primeira característica, segundo o autor, é a transferência para a iniciativa privada de atividades até então desenvolvidas pelo Estado. A segunda incide na inversão da relevância do instrumento interventivo, ou seja, antes, a intervenção do Estado era caracterizada pelo exercício direto pelo Estado de funções econômicas, atualmente, por outro lado, se privilegia a competência regulatória como modo de intervenção (JUSTEN FILHO, 2009, p. 657).

A terceira peculiaridade é que a atuação regulatória se norteia tanto para atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, como para propiciar a realização de valores de natureza política ou social (JUSTEN FILHO, 2009, p. 658).

Por fim, tem-se a característica da institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas, passando-se de um estágio de regramento estático, para uma concepção de regramento dinâmico, de forma que a regulação deve ser entendida como um processo, no qual interessa a concreta aplicação das regras e a efetiva modificação dos contextos de ação dos destinatários (JUSTEN FILHO, 2009, p. 658).

Para tanto, a regulação se exterioriza de diversas formas e socorre-se de múltiplos instrumentos, os quais abrangem desde o estabelecimento de regras gerais e abstratas, como também atos próprios da função administrativa, tal como decisões administrativas, contratos, operações materiais de fiscalização, atos sancionatórios, e, ainda, atos informais (GONÇALVES, 2010).

Conforme os ensinamentos de Vital Moreira (1997, pp. 36-37), a regulação pode ser entendida, portanto, como a participação do Estado na atividade econômica, coordenando, condicionando e disciplinando a atividade privada, abrangendo medidas de condicionamento da atividade econômica, que podem se revestir desde a forma normativa, até outros desenhos de intervenção, como concertação convencional, polícia administrativa, subsídios e outros incentivos.

3.2 Configuração e objetivos da moderna regulação estatal

Traçadas algumas linhas acerca do entendimento clássico de regulação e o contexto do seu surgimento no âmbito do Direito Administrativo, passa-se a demonstrar que atualmente o Estado regulador perpassa por uma ampliação do seu objeto e aperfeiçoamento no seu eixo de atuação.

De fato, a partir da segunda metade do século XX, houve uma ampliação do objeto da atividade reguladora do Estado, que passou a buscar, também, a realização de certos valores

de natureza política e social, inclusive adquirindo feições redistributivas (COUTINHO, 2014, p. 155; JUSTEN FILHO, 2010, p. 671).

Nesse sentido, a regulação pode ser justificada por razões econômicas e não econômicas, conforme ensina Coutinho (2014, pp. 99-100), utilizando a tipologia de Anthony Ogus. Entre as justificativas econômicas estão as denominadas falhas de mercado, quais sejam, monopólios, bens públicos, externalidades, assimetrias de informação, racionalidade limitada dos agentes econômicos e diferentes problemas de coordenação, que passam a justificar a disciplina reguladora do Estado em determinados mercados, a partir da presunção de ser a regulação estatal mais eficiente que a alternativa de permitir ao próprio mercado apresentar soluções (COUTINHO, 2014, p. 100).

Entre as razões ditas não econômicas para a regulação, estão as problemáticas que vão além de aspectos de eficiência econômica pura, as quais são relacionadas a obrigações de fornecimento, continuidade e universalização de serviços, garantia da qualidade, proteção de consumidores vulneráveis, entre outros aspectos (COUTINHO, 2014, p. 101).

Assim, resta claro que a regulação está relacionada à busca de um equilíbrio interno, numa perspectiva de mediação de interesses diversos existentes no âmbito de um ambiente regulado (MARQUES NETO, 2009a, p. 37).

Relacionando o objetivo da regulação a uma noção de equilíbrio, Guerra (2013, 234) sintetiza: “a regulação representa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de técnica e complexidade”.

Nessa mesma linha, para Vital Moreira (1997, p. 21), o termo regulação designa, de um lado, uma circunstância de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema, e, de outro, aponta para a fixação de regras a serem observadas, cujo objetivo é garantir o equilíbrio do seu funcionamento.

Com efeito, as bases do Estado regulador contemporâneo, seus objetivos e meios de atuação, se relacionam com institutos e fenômenos mais modernos inerentes à sua formatação atual. Um desses aspectos é a adoção de novas formas de governança pública no desenvolvimento das competências regulatórias.

O contexto econômico e social já vislumbrado, que resultou na crise financeira do Estado de bem-estar social e sua notória ineficiência econômica, convergiram para a implementação de reformas institucionais que envolveram a emergência de novas formas de governança.

A origem da governança é relacionada por muitos autores à crise do Estado modernista, marcado pela burocracia insulada e centralizada e pela assunção de maiores responsabilidades pelo Estado a fim de promover o bem-estar. Conforme aponta Bevir (2011, p. 107), muitas reformas ocorridas à época basearam-se na insatisfação pública com a burocracia, se opondo ao modo de organização estatal hierárquico, influenciadas pelas ideias neoliberais e pelo movimento *New Public Management*⁴².

Nesse ínterim, conforme ressalta Bevir (2011, p. 108), surge uma mudança de paradigma, relacionada também às definições institucionais de bom governo, que, em vez de enfatizar divisões evidentes de responsabilidades em um contexto de relações hierárquicas, se curva em direção a novos parâmetros de processos eficientes definidos em termos de prestação de serviços e resultados com ênfase na transparência, na acessibilidade dos usuários e nas estruturas de incentivo.

A governança surge, então, no contexto do início do século XXI, em perfeita consonância com o novo padrão de intervenção estatal regulatória, e pode ser conceituada como a gama de atividades, funções e exercício de controle por parte de atores públicos e privados na promoção de fins sociais, políticos e econômicos, apoiando a substituição da hierarquia por um modelo mais participativo e colaborativo, no qual o governo, a indústria e a sociedade compartilham a responsabilidade pela consecução das metas políticas (LOBEL, 2004, p. 264).

Destacam-se, nesse âmbito, o papel dos atores não governamentais e também a valorização das boas práticas. A orquestração jurídica é conseguida através da interpenetração de fronteiras políticas, novas parcerias entre os agentes públicos e privados e estratégias de negociação e a coordenação (LOBEL, 2004, p. 265).

Em sua teorização sobre o tema, Lobel cita alguns elementos inerentes à governança, dentre os quais tem relevância a participação, de forma que o modelo de governança amplia a tomada de decisão, passando a envolver mais atores, com um papel eminentemente ativo, nos variados estágios do processo legal, o que implica diversificação das experiências que esses atores podem trazer (LOBEL, 2004, p. 294).

Do compromisso com a participação, advém o compromisso com a colaboração, que seria um segundo elemento inerente à governança, o que decorre do fato de que uma estrutura inclusiva facilita o intercâmbio cooperativo dos diversos participantes (LOBEL, 2004, p.

⁴² “O *New Public Management* foi uma forma de pensar prevalecente nos Estados Unidos entre as décadas de 1980 e 2000 que afirmava serem necessárias reformas em direção ao mercado para o Estado melhorar seu desempenho; tais reformas incluíam a diminuição da estrutura estatal, assim como a concepção de que os cidadãos são consumidores (N. T.)” (BEVIR, 2011, p. 107).

297). Assim, segundo o autor, no modelo de governança os indivíduos são sujeitos geradores de normas; estão envolvidos no processo de produção de normas de comportamento e suas alterações, de forma que se adota a governança cooperativa, baseada na contínua interação e dividindo responsabilidades, em oposição ao modelo tradicional de regulação *top-down*.

Ressalte-se que estas concepções teóricas possuem uma especial relação com o tema da regulação estatal, uma vez que os debates iniciais sobre o tema foram travados no âmbito do contexto norte-americano e centraram-se na relação entre governança e regulação, para a correta satisfação das competências envolvendo a atuação das agências naquele país (PALMA, 2015, p. 140).

Como visto, a governança traz consigo valores diferentes daqueles albergados pelo modelo jurídico clássico, baseado na hierarquia e nas estruturas estanques. Conforme conceituam Oliveira e Schwanka (2009, p. 307), embora se trate de uma expressão polissêmica, é possível entender a governança como um modelo alternativo às estruturas hierarquizadas, o que implica que os governos são mais eficazes no contexto de uma economia globalizada, garantindo e respeitando as normas e os valores inerentes a uma sociedade democrática.

Afirmando as notas de negociação e cooperação inerentes à governança, Chevallier (2005, p. 131), citando a doutrina de Philip Schmitter, observa que governança consiste em um método de regulação de problemas pelo qual os atores chegam regularmente a decisões mutuamente satisfatórias ou coercitivas, através da negociação e da cooperação, por meio de formas horizontais de interação entre os atores.

Conforme se observa, a governança, na medida em que trata da maneira de modificar o estilo da ação pública e a admissão de novos atores para formar as escolhas públicas, se relaciona às formas de exercício da autoridade, sendo tema importante ao Direito, apesar de ter nascido de uma racionalidade de ordem política (CHEVALLIER, 2005, p. 131).

Nesse sentido, a governança passa a estar “transcrita na linguagem e nas formas do Direito”, expressada, segundo Chevallier (2005, pp. 136-139), em aspectos como a procedimentalização, no sentido de que os contatos indispensáveis estabelecidos com os atores sociais tendem à oficialização e à formalização, através de um procedimento; e na formação de relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades.

Conforme explica Chevallier, a regulação estatal, a fim de buscar seus objetivos de equilíbrio do conjunto, pressupõe a internalização das formas de governança:

a função de regulação atribuída ao Estado requer a inflexão dos modos de exercício do poder e a passagem das formas tradicionais do “governo” aos novos procedimentos da “governança”: é realmente em se associando os interessados à definição das regras do jogo que um bom equilíbrio de conjunto poderá ser obtido. A solução de problemas coletivos não é mais, portanto, da responsabilidade exclusiva do Estado, mas implica a participação dos atores sociais, prontos a ultrapassar a defesa de seus próprios interesses categoriais para tentar extrair um interesse comum e colaborar com a concretização de escolhas coletivas (CHEVALLIER, 2005, p. 132).

Assim, a partir desse contexto, é possível concluir que, em razão da necessidade da busca por um equilíbrio sistêmico, a atividade regulatória pressupõe a necessidade de composição de diversos interesses envolvidos em um segmento da atividade econômica, o que se dá através de novas formas de exercício da autoridade estatal, passando o Estado a se relacionar com os demais agentes em um plano horizontal, incluindo a participação, com margens de negociação e concessões recíprocas (MARQUES NETO, 2011b, p. 1097).

Além disso, a noção de regulação deve ser entendida no contexto das transformações que perpassam as bases do Direito Administrativo e as novas formas de legitimação da atuação estatal. Assim, a atividade regulatória deve almejar à eficiência, efetivando a satisfação do interesse público, com o menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos, com o menor dispêndio de recursos públicos (GUERRA, 2013, p. 234).

Destarte, no âmbito da atividade regulatória observa-se a substituição da legitimidade da autoridade pela legitimação processual (MARQUES NETO, 2011b, p. 1100), de forma que a necessária processualidade da atividade regulatória, através do exercício do devido processo legal substantivo, com a efetiva participação social e interlocução com os interessados, passa a ser forma de legitimidade complementar, reduzindo o foco da legitimação pela titularidade das competências administrativas e aumentando a importância dos modos de seu exercício (BITENCOURT NETO, 2017, p. 96).

Assim, é de suma importância conferir legitimidade democrática à atividade regulatória, relacionada à sua sujeição a processos deliberativos dos quais participam e são ouvidos sujeitos representativos dos múltiplos interesses da sociedade⁴³.

⁴³ Veja-se que Coutinho (2019), ressaltando a necessidade de avançar sobre o estudo das formas de coordenação e regulação entre Estado e Mercado, escreve sobre a importância dos processos deliberativos, vinculando-os à legitimidade democrática da regulação estatal: “Avançar sobre as múltiplas formas de coordenação e regulação entre Estado e mercado, por isso, é preferível a se adotar a falsa dicotomia Estado *versus* mercados, mas, sobretudo, significa uma importante e ainda pouco explorada agenda de pesquisa acadêmica e de gestão pública. A regulação do capitalismo não é uma escolha binária de tudo ou nada; o que varia é sua intensidade e os instrumentos (bem como seu emprego combinado) de que ela dispõe para alcançar as finalidades politicamente almejadas. A regulação varia, ainda, em termos de legitimidade democrática, na medida em que pode estar, em termos de formulação e implementação, mais ou menos sujeita a processos de deliberação dos quais participam

Pelo exposto, conforme sublinha Marques Neto (2009a, pp. 31-32), a atividade regulatória moderna é pautada por seu caráter de mediação, em contraposição à imposição de objetivos e comportamentos definidos pela autoridade, refletindo uma nota de permeabilidade do ente regulador aos interesses dos regulados. Dessa forma, é inerente à moderna regulação que o ente regulador dialogue e interaja com os regulados, legitimando a sua atividade, tornando a regulação mais qualificada, por ser mais consentânea às necessidades da sociedade. Há necessidade de uma atuação pautada pelo diálogo, negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados (MARQUES NETO, 2009a, p. 32). Em outro momento, Marques Neto esclarece:

Fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, verifica-se o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa dada atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais (MARQUES NETO, 2002b, p. 16).

Ainda, o autor afirma que na regulação atual os objetivos são mais identificados com os interesses da sociedade, englobando os interesses dos próprios agentes econômicos e dos cidadãos, o que vai se refletir na forma de atuação dos entes reguladores, que se dará de forma a efetivamente compor e articular os interesses públicos com os interesses particulares (MARQUES NETO, 2009a, p. 33).

Outra característica corresponde aos instrumentos de que vai se valer a regulação, a fim de efetivar essa nova forma de relacionamento com os administrados. Assim, os ambientes de exercício da regulação devem ser apropriados a uma efetiva interlocução com os regulados, como também devem existir regras e procedimentos que impeçam o predomínio de interesses estritamente privados ou políticos (MARQUES NETO, 2009a, p. 33).

Nesse contexto, as agências reguladoras despontam como importantes atores no desenvolvimento das competências regulatórias relacionadas a uma maior permeabilidade aos agentes regulados e à efetiva promoção do interesse da coletividade, sem descuidar das peculiaridades do setor econômico.

Como dito, as agências são órgãos dotados de competências associadas a uma alta especialização técnica, e foram formatadas com uma configuração mais adequada para buscar

garantir maior imparcialidade e autonomia. Assim, essas entidades possuem características como transparência e permeabilidade, a fim de receberem e processarem as demandas dos regulados, consumidores e do próprio poder político, mas sem perder a neutralidade que lhes é inerente (MARQUES NETO, 2009a, pp. 46-47).

Na nova Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, foram estabelecidas diversas características já apontadas pela doutrina como essenciais a cumprir os objetivos para os quais foram criadas.

De fato, a referida lei, em seu artigo 3º, consagrou o caráter autônomo das agências e sua natureza especial, em vista da ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, da autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, e da estabilidade de mandatos de seus dirigentes e investidura a termo.

Ainda, fixou-se que as agências terão como órgão máximo o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, e que o processo de decisão da agência reguladora referente à regulação terá caráter colegiado (artigo 7º), o que permite maior garantia de respeito à transparência e representatividade dos órgãos reguladores.

Outro ponto foi a previsão expressa da Análise de Impacto Regulatório (AIR) para os casos de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, como um instrumento para promover a melhoria da qualidade regulatória, devendo a Agência considerar concretamente os possíveis efeitos do ato normativo.

Vale ressaltar, nesse contexto, a importância da Análise de Impacto Regulatório (AIR), que consiste em um procedimento para avaliar a qualidade de soluções regulatórias, no qual são apresentados, antes da implementação da medida e mediante a utilização de dados fáticos, os problemas a serem enfrentados pela futura regulação, as opções disponíveis à adoção de determinada medida regulatória e as suas consequências (DAYCHOUM; VÉRAS, 2016, p. 23). O instrumento deve ser, portanto, estimado como parte de uma abordagem sistemática a fim de implementar a qualidade das decisões regulatórias, juntamente com outras políticas, instituições e instrumentos (PECI, 2010, p. 21).

Ademais, nos artigos 9º a 11 da referida lei, foram previstos procedimentos de consulta pública, audiência pública e a possibilidade de se prever outros meios de participação de interessados previamente à tomada de decisão; também foi estabelecido que o posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta e audiência pública deverá ser efetivamente disponibilizado ao público.

Em vista de todo esse contexto, a doutrina cada vez mais ressalta a importância dos mecanismos consensuais no âmbito da regulação estatal, englobando os meios participativos e negociais.

Paulo Mattos (2017, p. 145) ressalta que desde as transformações ocorridas na década de 1990, o processo decisório das agências reguladoras passou a ser caracterizado, dentre outros aspectos, pela institucionalização de órgãos colegiados que deliberam sobre a formação de conteúdo normativo, pela institucionalização de canais de participação pública de setores da sociedade civil, e da dissolução de mecanismos institucionalizados de organização de interesses de grupos predeterminados no interior da burocracia estatal.

Marrara (2017, p. 275) argumenta que as técnicas de consensualização no âmbito da atividade regulatória devem ser definidas e estimuladas pelo legislador, na medida em que se constituem em mecanismos aptos a imprimir legitimidade e efetividade às tarefas da regulação estatal, e, conseqüentemente, às políticas públicas por elas instrumentalizadas:

A efetividade da regulação depende do ajustamento das condutas dos regulados. Não se presta a concretizar interesses públicos primários a atividade estatal simbólica, incapaz de modificar a realidade ou de fazer os agentes econômicos agirem de modo a maximizar o bem-estar e otimizarem a prestação de serviços públicos, a exploração de bens ou o desempenho da atividade econômica em dado setor regulado. Para se evitar a regulação simbólica e viabilizar a regulação real, mais que definir as competências das entidades reguladoras, o legislador necessita estimular, prever ou permitir a adoção de mecanismos aptos a imprimir legitimidade e efetividade às suas tarefas e às políticas públicas que elas instrumentalizam.

As técnicas de consensualização administrativa servem exatamente a esse fim.

[...]

É nesse contexto de restrição e de tensões entre Estado e sociedade, entre regulador e regulado, que a geração de consensos ganha relevância como fator de incremento da eficiência, da legitimidade das decisões administrativas e de estabilização de seus mandamentos, tornando mais efetivas a regulação e as políticas públicas que a permeiam (MARRARA, 2017, pp. 275-276).

Ademais, Bitencourt Neto (2017, p. 254) afirma que nos ramos do Direito Administrativo em que os poderes de autoridades são próprios aos fins perseguidos, tal como no âmbito da regulação, observa-se a manifestação cada vez mais frequente da Administração consensual, se fazendo ordinário o uso de instrumentos de atuação informal, como as recomendações e os chamados “diálogos regulatórios”, além de instrumentos de ação consensual, concertada ou negocial, como opções ao ato unilateral para a obtenção de melhores resultados na prossecução dos interesses públicos.

Dessa forma, entende-se que a concepção atual de regulação estatal pressupõe a existência de mecanismos consensuais que possam incrementar a permeabilidade aos interesses dos regulados e demais agentes sociais e possibilitar o efetivo diálogo e interação

entre os atores, a fim de legitimar democraticamente a atividade do ente regulador, além de tornar a regulação mais qualificada.

Pois bem. Firmadas essas bases, passa-se a analisar os principais instrumentos consensuais presentes na atuação da atividade regulatória estatal.

No entanto, considerando a amplitude do exercício da regulação pelo Estado, que se operacionaliza através dos mais variados instrumentos e formas de intervenção⁴⁴, optou-se por recortar o tema para analisar os instrumentos consensuais inerentes à atividade regulatória operacionalizada por agências reguladoras.

Dessa forma, passa-se a analisar como a consensualidade se manifesta nas diversas formas de atuação das agências reguladoras, no âmbito das suas principais competências regulatórias.

Analisa-se, por ora, os principais instrumentos pelos quais a consensualidade se manifesta, por serem mecanismos já institucionalizados, previstos em leis gerais, ou por serem apontados pela doutrina como relevantes para a efetivação das competências regulatórias.

Posteriormente, no âmbito dos capítulos seguintes, serão analisados como os mecanismos consensuais (que serão aqui estudados sob uma perspectiva teórica) estão de fato aplicados na atividade regulatória em concreto, analisando-se, para tanto, o contexto da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

3.3 Os instrumentos consensuais presentes na atuação das agências reguladoras

Conforme exposto, é próprio à concepção moderna de regulação o caráter consensual da atividade regulatória, de forma que a relação do ente regulador com os regulados se dá de forma mais horizontal, através de uma ampla permeabilidade, o que abrange mecanismos de participação, diálogo, negociação e cooperação.

Assim, a consensualidade se revela um elemento categórico para que sejam atingidos os objetivos regulatórios almejados, conferindo legitimidade democrática às decisões tomadas

⁴⁴ Como já dito, o Estado pode se utilizar de diversas formas e mecanismos para operacionalizar a regulação estatal. Cite-se, por exemplo, a classificação adotada por Guerra (2014, p. 382), para quem é possível se identificar seis mecanismos estatais (espécies) para operacionalizar a regulação estatal (gênero): a) regulação direta, exercida por ministérios e secretarias, como, por exemplo, no âmbito dos serviços postais; b) regulação exercida por autarquias comuns, como o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que regula atividades potencialmente poluidoras; c) regulação exercida por agências executivas, tal qual o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro); d) regulação exercida por autarquias especiais, no qual estão incluídas as agências reguladoras; e) regulação por conselhos profissionais, que exercem autorregulação de profissões regulamentadas; e f) autorregulação exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como entidade *sui generis*.

pelo agente regulador, a fim de buscar maior aderência dos administrados às decisões regulatórias, e maior eficiência e qualidade na sua atuação. Dessa forma, se faz crucial implementar mecanismos consensuais na atividade regulatória estatal.

No âmbito da atividade das agências reguladoras, os instrumentos consensuais são largamente positivados e previstos em atos normativos, sejam eles legais ou regulamentares. Conforme já exposto, à míngua de previsão legislativa da consensualidade no contexto dos anos 1990, e com o desenvolvimento do modelo regulatório atual, as agências reguladoras, no uso do seu poder normativo para construir seu arcabouço regulatório, passaram a prever em atos normativos internos diversos mecanismos que possibilitaram implementar maior permeabilidade aos administrados na prática da sua atuação. Ao longo dos últimos anos, muitos desses instrumentos, já previstos em atos normativos internos, foram positivados em leis gerais, institucionalizando a consensualidade no âmbito da atividade regulatória estatal.

Será possível perceber que esses instrumentos consensuais, de acordo com a perspectiva ampla de consensualidade adotada neste trabalho, abrangem desde atos e procedimentos preparatórios aos atos unilaterais a serem adotados pela Administração, até a formalização de instrumentos propriamente bilaterais ou multilaterais, entre outros mecanismos que proporcionam diálogo e consideração dos diversos interesses envolvidos na decisão administrativa.

Com efeito, passa-se a verificar a manifestação da consensualidade na atuação das agências reguladoras, no exercício de suas competências regulatórias, em especial no âmbito das competências normativa, fiscalizatória e sancionatória, como também no âmbito da resolução de conflitos.

Adianta-se que é possível observar a consensualidade em diversas esferas da atividade regulatória das agências, destacando-se a utilização de audiências e consultas públicas, em especial no âmbito da sua atividade normativa; na atividade de resolução de conflitos, com a utilização de instrumentos conciliatórios (conciliação, mediação e arbitragem); e nas atividades sancionatórias, com a formalização de acordos substitutivos.

No entanto, a atividade consensual no âmbito regulatório não se restringe às atividades e instrumentos mencionados. Nesse escopo, não se pode deixar de considerar a utilização de instrumentos informais de consenso, que permeiam a tomada de decisões pelas agências reguladoras.

A seguir, serão explanados alguns dos principais instrumentos consensuais observados na experiência brasileira, a fim de demonstrar suas características mais relevantes e conferir sua importância no bojo da atividade regulatória contemporânea.

3.3.1 A consensualidade no âmbito da atividade normativa das agências reguladoras e a importância das audiências e consultas públicas

Como visto, os poderes atribuídos às agências reguladoras são decorrentes da própria Administração Pública. Nesse âmbito, a fim de realizar seus fins precípuos, às agências são reservados amplos poderes normativos, de outorga, de fiscalização, sancionatórios, de conciliação e de recomendação (MARQUES NETO, 2009A, pp. 60-61).

Ressalte-se que as agências reguladoras possuem um campo próprio de responsabilidades, inclusive na avaliação de questões técnicas e na ponderação dos interesses conflitantes inerentes ao setor regulado. Dessa forma, embora o poder de decisão das questões de natureza política primária seja de competência do Poder Legislativo, é inegável que a lei não alcança disciplinar o direito nos detalhes de todas as problemáticas cotidianas, de forma que emerge com grande relevo a função normativa exercida pelas entidades reguladoras, correspondendo a uma função normativa secundária, nos limites das normas hierarquicamente superiores (GUERRA, 2011, p. 132).

O poder normativo conferido às agências consiste, pois, na possibilidade de editar comandos gerais para o setor que lhes é reservado, a fim de completar as normas legais editadas pelo Poder Legislativo, que, na maioria das vezes, possuem disposições abertas e, em regra, não descem às minúcias técnicas exigidas pelas diversas questões e problemáticas afetas aos setores econômicos regulados.

Dessa forma, ao emitir regulamentos, a agência passa a estabelecer regras e normas que disciplinarão a conduta dos agentes econômicos de um determinado setor, a fim de proporcionar o equilíbrio inerente aos objetivos regulatórios. É o que observa Guerra:

Pelas normas regulatórias permite-se o exercício da capacidade técnica para dispor com maior densidade sobre as matérias necessárias para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico, distante do cidadão e sem concretude; e dos regulamentos elaborados pelo chefe do Poder Executivo em gabinetes herméticos à participação e controle da sociedade (GUERRA, 2011, p. 142).

A edição normativa por parte das agências reguladoras decorre de um processo administrativo que tem por objeto a norma a ser editada, suas razões e justificativas e as possíveis consequências do ato regulatório a ser emanado.

Sobre esse ponto, traz-se as reflexões de Guimarães (2007, p. 96), para quem uma das características atuais da atuação jurídica da Administração, e que também se observa no âmbito da atividade regulatória, é o enfrentamento de interesses fracionados e não uniformes, de forma que há vários interesses dignos de tutela e em constante tensão, o que impõe à

Administração arranjar essa carga de indeterminação e definir, caso a caso, o interesse que deve prevalecer em uma situação concreta. Assim, deve-se cogitar quais finalidades deverão ser alcançadas a cada caso e, muitas vezes, não é possível defini-las apenas a partir da análise de diplomas legais.

Nessa esteira, as leis e os atos normativos que tratam da atuação administrativa decisória e normativa devem assegurar a participação da sociedade através de procedimentos específicos para lhe garantir um espaço que possibilite dialogar e influenciar na construção da decisão estatal, cooperando com o ente regulador na determinação do fim público a ser atingido.

Conforme assegura Justen Filho, a própria participação social é um aspecto de legitimação das decisões das agências reguladoras:

a concepção da agência independente legitima-se democraticamente não pela eleição dos seus membros, mas pela participação da sociedade na formação das decisões de competência da agência. Isso significa que todas as decisões proferidas pelas agências devem ser antecedidas e acompanhadas da audiência dos diversos segmentos da sociedade (JUSTEN FILHO, 2011, p. 247).

Os principais procedimentos participativos são as consultas públicas e as audiências públicas, que, conforme ensina Perez (2009, pp. 168-169), são instrumentos de participação popular de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inseridos na fase instrutória do processo decisório. A diferença entre os dois institutos se revela, em síntese, na existência da oralidade, que está presente no âmbito das audiências, e não ocorre no âmbito das consultas públicas.

As consultas públicas consistem em procedimentos mais formais e objetivos. No âmbito regulatório, elas geralmente se operacionalizam com a divulgação do tema, da minuta e de outros documentos pertinentes ao futuro ato de interesse geral, facultando-se a participação dos interessados, o que se dá, geralmente, através da Internet. Dessa forma, os interessados formalizam a sua participação através do canal disponibilizado, tecendo críticas, sugestões e questionamentos acerca do ato (MOREIRA, 2009).

Na audiência pública, por sua vez, é realizada uma sessão pública aberta a todos os interessados em que se dá a oportunidade de discutir aspectos e problemas acerca da proposta de ato normativo. Seu procedimento se inicia com a divulgação do tema, da minuta do ato e de outros documentos a serem discutidos, agendando-se dia e hora, em local de acesso público, para a sessão em que ocorrerá a discussão. Na audiência, os interessados se

credenciam e participam pessoalmente, expondo suas sugestões, críticas, fazendo comentários e outras manifestações.

Conforme afirma Perez (2009, pp. 173-174), a autoridade administrativa deve estar atenta a três princípios básicos de condução das audiências públicas: abertura, lealdade e imparcialidade, de forma que a autoridade deve estar aberta aos participantes, dando-lhes todas as informações necessárias, sanando todas as dúvidas, e preservando as regras do debate previamente estabelecidas.

No Brasil, as agências reguladoras possuem autonomia para estabelecer as normas procedimentais relativas às suas audiências e consultas públicas. Assim, antes da edição da Lei n. 13.848/2019 – que dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras – não havia uniformidade acerca da obrigatoriedade ou não da realização de audiências e consultas públicas anteriores à edição de atos normativos pelas agências reguladoras, o que dependia da legislação de regência de cada uma delas.

Todavia, com a edição da Lei, determinou-se a obrigatoriedade da realização de consultas públicas antes da tomada de decisão do órgão colegiado acerca das minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Ademais, foi estabelecido um prazo mínimo de 45 dias para a abertura do período de consulta pública, ressalvados os casos de excepcional urgência e relevância. Além disso, a fim de proporcionar manifestações consistentes por parte dos interessados, foi determinado na Lei que a agência reguladora deverá disponibilizar na sede e no respectivo *site*, quando do início da consulta pública, o relatório de Análise de Impacto Regulatório (AIR), os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas ao procedimento de consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

À audiência pública, por sua vez, foi mantido o caráter discricionário quanto à sua convocação, quando necessária à formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante. A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 dias úteis; antes da sua realização, devem ser disponibilizados documentos como o relatório de AIR, os estudos, os dados, o material técnico, e nota técnica que tenha fundamentado a proposta de ato normativo ou a matéria submetida à audiência.

As audiências e consultas públicas consistem, pois, em manifestação de participação colaboradora, visando uma decisão administrativa obediente à imparcialidade e democraticamente legitimada (BITENCOURT NETO, 2017, pp. 94-95).

No entanto, algumas questões devem ser analisadas no que tange aos referidos procedimentos, a fim de que sejam, de fato, procedimentos de legitimação democrática das decisões regulatórias.

Um primeiro aspecto é que não basta a mera divulgação da existência de procedimentos decisórios em curso e da intenção de ouvir os interessados sobre as questões a serem decididas. Tal circunstância, denominada por Justen Filho (2011, p. 247) de “publicidade passiva”, faz com que os procedimentos de audiência e consulta sejam permeáveis apenas aos segmentos especializados, ou seja, às empresas e indústrias dotadas de alto poder econômico e político com ampla possibilidade de acesso ao ambiente regulatório.

De fato, as decisões regulatórias e os atos normativos atingem diversos setores da sociedade, sendo inclusive um dos objetivos da atividade regulatória garantir o equilíbrio entre os múltiplos interesses econômicos e sociais observados no campo setorial. As decisões das agências devem ser submetidas a um processo de formação de vontade que impeça a prevalência de preferências subjetivas.

Assim, conforme reitera Justen Filho (2011, p. 247), é imperiosa a consagração de concepções “ativas” acerca da publicidade⁴⁵ e da convocação da participação da sociedade, de forma que a agência aja, de fato, em busca da manifestação social, adotando atitudes de provocação e convocando diversos setores sociais, além daqueles especializados e a serem diretamente atingidos pela proposição normativa.

Ademais, outra questão de suma relevância consiste na efetiva consideração por parte do regulador das opiniões e depoimentos colhidos nesses procedimentos, quando da edição do ato normativo ou da tomada de decisão que os sucede.

A doutrina já ressaltava o dever da Administração de documentar todas as consultas e audiências públicas e respondê-las publicamente, antes de tomar a decisão final, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório com a consideração de todas as discussões e contribuições lançadas (Perez, 2009, pp. 175-177). Nesse sentido, Justen Filho afirma:

⁴⁵ Sobre a publicidade ativa, Marques Neto (2012) expõe que consiste naquela que “se efetiva com uma postura proativa do regulador no sentido de promover, fomentar e incentivar que os cidadãos participem do processo regulatório. A publicidade ativa se concretiza mediante audiências públicas, consultas públicas, solicitação de contribuições a entidades representativas, criação de Comitês, promoção de diálogos regulatórios. Por ela mais do que ser transparente, o regulador busca auscultar aqueles que são afetados pela regulação, tomar pulso de suas expectativas e interesses. Não deve ser caudatário da posição de qualquer das partes, mas deve dedicar a todas com igual atenção. [...] No exercício das competências normativas (regulamentar) do regulador, a publicidade ativa é imprescindível. O processo de produção de normas (que os americanos designam *rulemaking*) é indissociável dos mecanismos de fomento à participação dos interessados. Nas competências adjudicatórias (seleção e admissão de um agente atuar no setor regulado, mediante emissão de autorizações ou outorga de concessões ou permissões) igualmente parece-me fundamental promover as instâncias participativas”.

a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes. É fundamental que a atividade decisória da agência *incorpore* a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. *Incorporar* a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua decisão.

Não se admite o fenômeno que se poderia qualificar como *participação externa cosmética*. A expressão indica a situação em que a agência predetermina sua decisão e desencadeia uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas, destinadas apenas a dar uma aparência de democracia à decisão. Assim, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições.

Isso significa que a agência independente tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as contribuições, manifestações e propostas formuladas pela sociedade (JUSTEN FILHO, 2011, pp. 247-248).

Sobre o ponto, houve significativa previsão na Lei n. 13.848/2019, que estabeleceu expressamente o dever de divulgação acerca do posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta, audiência pública ou outros procedimentos participativos, através da disponibilização na sede da agência e no respectivo *site*, em até 30 dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

Em acréscimo, importante ressaltar que as opiniões, críticas e sugestões levantadas nos referidos procedimentos devem ter efetivamente o condão de aperfeiçoar ou alterar as minutas iniciais de atos normativos ou de propostas de decisões regulatórias a eles submetidos⁴⁶. Assim, a agência reguladora deve estar aberta à possibilidade de abarcar opiniões colhidas nos procedimentos participativos, considerando a hipótese de se fazer alterações relevantes nas minutas e propostas previamente elaboradas e submetidas às consultas e audiências públicas.

Dessa forma, observados tais quesitos, as audiências e consultas públicas se mostram como expressão da consensualidade administrativa, uma vez que são instrumentos hábeis a propiciar um ativo diálogo no processo de tomada de decisões administrativas, proporcionando a todos os atores uma participação ampla com possibilidade de efetivamente influenciar na decisão final.

De fato, nesses casos, a atuação administrativa típica de edição de atos unilaterais e imperativos passa a ser relativizada pela participação popular no momento deliberativo,

⁴⁶ Conforme ressalta Moreira (2009), se ocorrer uma modificação fática da decisão regulatória ou o ato normativo em virtude de propostas fornecidas em audiências e consultas públicas, haverá necessidade de se alterar a proposta da norma regulatória e, por consequência, deverá ser realizada uma nova consulta ou audiência. Sobre o ponto, Miragaya (2016, p. 152) levanta um aspecto problemático, que se daria na necessidade de constantes reaberturas das negociações, em um movimento contínuo que pode levar a um círculo vicioso, especialmente quanto ao tempo necessário para se adotar ou implementar certa política pública. Uma das soluções está na cuidadosa normatização do procedimento de negociação, prevendo a possibilidade de interrupção do referido círculo, ou restringindo o número de oitivas públicas mesmo no caso de alterações subsequentes.

conferindo ao agente regulado e outros interessados o condão de construir juntamente com a Administração o ato final cujo conteúdo lhe interessa (PALMA, 2015, p. 136).

Vale dizer, em complemento, que as audiências e consultas públicas são por vezes utilizadas para outros procedimentos de tomada de decisão, diferentes daqueles relacionados à sua competência normativa, tais como a submissão a audiências e consultas públicas de minutas de editais e contratos, no âmbito do exercício das competências adjudicatórias das agências, a fim de aperfeiçoar a seleção e a admissão de um agente para atuar no setor regulado, que se dará mediante emissão de autorizações ou outorga de concessões ou permissões. Cite-se também o exemplo da realização de consultas públicas para recebimento de sugestões sobre estudos de viabilidade técnica e econômica da exploração de rodovias no âmbito da ANTT. Ademais, diversas agências têm voluntariamente submetido à consulta pública prévia suas agendas regulatórias, como a ANVISA, ANS e ANTT.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, outros mecanismos participativos em que se vislumbra um caráter consensual no âmbito das agências reguladoras, influenciando na sua atividade normativa e decisória, como os canais de diálogo permanente em que participam representantes de agentes econômicos e especialistas, nos quais, “o estímulo ao consenso se dá, primariamente, pela garantia do direito de voz e de voto dos representantes dos diferentes grupos sociais e econômicos dentro dos centros decisórios estatais” (MARRARA, 2014, p. 277).

3.3.2 A consensualidade na atividade sancionatória das agências reguladoras e os acordos substitutivos

As agências reguladoras exercem com grande destaque o poder fiscalizatório e sancionatório no âmbito do setor regulado. Esses entes, como visto, foram criados tendo como um dos seus principais fins a necessidade de fiscalizar a realização, por empresas privadas, das atividades econômicas que antes eram prestadas diretamente pelo Estado, de forma a garantir a qualidade dos serviços, a proteção dos consumidores e também do mercado concorrencial, entre outros interesses envolvidos no setor. Desta feita, ao lado do poder de fiscalização, está o poder sancionatório, que possibilita a aplicação de penalidades em vista da constatação de infrações e da atuação dos agentes regulados em desconformidade com os objetivos estabelecidos para o setor.

A prerrogativa sancionatória, compreendida como todo o ciclo regulatório sancionador, desde o regramento das infrações e sanções administrativas e a fiscalização dos

serviços, até a aplicação de sanção, consiste em importante mecanismo regulatório, uma vez que é medida de condicionamento do comportamento dos agentes econômicos em direção às finalidades inerentes ao setor regulado (PALMA, 2015, pp. 87-92).

Vale frisar, conforme ensina Palma (2015, p. 227), que tais atividades fiscalizatórias e sancionatórias são muito sensíveis aos agentes regulados, impactando imediatamente nas atividades e nos investimentos das empresas atuantes no setor. As sanções mais comuns, como multas, interdição de atividades delegadas ou a caducidade, podem causar grandes impactos nas empresas prestadoras das atividades reguladas. Assim, o poder sancionatório das agências deve ser exercido em estrita conformidade com as normas procedimentais, bem como a forma de aplicação da sanção e as infrações e penalidades devem ser estabelecidas em regulamentos editados pelas próprias agências e fixadas nos contratos ou atos de delegação.

No entanto, a atividade sancionatória das agências, em consonância com o seu papel de mediadoras e de protetoras de interesses dos diversos segmentos do setor regulado, deve ser vista sob um viés instrumental, não apenas sob uma perspectiva simbólica de representar uma mera resposta necessária ao descumprimento de uma norma jurídica que implica ameaça à autoridade regulatória, mas também como um meio de se fazer alcançar as finalidades regulatórias (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 3).

Dessa forma, na esfera sancionatória passaram a ser amplamente previstos em atos normativos, e vem sendo cada vez mais utilizados, os denominados acordos substitutivos.

Os acordos substitutivos consistem, pois, em atos bilaterais firmados entre a Administração e o regulado, com a intenção de substituir o processo sancionatório ou a própria penalidade imposta pela prática da infração, por compromissos a serem cumpridos pelo agente regulado. Estes compromissos têm por objetivo, em linhas gerais, reparar os danos causados, alterar comportamentos abusivos, ou assumir compensações que visam trazer benefícios concretos ao setor.

Trata-se, portanto, de ato administrativo negocial (SADDY; GRECO, 2015, p. 183), na medida em que a Administração abre mão da continuidade do processo administrativo sancionador ou da aplicação da sanção administrativa, enquanto o agente regulado, a fim de se beneficiar da via consensual, assume como obrigação compromissos de cessar imediatamente a prática da conduta lesiva, efetuar reparações e compensações ou a incumbência de realizar outros investimentos no setor⁴⁷.

⁴⁷ Palma e Marques Neto (no prelo, p. 38) bem exemplificam obrigações que podem ser assumidas pelo agente regulado nos acordos substitutivos, tais como compromissos de universalização e ampliação de acesso ao serviço público, incremento da qualidade da prestação, resolução ou mitigação de problemas de interrupção, reforço a

Embora se ressalte com maior clareza as obrigações do administrado, o ente regulador toma para si importantes obrigações, tais como suspender o processo acusatório ou procedimento preparatório de acusação; não realizar atividades instrutórias ao longo da suspensão processual, nem impor medidas contra o agente regulado em outras esferas pelo comportamento que é objeto do pacto; e arquivar o procedimento ou o processo punitivo após considerar cumprido o acordo (MARRARA, 2017, p. 281),

Conforme sintetizam Marques Neto e Cymbalista (2011, p. 3), os acordos substitutivos visam ao alcance das mesmas finalidades que seriam atingidas pela aplicação estrita da sanção, quais sejam “a prevenção da reincidência, a dissuasão do transgressor e de outros agentes que potencialmente poderiam seguir o mesmo caminho, assim como o condicionamento do comportamento na direção perseguida pela pauta regulatória”.

Desta feita, embora apresentem vantagens e utilidades para o agente regulado, que deixa de sofrer o processo sancionatório, estes acordos não perdem a característica de atividade regulatória repressiva, ou seja, devem possuir o escopo de recompor a legalidade e de resguardar os interesses públicos que permeiam a política regulatória (MARRARA, 2017, p. 280).

Além disso, é possível vislumbrar diversas potencialidades positivas ao interesse público na celebração dos acordos, como a possibilidade de repressão imediata do ato abusivo, com um menor custo e maior celeridade, inclusive com menor possibilidade de judicialização de eventuais conflitos que visem a discutir concretamente a atividade punitiva da agência, o que significa maior eficiência e economicidade na atividade regulatória.

Embora a consensualidade já seja uma realidade da Administração Pública brasileira, em especial no âmbito regulatório, visando conferir maior eficiência e legitimidade, a

direitos e garantias dos consumidores, deveres de investimento de infraestrutura, dever de investimento em desenvolvimento de novas tecnologias que beneficiem a qualidade e o acesso do serviço público prestado, concertação de nova metodologia de fiscalização que permita um acompanhamento mais detido das atividades prestadas, entre outros. Ressalte-se, nesse ínterim, a formalização de acordos cuja contraprestação por parte do interessado seja a assunção de investimentos no setor regulado. Conforme ensinam Sundfeld e Câmara (2011), analisando os acordos substitutivos no âmbito da regulação do setor de telecomunicações, e cujo raciocínio pode ser aplicado a outros setores, “A opção de pactuar, como substituto da continuidade do processo de multa, a realização de investimentos no próprio setor, pode cumprir melhor os objetivos da legislação de telecom. Isso porque, ao invés da mera punição, a prestadora de serviços proporcionaria, com o investimento, a proteção direta ou indireta do bem jurídico envolvido no caso. Providenciaria, por exemplo, a melhoria da qualidade de serviços, a criação ou ampliação de infraestrutura que fomentasse a competição entre prestadoras, ou o alcance de metas de universalização mais ambiciosas do que as impostas na regulamentação, variando-se o perfil do compromisso em função da natureza do bem jurídico objeto da tratativa. É óbvio que, para tanto, o investimento a ser assumido deve superar o que ordinariamente a prestadora já suportaria em virtude de suas obrigações regulares. O compromisso assumido pela prestadora deve ter o caráter de contrapartida nova, em troca da vantagem que tem pela extinção do processo objeto do acordo substitutivo. Para cumprir tal papel, por óbvio, não podem ser considerados investimentos já assumidos pela empresa em virtude de sua condição de concessionária. Fosse assim, não haveria, de fato, contraprestação oferecida em face da eliminação do processo”.

discussão em torno da formalização de acordos substitutivos no âmbito do processo sancionatório sempre levantou muitas discussões, em razão especialmente da natureza da atividade sancionatória, a qual consiste em uma típica atividade estatal que se reveste de caráter plenamente autoritário.

Não obstante o estudo da natureza do poder sancionatório esteja fora dos limites do presente trabalho⁴⁸, vale expor alguns entendimentos que demonstram a possibilidade jurídica da substituição do processo sancionador ou da sanção pela formalização de acordos.

Nesse sentido, Almeida (2012, p. 302) afirma que “está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão”. Para o autor, não se trata de renunciar ao exercício de competências ou omitir o desempenho de poderes, mas somente decidir a adoção de um procedimento de decisão. Ou seja, não se pode falar, nesse caso, em discricionariedade de ação ou discricionariedade quanto ao exercício da competência, mas simples discricionariedade de conteúdo, quanto ao tipo e a dosimetria das sanções (MARRARA, 2017, p. 289).

Câmara e Sundfeld observam:

A celebração de acordos substitutivos, tanto quanto a expedição de multa, é medida compatível com a lei. O acordo substitutivo constitui uma das possíveis consequências que o suposto desatendimento à norma legal pode ocasionar. A aplicação de sanção administrativa não se sobrepõe à opção pela celebração de um acordo substitutivo. Ao deixar de buscar a imposição de multas, a Administração não está descumprindo sua função punitiva porque, em relação à hipótese, o Direito admite a adoção de providência alternativa: firmar acordo substitutivo com o interessado (CÂMARA; SUNDFELD, 2011, p. 08).

Já Marques Neto e Cymbalista (2011, pp. 9-15) argumentam que a possibilidade de firmar-se o acordo substitutivo decorre de uma mudança de perspectiva da afirmação da autoridade Administrativa, de forma que o procedimento para apurar as infrações, como também a sanção, passa a ser visto como um dos mecanismos possíveis de serem adotados para reparar o dano causado e restabelecer os comportamentos almejados pela regulação, ao lado de outros por vezes mais eficientes. Para esses autores, a apuração sancionatória e a aplicação das sanções devem ter um caráter instrumental. Assim, o procedimento sancionatório e a própria aplicação da sanção podem ser preteridos em favor de outras formas mais eficientes e econômicas de se atingir a mesma finalidade, principalmente, o interesse público.

⁴⁸ Sobre o assunto, ver a obra de Juliana Bonarcosi de Palma, que estuda o tema com profundidade e didática. PALMA, Juliana Bonarcosi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

Vale recordar que a definição de interesse público, a ser buscado pelas ações administrativas, deve decorrer da ponderação dos interesses envolvidos, de forma que, “ao final, o interesse público poderá residir na realização do acordo, e não propriamente na aplicação da sanção” (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 15).

Sobre a satisfação do interesse público através da formalização dos acordos, também afirmam Câmara e Sundfeld:

mais do que sancionar ou obter contraprestação compatível à sanção aplicável, o interesse público pode estar em ver reconhecida de imediato, sem mais discutir sua procedência, a existência e validade do dever jurídico objeto de litígio e passar desde logo à sua implementação, nos termos acordados. Trata-se, como se vê, de situação em que o acordo traz vantagem adicional à mera aplicação de sanção administrativa sobre supostos ilícitos já ocorridos e sobre os quais não há conformação possível, além daquela relativa ao cumprimento das normas sancionadoras (CÂMARA; SUNDFELD, 2011, p. 10).

No entanto, importante pontuar que a possibilidade da formalização de acordos substitutivos não pode ser confundida com a arbitrariedade em abandonar o poder-dever de sancionar (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 12), nem pode promover benefícios discriminatórios, devendo, pois, oferecer uma solução eficiente e correspondente à efetiva repressão aos atos abusivos e ilegais constatados, com o consequente benefício para o Estado e para a atividade regulada.

Frise-se que a possibilidade de formalizar acordos substitutivos não pode significar sua utilização desarrazoada, sob o risco de enfraquecer os poderes de fiscalização e de sancionamento do órgão regulador, como também de haver uma banalização do uso do instituto.

Nessa esteira, ressaí a importância da motivação para a adoção do acordo substitutivo. Deve ser demonstrado no caso concreto que o acordo a ser firmado está consentâneo aos objetivos regulatórios e melhor alcança, dentre outras alternativas possíveis, a finalidade de reparar e de prevenir condutas abusivas por parte dos regulados, além de outros benefícios e vantagens com a sua adoção. Nesse sentido, Câmara e Sundfeld avaliam:

Em cada caso, pois, a celebração de um acordo substitutivo deve ser motivada, indicando-se o benefício auferido com o compromisso e sua correspondência com o valor das sanções que poderiam ser aplicadas em razão do suposto descumprimento da legislação. Será a motivação — expressa no próprio acordo substitutivo ou nos atos e manifestações que lhe sirvam de fundamento — o instrumento de controle e de legitimação do acordo. É necessário analisar individualmente a fase do processo administrativo em que a discussão se encontra e o tipo de debate em torno do qual as partes divergem. Em função dessas variáveis, devem ser adaptadas as justificativas para celebração de cada acordo substitutivo (CÂMARA; SUNDFELD, 2011, p. 10).

Outro ponto a ser destacado é que nos acordos substitutivos de decisão unilateral, muitas vezes o teor expresso do instrumento firmado sugere que se trata da imposição de uma conduta pela Administração ao agente regulado, sujeito ao poder administrativo de exigir o cumprimento das normas jurídicas, conforme ressalta Almeida (2012, p. 303). Não se vê, em alguns casos, a manifestação expressa de uma vontade concordante levando a um resultado jurídico construído pelo acordo das partes.

Assim, embora se possa afirmar que consiste em um instrumento consensual, na medida em que a Administração está, por acordo de vontades, substituindo sua decisão unilateral de não tomar certa medida e a outra parte assumindo compromissos diversos, é possível admitir, por vezes, que o grau de consensualidade, por parte daquele que tem sua conduta ajustada, não seja tão amplo (ALMEIDA, 2012, p. 304).

Desta feita, é importante que sejam exercidos, de fato, a negociação e o diálogo entre as partes, a fim de que seja alcançada a melhor decisão regulatória. Nesse sentido, Marrara afirma:

Defende-se aqui que a negociação deve ser vinculada, obrigatória. Autorizar o regulador a negar a negociação equivaleria a lhe permitir recusar a análise de soluções de ajustamento mais razoáveis e eficientes no caso concreto. Não é isso, porém, que se espera da Administração. Suas decisões devem ser racionais, ponderadas e ótimas. Para tanto, é fundamental que a negociação do acordo se realize para se comprovar se a via consensual será ou não mais adequada ao caso concreto (MARRARA, 2017, p. 287).

Ademais, vale dizer que o acordo a ser firmado deve prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento, a forma de fiscalização do cumprimento das obrigações acordadas e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento, que devem ser fixadas com razoabilidade, a fim de não ser o ajuste um instrumento sem eficácia e facilmente descumprido pelas partes.

De fato, como já demonstrado, a possibilidade de formalização de acordos substitutivos no âmbito sancionatório já está, há tempos, amplamente prevista nos regulamentos das agências reguladoras. Estes acordos são denominados geralmente de termos de compromisso de ajuste de conduta, termos de ajustamento de conduta ou termos de compromisso de cessação. Ademais, utilizava-se a previsão do artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) como base legal para a possibilidade de sua formalização.

Mais recentemente, com a Lei n. 13.655/ 2018, que introduziu disposições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além da autorização genérica para a celebração de acordos no âmbito da Administração Pública, por meio da inclusão do artigo 26, adveio, com a inclusão no artigo 27, disposição no sentido de que a decisão do processo, inclusive na

esfera administrativa, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos, que poderá ser regulada por compromisso processual entre os interessados.

Assim, o referido artigo 27 avaliza, conforme já havia sendo realizado no âmbito das agências reguladoras, que os valores impostos como multa sejam reconduzidos à realização de novos investimentos e outras compensações, ainda não previstos nos contratos de outorga originalmente firmados (MARQUES NETO; FREITAS, 2018).

Ainda, a Lei n. 13.848/2019, que trata da gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, trouxe, em seu artigo 32, a previsão expressa sobre a formalização de termos de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas. Enquanto perdurar a vigência do termo de ajustamento, dispôs a Lei que ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa à sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado.

Assim, observa-se a progressiva institucionalização dos referidos instrumentos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que, embora já previstos nos regulamentos das diversas agências reguladoras, adquire maior reforço com a previsão em leis que trazem normas gerais.

Pois bem, embora se tenha destacado neste ponto os acordos substitutivos de sanção, que assumem maior relevância diante da importante função sancionatória das agências, e seus reflexos, vale afirmar que existem outros tipos de acordos⁴⁹ regulatórios, os quais podem assumir as mais diversas funcionalidades. Menciona-se, por exemplo, o condicionamento da prática de um ato administrativo pela agência reguladora, tal como a edição de autorização ou licença, à celebração de determinado acordo com o agente regulado (PALMA, p. 223).

A esses acordos, a doutrina atribui a denominação de acordo integrativo ou endoprocedimental. Eles serão formalizados previamente à decisão administrativa, a qual persistirá como ato unilateral distinto do acordo firmado (ALMEIDA, 2012, p. 306).

⁴⁹ Conforme ressalta Almeida (2012, p. 307), observa-se uma tendência da doutrina em empregar a expressão acordo, ou pacto, para abarcar hipóteses que, à primeira vista, fogem de um modelo que tipicamente se denomina de contrato. Para Oliveira (2017, p. 523), por sua vez, o acordo administrativo deve ser encarado como nova categoria jurídica do direito brasileiro, que “visa a disciplinar (i) relações entre órgãos e entidades administrativas e (ii) relações entre a Administração Pública e os particulares, empresas, organizações da sociedade civil, cujo objeto é o desenvolvimento programado de uma atividade administrativa sob um regime de cooperação ou de colaboração entre os envolvidos (bilateralidade ou multilateralidade), a partir de bases previamente negociadas, podendo o ordenamento conferir efeitos vinculantes aos compromissos eventualmente firmados”.

Mencionam-se também acordos para a resolução de controvérsias, que consistem no ato jurídico final a ser formalizado no âmbito de procedimentos alternativos de resolução de conflitos envolvendo agências reguladoras, como a conciliação e a mediação.

Ainda, é possível apontar acordos previstos em legislações específicas, como aquele antevisto no artigo 14 da Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017, com o propósito de promover a *relicitação* do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, permitindo-se a extinção consensual do contrato de concessão no lugar da instauração do procedimento administrativo de caducidade, previsto no artigo 38 da Lei n. 8.987/1995 (FREITAS, 2017, p. 218), em casos em que as disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Como visto, a formalização de acordos reveste-se de uma grande importância no âmbito das agências reguladoras, o que está alinhado à razão de criação e existência desses entes no ordenamento jurídico, no âmbito da função regulatória assumida pelo Estado. Conforme ressalta Palma (2015, p. 222), a consensualidade, que se reflete na formalização de acordos, em paralelo à atuação unicamente unilateral e imperativa, foi bem recebida pelas agências reguladoras, em consonância com a nota da permeabilidade que implica na participação do regulado na formação das decisões.

3.3.3 Os instrumentos consensuais na resolução de conflitos regulatórios

Dentre as competências de atuação das agências reguladoras, cita-se o poder de resolução dos conflitos regulatórios. Segundo Marques Neto (2009a, p. 61), tais poderes, identificados como “quase judiciais”, se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda, interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado.

Conforme resume Barroso (2002, p. 305), no âmbito desse poder, as agências reguladoras são geralmente autorizadas por lei a dirimir controvérsias que se instauram entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários, exercendo a função decisória tal como um árbitro.

Ademais, deve-se também mencionar que as agências são geralmente dotadas de função decisória para resolver controvérsias nas quais o próprio poder concedente é parte⁵⁰.

Pois bem. Nessa atividade regulatória das agências é flagrante a característica da consensualidade, havendo um incentivo à participação e ao diálogo na tentativa de resolução de conflitos regulatórios, a fim de se promover a construção de um ambiente cooperativo entre os reguladores e agentes regulados, os usuários ou outros interessados que se relacionam ao setor, de forma a alcançar maior aderência das partes à solução encontrada, como também maior celeridade e menor judicialização de demandas.

Dessa forma, tem se observado, cada vez mais, o fortalecimento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, nomenclatura adotada por Medauar (2017, p. 356) em razão da sua correlação com a ideia mais ampla de Administração consensual, ou seja, uma Administração menos imperativa e mais propensa à negociação, acordos, conciliação e ponderação de interesses e também respeito a direitos dos particulares.

Segundo afirma Palma (2015, p. 259), os métodos consensuais visam a que os conflitos não se prolonguem no âmbito judicial. Eles devem ser prontamente resolvidos de forma amigável, além de proporcionarem uma solução mais qualificada, na medida em que são proferidas no âmbito do setor regulado, através do consenso das próprias partes, ou por profissionais escolhidos pelos agentes, conhecedores técnicos do objeto e da complexidade inerente ao setor.

Para resolver os conflitos entre os agentes regulados, ou entre estes e usuários das atividades, a agência, no papel de verdadeira mediadora ou conciliadora, pode se valer de mecanismos de solução consensual previstos nas leis setoriais, nos regulamentos e atos normativos internos editados pela própria agência⁵¹. Estes instrumentos são, em geral, a conciliação e a mediação promovidas pelo próprio Poder Público (PALMA, 2015, p. 245).

⁵⁰ Sobre os tipos de conflitos que podem ocorrer no âmbito da atividade regulatória, Pedro Gonçalves (2014, p. 78) sistematiza: “Identificamos três tipos fundamentais de conflitos: conflitos entre organismo regulador e entidades reguladas e entre organismos reguladores e beneficiários da regulação (‘conflitos administrativos’); conflitos entre entidades reguladas (‘conflitos comerciais’); conflitos entre entidades reguladas e consumidores (‘conflitos de consumo’)”.

⁵¹ Veja-se, por exemplo, a Lei n. 9.478/1997, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP), dispondo em seu artigo 20: “O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento”. A Lei n. 9.472/1997, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), dispõe, em seu artigo 19, XVII, que compete à agência em questão “compôr administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações”. A Lei n. 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), estabeleceu, no artigo 3º, V, que compete à ANEEL “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”.

Por outro lado, observa-se o uso de mecanismos consensuais quando a própria agência figura como parte do conflito. Nessas hipóteses, os principais mecanismos são a mediação, a conciliação e a arbitragem, os quais estão previstos, em regra, nas leis gerais que tratam dos institutos de delegação de serviços públicos e nos contratos de concessão ou permissão (PALMA, 2015, pp. 258-259).

Nesses casos, a consensualidade proporcionada pelo uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos permite maior celeridade e economia na resolução do conflito, na medida em que se pretere a tradicional via judicial, além de proporcionar uma decisão mais técnica e adequada ao setor regulado.

Nesse contexto, vale expor brevemente em que consistem os métodos de resolução consensual de conflitos acima mencionados⁵².

A conciliação se identifica como o mecanismo no qual um terceiro, que figura como conciliador, coordena a negociação para buscar uma solução de consenso entre as partes (MEDAUAR, 2017, p. 358). Assim, o papel da conciliação é simplesmente chegar a um acordo entre as partes, não cabendo ao conciliador se aprofundar no conflito.

O instrumento da mediação, por sua vez, pode ser definido como “a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes” (SOUZA, 2010, p. 115). O mediador, portanto, tem um papel mais ativo, na medida em que age para facilitar o alcance da solução, utilizando técnicas e procedimentos para mobilizar as partes a atingirem o acordo.

Conforme definição dada pela Lei n. 13.140/2015, no seu artigo 1º, a mediação é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Na mesma Lei restou definido o procedimento de autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, através da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos de advocacia pública (artigo 32).

Como restou definido na Lei referida, se houver consenso entre as partes, o acordo firmado no âmbito da mediação ou da autocomposição será reduzido a termo e constituirá título executivo (artigos 20 e 32, § 3º).

⁵² Para mais aprofundamento, sugere-se a leitura dos trabalhos de Luciane Moessa de Souza – **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010) – e André Luis Bergamaschi – **Resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por mecanismos consensuais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/D.2.2016.tde-21032016-140915. Acesso em: 08 nov. 2019

Assim, em relação aos procedimentos de mediação e conciliação, como mecanismos de autocomposição de conflitos, é possível notar que a consensualidade lhes é intrínseca, uma vez que as próprias partes é que alcançarão, ou não, o acordo que constituirá a decisão final acerca da resolução do conflito. Ademais, no curso do procedimento, se observa a consensualidade na definição da própria agenda que parametriza os trabalhos, na participação colaborativa das partes e na possibilidade de flexibilização da agenda de modo consensual (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018, p. 137).

A arbitragem, por sua vez, consiste no mecanismo em que terceiros escolhidos pelas partes em conflito, e que recebem seus poderes decisórios por meio de uma convenção das próprias partes, emitem decisão que resolve a disputa (MEDAUAR, 2017, p. 358). Na arbitragem, que foi regulamentada pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, exige-se a prévia convenção entre as partes, o que se dá na denominada cláusula compromissória de arbitragem ou compromisso arbitral, através da qual as partes previamente escolhem se submeterão seu conflito à arbitragem.

A arbitragem, muitas vezes, não é vista como um instrumento consensual, tendo em vista que se trata de um método heterocompositivo, em que a decisão final acerca do conflito é tomada por um terceiro, e não pelas próprias partes. No entanto, existem vozes importantes, como, por exemplo, Medauar (2017, p. 358) e Moreira Neto (2016, pp. 188-189), que tratam da arbitragem no bojo dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos.

Nesse sentido, argumenta Monteiro (2012, p. 6) que a previsão da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública consiste em importante avanço na horizontalização das relações entre público e privado, não se limitando o viés consensual ao ato de inclusão de determinada cláusula compromissória nos contratos, ou da elaboração de compromissos arbitrais. Segundo ele, a consensualidade no campo da arbitragem se observa tanto no ato de eleger referida forma de solução de conflitos para determinados direitos patrimoniais disponíveis, como também permeia, por exemplo, a eleição do tipo de procedimento arbitral a ser empregado, inclusive no que toca à eleição dos árbitros, o consenso acerca do prazo para proferir sentença arbitral, além de diversos outros atos consensuais ocorridos no curso do processo arbitral, que privilegiam o diálogo e a participação conjunta das partes nas decisões.

Vale ressaltar, todavia, que no âmbito regulatório existem alguns instrumentos com certo grau de consensualidade a que o legislador muitas vezes atribui o nome de “arbitragem” (BERGAMASCHI, 2015, p. 148). No entanto, não se pode confundi-los com a arbitragem trazida pela Lei n. 9.307/1996, que visa a formar um título executivo judicial. Estes

instrumentos, que geralmente têm como objetivo a composição de conflitos entre particulares e prestadores da atividade regulada, se desenvolvem comumente por um processo administrativo que será mediado ou “arbitrado” pela agência reguladora, e suas decisões finais não podem ser excluídas da possibilidade de revisão pelo Judiciário, o que afasta a característica essencial da arbitragem⁵³.

Um aspecto importante no que tange aos procedimentos de mediação e arbitragem envolvendo o Poder Público refere-se à eventual necessidade de observância do sigilo e da confidencialidade. Com efeito, conforme previsão expressa da Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 30, toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Na Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), no § 6º do artigo 13, infere-se que o procedimento arbitral deverá desenvolver-se em caráter de sigilo ou confidencialidade entre as partes.

No entanto, em atenção ao princípio constitucional da publicidade, nos casos em que forem adotados mecanismos consensuais pela Administração Pública, é salutar que o sigilo seja mitigado em algum grau, e, quando presente, seja motivado e demonstrado que possui suporte jurídico. Nessa esteira, a necessidade de observância da confidencialidade dos procedimentos de mediação e arbitragem em alguns casos não pode ser vista como um empecilho à utilização desses mecanismos pela Administração. É o que entende Souza:

Já um outro princípio afetará sobremaneira o procedimento a ser adotado em eventual mediação ou mesmo negociação direta de qualquer conflito que envolva ao menos um ente público: trata-se do princípio da publicidade. Como se sabe, a confidencialidade é um dos princípios da mediação, fazendo que as partes fiquem à vontade para se expor, sobretudo nas sessões privadas com mediadores, sabendo que não se poderá produzir provas contra elas durante a mediação. Ocorre que, em caso de conflitos envolvendo entes públicos, quase toda a informação ali discutida já é

⁵³ Dinorá Grotti (2007, p. 118), analisando procedimento existente no âmbito da Resolução n. 410/2005 da ANATEL, vigente à época da elaboração do artigo, analisa: “É relevante destacar que, apesar da utilização (imprópria, aliás) do termo arbitragem, trata-se apenas de um procedimento para solução de litígios na esfera administrativa. Corrobora esse entendimento a circunstância de que, por meio desse procedimento, a arbitragem “é feita pela Comissão de Arbitragem composta por três membros nomeados pelo Presidente da ANATEL” (artigo 2º, Anexo III, do Regulamento Geral de Interconexão). Seu desenrolar não é sigiloso (artigo 5º). Podem dele participar aqueles que sem estar diretamente envolvidos no acordo têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; (artigo 8º, II). É dever das prestadoras oferecer todas as informações necessárias para a arbitragem de conflitos de Interconexão (artigo 7º). A decisão da Comissão está sujeita a recurso ao Conselho Diretor (artigo 20), podendo ainda ser objeto de um pedido de reconsideração (artigo 24). A seu turno, o artigo 26 do Anexo III da Resolução n. 410/05, estabelece: “em comum acordo, as partes podem desenvolver processo de arbitragem próprio, encaminhando o resultado para avaliação e homologação da ANATEL”.

pública por natureza, não se tornando confidencial em razão da mediação. A publicidade, então, se torna a regra, a não ser em casos de exceções legais, tais como segredo de Estado, sigilo comercial, sigilo industrial, segredo empresarial, proteção à intimidade e vida privada. Também podem as partes, naturalmente, solicitar sigilo ao mediador em relação a informações reveladas nas sessões privadas que não sejam públicas por natureza (SOUZA, 2018).

Conforme afirmam Cuéllar e Moreira (2018, p. 122), os mecanismos consensuais de resolução de conflitos estão, atualmente, bastante próximos do direito público, não só pelo viés teórico, que ressalta a consonância desses mecanismos com as formas de atuação administrativa mais eficientes e participativas, mas, sobretudo, porque existem diversos dispositivos legais que prestigiam o dever de as partes desenvolverem a tentativa de autocomposição, contemplando uma perspectiva conciliatória de modo expreso e indeclinável, afiançam os autores:

Ora, a previsão normativa explícita a propósito de tais alternativas importa a positivação automática de competências administrativas equivalentes, advindas das novas leis. Com efeito, não se imagina que a legalidade possa ser deixada de lado pela Administração Pública. Isso desde o momento prévio (a definição da modalidade que será aplicada para a solução do conflito, quando couber) até aquele posterior (a aplicação/incidência da decisão de modo *erga omnes*, inclusive com o necessário respeito pelos órgãos de controle externo) (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018, p. 134).

Diversas leis e regulamentos setoriais preveem a possibilidade de resolução de conflitos regulatórios pelas agências reguladoras através de mecanismos consensuais de composição de conflitos. Ademais, nas diversas leis setoriais também se observa a possibilidade de submissão dos próprios contratos de concessão e permissão de serviços públicos a procedimentos de conciliação, mediação e arbitragem.

Além dos atos normativos setoriais, observam-se as leis que tratam das concessões e permissões de serviços públicos (Lei n. 8.987/1995, artigo 23-A) e das parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004, artigo 11, III), as quais preveem o emprego de “mecanismos privados para resolução de disputas”, para dirimir conflitos relacionados aos referidos contratos, nos quais estão abrangidos, portanto, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Mais recentemente, em 2015, foi editada a Lei n. 13.129, que alterou a Lei da Arbitragem para possibilitar que a Administração Pública direta e indireta se utilize desse procedimento. A Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), por sua vez, expressamente permitiu a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Ainda, a Lei federal n. 13.448/2017, foi claramente favorável à arbitragem e outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias nos contratos de parceria nas áreas rodoviária, portuária e aeroportuária, nos termos do artigo 31. Em casos de *relicitação* destes

contratos se faz como cláusula obrigatória o compromisso arbitral entre as partes, com previsão de submissão à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos (artigo 15, III).

Também no âmbito da Lei das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019), houve previsão expressa acerca da admissão de solução de conflitos mediante mediação, nos termos da Lei n. 13.140/2015, ou mediante arbitragem por comissão integrada (artigo 29, § 2º).

Conforme se observa, além de haver atualmente um verdadeiro incentivo legal para a utilização dos mecanismos consensuais no âmbito da resolução de conflitos regulatórios, “os institutos da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem têm a capacidade de aproximar as partes e gerar resultados compatíveis com as diretrizes constitucionais” (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018, p. 144), estando na esteira dos objetivos da atividade regulatória estatal.

3.3.4 Instrumentos informais de consenso

Além das expressões de consenso que assumem a forma de instrumentos previstos em leis e atos normativos, pode-se afirmar que existem mecanismos informais de consenso, que têm muitas vezes o condão de influenciar nas decisões regulatórias, figurando como via legítima de participação e diálogo da sociedade com os entes reguladores.

Embora não seja um tema demasiadamente explorado pela doutrina brasileira, alguns autores que trabalham a consensualidade na Administração Pública fazem referência ao assunto.

Bitencourt Neto (2017, p. 330) avalia que os chamados acordos informais ocorrem quando são celebrados concertos ao largo de qualquer disciplina formalizada de atuação e consistem em todos os meios que não se possam reconduzir aos quadros procedimentais de atuação concertada. Segundo ele, o tema tem merecido atenção na doutrina estrangeira, na qual os acordos informais são comumente identificados como meios preparatórios ou alternativos de atuação, no âmbito de uma Administração consensual, a fim de, inicialmente, harmonizar interesses e prevenir resistências antes de uma decisão administrativa, e, em um segundo momento, dar lugar a formas de atuação não fundadas diretamente na lei.

Segundo a autora portuguesa Suzana Tavares da Silva,

as *actuações* informais constituem a denominação geral dada aos esquemas de *actuação* concebidos como meios complementares ou até alternativos às tradicionais formas de *actuação* administrativa – *acto*, contrato, regulamento –, cujo objeto inicial era assegurar a harmonização de interesses antes da emanação da decisão

administrativa, prevenindo e minorando a resistência à respectiva execução (SILVA, 2008, p. 894).

Observa-se, portanto, que as atuações consensuais informais são identificadas pela doutrina como prévias à emanção de uma decisão administrativa, ou alternativas a ela, e correspondem àqueles atos de contato entre os agentes, que não estão enquadrados em formas de atuação previstas na legislação ou nos procedimentos administrativos antevistos em regulamentos e outros atos normativos.

Esse tipo de atuação ganha relevo em um contexto no qual os quadros formais de instrumentos administrativos instituídos pelas leis e atos normativos não se mostram suficientes para abarcar as demandas dirigidas à Administração, de forma que “a informalidade é uma válvula de escape para que a atuação administrativa se adapte às incertezas e à imprevisibilidade” (BITENCOURT NETO, 2017, p. 332).

Sobre o contexto do crescimento das atuações informais, Gomes e Luís afirmam que estão relacionadas ao crescimento das relações multipolares e à necessidade de uma maior eficiência e celeridade na atuação administrativa, não atendidas muitas vezes pelo rito formalmente instituído:

Nesta mesma lógica de abertura, apela-se a um novo conceito de relação jurídica, no âmbito da qual o relacionamento entre a Administração e os particulares envolve não só os destinatários *directos* das *actuações* administrativas, mas também aqueles em relação aos quais os comportamentos da Administração possam produzir efeitos colaterais – as relações multipolares ou poligonais invadem o universo da *actuação* administrativa, multiplicando identicamente os espaços de informalidade. A submissão da Administração à lei passou pela apologia da forma: esta é garantia de transparência, de igualdade, de racionalidade. Porém, a forma é também rito, rigidez, tempo. Gradualmente, a garantia da liberdade começa a ser encarada como entrave à eficiência e à qualidade do serviço público e a Administração tem que puxar pela imaginação e valer-se de uma espécie de “reserva de flexibilidade”. A atividade informal surge como um universo paralelo de formas declinadas das *actuações* típicas, *gémeas* imperfeitas e casualmente *light*, potenciadoras da celeridade e da consensualização (GOMES; LUÍS, 2012, pp. 4000-4001).

Conforme entende a doutrina, uma das características das atuações informais é que elas não geram vinculação jurídica (BITENCOURT NETO, 2017, p. 334), ou seja, não têm o condão de gerar obrigações ou imposições juridicamente vinculantes. Não há no Direito brasileiro sanção ou consequência jurídica para os casos de descumprimento do que tenha sido acordado informalmente⁵⁴.

⁵⁴ Nesse ponto, para Silva (2008, pp. 909-910), os acordos informais, embora não sejam vinculativos, possuem juridicidade, ou seja, geram o dever de reparar eventuais prejuízos resultantes de um investimento de confiança que a contraparte nos acordos tenha realizado e possa, legitimamente, opor à Administração. Tal dever, segundo a autora portuguesa, decorre da concepção de Estado Garantidor e da necessidade de garantir uma conformação institucional à cooperação entre Estado, privados e representantes do terceiro setor, na prossecução do interesse

No entanto, as referidas atuações informais não podem ter seus efeitos ignorados. Ademais, devem possuir alguns limites, a fim de não constituírem atuações abusivas.

Nessa esteira, mesmo nas interações informais, deve haver observância ao princípio da legalidade, em um sentido mais amplo de juridicidade (BITENCOURT NETO, 2017, p. 337), no sentido de que a Administração deve agir nos estritos limites da lei, não podendo haver qualquer fuga ao Direito (GOMES; LUÍS, 2012, p. 4004). Dessa forma, embora pareça óbvio, não é demais afirmar que não se cogita haver atuação consensual informal com conteúdo ilícito. Ademais, a atuação informal consensual está sujeita aos diversos princípios que regem a atuação administrativa, em especial os princípios da irrenunciabilidade das competências administrativas, da boa-fé, da transparência e publicidade, impessoalidade e eficiência.

Portanto, não pode a referida atuação significar privilégios ou preferências subjetivas a apenas alguns dos agentes regulados ou a alguma das partes envolvidas em eventual conflito regulatório, em quebra à imparcialidade e à isonomia. Ademais, é imperativo que haja transparência e publicidade dos atos consensuais informais, devendo, quando possível, serem registrados, levados a termo e juntados aos processos administrativos relacionados à decisão final. Ainda, os atos informais devem ser justificados pela realização do princípio da eficiência.

Por fim, importante ressaltar que os acordos informais só podem ser utilizados quando houver ausência de meios legalmente instituídos, uma vez que não se pode admitir que a Administração escolha entre meios formais e meios atípicos de atuação consensual (BITENCOURT NETO, 2017, p. 340). Assim, se a lei prevê formas de enquadramento da atuação administrativa para um determinado caso, afastar essa forma significa burla ao princípio da legalidade. Nesse sentido, Gomes e Luís (2012, p. 4002) afirmam que as atuações informais não podem neutralizar as vinculações a que uma Administração de Estado de Direito está adstrita, não podendo resvalar em uma *deslegalização* desigual e ilícita.

Na prática, é possível dizer que a atuação informal consensual ocorrerá geralmente antes da decisão administrativa, ou durante o procedimento de tomada de decisão, podendo se materializar de forma oral ou escrita, através de trocas de correspondências, mensagens eletrônicas, reuniões, formalização de acordos informais e termos de compromisso ou de cooperação, e outros atos que signifiquem um diálogo e participação efetiva dos regulados no

processo decisório, os quais devem instrumentalizar os processos administrativos de tomadas de decisão.

Não se pode ignorar ainda novas formas de manifestações sociais⁵⁵, paralelas aos procedimentos legalmente instituídos, que podem influir na atividade regulatória, inclusive influenciados pelo novo contexto de redes sociais e mídias, como também pelo uso de novas tecnologias, como aplicativos e espaços eletrônicos de manifestação⁵⁶.

Desta feita, no contexto regulatório atual, em consonância com a característica de maior permeabilidade social nas decisões regulatórias, observa-se que, diante da ausência de meios legalmente instituídos para determinadas situações, deve ser reconhecido um espaço de atuação informal consensual lícita.

Por todo o exposto, a partir da apresentação dos principais instrumentos consensuais encontrados no âmbito regulatório estatal, é possível perceber a importância da consensualidade nessa função do Estado, especialmente na atuação das agências reguladoras, que privilegiam uma atuação fundada na negociação e no diálogo, inclusive substituindo algumas das formas clássicas de autoridade unilateral e imperativa, a fim de que, a partir de uma maior permeabilidade à sociedade e aos regulados nas suas decisões regulatórias, seja possível alcançar maior legitimidade democrática e eficiência na sua atuação.

⁵⁵ Sobre o tema, Guerra (2017, p. 62) afirma: “permite-se, ainda, apontar um terceiro fator surgido recentemente e que tem forte impacto sobre a função de regulação da infraestrutura: os movimentos sociais episódicos ou fatuais que pressionam as decisões governamentais (reajustes tarifários, renovação de contratos de concessão etc.). Essas pressões, legítimas em sua grande maioria, acabam por merecer intervenções políticas de urgência em ambientes altamente sensíveis e que podem ser, em curto espaço de tempo e a depender da intensidade de intervenção estatal indevida, fortemente impactados, prejudicando não apenas os operadores, mas, sobretudo, a própria sociedade.

⁵⁶ Veja-se, por exemplo, o recém-criado canal eletrônico da ANTT para viabilizar a participação social no âmbito da agência: o Sistema de Participação Pública da ANTT (PARTICIPANTT). Cite-se também o aplicativo “Anatel Consumidor” criado para o registro e acompanhamento de reclamações, pedidos de informação e sugestões, por meio de celular ou tablet, no âmbito da ANATEL.

PARTE 2

A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

4 A ANTT COMO AGENTE REGULADOR DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA E RODOVIÁRIA E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE TERRESTRES

4.1 Apontamentos sobre o setor regulado e contexto de criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres

Como já abordado, até a década de 1980, o Brasil adotava o padrão de intervenção estatal direta na economia, tanto na prestação de serviços públicos como na atuação nas atividades econômicas em sentido estrito. Após este período, provocou-se um sucessivo processo de mutação das estruturas estatais, notadamente da organização administrativa do Brasil, de forma que passou-se a tomar um programa de redução do papel do Estado em diversos setores sociais e econômicos (GUERRA, 2014, pp. 373-374).

Nesse âmbito, destacou-se o movimento de privatizações, com a desestatização de empresas estatais prestadoras de serviços públicos e a crescente utilização do instituto da concessão de serviços públicos, através do qual determinados serviços passariam a ser executados por empresas privadas. Este movimento sinalizou um compromisso com a diminuição da intervenção do Estado na economia, que passou a assumir novas funções, reforçando sua atuação como regulador.

A abertura ao setor privado, com a mudança da forma de financiamento de infraestruturas públicas, levou, então, à necessidade de criação de entidades autônomas e independentes para a regulação de atividades econômicas, fundadas em aspectos estritamente técnicos e com certa blindagem às pressões políticas: as agências reguladoras.

No setor de transportes terrestres, a regulação entrou na agenda política com vigor. As estruturas regulatórias modernas foram instituídas após o setor ter passado por uma ampla reforma estrutural que modificou, substancialmente, sua estrutura de propriedade e gestão (PECI, 2002, p. 4).

Embora não seja o objetivo deste trabalho se aprofundar sobre o estudo dos aspectos políticos e econômicos que envolveram a reestruturação do setor de transportes no Brasil, considera-se importante sua breve exposição, a partir das lições expostas pela doutrina

especializada, a fim demonstrar o contexto de criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Nos anos de 1980, com as diversas crises econômicas vividas pelo país, os segmentos de transportes foram diretamente atingidos. No âmbito do setor ferroviário, por exemplo, as empresas públicas criadas anos antes se encontravam em situação insustentável e houve uma queda nos investimentos na malha ferroviária e o sucateamento da sua infraestrutura (FELIX; CAVALCANTE FILHO, 2016, p. 3). Esta situação também se observou no setor rodoviário, que atravessou um gradativo e sistemático processo de deterioração por falta de adequada e necessária manutenção (CAMPOS NETO *et al.*, 2011, p. 10).

Diante desse quadro, foram propostas alterações profundas na estrutura do setor, em especial após os anos 1990. Conforme afirma Cavalcanti (2002, p. 2), promoveu-se a modernização de instrumentos normativos, a fim de viabilizar novos mecanismos que visavam concretizar relações público-privadas capazes de assegurar o aporte de recursos necessários e a recuperação e ampliação da infraestrutura e de outros serviços de transporte. Cite-se, por exemplo, as Leis n. 8.987 e 9.074/1995, que regulamentaram as concessões de serviços públicos em geral, e foram utilizadas para fundamentar as delegações no âmbito do setor de transportes. No tocante especificamente ao setor de transportes, a Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996, autorizou a União a delegar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a administração e exploração de rodovias e portos federais. Adicionalmente, o transporte multimodal de cargas foi regulamentado pela Lei n. 9.611, de 19 de fevereiro de 1998.

Como evento relevante desse contexto, menciona-se a edição do Decreto n. 473/1992, através do qual a Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA)⁵⁷, sociedade de economia mista criada em 1957 para administrar toda a rede ferroviária da União, foi incluída no Programa Nacional de Desestatização (PND)⁵⁸. Dessa forma, a iniciativa privada passou a operar a

⁵⁷ Após a desestatização do setor ferroviário, a RFFSA foi dissolvida, de acordo com o Decreto n. 3.277, de 7 de dezembro de 1999. Posteriormente, a RFFSA foi extinta mediante a Medida Provisória n. 353, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei n. 11.483, de 31 de maio de 2007.

⁵⁸ O Programa Nacional de Desestatização foi instituído pela Lei n. 8.031 de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, com os objetivos de “(i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; (iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (iv) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; (v) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; (vi) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da

grande parte da malha ferroviária, através das concessões promovidas entre os anos de 1996 e 1998⁵⁹. Ademais, os bens públicos e a infraestrutura atrelados à prestação dos serviços foram objeto de contratos de arrendamento. Assim, todas as malhas ferroviárias foram concedidas pelo período de 30 anos, abrangendo a prestação do serviço de transporte ferroviário, por meio de contratos de concessão, e a respectiva gestão dos ativos de infraestrutura, através dos contratos de arrendamento (SAMPAIO; DAYCHOUM, 2014, p. 7).

Com relação ao setor rodoviário, em meados de 1993 iniciou-se o Programa de Concessão de Rodovias Federais⁶⁰ à iniciativa privada, também em consonância com o Programa Nacional de Desestatização, visando gerar investimentos na recuperação e na ampliação da infraestrutura viária, degradada pelo déficit de investimentos em anos anteriores; à introdução de serviços alternativos, como por exemplo, de auxílio a usuários, a fim de elevar a qualidade do serviço ofertado, garantindo segurança e confiabilidade; bem como à aplicação de capital privado, de forma a alavancar recursos adicionais ao setor (BNDES, 2001, p. 5).

Ademais, promoveu-se a delegação da infraestrutura rodoviária por intermédio de instrumentos de cooperação entre entidades federadas, com fundamento na Lei n. 9.277/1996, que autorizou a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais, mediante convênio.

Assim, todos esses aspectos estão relacionados à mudança estrutural em termos de eixos produtivos e configuração institucional do setor de transportes. Novos papéis e funções passaram a ser desempenhados pelo governo, concessionários, usuários de serviços públicos e agentes reguladores (PECI, 2002, p. 5).

democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.” (artigo 1º, da Lei n. 9.491/1997).

⁵⁹ “Houve, assim, a separação da malha da antiga RFFSA em seis distintos trajetos, que foram levados a leilão. Além das seis malhas da RFFSA, a antiga FEPASA (atual Malha Paulista) foi incorporada à RFFSA pelo Decreto n. 2.502/1998 e também teve a malha concedida. Dessa forma, foram sete concessões, cada qual para uma Sociedade de Propósito Específico – SPE distinta” (SAMPAIO; DAYCHOUM, 2014, p. 6).

Atualmente, somam-se 14 contratos de concessão ferroviária e 1 contrato de subconcessão: Rumo Malha Norte S.A., Rumo Malha Oeste S.A., Rumo Malha Paulista S.A., Rumo Malha Sul S.A., Estrada de Ferro Carajás, Estrada de Ferro Paraná, Oeste S.A., Estrada de Ferro Vitória a Minas, Ferrovia Centro-Atlântica S.A., Ferrovia Tereza Cristina S.A., Ferrovia Transnordestina Logística, S.A., MRS Logística S.A., Transnordestina Logística S.A., VALEC S.A. – Ferrovia de Integração Oeste-Leste, VALEC S.A. – Ferrovia Norte Sul (FNSTN e FNSTC) e a Subconcessionária Ferrovia Norte-Sul (ANTT, 2017, p. 58).

⁶⁰ “O Programa de Concessão de Rodovias Federais inicia-se com a concessão da rodovia Rio-Petrópolis-Juiz de Fora, em 1995. No ano seguinte, prosseguiu-se com a transferência da rodovia Presidente Dutra (Rio de Janeiro-São Paulo), da ponte Rio-Niterói e da rodovia Rio-Teresópolis-Além Paraíba. Esta etapa foi concluída em 1997, com a Osório-Porto Alegre-Acesso Guaíba.” (CAMPOS NETO *et al.*, 2011, p. 12). Atualmente, o Governo Federal administra 20 concessões rodoviárias, ultrapassando 9 mil quilômetros (ANTT, 2017, p. 38). Em 11 de janeiro de 2019, foi assinado o contrato da BR-101/290/448/386/RS, dando início à quarta etapa de concessões.

Importante lembrar que o setor de transportes, embora inserido no contexto de desestatização, não prescindiu de certo grau de intervenção estatal. Com a nova configuração, ganhou relevância a função estatal regulatória⁶¹, de forma que o Estado passou a ter de supervisionar os aspectos econômicos, estabelecer regras e intervir de maneira permanente para amortecer tensões, compor conflitos, e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto (GUERRA, 2014, p. 378).

Segundo ensina Peci (2002, pp. 3-4), no que tange ao setor de transportes, a atividade regulatória ganhou especial papel, na medida em que as infraestruturas e os serviços nele envolvidos são muito sensíveis às falhas de mercado, sua provisão afeta diretamente a segurança pública, o desenvolvimento econômico e o bem-estar social da nação, e o conjunto da população depende diretamente desses serviços.

Sob o ponto de vista jurídico, a Constituição Federal de 1988 qualifica como serviços públicos o transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, e os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (artigo 21, XII, “d” e “e”). Segundo seu artigo 21, XXI, compete à União estabelecer princípios e diretrizes para o Sistema Nacional de Viação, o qual é constituído pela infraestrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dessa forma, é dever do Estado zelar pela qualidade do serviço oferecido, e pela observância dos princípios da modicidade tarifária, continuidade do fornecimento e da eficiência⁶². Ainda, é necessário regular o setor de transportes sob um viés concorrencial⁶³.

⁶¹ Embora o Estado se retirasse do mercado e limitasse a gestão direta de serviços públicos a poucos setores, ele não abriu mão dos interesses públicos que lhe cabia gerir. Assim, em resposta à desestatização, fortaleceu-se a intervenção indireta do Estado na Economia, entrando em cena a regulação e a agencificação (MARRARA, 2014, p. 33). No mesmo sentido, ensina Souto (1999, p. 129): “Com a transferência de funções de utilidade pública, do setor público para o privado, pela via de contratos de concessão, o objetivo da função regulatória é fazer essa transferência interessante para as três partes envolvidas – concedente, concessionário e usuário”.

⁶² O artigo 28, I, da Lei n. 10.233/2001, estabeleceu que os entes regulatórios setoriais (ANTT e ANTAQ) visarão, nas suas respectivas atividades regulatórias, que a exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas.

⁶³ Salienta-se, nesse ponto, que, para Marcos Juruena Villela Souto (1999, p. 129), “a regulação deve ser considerada sob três aspectos, a saber, a *regulação de monopólios*, em relação aos quais devem ser minimizadas as forças de mercado através de controles sobre os preços e a qualidade do serviço, *regulação para a competição*, para viabilizar a sua existência e continuidade, e *regulação social*, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental”. Sobre a concorrência no âmbito dos setores de transportes ferroviários e rodoviários, recomenda-se: SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. Regulação e concorrência no transporte ferroviário brasileiro: o novo modelo proposto para o setor. In: **8ª Jornada de Estudos de Regulação**, IPEA. Rio de Janeiro: IPEA, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17620>. Acesso em: 08 maio 2019; GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário. In: **Nota Técnica n. 04 (Dimac)**: a

Por certo tempo, mesmo diante do novo cenário promovido pelo movimento de desestatização, a função regulatória do setor de transportes terrestres foi exercida diretamente pelo Ministério dos Transportes. Apenas em 2001⁶⁴, através da Lei n. 10.233, foi criada a entidade autárquica incumbida da regulação do setor, qual seja, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

A ANTT, nesse escopo, foi constituída sob a forma de autarquia sob regime especial, com a qualidade de órgão regulador da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre, tendo sido regulamentada pelo Decreto n. 4.130, de 13 de fevereiro de 2002.

O regime autárquico especial conferido à Agência é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes, conforme consta do artigo 21, § 2º, da Lei n. 10.233/2001, corroborando a caracterização típica das agências reguladoras, de forma a possuir autonomia e maior liberdade para decidir, quebrando, do ponto de vista jurídico, a subordinação hierárquica ao poder central (MEDAUAR, 2017, pp. 339-340).

Desta feita, à ANTT foi atribuído o poder de regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre, visando a promover um efetivo equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos no referido segmento da atividade econômica.

Ademais, o setor de transportes terrestres é bastante complexo e envolve outros agentes importantes. Como formulador de políticas públicas está o Ministério da Infraestrutura, conforme artigo 35 da Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019⁶⁵. Nesse âmbito, o Ministério tem como principais atribuições formular, coordenar e supervisionar as políticas nacionais de transportes.

regulação no transporte rodoviário brasileiro. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2003. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5826>. Acesso em: 05 maio 2019.

⁶⁴ A doutrina especializada critica a criação tardia da agência reguladora do setor. Conforme ressalta Cavalcanti (2002, p. 4), até a efetiva instalação da ANTT, em 2002, a fiscalização exercida sobre as empresas concessionárias e operadores era bastante prejudicada. Segundo o autor, “os conflitos entre operadores, clientes e investidores ocorreram e foram resolvidos ou não, sem a intermediação de um ente regulador. Durante esses anos mudaram-se as composições acionárias de algumas concessionárias. Faltaram assim as análises técnicas dos movimentos de compra e venda entre grupos financeiros e industriais, bem como as medidas necessárias para que fossem coibidos abusos do poder econômico”.

⁶⁵ Vale ressaltar que antes da edição da Medida Provisória n. 870/2019, que foi convertida na Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019, o órgão responsável pela formulação de políticas públicas do setor de transportes terrestres era o Ministério dos Transportes, que foi objeto de transformação para o atual Ministério de Infraestrutura (artigo 57, VI, da MP n. 870/2019). Ademais, com a Medida Provisória n. 870/2019 convertida na Lei n. 13.844/2019, foram revogados os dispositivos da Lei n. 10.233/2001, que dispunham sobre o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT).

A Lei n. 10.233/2001 criou também o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), autarquia federal vinculada ao então Ministério dos Transportes, cuja esfera de atuação é a infraestrutura do Sistema Federal de Viação (SFV)⁶⁶, sob a jurisdição do atual Ministério da Infraestrutura.

O DNIT tem por objetivo, em síntese, implementar a política governamental para a infraestrutura de transportes terrestres e aquaviários, envolvendo a implantação de programas e projetos públicos, inclusive o planejamento operacional e o gerenciamento destes programas e projetos, licitações e contratações, acompanhamento e fiscalização, conforme os artigos 82 e seguintes da Lei n. 10.233/2001.

Ademais, há que se considerar, no âmbito do setor de transportes terrestres, a relevância do papel dos particulares permissionários, concessionários, autorizados para a prestação de serviços e atividades, como também dos transportadores habilitados e demais inscritos, sujeitos à regulação da ANTT. Nessa esteira, a Lei n. 10.233/2001, em seu artigo 12, I, estabeleceu que se constitui como diretriz geral do gerenciamento da infraestrutura e da operação do transporte terrestre a descentralização das ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme artigo 21, XII, da Constituição Federal⁶⁷.

⁶⁶ Lei n. 10.233/2001. Artigo 3º O Sistema Federal de Viação – SFV, sob jurisdição da União, abrange a malha arterial básica do Sistema Nacional de Viação, formada por eixos e terminais relevantes do ponto de vista da demanda de transporte, da integração nacional e das conexões internacionais. Parágrafo único. O SFV compreende os elementos físicos da infra-estrutura viária existente e planejada, definidos pela legislação vigente. Artigo 4º São objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação: I – dotar o País de infra-estrutura viária adequada; II – garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens; III – promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional. § 1º Define-se como infra-estrutura viária adequada a que torna mínimo o custo total do transporte, entendido como a soma dos custos de investimentos, de manutenção e de operação dos sistemas. § 2º Entende-se como operação racional e segura a que se caracteriza pela gerência eficiente das vias, dos terminais, dos equipamentos e dos veículos, objetivando tornar mínimos os custos operacionais e, conseqüentemente, os fretes e as tarifas, e garantir a segurança e a confiabilidade do transporte.

⁶⁷ Sobre os serviços passíveis de concessão, permissão e autorização, no âmbito do setor de transportes terrestres, veja-se as disposições contidas na Lei n. 10.233/2001: Artigo 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: I – **descentralizar** as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de **delegação**, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de **autorização, concessão ou permissão**, conforme dispõe o inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal; [...] Artigo 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do *caput* do artigo 12 serão realizadas sob a forma de: (Redação dada pela Lei n. 12.815/2013). I – **concessão**, quando se tratar de exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura; II – (VETADO) III – (VETADO) IV – **permissão**, quando se tratar de: (Redação dada pela Lei n. 12.996/2014) a) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura; (Incluído pela Lei n. 12.996/2014) b) prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura; (Incluído pela Lei n. 12.996/2014) V – **autorização**, quando se tratar de: (Redação dada pela Lei n. 12.996/2014) a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros; (Incluída pela

Ainda, compõem o cenário regulado pela ANTT os usuários dos serviços de transportes terrestres e da infraestrutura, aos quais deve ser garantida a participação, proteção e defesa dos seus direitos, conforme tutelado pela Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017.

Nos últimos anos, os setores de infraestrutura e as desestatizações de rodovias e ferrovias voltaram a ocupar papel de destaque na agenda política brasileira.

Em 2012, visando ampliar os investimentos em infraestrutura no Brasil, foi lançada a primeira fase do Programa de Investimentos em Logística (PIL), com a intenção de contribuir para o desenvolvimento de um sistema de transportes moderno e eficiente, levado a efeito pela celebração de parcerias estratégicas com o setor privado, promovendo sinergias entre os modais rodoviário, ferroviário, hidroviário, portuário e aeroportuário (FREITAS, 2017, p. 168).

Em 2016, foi editada a Lei n. 13.334, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), destinado a ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização. Assim, conforme ensina Freitas (2017, p. 169), através dessa nova legislação instituiu-se um novo regime jurídico para os contratos de longo prazo, tendo por objetivo aprimorar aspectos regulatórios atinentes ao ambiente institucional e às modelagens das delegações dos projetos de infraestrutura, a fim de atrair investimentos privados para estes projetos.

Lei n. 12.743/2012) b) prestação de serviço de transporte aquaviário; (Incluída pela Lei n. 12.743/2012) c) exploração de infraestrutura de uso privativo; e (Incluída pela Lei n. 12.743/2012) d) transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente. (Incluída pela Lei n. 12.743/2012) e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura. (Incluído pela Lei n. 12.996/2014) Parágrafo único. Considera-se, para os fins da alínea d, inciso V do *caput*, operador ferroviário independente a pessoa jurídica detentora de autorização para transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração da infraestrutura. (Incluído pela Lei n. 12.743/2012)” (grifos acrescidos). Artigo 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no artigo 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes: (Redação dada pela Lei n. 12.815/2013) I – depende de **concessão**: a) a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infra-estrutura do Sistema Nacional de Viação; b) o transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infra-estrutura ferroviária; II – (VETADO) III – depende de **autorização**: (Redação dada pela Lei n. 12.815/2013) a) (VETADO) b) o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento; c) a construção e a exploração das instalações portuárias de que trata o artigo 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória n. 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei n. 12.815/2013) d) (VETADO) e) o transporte aquaviário; (Incluída pela Medida Provisória n. 2.217-3, de 4.9.2001) f) o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infra-estrutura. (Incluída pela Lei n. 11.314/2006) g) (revogada); (Redação dada pela Lei n. 12.815/2013) h) (revogada); (Redação dada pela Lei n. 12.815/2013) i) o transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura, por operador ferroviário independente; e (Incluída pela Lei n. 12.743/2012) j) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT; (Incluído pela Lei n. 12.996/2014) IV – depende de **permissão**: (Incluída pela Medida Provisória n. 2.217-3, de 4.9.2001) a) transporte rodoviário coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros; (Redação dada pela Lei n. 12.996/2014) b) o transporte ferroviário regular de passageiros não associado à infra-estrutura. (Redação dada pela Lei n. 11.483/2007) (grifos acrescidos).

Ainda, com a Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017, resultado da conversão da Medida Provisória n. 752/2016, foram estabelecidas diretrizes para a prorrogação e a *relicitação* dos contratos de parceria definidos conforme a Lei n. 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, demonstrando uma tentativa de avanço em termos de negociação para os contratos de longo prazo que se mostraram economicamente inviáveis, a fim de efetivar as diretrizes traçadas pelo PPI (FREITAS, 2017, p. 262).

Observam-se, portanto, importantes mudanças no setor de transportes, o que pressupõe um modelo regulatório moderno, dotado de capacidade técnica e independência, a fim de proporcionar a estabilidade dos instrumentos jurídicos utilizados no setor, além de alcançar um verdadeiro equilíbrio sistêmico, atendendo de forma efetiva a todos os interesses setoriais legítimos.

4.2 Âmbito de atuação e as atividades regulatórias da ANTT

Vistos os principais aspectos quanto à criação e à formatação legal da ANTT, relevante demonstrar sua esfera de atuação no âmbito regulatório, o que será realizado de maneira descritiva, a partir da análise dos principais atos normativos que delineiam sua atuação, e dos documentos oficiais divulgados pela agência⁶⁸.

A esfera de atuação da ANTT foi definida desde a sua criação pela Lei n. 10.233/2001, e abrange, nos termos do artigo 22, os seguintes eixos setoriais: (i) o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; (ii) a exploração da infraestrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; (iii) o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; (iv) o transporte rodoviário de cargas; (v) a exploração da infraestrutura rodoviária federal; (vi) o transporte multimodal; e (vii) o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

É notória, nesse ínterim, a complexidade do setor regulado, que abrange um amplo leque de áreas com especificidades e diferenças entre si, que compreendem, desde o transporte rodoviário e ferroviário de pessoas e cargas, até a exploração de infraestrutura rodoviária e ferroviária. Essas especificidades e diferenciações se refletem nas diversas atividades que vêm sendo desenvolvidas no âmbito regulatório da ANTT.

⁶⁸ Serão analisados, em especial, os Relatórios Anuais da ANTT. Disponíveis em: http://www.antt.gov.br/textogeral/relatorios_anuais.html. Acesso em: 26 dez. 2019.

A magnitude de escopo demanda a necessidade de grande especialização da agência nas diversas áreas de atuação. A própria Lei n. 10.233/2001, em seus artigos 25 e 26, considerando as particularidades de cada eixo setorial, tratou separadamente acerca das atribuições específicas pertinentes ao âmbito ferroviário e rodoviário. Ressalte-se também que nos Relatórios Anuais divulgados pela ANTT são demonstradas separadamente as ações regulatórias realizadas em cada eixo de atuação da agência, subdividindo-se as experiências realizadas em concessões rodoviárias, concessões ferroviárias, transporte de passageiros e transporte de cargas.

Como agente regulador, a ANTT tem como objetivos, nos termos do artigo 20, II, da Lei n. 10.233/2001, e artigo 2º, II, do Decreto n. 4.130/2002, regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, que no geral são exercidas por terceiros, buscando realizar os seguintes valores: (i) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; (ii) harmonizar os interesses dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservando o interesse público; e (iii) arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.

Ademais, a agência foi incumbida de implementar as políticas formuladas pelos órgãos formuladores das políticas setoriais, em sua respectiva esfera de atuação, conforme determinado no artigo 20, I, da Lei n. 10.233/2001, e no artigo 2º, I, do Decreto n. 4.130/2002.

A Lei n. 10.233 arrola uma extensa lista de atribuições cabíveis à agência, conforme consta dos artigos 24 a 26. Importa destacar aqui, no que tange às atribuições gerais (artigo 24), a competência de propor ao Ministério os planos de outorgas de concessão e permissão, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre (inciso III); de elaborar e editar normas e regulamentos setoriais (inciso IV); de editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos (inciso VIII); de proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda (inciso VII); e de fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as

cláusulas e condições avançadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento (inciso VIII).

Ressalte-se, nessa esfera das atividades regulatórias da ANTT, a atribuição para elaborar editais e conduzir processos licitatórios, celebrar contratos, sua gestão e alteração, conforme os artigos 24, V, 25, I a III, e 26, I e VI, da mesma Lei. Assim, são da própria agência as principais competências administrativas envolvidas nos programas de concessão, cabendo a ela inclusive definir em contrato sobre as diretrizes dispostas nas leis (SUNDFELD; JURKSAITIS, 2015, pp. 414-417).

Ademais, conforme informações divulgadas pela agência (ANTT, 2017, pp. 38-55), no âmbito da exploração da infraestrutura rodoviária, a ANTT tem promovido o acompanhamento e a elaboração de estudos e ações relacionadas aos projetos de concessão de trechos rodoviários qualificados no âmbito do PPI. Ainda, tem realizado a fiscalização técnico-operacional e econômico-financeira das concessões e a gestão dos contratos de exploração das rodovias concedidas, inclusive através de convênios⁶⁹. Ademais, têm sido efetivadas outras diversas ações regulatórias, como a revisão dos Programas de Exploração das Rodovias, através de elaboração de Notas Técnicas com propostas de alteração nos cronogramas físico-financeiros, análises de inexecuções por parte das concessionárias de rodovias federais, revisões e reajustes das tarifas básicas de pedágio, além da análise de projetos e assuntos ambientais dos trechos rodoviários federais concedidos.

Acerca das concessões ferroviárias, a agência divulgou como principais atividades regulatórias a gestão e a fiscalização dos contratos de concessão e de subconcessão, além da realização de ações no contexto da efetivação do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e de ações relacionadas aos pedidos de prorrogações de contratos com base na Lei n. 13.448/2017 (ANTT, 2018, pp. 65-70).

Ainda, a agência tem promovido o desenvolvimento de ações para assegurar a competitividade no setor ferroviário, com o estímulo de utilização de toda a malha por parte das concessionárias e maior participação do modo ferroviário. Outrossim, a ANTT tem realizado a fiscalização de obras e projetos ferroviários, de metas de produção e de redução de acidentes, de ativos arrendados, e a fiscalização técnico-operacional e econômico-financeira das concessões. Tem-se, por fim, a gestão e a fiscalização dos contratos de arrendamento e a condução de processos de reajuste de tarifas de frete ferroviário (ANTT, 2017, pp. 58-75).

⁶⁹ Tem-se, por exemplo, os Convênios com a Polícia Rodoviária Federal (PRF), por meio de recursos fornecidos pelas Concessionárias, visando ao aparelhamento da PRF, necessário à execução dos serviços de policiamento e apoio à fiscalização nas rodovias que compõem as etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais.

No contexto dos serviços de transportes de cargas, a ANTT (2017, pp. 78-79) realiza, sobretudo, fiscalizações a fim de verificar o cumprimento das normas que regulamentam o setor, além de estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativas às operações de transporte terrestre de cargas. A agência realiza ainda a outorga de autorização e habilitações para determinados serviços de transporte de cargas.

Sobre o transporte de passageiros, a ANTT promove, dentre outras atribuições, a outorga de permissões e de autorizações para a prestação dos serviços de transportes de passageiros, conforme previsto na legislação específica. Ademais, acompanha e fiscaliza os aspectos econômico-financeiros dos operadores dos serviços de passageiros, aprecia os requerimentos de alterações e modificações operacionais dos prestadores de serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e fiscaliza o transporte ferroviário de passageiros, dentre outras competências regulatórias (ANTT, 2017, pp. 82-93).

As atividades citadas não esgotam as competências regulatórias atribuídas à ANTT, mas demonstram, em linhas gerais, a amplitude do escopo de sua atuação.

A atuação da agência é amparada por seu regimento interno, recentemente alterado e aprovado pela Resolução n. 5.810, de 3 de maio de 2018. Nele foram inseridos novos elementos, os quais denotam uma tendência da agência em compatibilizar sua atuação com uma noção mais contemporânea de regulação estatal, que, como visto, abrange a prevalência de atuações negociais e cooperativas entre o ente regulador e os agentes regulados, pautadas por relações horizontais, a fim de alcançar maior aderência dos administrados e decisões mais informadas e de melhor qualidade.

Restou expresso, no artigo 3º do regimento interno, que a atuação regulatória da ANTT será pautada pelo planejamento, transparência, simplificação administrativa, busca da efetiva participação social no processo regulatório e uso de instrumentos de apoio à decisão, diretrizes que não estavam expressamente mencionadas no regimento anteriormente vigente (Resolução ANTT n. 3.000, de 28 de janeiro de 2009).

Dentre esses parâmetros, destacam-se a transparência e a efetiva participação social, os quais serão garantidos, conforme o § 2º do mesmo dispositivo, por meio de Processos de Participação e Controle Social que visam a propiciar aos concessionários, permissionários, autorizatários e à sociedade, o conhecimento e o debate das propostas de ações regulatórias, além de subsidiar as autoridades competentes nas decisões sobre as matérias em análise.

Conforme já abordado, a noção moderna de regulação estatal abrange, dentre outras características, a utilização, cada vez mais frequente, de formas de manifestações estatais de incentivo, orientação e sugestão, incluindo as soluções negociadas e avenças de cunho

bilateral (JUSTEN FILHO, 2010, p. 662), indo além do instrumental normativo clássico em que o Estado impõe e exige comportamentos. Assim, é notória a demanda pela implementação de mecanismos de intervenção estatal que permitam efetivar uma forma de relacionamento com agentes econômicos, em que os espaços de exercício da regulação proporcionem uma efetiva interlocução com os agentes envolvidos no setor regulado (MARQUES NETO, 2009a, p. 33).

Em consonância com essa noção, foi inserido no regimento interno da ANTT, em seu artigo 4º, o imperativo de a agência “sempre considerar em sua atuação regulatória a possibilidade de soluções administrativas consensuais para o atendimento ao interesse público”.

Deve-se mencionar também a previsão de que à Ouvidoria passou a competir a promoção da articulação, em caráter permanente, com instâncias e mecanismos de participação social, em especial, conselhos e comissões de políticas públicas, conferências nacionais, mesas de diálogo, fóruns, audiências, consultas públicas e ambientes virtuais de participação social (artigo 29, VII).

Ademais, ainda no contexto de uma maior modernização, é importante mencionar que o novo regimento trouxe como instrumento de apoio à decisão a Análise de Impacto Regulatório (artigo 3º, § 3º), que visa a auxiliar a Diretoria na escolha da melhor opção regulatória quanto à edição de atos normativos e decisórios, explicitando o problema e suscitando discussões quanto aos impactos das atividades de regulação desempenhadas pela agência. Ainda, foi previsto o instrumento da agenda regulatória (artigo 3º, II), que significa a capacidade da agência de planejar seu processo decisório futuro prevendo as prioridades setoriais.

Embora esses instrumentos não estivessem previstos no regimento interno anterior, já vinham sendo efetivamente aplicados no âmbito da ANTT, e regulamentados por atos normativos internos da agência⁷⁰. No entanto, o fato de terem sido previstos na Resolução n. 5.810/2018, que aprovou o novo regimento interno da ANTT, reforça a institucionalização destes preceitos e instrumentos, caracterizando a moderna forma de atuação da agência reguladora.

⁷⁰ Tome-se como exemplo o instrumento da Análise de Impacto Regulatório, que já estava prevista na Deliberação ANTT n. 85/2016, que definiu circunstâncias em que a ferramenta é obrigatória. Há informações no *site* da ANTT sobre registros de sua utilização desde 2014 (Disponível em: http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/3088/Analises_de_Impacto_Regulatorio_concluidas.html. Acesso em: 10 maio 2019).

4.3 Agendas regulatórias da ANTT ao longo dos anos 2011 a 2020 e a intenção de aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais

A agenda regulatória consiste em um instrumento a ser utilizado pelo agente regulador a fim de indicar os projetos prioritários a serem desenvolvidos pela agência. Sua presença significa, de certa forma, a capacidade da agência de planejar seu processo decisório, prevendo as prioridades setoriais.

Ao se adotar uma agenda regulatória, a agência contribui para um diálogo mais aberto e claro com o administrado sobre sua estratégia de atuação, ou seja, anuncia quais são suas ações, no âmbito da normatização, fiscalização, estudos, entre outros aspectos, para os próximos anos (VALENTE, 2015, pp. 83-84).

Conferindo a importância de uma agenda regulatória, a Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, estabeleceu que a agenda regulatória consiste no instrumento de planejamento da atividade normativa que conterá o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência, devendo estar alinhada com os objetivos do seu plano estratégico, e integrará também o plano de gestão anual. Ademais, a agenda deverá ser aprovada pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada e será disponibilizada na sede da agência e no respectivo *site* na internet.

No âmbito da ANTT, a agenda regulatória⁷¹ é considerada o instrumento que indica os projetos prioritários que podem impactar na prestação de serviços aos usuários ou na atuação do mercado regulado, buscando efetividade, previsibilidade e transparência no cumprimento da missão e dos objetivos estratégicos da agência (ANTT, 2015, p. 13). Nela estarão as matérias que possam resultar em regulamentação ou revisão de regulamentação, propiciando maior segurança ao setor regulado e aos usuários, na medida em que leva ao conhecimento destes as referidas matérias (ANTT, 2015, p. 13).

A agenda regulatória da ANTT está organizada em função de Eixos Temáticos que refletem suas áreas de atuação. Desde 2015, elas são divididas em (i) Eixo Temático I: Temas Gerais, (ii) Eixo Temático II: Exploração de Infraestrutura Rodoviária Federal, (iii) Eixo Temático III: Serviços de Transporte de Passageiros, (iv) Eixo Temático IV: Transporte

⁷¹ “A Agenda Regulatória se insere em um contexto mais amplo do Planejamento Estratégico da ANTT, que engloba também programas, processos e projetos organizacionais de cunho não regulatório. Ambos, planejamento estratégico e Agenda Regulatória, são basilares para a construção e consolidação da Governança Regulatória, entendida como a reunião de processos, instrumentos e mecanismos utilizados para proporcionar maior transparência e confiabilidade às ações regulatórias, minorando o chamado déficit de legitimidade” (ANTT, 2015, p. 13).

Ferroviário de Cargas; e (v) Eixo Temático V: Transporte Rodoviário e Multimodal de Cargas. Ademais, a ANTT tem editado agendas regulatórias relativas a biênios, estando atualmente em vigor a agenda regulatória relativa aos anos 2019 e 2020.

A agenda regulatória, nesse escopo, além de ser um importante instrumento para a efetividade da regulação estatal, torna-se uma ferramenta de pesquisa útil, uma vez que permite vislumbrar os diversos projetos em cada área de atuação da agência ao longo dos anos, identificando as tendências e as ações prioritárias no domínio de sua atividade regulatória.

Em razão da vasta esfera de atuação da ANTT, suas agendas regulatórias abrangem diversos planos e sua análise detalhada foge ao escopo da presente pesquisa. No entanto, chama a atenção o fato de que, nos últimos anos, os projetos relacionados aos instrumentos consensuais, conforme a concepção ampla de consensualidade adotada neste trabalho, foram escolhidos como temas prioritários para serem discutidos e implementados no âmbito da ANTT e arrolados nas suas últimas agendas regulatórias, no bojo dos projetos inseridos no Eixo Temático I – Temas Gerais.

Na agenda regulatória 2011-2012⁷², foi incluído o projeto “Processo de Participação e Controle Social”, com a finalidade de aprimorar e definir instrumentos de participação e controle social de atos regulatórios editados pela ANTT, de forma a tornar a participação social dinâmica, efetiva e transparente. Este projeto culminou com a Publicação da Resolução ANTT n. 3.705, de 10 de agosto de 2011, que revogou a Resolução ANTT n. 3.026, de 10 de fevereiro de 2009, passando a dispor sobre os Instrumentos do Processo de Participação e Controle Social na agência.

Na agenda relacionada ao biênio 2015-2016⁷³, novamente se observa a inclusão do tema “Processo de Participação e Controle Social”. Dessa vez, o objeto perquirido com o tema foi a revisão da Resolução ANTT n. 3.705/2011, e a construção de um manual de orientação para os servidores, a fim de atualizar o normativo vigente, visando a ampliar os meios disponíveis para participação social e tornar o processo mais transparente.

Ademais, também constou como projeto prioritário nos anos 2015-2016 o tema “Regulamentação do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC”, visando a regulamentar o instrumento do termo de ajustamento de conduta no âmbito de competência da ANTT,

⁷² AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Agenda Regulatória da ANTT**. Disponível em: http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/2596/Agenda_Regulatoria_2011_2012.html. Acesso em: 11 maio 2019.

⁷³ AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Agenda Regulatória da ANTT**. Disponível em: http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/2845/Agenda_Regulatoria_2015_2016.html. Acesso em: 11 maio 2019.

previsto, à época, na Resolução n. 5.083, de 27 de abril de 2016, que tratava de forma abrangente do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades. Dessa forma, a agência tinha como objetivo discutir o alcance daquele acordo substituto de sanção, analisar o seu impacto no arcabouço regulatório da ANTT e no mercado regulado.

Além desses temas, a agenda previu o projeto “Métodos alternativos de resolução de conflitos”, a fim de definir meios de solução de controvérsias entre concessionárias, permissionárias, empresas autorizadas e usuários de serviço público, além de uniformizar os procedimentos. Nesse âmbito, a agência tinha como resultados esperados dispor sobre o cabimento da mediação, da conciliação e da arbitragem, uniformizar e universalizar a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, promover a cultura de mediação de conflitos na ANTT, e definir parâmetros, critérios e procedimentos para realizar o arbitramento e o Termo de Ajustamento de Conduta.

Observa-se também temas caros à participação e ao efetivo tratamento das manifestações dos usuários dos serviços públicos de transportes, como a regulamentação das “Comissões Tripartites”, a “Revisão da Resolução n. 3.535, de 10 de junho de 2010”, visando revisar a regulamentação específica sobre o serviço de atendimento ao consumidor das empresas reguladas; e, ainda, a “Definição de Procedimentos para o Tratamento das Manifestações dos Usuários recebidas pela Ouvidoria”.

Os temas tratados na agenda 2015-2016 foram repetidos na agenda regulatória seguinte (2017-2018)⁷⁴. No que tange ao tema “Regulamentação do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC”, o processo foi concluído com a publicação da Resolução ANTT n. 5.823, de 12 de junho de 2018. Da mesma forma, o projeto “Processo de Participação e Controle Social – PPCS” foi finalizado, com a publicação da Resolução ANTT n. 5.624, de 21 de dezembro de 2017.

Acerca do projeto “Mecanismos alternativos para resolução de controvérsias”, em razão de não ter sido finalizado, foi transposto para a agenda regulatória 2019-2020, e concluído com a publicação da Resolução ANTT n. 5.845, de 14 de maio de 2019.

Nesse contexto, percebe-se que a priorização do aprimoramento dos instrumentos consensuais se deu, em especial, no exercício da competência normativa e decisória, em que se identifica a necessidade de aperfeiçoar os procedimentos de audiências e consultas públicas e outros instrumentos de participação para a oitiva de interessados; na competência de

⁷⁴ AGENDA REGULATÓRIA DA ANTT. Disponível em: http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/3214/Agenda_Regulatoria_2017_2018.html. Acesso em: 11 maio 2019.

fiscalizar e aplicar sanção, com a previsão de realização de termos de ajustamento de conduta e sua regulamentação legal; e também no escopo da resolução de conflitos, com a adoção e regulamentação normativa de mecanismos consensuais como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Desta feita, a partir do exame das agendas regulatórias da ANTT, é notória a priorização de temas relacionados ao aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais, o que também se refletiu claramente no atual Regimento Interno editado pela agência para regulamentar sua atuação. Esses aspectos permitem afirmar que há um reconhecimento por parte da agência reguladora da importância dos mecanismos que incrementam a permeabilidade aos interesses dos regulados e demais agentes sociais, e possibilitam o efetivo diálogo e interação entre esses atores, no âmbito da regulação estatal.

No entanto, embora haja uma priorização dos temas relacionados aos instrumentos consensuais na esfera do seu planejamento estratégico e nas diretrizes refletidas no regimento interno da ANTT, demonstrando sua relevância para todo o âmbito de atuação da agência, é imprescindível analisar se o desenvolvimento dos referidos temas, que culminou na edição de relevantes atos normativos internos, incorporou os princípios democráticos e as demais diretrizes teóricas envolvendo a temática da consensualidade administrativa.

A análise dos normativos elaborados pela própria agência na construção do seu arcabouço regulatório possibilita aferir como a ANTT tem implementado a temática da consensualidade, permitindo que se verifique se estes instrumentos, da forma como foram configurados, podem proporcionar a legitimação da atividade do ente regulador e qualificar sua atuação.

5 DOS INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS CONSENSUAIS NO ÂMBITO DA ANTT

Os instrumentos consensuais têm adquirido cada vez mais relevância no âmbito do exercício das competências regulatórias pela Agência Nacional de Transportes Terrestres. No seu regimento interno, recentemente alterado e aprovado pela Resolução n. 5.810, de 3 de maio de 2018, foi prevista a necessidade de ser considerada pela agência a possibilidade de soluções administrativas consensuais para atender ao interesse público (artigo 4º).

Ademais, nos últimos anos, os projetos relacionados com os instrumentos que envolvem soluções consensuais e estímulo à participação e ao diálogo foram escolhidos como temas prioritários para discussão e implementação no âmbito da ANTT e arrolados nas suas últimas agendas regulatórias, no bojo dos projetos inseridos no Eixo Temático I – Temas Gerais.

Nesse contexto, passa-se a analisar o desenvolvimento de alguns dos principais instrumentos consensuais no âmbito normativo da ANTT, verificando as principais características que estes instrumentos adquiriram a partir da sua normatização pela agência, especialmente quanto aos aspectos democráticos que os envolvem e em relação à sua efetividade.

Assim, analisa-se especialmente os instrumentos de consenso presentes no campo da produção normativa e de outras decisões regulatórias relevantes, em que se identifica a necessidade de realização de audiências e de consultas públicas e de outros instrumentos de participação e controle; na seara da fiscalização e aplicação de sanção, com a previsão de realização de termos de ajustamento de conduta; e na esfera da resolução de conflitos, a partir da possibilidade de se adotar a mediação e a arbitragem, vez que foram objeto de importantes regulamentos internos e estão imbrincados com significativas competências regulatórias.

5.1 As audiências e consultas públicas na atividade decisória da ANTT e o processo de participação e controle social

Nos procedimentos de tomada de decisão da agência reguladora, especialmente no âmbito do exercício das competências normativas, ressaltam-se os mecanismos que proporcionam participação social, diante da necessidade de que, nas decisões regulatórias, sejam refletidos os interesses envolvendo o setor regulado e as demais áreas da sociedade que com ela se relaciona.

Os mecanismos de participação social, como audiências e consultas públicas, conferem legitimidade às decisões regulatórias da agência, permitindo que os diversos interesses não uniformes existentes na sociedade pluralista atual sejam a elas incorporados, tornando-as mais qualificadas e imparciais, e melhor aceitas pelos agentes regulados.

Conforme afirma Justen Filho (2011, p. 236), a existência das agências independentes somente se justifica em um Estado Democrático se sua estruturação assegurar a ampliação do nível de democracia do sistema em seu conjunto. Assim, é imprescindível que sejam dotadas de mecanismos de participação dos segmentos da sociedade, e que os procedimentos se revistam de características que possam garantir a realização democrática, impedindo que apenas prevaleçam interesses de alguns poucos agentes, haja a efetiva convocação de todos os setores envolvidos, além de os dados e opiniões colhidos nos referidos procedimentos serem de fato considerados pelo agente regulador.

Na ANTT, os mecanismos de participação social têm sido constantemente desenvolvidos e estão presentes dentre os temas prioritários da agência. O tema foi incluído nas agendas regulatórias desde 2011, culminando com a elaboração de sucessivas Resoluções que trataram do assunto. Atualmente está em vigor a Resolução ANTT n. 5.624/2017, que regulamenta os referidos instrumentos de forma bastante contundente.

Assim, conforme se observa, houve no âmbito da ANTT uma notável evolução das espécies e das características dos instrumentos de participação, o que denota sua acuidade para qualificar e legitimar a atual atividade regulatória da agência.

5.1.1 A previsão das audiências e consultas públicas nos atos normativos da ANTT e sua evolução

Os procedimentos de consultas e audiências públicas estiveram presentes nos atos normativos da ANTT desde a criação da agência. Na Lei n. 10.233/2001, que instituiu a ANTT, já havia previsão legal desses procedimentos no âmbito do exercício das competências normativa e decisória da agência.

A referida Lei trouxe uma previsão sucinta. Estabeleceu que as consultas públicas são previstas como procedimentos aos quais devem ser previamente submetidas as condições básicas dos editais de licitação de concessões (artigo 34-A, § 1º). As audiências públicas, por sua vez, estão dispostas como procedimentos necessários em casos de iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões das Diretorias Colegiadas para

resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte (artigo 68).

Para regulamentar os referidos instrumentos e estabelecer as minúcias de sua procedimentalização, foram editadas sucessivas resoluções pela agência, que passaram por aperfeiçoamentos ao longo do tempo.

Inicialmente, a Resolução ANTT n. 151, de 16 de janeiro de 2003, estabelecia normas sobre os procedimentos de audiência e consultas públicas. No entanto, este ato normativo chama a atenção pelo tratamento raso e formalístico da matéria.

Com efeito, conforme estabelecia a Resolução, as audiências públicas poderiam ocorrer “ao vivo”, em sessão solene, ou de forma escrita, por intercâmbio de documentos, e eram cabíveis previamente à edição de normas e anteprojetos de lei que afetassem os direitos de agentes econômicos ou usuários de serviços⁷⁵. Ou seja, estava prevista a figura das audiências públicas em sessão escrita, por intercâmbio de documentos, o que não se mostrava adequado aos princípios inerentes a esse procedimento, marcado pela oralidade. As consultas, por sua vez, eram cabíveis quando a decisão não implicasse afetação direta de direitos de agentes econômicos ou usuários, e ocorreria sempre de forma escrita⁷⁶.

Vale dizer ainda que a Resolução de 2003 estabelecia que o edital ou aviso de audiência e consulta seria publicado no Diário Oficial da União e, somente se houvesse complexidade e grande abrangência na matéria, poderia ser publicado também em jornal de grande circulação⁷⁷. Por fim, o relatório a ser elaborado acerca da consulta ou audiência deveria ser motivado com indicação sucinta das razões que justificaram o acolhimento ou não

⁷⁵ Artigo 1º. A audiência pública é instrumento de apoio ao processo decisório e será realizada previamente à edição de normas administrativas e anteprojetos de lei propostos pela ANTT que afetem os direitos de agentes econômicos ou usuários de serviços de transporte terrestre, devendo ser processada de forma a alcançar os seguintes objetivos: I – colher subsídios e informações para o processo decisório da Agência; II – propiciar aos agentes econômicos e usuários a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões, informações e sugestões; III – identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e IV – dar publicidade e legitimidade à ação reguladora da Agência. [...] Artigo 3º. A audiência pública será realizada na modalidade ao vivo, em sessão solene, em local designado no edital/aviso correspondente, com entrada franqueada a todos os interessados, ou na modalidade escrita, por intercâmbio de documentos. Parágrafo único. A participação dos interessados nas audiências públicas poderá ser feita por intermédio de organizações e associações que os representem.

⁷⁶ Artigo 2º. A consulta pública é um instrumento discricionário de apoio ao processo decisório da ANTT, quando este não implicar afetação efetiva e direta aos direitos de agentes econômicos ou usuários de serviços de transporte terrestre. [...] Artigo 4º. A participação e manifestação nas consultas públicas se fará sempre pela forma escrita e será disponibilizada para conhecimento público.

⁷⁷ Artigo 7º. O edital/aviso da audiência pública e da consulta pública será publicado no Diário Oficial da União. Parágrafo único. Conforme a abrangência e a complexidade da matéria, objeto da audiência ou da consulta pública, o edital/aviso poderá também ser publicado em jornal, nacional ou regional, de grande circulação.

das contribuições e sugestões apresentadas, e apenas a súmula do relatório seria disponibilizada aos interessados⁷⁸.

As referidas disposições vigoraram até 2009, com a edição da Resolução ANTT n. 3.026, que revogou a anterior e teve como objetivos aprimorar as normas sobre os procedimentos de audiências e consultas públicas, visando alcançar o maior grau possível de eficiência e de eficácia destes eventos⁷⁹.

As diferenças em relação ao procedimento anterior se observaram principalmente nos aspectos procedimentais, que foram melhor definidos, com estabelecimento de prazos mínimos para as contribuições em audiências, requisitos para as participações de representantes de empresas e entidades, e regulamentação das formas de divulgação dos eventos.

Nessa esteira, a divulgação das audiências e consultas passou a se dar também pela Internet, além da publicação no Diário Oficial da União ou outros meios a critério da Diretoria⁸⁰. Ainda, estabeleceu-se mais detalhadamente a necessidade de analisar e fornecer respostas às contribuições recebidas na audiência e consulta de forma que o relatório final, indicando sucintamente as contribuições apresentadas, as análises técnicas e as razões do seu acolhimento ou rejeição, fosse divulgado no *site* da ANTT⁸¹. Ademais, foi instituída a

⁷⁸ Artigo 11. Após a realização da audiência ou da consulta pública, deverá ser elaborado relatório específico, consolidando as contribuições e sugestões recebidas, com conclusão pela viabilidade ou inviabilidade, total ou parcial, da norma a ser expedida. § 1º O relatório de que cuida o *caput* deverá ser motivado, com indicação sucinta das razões que justificaram o acolhimento ou não das contribuições e sugestões apresentadas. § 2º A súmula do relatório será disponibilizada aos interessados, após aprovação pela Diretoria.

⁷⁹ Conforme consta do preâmbulo da referida Resolução, “Considerando a necessidade de aprimorar os processos de audiências públicas, de que tratam o artigo 68 da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, e o artigo 32 do Regulamento anexo ao Decreto n. 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, e de consultas públicas; e Considerando a necessidade de aperfeiçoamento das normas ora vigentes, quer no que se refere aos procedimentos no âmbito interno da Agência, quer no que concerne à participação dos interessados nas audiências e consultas públicas, objetivando alcançar o maior grau possível de eficiência e eficácia de tais eventos, Resolve [...]”

⁸⁰ Artigo 3º. As audiências públicas serão divulgadas mediante avisos que conterão: I – datas, locais e horários de realização; II – modalidade, objeto, programação, procedimentos e prazos para inscrição e apresentação de contribuições; e III – a capacidade do local onde será realizada a audiência, na modalidade “ao vivo”. § 1º Por motivos de segurança e para melhor desenvolvimento dos trabalhos, a participação pessoal nas audiências públicas realizadas na modalidade “ao vivo” será limitada ao número de assentos disponíveis no local de realização da sessão. § 2º Os avisos de que trata este artigo serão divulgados pela Internet, no endereço eletrônico da ANTT e publicados no Diário Oficial da União e, a critério da Diretoria da Agência, em jornais de grande circulação, de alcance nacional, regional ou local.

⁸¹ Artigo 10. Encerrada a audiência, elaborar-se Relatório do evento, indicando, sucintamente, todas as contribuições apresentadas, as respectivas análises técnicas, e as razões de seu acolhimento ou rejeição. § 1º O Relatório será elaborado pelo Secretário e subscrito por ele e pelo Presidente da audiência. § 2º O Relatório será divulgado no endereço eletrônico da ANTT, após aprovação pela Diretoria. Artigo 11. Cabe às unidades organizacionais competentes em razão da matéria elaborar as análises e respostas referentes às contribuições recebidas.

possibilidade de utilização de tecnologias de comunicação e informação, como áudio, vídeo e informática⁸².

Em seguida, mesmo transcorridos apenas dois anos da Resolução ANTT n. 3.026, que já apresentava grandes avanços em relação à anterior, foi publicada a Resolução ANTT n. 3.705, de 10 de agosto de 2011, que dispunha sobre os “Instrumentos do Processo de Participação e Controle Social” no âmbito da agência.

Desta feita, na referida Resolução estabeleceu-se outros tipos de procedimentos participativos, a fim de melhor atender aos processos decisórios da agência: a) tomada de subsídio, procedimento utilizado para a construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas, que, a critério da ANTT, poderia ser aberto ao público ou restrito a convidados, e que possibilitaria aos interessados o encaminhamento de contribuições por escrito à Agência sobre matéria definida pela ANTT, em momento diverso da sessão presencial; b) reunião participativa, utilizado para construir conhecimento sobre dada matéria e desenvolver propostas, aberto ao público ou, a critério da ANTT, restrito a convidados, que possibilitaria a participação oral ou escrita em discussões presenciais, sobre matéria definida pela Agência; c) consulta pública: instrumento utilizado para consolidar proposta final de ação regulatória, aberto ao público, e que possibilitaria aos interessados encaminhar contribuições por escrito sobre matéria definida pela ANTT, em momento diverso da sessão presencial; e d) audiência pública, utilizado para consolidar proposta final de ação regulatória, aberto ao público, que possibilitaria a participação oral ou escrita em sessões presenciais, sobre matéria que afete restritivamente direitos de agentes econômicos e usuários.

Assim, além de melhor definir as características das audiências e consultas públicas, as quais passaram a se referir à consolidação de proposta final de ação regulatória, foram institucionalizados procedimentos para auxiliar a agência na construção de conhecimento sobre determinada matéria para desenvolvimento de propostas, quais sejam, a tomada de subsídios e as reuniões participativas. Ademais, os procedimentos participativos passaram a poder ser solicitados por qualquer interessado; a recusa da solicitação exigiria a devida motivação⁸³.

Além disso, passou-se a permitir, mesmo nos procedimentos de audiências públicas e reuniões participativas, que se caracterizam por sessões presenciais, que as contribuições

⁸² Artigo 14. A Diretoria da ANTT poderá, justificadamente, tendo em conta a redução de custos e o aumento da participação de interessados, autorizar a realização de audiências e consultas públicas mediante a utilização de tecnologias de comunicação e informação (áudio e vídeo e informática).

⁸³ Artigo 3º Qualquer interessado poderá solicitar à ANTT a aplicação dos instrumentos de Participação e Controle Social estabelecidos no artigo 2º desta Resolução. Parágrafo único. O não atendimento da solicitação de que trata o *caput* deste artigo deverá ser motivado e o posicionamento da ANTT divulgado em seu *site*.

fossem encaminhadas por escrito, através de mensagem eletrônica (*e-mail*), correios ou entregues pessoalmente⁸⁴, o que ampliava a possibilidade de participação nesses procedimentos por indivíduos que não poderiam estar presentes em sessões presenciais.

Quanto aos relatórios de registros das audiências e consultas públicas, a Resolução estabeleceu que deveriam conter elementos mínimos, como indicação dos documentos disponibilizados para o recebimento de contribuições e para embasamento técnico e procedimental; informações estatísticas sobre a audiência pública ou consulta pública; descrição dos procedimentos realizados e transcrição das contribuições, respectivas análises técnicas e razões de seu acolhimento ou rejeição⁸⁵. Estas disposições claramente tornaram tais relatórios mais robustos e fundamentados.

No caso de tomadas de subsídios abertas ao público ou restritas a convidados, assim como das reuniões participativas abertas ao público, bastaria a divulgação de relatório simplificado, e, nas reuniões participativas restritas a convidados, o registro do procedimento seria feito por meio de ata⁸⁶. Ainda, restou expresso que todos os registros dos procedimentos deveriam ser divulgados no *site* da ANTT, salvo casos de sigilo⁸⁷.

No entanto, apesar dos avanços observados na Resolução ANTT n. 3.705, de 10 de agosto de 2011, ainda havia pontos com necessidade de aperfeiçoamento. Conforme informações divulgadas pela agência⁸⁸, deveria haver maior alinhamento com as boas práticas

⁸⁴ Artigo 23. As contribuições por escrito serão recebidas nas Audiências Públicas, nas Consultas Públicas, nas Tomadas de Subsídio e, a critério da ANTT, nas reuniões Participativas. § 1º Conforme indicado nos avisos ou convites, as contribuições de que trata o *caput* deverão ser: I – encaminhadas por meio de mensagem (e-mail) enviada para o endereço eletrônico da ANTT; II – encaminhadas pelos correios, para os endereços indicados; III – entregues pessoalmente nos endereços indicados; ou IV – entregues pessoalmente durante a seção presencial.

⁸⁵ Artigo 25. O registro das Audiências Públicas e Consultas Públicas consistirá em relatório, que deverá conter, no mínimo, as seguintes informações, conforme o caso: I – especificação do objeto, datas e prazos; II – indicação da deliberação que autorizou a Audiência Pública ou Consulta Pública; III – nome dos componentes da mesa, no caso de Audiência Pública; IV – indicação dos documentos disponibilizados para o recebimento de contribuições e para embasamento técnico e procedimental; V – informações estatísticas sobre a Audiência Pública ou Consulta Pública; VI – descrição dos procedimentos realizados; e VII – transcrição das contribuições, respectivas análises técnicas e razões de seu acolhimento ou rejeição. § 1º. Para os casos de Consultas Públicas realizadas concomitantemente com Audiências Públicas, os relatórios de registro de ambos os instrumentos deverão constar de um único documento.

⁸⁶ Artigo 26. O registro das Reuniões Participativas restritas a convidados será feito por meio de ata. Artigo 27. O registro das Tomadas de Subsídio abertas ao público ou restritas a convidados, assim como das Reuniões Participativas abertas ao público consistirá em Relatório Simplificado, que conterá, no mínimo, as seguintes informações: I – especificação do objeto, datas e prazos; II – nome do responsável pela condução; III – documentos disponibilizados para o recebimento de contribuições e para embasamento técnico e procedimental; IV – informações estatísticas sobre a Tomada de Subsídio; V – descrição dos procedimentos realizados; VI – transcrição das contribuições; e VII – indicação dos próximos passos a serem adotados.

⁸⁷ Artigo 24. Encerradas as Audiências Públicas, as Consultas Públicas, as Reuniões Participativas e as Tomadas de Subsídio, serão elaborados registros específicos, por escrito, que deverão ser divulgados no *sítio* da ANTT, salvo casos de sigilo.

⁸⁸ Disponível em: AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Nova resolução sobre participação social**. Publicado em 27 dez. 2017. Disponível em:

realizadas por outras agências reguladoras e pelos organismos internacionais. Nesse escopo, foi editada a Resolução ANTT n. 5.624, de 21 de dezembro de 2017.

5.1.2 O aperfeiçoamento dos instrumentos de participação na ANTT e sua atual regulamentação

O mais recente ato normativo editado pela ANTT para regulamentar os processos de participação e controle social consiste na Resolução ANTT n. 5.624, de 21 de dezembro de 2017.

A nova resolução inovou em importantes aspectos, visando a aperfeiçoar os instrumentos de participação no âmbito da ANTT. Alguns desses pontos de evolução serão apontados, demonstrando uma tendência de dotar estes instrumentos participativos de maior efetividade e de aspectos democráticos, contribuindo para a construção de decisões regulatórias mais legítimas.

Pois bem. Assim como disposto anteriormente, a nova Resolução dividiu os meios de participação em dois tipos: aqueles para construir conhecimento sobre determinada matéria e desenvolver propostas, quais sejam, a tomada de subsídios e a reunião participativa, as quais poderão ser abertas ao público ou restritas a convidados; e aqueles cabíveis para apresentar proposta final de ação regulatória, que são a consulta pública e a audiência pública, sempre abertas ao público⁸⁹.

Além de poderem ser requeridos por qualquer interessado⁹⁰, todos os procedimentos poderão ter por objeto a mesma matéria⁹¹, ou seja, a realização de um procedimento não exclui a possibilidade de serem também realizados os outros, ampliando, dessa maneira, as formas participativas diante de um mesmo assunto ou temática sujeita à ação regulatória.

http://www.antt.gov.br/salaImprensa/noticias/arquivos/2017/12/ANTT_publica_nova_resolucao_sobre_processo_de_participacao_e_controle_social.html. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁸⁹ Artigo 2º Para fins desta Resolução, são utilizados os seguintes meios de Participação e Controle Social: I – para a construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas: a) Tomada de Subsídio: meio que possibilita o encaminhamento de contribuições por escrito, em um período determinado; e b) Reunião Participativa: meio que possibilita participação oral ou escrita em pelo menos uma sessão presencial. II – para apresentar proposta final de ação regulatória: a) Consulta Pública: meio que possibilita o encaminhamento de contribuições por escrito, em um período determinado; e b) Audiência Pública: meio que possibilita participação oral ou escrita em pelo menos uma sessão presencial dentro de um período de encaminhamento de contribuições por escrito. § 1º As Tomadas de Subsídio e Reuniões Participativas, a critério da ANTT, podem ser abertas ao público ou restritas a convidados. § 2º As Consultas Públicas e Audiências Públicas serão sempre abertas ao público.

⁹⁰ Artigo 4º Qualquer interessado poderá solicitar à ANTT a aplicação dos meios de Participação e Controle Social estabelecidos no artigo 2º desta Resolução. Parágrafo único. O não atendimento à solicitação de que trata o *caput* deste artigo deverá ser motivado, e o posicionamento da ANTT divulgado em seu endereço eletrônico.

⁹¹ Artigo 5º. As Audiências Públicas, as Consultas Públicas, as Reuniões Participativas, as Tomadas de Subsídio e as Consultas Internas poderão, a critério da ANTT, ter por objeto a mesma matéria.

No que tange às modalidades de reuniões participativas e tomada de subsídios, ambas restritas a convidados, por serem procedimentos que implicam uma restrição à participação ampla de qualquer interessado, a ANTT deverá explicar a motivação para identificar as partes que considerar interessadas e importantes para o desenvolvimento da matéria em discussão⁹², obrigação que não existia no regulamento anterior.

Foi regulamentado também o procedimento de consulta interna, que possibilita as contribuições dos servidores da própria agência sobre minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a fim de obter informações e eliminar incoerências intrainstitucionais, e poderá ser utilizado para complementar os processos de participação e controle social⁹³.

Sobre a divulgação dos eventos participativos, foram inseridas disposições importantes, visando a proporcionar uma efetiva participação dos possíveis interessados, de forma abrangente, evitando que a participação seja restrita a determinados grupos de interesse com maior acesso às informações sobre a matéria e também ao ambiente institucional da ANTT.

Nesse escopo, foi previsto que, além da divulgação em *site* da agência e no Diário Oficial da União, os avisos de consultas públicas, audiências públicas, reuniões participativas e tomadas de subsídio abertas ao público podem também ser divulgados, a critério da ANTT, em jornais, por correspondências, em canais digitais, por mensagens eletrônicas ou outros meios necessários⁹⁴. Ademais, na esteira da importância conferida à divulgação dos

⁹² Artigo 12. A ANTT poderá realizar Reuniões Participativas em sessões presenciais abertas ao público ou, a critério da Unidade Organizacional condutora do processo, restritas a convidados, de modo a obter a participação oral ou escrita sobre matéria objeto de discussão na ANTT. §1º As Reuniões Participativas restritas a convidados serão orientadas às partes interessadas motivadamente identificados pela ANTT como importantes para o desenvolvimento das matérias em discussão. [...] Artigo 13. A ANTT poderá solicitar ao público geral ou a convidado o encaminhamento de contribuições por escrito sobre matéria objeto de discussão na ANTT. §1º As Tomadas de Subsídio restritas a convidados serão orientadas às partes interessadas motivadamente identificados pela ANTT como importantes para o desenvolvimento das matérias em discussão.

⁹³ Artigo 3º. A Consulta Interna é um meio que possibilita as contribuições dos servidores da Agência sobre minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante. Parágrafo único. A Consulta Interna objetiva obter informações e eliminar incoerências intrainstitucionais, e pode ser utilizada para complementar os Processos de Participação e Controle Social.

⁹⁴ Artigo 15. As Consultas Públicas, as Audiências Públicas, as Reuniões Participativas e as Tomadas de Subsídio abertas ao público serão divulgadas por meio de avisos. § 1º Os avisos de que trata o *caput* deste artigo serão divulgados no endereço eletrônico da ANTT. § 2º Um resumo do aviso contendo a matéria objeto, datas e endereço eletrônico com as informações do evento, deverá ser publicado no Diário Oficial da União. § 3º Sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º, os avisos de que trata o *caput* deste artigo também podem ser divulgados, a critério da ANTT, em jornais, por correspondências, em canais digitais, por mensagens eletrônicas ou outros meios necessários. § 4º A Unidade Organizacional competente deve formalizar nos autos a justificativa quanto à escolha dos meios de divulgação dos eventos tratados no § 3º deste artigo, visando garantir a efetiva participação da sociedade.

instrumentos participativos, restou estabelecido que a forma adotada para a sua divulgação deverá ser motivada pela unidade organizacional competente.

Conforme se observa, em comparação à resolução anterior sobre o tema, que previa a divulgação apenas no *site* da ANTT, no Diário Oficial da União e em jornais de grande circulação, foi necessário adotar-se formas diversificadas de divulgação, com a inserção de meios atualmente mais efetivos de publicidade dos eventos de participação e convocação dos interessados, cuja adoção deverá ser justificada em consonância com o caso concreto.

Outro aspecto crucial foi a indicação dos elementos mínimos a serem disponibilizados previamente, junto à publicação do aviso de audiência e consulta pública, os quais devem apresentar linguagem simples e objetiva: documentos que serão objeto da audiência pública e consulta pública, preferencialmente acompanhados de texto informativo resumido ou vídeo explicativo sobre o tema e os principais objetivos da proposta; estudos e material técnico utilizado como fundamento da proposta; e Análise de Impacto Regulatório ou o documento que motivadamente a dispensou⁹⁵. Assim, o participante poderá ter contato não somente com a minuta de ato normativo, por exemplo, mas também com os fundamentos, motivações e justificativas acerca do ato ou decisão a ser levada à discussão.

Ainda, no caso de audiência pública, procedimento mais complexo e que exige maior preparação por parte dos participantes, deve haver um prazo mínimo de 15 dias entre a divulgação e a realização da primeira sessão⁹⁶.

No que tange às contribuições escritas, além da ampla forma de meios de recebimento, que poderá ocorrer por meio eletrônico, por correios, protocolada pessoalmente ou outro meio disponível⁹⁷, estabeleceu-se prazo mínimo de 45 dias para o período de recebimento, que somente poderá ser menor se a redução for justificada e aprovada pela Diretoria Colegiada⁹⁸.

⁹⁵ Artigo 16. No momento de publicação do aviso de Audiência Pública e Consulta Pública no endereço eletrônico da Agência, deverão ser disponibilizados, em linguagem simples e objetiva, salvo casos em que a lei proíba sua divulgação, no mínimo: I – documentos que serão objeto da Audiência Pública e Consulta Pública, preferencialmente acompanhados de texto informativo resumido ou vídeo explicativo sobre o tema e os principais objetivos da proposta; II – estudos e material técnico utilizado como fundamento da proposta; e III – Análise de Impacto Regulatório ou o documento que motivadamente a dispensou.

⁹⁶ Artigo 15. [...] § 5º O aviso de Audiência Pública e seu resumo, tratados nos §§ 1º e 2º deste artigo, devem ser divulgados com a antecedência de pelo menos quinze dias em relação à realização da primeira sessão presencial.

⁹⁷ Artigo 22. As contribuições por escrito serão recebidas nas Audiências Públicas, nas Consultas Públicas, nas Tomadas de Subsídio e, a critério da ANTT, nas Reuniões Participativas. § 1º Conforme indicado nos avisos ou convites, as contribuições de que trata o *caput* poderão ser: I – encaminhadas por meio eletrônico à ANTT; II – encaminhadas pelos correios, para os endereços indicados; III – protocoladas pessoalmente nos endereços indicados; IV – protocoladas pessoalmente durante a sessão presencial; ou V – outro meio disponível, a critério da ANTT.

⁹⁸ Artigo 23. A ANTT, a seu critério, definirá o prazo para recebimento de contribuições por escrito das Audiências Públicas, Consultas Públicas, Reuniões Participativas e Tomadas de Subsídio. § 1º No caso de Audiências Públicas e Consultas Públicas, o prazo de que trata o *caput* deverá ser de pelo menos quarenta e cinco dias, ressalvados casos previstos em normas de hierarquia superior. § 2º O período previsto no §1º deste

As disposições visam a que os participantes dos referidos procedimentos tenham real conhecimento do objeto a ser tratado, bem como tempo adequado e suficiente para análise dos documentos divulgados, conferindo mais transparência e proporcionando contribuições mais qualificadas.

Acerca das sessões presenciais de audiências públicas, destaca-se a disposição de que os locais de sua realização sejam sempre próximos e de fácil acesso aos principais afetados pela matéria, e que a escolha deverá ser justificada no processo, fundamentada no escopo de ampliar a possibilidade de participação dos interessados⁹⁹.

Sobre o tratamento das contribuições recebidas, a Resolução n. 5.624/2017 estabeleceu prazo de 10 dias úteis para a sua disponibilização, tanto na sede da agência, como no *site*. Ademais, fixou uma ampla gama de informações mínimas a serem demonstradas no relatório que conterà o registro das audiências e consultas públicas, dentre as quais destacam-se as informações consolidadas sobre a quantidade de manifestações registradas na audiência pública ou consulta pública, categorizadas a partir da relevância das variáveis para análise; descrição dos procedimentos realizados; reprodução na íntegra das contribuições, salvo quando a lei proíba a divulgação, respectivas análises técnicas e razões de seu acolhimento ou rejeição; e indicação dos meios utilizados para divulgação do evento¹⁰⁰.

Desta feita, percebe-se que as disposições contidas no novo normativo, acerca da necessidade de análise das contribuições e divulgação fundamentada das respostas às propostas, visam a proporcionar que as contribuições obtidas nos procedimentos participativos sejam efetivamente incorporadas ao processo decisório, de forma que não se

artigo poderá ser menor, sendo no mínimo de vinte dias, mediante apresentação de justificativa aprovada pela Diretoria Colegiada e publicada no endereço eletrônico da ANTT, ressalvados casos previstos em normas de hierarquia superior.

⁹⁹ Artigo 20. A ANTT, a seu critério, definirá as datas e os locais de realização das sessões presenciais da Audiência Pública e Reuniões Participativas, sem prejuízo do disposto no §5º do artigo 15 desta Resolução. § 1º Sempre que possível, e desde que viável, as sessões presenciais da Audiência Pública devem ser realizadas em locais próximos e de fácil acesso aos principais afetados pela matéria a ser discutida, de forma a ampliar a possibilidade de participação dos interessados. § 2º A Unidade Organizacional competente deve formalizar no processo a justificativa quanto à escolha dos locais de realização das sessões presenciais das Audiências Públicas. § 3º As sessões presenciais devem ocorrer antes do fim do prazo determinado para recebimento de contribuições por escrito de que trata o artigo 23 desta Resolução, preferencialmente em datas próximas à metade desse período.

¹⁰⁰ Artigo 26. O registro das Audiências Públicas e Consultas Públicas será feito por meio de relatório e conterà, no mínimo, as seguintes informações: I – especificação do objeto, datas e prazos; II – indicação da deliberação que autorizou a Audiência Pública ou Consulta Pública; III – nome dos componentes da mesa, no caso de Audiência Pública; IV – indicação dos documentos disponibilizados para o recebimento de contribuições e para embasamento técnico e procedimental; V – informações consolidadas sobre a quantidade de manifestações registradas na Audiência Pública ou Consulta Pública, categorizadas a partir da relevância das variáveis para análise; VI – descrição dos procedimentos realizados; VII – reprodução na íntegra das contribuições, salvo casos previstos no artigo 25 desta Resolução, respectivas análises técnicas e razões de seu acolhimento ou rejeição; VIII – indicação dos locais de realização das sessões presenciais, no caso de audiências públicas; e IX – indicação dos meios utilizados para divulgação do evento.

configurem meras participações cosméticas (JUSTEN FILHO, 2011, p. 248), ou, em outras palavras, que não tenham o condão de apenas conferir aparência democrática à decisão, mas efetivamente serem inseridas na fundamentação da decisão regulatória a ser tomada.

Vale ressaltar, ainda, que foi criado em 2018 um *site* específico para organização e acesso às informações relativas aos processos de participação e controle social da ANTT, denominado de Sistema de Participação Pública da ANTT (ParticipANTT)¹⁰¹, visando aprimorar a acessibilidade aos documentos e eventos. Conforme declarado pela agência, buscou-se que a informação fosse registrada em banco de dados, com geração automática do número de protocolo e organização do conteúdo quando do envio da contribuição pelo interessado, visando a garantir a integridade das informações e evitando que fossem interpretadas em sentido diverso do almejado pelo contribuinte (SUREG, 2019, pp. 8-9).

Realizada a análise dos principais aspectos da moderna regulamentação dos processos participativos no âmbito da ANTT, percebe-se a tentativa da agência em aperfeiçoar os referidos instrumentos, em especial no que concerne às formas de divulgação dos eventos participativos, à fixação de prazos mínimos relacionados ao período de contribuições, e ao fornecimento aos participantes de informações relevantes sobre a matéria a ser levada à discussão, o que permite a participação ampla e qualificada.

Ademais, observou-se o compromisso com a necessidade de resposta às propostas recebidas e a divulgação dos resultados e contribuições colhidos, especialmente nas audiências e consultas públicas, demonstrando a preocupação com uma efetiva incorporação das contribuições no processo decisório.

Assim, observa-se que os instrumentos participativos na ANTT, a partir da sua configuração disposta na Resolução n. 5.624/2017, podem figurar como importantes instrumentos consensuais regulatórios, possibilitando, se implementados, a participação ativa da população nos processos decisórios da agência, tanto na fase de construção das propostas e desenvolvimento inicial da matéria, com os procedimentos de tomada de subsídios e reuniões participativas, como também em relação à deliberação acerca do ato final, com consultas e audiências públicas.

¹⁰¹ PARTICIPANTT. **Sistema de participação pública da ANTT**. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/>. Acesso em: 08 dez. 2019.

5.2 O termo de ajustamento de conduta (TAC) no âmbito da ANTT: escopo de correção ou compensação dos efeitos de descumprimentos de obrigações legais, regulamentares e contratuais pelos agentes regulados

Atualmente, com o aumento da complexidade regulatória, cada vez mais se diversificam os meios postos à disposição dos agentes reguladores para conduzir os comportamentos dos regulados, com o fito de satisfação do interesse público.

Diante da prática de condutas ilegais, em desconformidade com as leis, atos normativos, contratos administrativos, e demais preceitos regedores do setor regulado, a punição propriamente dita, com a aplicação de sanções, passa a ser apenas uma das possibilidades existentes. No bojo da ação regulatória, passou-se a valorizar outros mecanismos substitutivos da ação impositiva do Estado, tais quais os instrumentos consensuais, em que a Administração deixa de aplicar as sanções tipificadas na legislação, para firmar junto com o administrado um acordo, com obrigações e condicionamentos, o qual substituirá o processo administrativo sancionador e a aplicação de penalidades.

Dessa forma, passaram a ser adotados no âmbito das agências reguladoras, como alternativa aos atos administrativos sancionadores, os acordos substitutivos, atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa (SUNDFELD; CÂMARA, 2011).

Com efeito, os acordos substitutivos de sanções vêm sendo cada vez mais adotados e aperfeiçoados no âmbito regulatório brasileiro. Essa situação não é diferente no âmbito da ANTT, que, conforme visto, apresentou o tema da “Regulamentação do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC” nas suas agendas regulatórias, além de editar recentemente a Resolução ANTT n. 5.823, de 12 de junho de 2018, regulamentando o tema.

Assim, na ANTT, o termo de ajustamento de conduta (TAC) é o instrumento atualmente utilizado para substituir a atuação estatal impositiva com a finalidade de correção de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares ou compensação pelos seus efeitos. Nos últimos anos, a previsão do instituto em atos normativos da ANTT sofreu diversas modificações e o estudo de sua evolução demonstra o empenho da agência em buscar seu aperfeiçoamento e otimização, conforme será visto adiante.

5.2.1 Análise evolutiva da previsão de acordos substitutivos nas Resoluções da ANTT

Os acordos substitutivos de sanção no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres não são instrumentos novos. Eles estão presentes nos atos normativos da agência desde os tempos de sua criação. A Resolução ANTT n. 152¹⁰² foi editada em janeiro de 2003 para aprovar a instituição do termo de ajuste de conduta (TAC) para fins de “correção de irregularidades ou pendências, visando a assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público”. No referido regramento, sua regulamentação era bastante resumida, e estabelecia o TAC como prerrogativa da ANTT. Era possível sua celebração entre a agência e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres com um prazo de apenas 30 dias para o saneamento de irregularidades ou pendências.

Na Resolução n. 152/2003, havia certa incoerência com relação à lógica da consensualidade (PALMA, 2010, p. 187), uma vez que o TAC figurava como *prerrogativa da ANTT*, nos termos do seu artigo 1º, e apenas seria firmado a critério da agência (artigo 3º), o que significava, de alguma forma, unilateralidade da ação administrativa no que tange à iniciativa de formalização do instrumento.

Ademais, a referida Resolução previa que a ANTT poderia, se assim entendesse, deflagrar processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades transacionadas (artigo 5º), o que mitigava a funcionalidade do acordo (PALMA, 2010, p. 187).

A Resolução n. 152/2003 foi revogada pela Resolução n. 442, de 17 de fevereiro de 2004, que regulou todo o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de

¹⁰² Resolução n. 152, de 2003. REGULAMENTO DE TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. Estabelece os critérios e procedimentos para a elaboração do Termo de Ajuste de Conduta – TAC entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres. Artigo 1º O TAC é prerrogativa da ANTT e constitui instrumento hábil para o propósito de correção de pendências ou irregularidades cometidas por concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres. Artigo 2º Tomando conhecimento de qualquer pendência ou irregularidade cometida por concessionárias ou permissionárias, a Superintendência, cujas atribuições regimentais digam respeito à matéria, deverá convocar os representantes das empresas para prestar os devidos esclarecimentos. Artigo 3º Diante dos esclarecimentos a que se refere o artigo 2º, a Superintendência poderá, a seu critério, firmar o respectivo TAC, dele constando obrigatoriamente: I– a data e a qualificação das partes; II– a irregularidade ou pendência, com a respectiva fundamentação legal; III– os termos ajustados para a correção da irregularidade ou pendência, e IV– o prazo para correção. Parágrafo Único. O prazo a que se refere o inciso IV do *caput* será de no máximo 30 (trinta dias). Artigo 4º Decorrido o prazo estipulado no TAC, a Superintendência verificará a execução do compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, atestando o seu cumprimento ou não, por intermédio de relatório próprio. § 1º Se comprovado o atendimento ao compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, no prazo estabelecido, o procedimento será arquivado. § 2º Se comprovado o não atendimento do compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, a Superintendência, de ofício, nos termos do Regimento Interno da ANTT, adotará as providências necessárias à instauração de processo administrativo destinado a apurar responsabilidades e aplicar as devidas penalidades relacionadas às pendências ou irregularidades objeto do TAC. Artigo 5º A celebração do TAC não impedirá que a ANTT possa, se assim entender, deflagrar o processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades. Artigo 6º Os casos omissos serão decididos pela Diretoria da ANTT.

penalidades decorrentes de condutas que violavam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização. Os termos de ajuste de conduta foram previstos nos artigos 16 a 18 do Regulamento Anexo à Resolução n. 442/2004¹⁰³.

Na referida regulamentação, estabeleceu-se que o TAC poderia ser celebrado antes ou depois da instauração de processo administrativo para apuração de infração e imposição de penalidade. Ademais, passou a ser prevista a formalização de TAC entre a ANTT e as empresas autorizadas, além das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes, que já eram mencionadas na norma anterior. Por outro lado, não se previa um limite temporal máximo fixo para o saneamento das irregularidades e ainda existia a possibilidade de prorrogação do prazo autorizado pela Superintendência competente.

Na redação original da Resolução n. 442/2004, era antevisto que a celebração do TAC não impediria a instauração do processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades, nem era causa de extinção da punibilidade. No entanto, a disposição (parágrafo único do artigo 16) foi posteriormente revogada¹⁰⁴. Assim, passou-se a entender que o TAC havia sido dotado de efeito suspensivo em relação à instauração ou prosseguimento do processo administrativo para apuração das irregularidades objeto do termo de ajustamento.

Em 2016, a Resolução n. 442/2004 foi revogada pela Resolução n. 5.083, de 27 de abril de 2016, a qual aprovou novo regulamento acerca da disciplina de processos administrativos para apuração de infrações e aplicação de penalidades, passando a

¹⁰³ REGULAMENTO ANEXO À RESOLUÇÃO N. 442, DE 17 DE FEVEREIRO DE 2004. Artigo 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

Parágrafo único. REVOGADO (revogado pela Resolução n. 847/05). Artigo 17. O TAC conterá: I – data, assinatura e identificação completa das partes; II – especificação da pendência, irregularidade ou infração e da fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente; e III – o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração. § 1º O prazo a que se refere o inc. III será estabelecido pelo Superintendente competente, considerando as particularidades do caso, podendo ser prorrogado por decisão da Diretoria da ANTT. § 2º No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso. Artigo 18. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico. (alterado pela Resolução n. 847/05). § 1º Comprovado o cumprimento do compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis. § 2º Verificado o não cumprimento do compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado (Alterado pela Resolução n. 847/05).

¹⁰⁴ A Resolução n. 442/2004, foi alterada pela Resolução n. 847, de 12 de janeiro de 2005. Dentre as alterações estava a revogação do parágrafo único do artigo 16, com a seguinte redação: “Parágrafo único. A celebração do TAC não impede a instauração do processo administrativo, nem é causa de extinção de punibilidade”.

regulamentar, dentre outros aspectos, a celebração de TAC no âmbito da ANTT em seus artigos 14 a 16¹⁰⁵.

Em linhas gerais, a Resolução n. 5.083/2016 manteve a sistemática anterior, mas expressamente ampliou o rol de legitimados a firmar o TAC, abrangendo com maior fidedignidade o amplo rol de agentes regulados (concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados ou inscritos perante a ANTT).

Ainda, foi prevista a possibilidade de ser celebrado o TAC antes da instauração ou até o encerramento de processo administrativo sancionador, e se mantiveram flexíveis os prazos para a resolução de irregularidades, pendências ou infrações, que deveria ser estabelecido pela autoridade competente, considerando as particularidades do caso.

Ademais, na Resolução n. 5.083/2016 confirmou-se que os processos administrativos ficariam suspensos durante o transcurso do prazo previsto no TAC.

Um ponto importante comum a essas resoluções era a ausência de cominações suficientes a compelir os agentes regulados ao integral cumprimento do TAC. Com efeito, as regulamentações se limitavam a prever que, verificado o descumprimento do ajuste, seriam adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apurar responsabilidades e aplicar penalidades cabíveis, ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.

Ademais, nas referidas regulamentações, não havia qualquer menção acerca dos efeitos da celebração do TAC quanto à eventual confissão de matérias de fato ou sobre a ilicitude da conduta.

¹⁰⁵ Resolução n. 5.083/2016. Seção II. Do Termo de Ajuste de Conduta. Artigo 14. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Diretoria Colegiada ou da Superintendência de Processos Organizacionais competente, poderá, antes da instauração ou até o encerramento de processo administrativo de que trata o presente Regulamento, convocar os representantes legais de sociedades empresárias, concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados ou inscritos perante a ANTT, para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC. Artigo 15. O TAC conterá: I – data, assinatura e identificação completa das partes; II – especificação da pendência, irregularidade ou infração e da fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente; III – o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração; e IV – as medidas administrativas e as penalidades previstas para o caso de não cumprimento. § 1º O prazo a que se refere o inciso III será estabelecido pela autoridade competente, considerando as particularidades do caso, podendo ser prorrogado por decisão do Superintendente ou da Diretoria Colegiada da ANTT, na ocorrência de caso fortuito ou força maior devidamente comprovado. § 2º No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso. Artigo 16. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução, ou não, do compromisso assumido mediante relatório específico. § 1º Comprovado o cumprimento do compromisso, o processo administrativo para apuração de infração, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis. § 2º Verificado o não cumprimento do compromisso, sem prejuízo das penalidades previstas no TAC, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.

Embora se tenha notado uma constante mudança das resoluções que abordavam o termo de ajuste de conduta na ANTT entre 2003 e 2016, não se observou evolução no sentido de um efetivo aperfeiçoamento do instrumento e uma regulamentação mais robusta dos seus meandros.

Nesse ponto, a doutrina e os órgãos de controle, em especial do Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁰⁶, já vinham tecendo consideráveis críticas sobre o delineamento do TAC no âmbito da ANTT.

No Acórdão n. 2533/2017 – Plenário¹⁰⁷, o TCU criticou a ausência de previsão, nos termos de ajustamento de conduta celebrados pela ANTT, de medidas compensatórias para as infrações praticadas. Ademais, alertou-se quanto à problemática de haver, como única cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a instauração do processo administrativo para apurar as responsabilidades e aplicar as penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, conforme o § 2º do artigo 16 da Resolução ANTT 5.083/2016, pois tal cominação não seria capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença.

Ademais, no mesmo Acórdão, o TCU propôs rever a Resolução n. 5.083/2016, de modo a estabelecer critérios mais rigorosos para a celebração dos referidos ajustes na ANTT, além de prever a inclusão de incentivos positivos (prêmios) e negativos (cominações), no âmbito da discricionariedade permitida pela Lei, nos termos de ajustamento de conduta a serem assinados pela agência, a fim de dotá-los de efetividade, com eficácia de título executivo extrajudicial.

Nesse íterim, apesar de haver previsão normativa do TAC no âmbito da Resolução n. 5.083/2016, observa-se que desde 2015, a “Regulamentação do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC” configurava como tema prioritário na agenda regulatória da ANTT, com o objetivo de exarar norma específica que viesse a regulamentar a celebração desses

¹⁰⁶ O tema da intervenção dos órgãos de controle, em especial do Tribunal de Contas, no âmbito das agências reguladoras tem sido muito discutido no âmbito da doutrina brasileira, e envolve diversos aprofundamentos. Foge ao escopo dessa dissertação analisar criticamente os limites de tal intervenção e se ela extrapola a competência institucional dos referidos órgãos. No entanto, vale registrar que há importantes vozes na doutrina que se debruçaram sobre o tema, por vezes criticando a posição pouco deferente do Tribunal de Contas da União em relação às decisões tomadas no âmbito da regulação estatal. Veja-se, nessa esteira: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL**, no prelo; ROSILHO, Andre Janjacom. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2017.tde-08022017-165131. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹⁰⁷ Acórdão proferido no processo n. 019.494/2014-9, que consiste em Representação formulada pela Secretaria de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária, em face de possíveis irregularidades praticadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta com concessionários de serviços públicos de transporte rodoviário e ferroviário.

instrumentos, visando aos seguintes objetivos: atender às orientações do Tribunal de Contas da União quanto a esse instrumento consensual; padronizar a execução de TAC, sua elaboração, as obrigações, as cobranças e as penalidades para as Unidades Organizacionais que viessem a necessitar desse instrumento, de forma a tratar com isonomia os entes regulados, dentro de suas especificidades; conferir maior segurança jurídica, clareza, previsibilidade na execução do instrumento, além de reforçar o caráter regulatório da ANTT¹⁰⁸.

Nesse contexto, foi editada a Resolução n. 5.823, de 12 de junho de 2018, que trouxe uma regulamentação detalhada sobre os termos de ajustamento de conduta a serem celebrados pela ANTT.

5.2.2 Os contornos do termo de ajustamento de conduta na regulamentação hodierna da ANTT

O termo de ajustamento de conduta a ser formalizado no âmbito da ANTT foi regulamentado recentemente pela Resolução n. 5.823, de 12 de junho de 2018.

A minuta do referido ato normativo, pela importância do tema no âmbito das atividades regulatórias da agência, foi objeto de exaustivas discussões internas na ANTT e de audiência pública¹⁰⁹, o que resultou em documento contendo uma disciplina pormenorizada acerca dos procedimentos administrativos e dos efeitos do TAC a ser firmado no âmbito da agência.

Inicialmente, vale frisar que a nova regulamentação expressamente indicou os agentes regulados que poderão figurar como compromissários do TAC: concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados e demais inscritos sujeitos à regulação da ANTT¹¹⁰. Dessa forma, a celebração do TAC impõe que o compromissário seja parte de uma relação de sujeição especial com o agente regulador, caracterizando o ajuste como um típico instrumento regulatório (PALMA, 2015, p. 256).

¹⁰⁸ AGENDA REGULATÓRIA DA ANTT. Disponível em: http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/2846/Eixo_Tematico_1.html. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁰⁹ A minuta da resolução com objetivo de regulamentar o TAC foi objeto da Audiência Pública n. 10/2017, realizada em 16 de agosto de 2017, com o objetivo de colher subsídios para elaboração da resolução. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/52074.html>. Acesso em: 19 maio 2019.

¹¹⁰ Resolução n. 5.823, de 12 de junho de 2018. Artigo 1º Os compromissos de ajustamento de conduta firmados entre a ANTT e Agentes Regulados observarão os requisitos e procedimentos estabelecidos nesta Resolução. § 1º Para fins desta Resolução, consideram-se Agentes Regulados concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados e demais inscritos sujeitos à regulação da ANTT.

Ademais, diversamente das resoluções anteriores, que previam que o TAC era unicamente prerrogativa da ANTT, restou expresso que o ajuste poderá ser proposto tanto pela ANTT, como pelos agentes regulados¹¹¹, o que reforça a consensualidade na propositura do referido instrumento.

Em caso de propositura pelo regulado, após o recebimento do requerimento de TAC alvitado pelo agente regulado, a Superintendência competente poderá propor alterações à proposta. Em caso de sua inadmissão, haverá, ainda, a possibilidade de recurso para a Diretoria Colegiada contra a decisão¹¹². De outro lado, caso o TAC tenha sido proposto pela agência, a manifestação do agente regulado também poderá ser no sentido de suscitar modificações quanto à proposta inicial¹¹³.

Verifica-se, portanto, que, embora a palavra final acerca da admissão e mérito do TAC seja da ANTT, restou clara a valorização do consenso no que tange à formalização do termo de ajustamento, na medida em que ambas as partes poderão sugerir modificações às propostas iniciais, com a possibilidade de construção conjunta de seu teor.

¹¹¹ Artigo 2º O TAC poderá ser proposto pela ANTT ou pelos Agentes Regulados. § 1º Quando provocada pelo Agente Regulado, a proposta de celebração do TAC deverá ser formulada por petição escrita, dirigida à Superintendência competente, interrompendo-se a prescrição da ação punitiva, na forma do artigo 2º, IV, da Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999. § 2º Para fins desta Resolução, considera-se Superintendência competente a Superintendência de processo organizacional responsável pela regulação do serviço prestado pelo Agente Regulado ou pela gestão do respectivo instrumento de delegação firmado pela ANTT envolvido no TAC, salvo excepcionais especificadas em cada caso concreto. § 3º A apresentação de proposta de TAC e a sua celebração não importam confissão do Agente Regulado quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta relativa ao objeto da proposta.

¹¹² Artigo 5º Recebido o requerimento de celebração de TAC, caberá à Superintendência competente, no prazo de 30 (trinta) dias, a realização de juízo de admissibilidade e avaliação quanto ao mérito do pedido, analisando a adequação da proposta ao interesse público, às normas vigentes e às regras da presente Resolução. § 1º A Superintendência competente, por decisão fundamentada, poderá admitir, inadmitir ou propor alterações ao requerimento de celebração de TAC. § 2º Nas hipóteses de inadmissão, rejeição ou proposta de alterações ao requerimento de TAC, a proponente será intimada, podendo recorrer da decisão ou promover as adequações solicitadas pela Superintendência competente no prazo de 15 (quinze) dias, após os quais, não havendo manifestação, os autos pertinentes serão arquivados. § 3º Interposto recurso contra a decisão, a Superintendência competente terá 5 (cinco) dias para retratar-se ou encaminhar o recurso para apreciação pela Diretoria Colegiada, na forma do artigo 8º da presente Resolução. § 4º Admitida a proposta de celebração de TAC, o Agente Regulado terá 5 (cinco) dias úteis para apresentação da minuta de TAC nos termos do artigo 11, contados a partir da data de admissão da proposta de TAC pela Superintendência competente. § 5º Após o recebimento da minuta de TAC, a Superintendência competente promoverá as adequações necessárias e encaminhará os autos à Procuradoria Federal junto à ANTT para manifestação sobre os aspectos jurídicos da proposta, no prazo legal, sendo em seguida submetida à Diretoria Colegiada.

¹¹³ Artigo 6º No TAC proposto pela ANTT, caberá à Superintendência competente observar os requisitos dos artigos 3º e 4º. § 1º A proposta de TAC será encaminhada ao Agente Regulado, que deverá manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento da proposta. § 2º Caso a manifestação do Agente Regulado suscite modificações à proposta inicial, a ANTT fará o juízo de admissibilidade e a avaliação quanto ao mérito do pedido, respeitando os mesmos trâmites e prazos do processo de análise e requerimento de celebração de TAC dispostos do artigo 5º. § 3º Admitida pelo Agente Regulado a proposta de celebração de TAC, o processo deverá ser instruído com a minuta de TAC, nos termos do artigo 11, posteriormente encaminhado à Procuradoria Federal junto à ANTT para manifestação sobre os aspectos jurídicos da proposta, no prazo legal, sendo em seguida submetida à Diretoria Colegiada. § 4º Inadmitida a proposta de TAC pelo Agente Regulado, o processo será arquivado.

Por outro lado, as obrigações assumidas em TAC independem da apuração de responsabilidade pela conduta irregular, pois, conforme o artigo 2º, § 3º¹¹⁴, da Resolução, o termo não constitui confissão de dívida ou reconhecimento de ilicitude da conduta relativa ao objeto da proposta.

Ademais, o termo de ajustamento de conduta possui eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 5º, da Lei n. 7.347, de 24 de junho de 1985, conforme consignado no artigo 1º, § 4º, da Resolução¹¹⁵.

O TAC a ser celebrado no âmbito da ANTT, conforme desenhado na nova resolução, poderá ser firmado com dois propósitos: corretivo ou compensatório. Ou seja, o termo de ajustamento terá como objetivo corrigir descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares, e caso os descumprimentos já tenham sido corrigidos ou exaurido seus efeitos, o TAC terá por objetivo compensar os efeitos do descumprimento, por meio da execução de obrigações não previstas originalmente no instrumento de outorga¹¹⁶.

Vale dizer ainda, que, durante a vigência do TAC, não poderão ser lavrados novos autos de infração que tenham por objeto as obrigações legais, contratuais ou regulamentares descumpridas, e são objeto do ajuste, conforme disposto no artigo 24 da Resolução estudada¹¹⁷.

Importante ressaltar que sempre haverá a necessidade de se demonstrar a satisfação do interesse público para a sua celebração no caso concreto, o que, embora seja uma condicionante inerente à celebração de quaisquer acordos pela Administração, especialmente aqueles substitutivos de sanção, não estava expressamente prevista no regramento anterior.

Dessa forma, na Resolução n. 5.823/2018, ficou claro que não será admitido o TAC quando não comprovado o interesse público na sua realização¹¹⁸. É imprescindível demonstrar a motivação para sua propositura, comprovando que o TAC é o meio mais adequado e próprio à realização do interesse público no caso concreto. Nesse sentido, o artigo 8º:

¹¹⁴ Artigo 2º. [...] § 3º A apresentação de proposta de TAC e a sua celebração não importam confissão do Agente Regulado quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta relativa ao objeto da proposta.

¹¹⁵ Resolução n. 5.823, de 12 de junho de 2018. Artigo 1º [...] § 4º O TAC possui eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 5º da Lei n. 7.347, de 24 de junho de 1985.

¹¹⁶ Artigo 1º [...] § 2º O compromisso de ajustamento de conduta será tomado por meio de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC e terá por objeto a correção de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares, pelo Agente Regulado. § 3º Nos casos em que os descumprimentos de obrigações contratuais ou regulamentares pelo Agente Regulado já tenham sido corrigidos ou tenham exauridos seus efeitos, o TAC terá por objetivo compensar os efeitos do descumprimento, por meio da execução de obrigações não previstas originalmente no instrumento de outorga.

¹¹⁷ Artigo 24. Durante a vigência do TAC não serão lavrados novos autos de infração que tenham por objeto as obrigações previstas no artigo 11, II.

¹¹⁸ Artigo 4º Não será admitido TAC nas seguintes hipóteses: [...] III – quando não restar comprovado interesse público na celebração do TAC; [...]

Artigo 8º. Compete à Diretoria Colegiada avaliar se a celebração de TAC é o meio mais adequado e próprio à realização do interesse público no caso concreto, considerando, dentre outros aspectos, a proporcionalidade da proposta em relação à gravidade da conduta em análise e à efetiva proteção aos direitos da coletividade, autorizando ou rejeitando sua celebração, por decisão irrecorrível.

Ademais, é vedada a admissão de TAC quando já aplicada a penalidade por decisão definitiva em processo administrativo sancionatório (artigo 4º, IV). Esta limitação pode ser entendida como um estímulo a que os acordos substitutivos sejam firmados antes do fim do processo administrativo sancionador, de forma que não haja conduta protelatória por parte do regulado em esperar a decisão definitiva da Administração para se interessar pela substituição da sanção, o que poderia ocasionar maiores custos e evitar a possibilidade de reparação efetiva do dano¹¹⁹.

Na nova resolução, estabeleceu-se também o prazo máximo do TAC, cujo cronograma de execução não poderá ultrapassar quatro anos, podendo ser prorrogado por prazo proporcional ao evento que ensejou o atraso, desde que não tenha havido culpa do agente regulado¹²⁰. A limitação de prazo é salutar, conferindo igualdade de condições aos regulados, pois impede situações arbitrárias na fixação do termo de ajustamento, de forma que não haja fixação de prazos muito longos em relação a alguns agentes regulados ou em determinados termos de ajustamento, e muito curtos em outros, em eventual afronta à isonomia.

Ademais, a nova Resolução n. 5.823/2018 estipulou as cláusulas obrigatórias a constarem no ajuste, dentre as quais ressaem: a descrição do compromisso do agente regulado em promover o ajustamento de conduta, organizado em cronograma de obrigações assumidas a fim de corrigir ou compensar o descumprimento e reparar os danos causados; as penalidades pelo descumprimento de cada item do cronograma de execução e das condições estabelecidas

¹¹⁹ Nesse sentido, a opinião de Marrara (2017, p. 11): “O fator temporal indica o momento de celebração do acordo em relação à fase do processo administrativo sancionador. Os acordos firmados no início do processo tendem a ser os mais benéficos ao Estado, haja vista que solucionam de imediato as dúvidas e questionamentos sobre o comportamento do regulado, evitando desperdício de tempo e de recursos com a instrução, além de promoverem rapidamente os interesses públicos primários. No entanto, por mais que a celebração veloz de um acordo possa produzir benefícios acentuados ao agente regulado, muitas vezes, ele tenderá a adiar a proposta de compromisso no intuito de examinar com mais calma e mais elementos os riscos de condenação e as vantagens reais da escolha da medida consensual. Em outras palavras, o regulado tende a buscar o acordo mais tardiamente que a Administração, na medida em que preferirá confirmar o risco de condenação à luz do conjunto probatório do processo e necessitará de certo tempo para avaliar os impactos negativos e positivos de se comprometer a cessar ou alterar sua conduta”.

¹²⁰ Artigo 11. [...] § 3º O cronograma de execução a que se refere o inciso III será estabelecido considerando as particularidades do caso, não devendo ultrapassar o prazo máximo de quatro anos, podendo ser prorrogado proporcionalmente ao evento que deu causa ao atraso desde que não tenha decorrido de culpa do Agente Regulado, por decisão da Diretoria Colegiada da ANTT.

no termo, inclusive multas moratórias; e as penalidades para o caso de rescisão do TAC, em caso de descumprimento¹²¹.

Ademais, foi previsto o procedimento a ser seguido em caso de descumprimento, mesmo parcial, do TAC, podendo ser aplicadas medidas coercitivas, como multa, suspensão temporária dos serviços regulados e a redução temporária do valor das tarifas¹²².

Dessa forma, verifica-se que os novos termos de ajustamento de conduta da ANTT deverão necessariamente indicar as penalidades para o caso de descumprimento das condições e obrigações assumidas; além disso, houve previsão de medidas coercitivas para compelir ao seu adimplemento. Assim, a nova Resolução suprimiu a lacuna que havia nas regulamentações anteriores quanto à ausência de cominações nos casos de seu descumprimento, tornando-se um instrumento mais efetivo no que tange a compelir o agente regulado a cumprir o pacto acordado.

Ainda, a nova resolução tratou de diversos outros aspectos, estabelecendo parâmetros relacionados ao valor de referência do TAC, ao reequilíbrio econômico-financeiro, à

¹²¹ Artigo 11. O TAC conterà, sem prejuízo de outras cláusulas específicas a cada ajuste: I – identificação completa das partes; II – relação das obrigações legais, contratuais e regulamentares objeto do ajuste, com indicação de eventuais processos administrativos correspondentes; III – descrição do compromisso do Agente Regulado em promover o ajustamento de conduta, devidamente organizado em cronograma de execução de obrigações assumidas com o objetivo de corrigir ou compensar obrigações descumpridas e eventualmente reparar os danos causados; IV – regras para o acompanhamento e fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas no TAC; V – obrigação de prestação de informações periódicas à ANTT sobre o cumprimento do cronograma de execução e sobre as condições dos compromissos; VI – penalidades pelo descumprimento de cada item do cronograma de execução e das condições estabelecidas no termo, inclusive multas moratórias; VII – penalidade para o caso de rescisão do TAC em razão de seu descumprimento; VIII – matriz de riscos associada às obrigações assumidas no TAC; IX – garantias a serem prestadas pelo Agente Regulado e o prazo para sua apresentação, quando couber; X – valor de referência do TAC; XI – compromisso, por parte do Agente Regulado, de dar publicidade às obrigações assumidas no TAC e aos resultados a serem obtidos com o seu cumprimento; XII – forma de atualização dos valores das penalidades contempladas no TAC; XIII – data e assinatura das partes; e XIV – renúncia pelo Agente Regulado, do prazo previsto no artigo 38, § 3º, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, salvo no caso previsto no artigo 1º, §3º.

¹²² Artigo 16. Considera-se caracterizado o descumprimento parcial quando o Agente Regulado não executar alguma das obrigações estabelecidas no TAC no tempo, no lugar e na forma convencionados no ajuste. § 1º Constatado o descumprimento parcial, o Agente Regulado será notificado para corrigir as inconformidades apontadas e apresentar justificativas no prazo de 15 (quinze) dias, sendo desde logo indicada medida coercitiva cabível. § 2º Apresentada justificativa para a inconformidade, sua análise caberá à Superintendência competente, que decidirá sobre a procedência ou improcedência das razões no prazo de 15 (quinze) dias. § 3º Rejeitadas as justificativas apresentadas pelo Agente Regulado, a medida coercitiva incidirá automaticamente, retroagindo ao final do prazo definido no § 1º. § 4º Aceitas as justificativas, a Superintendência competente promoverá as adequações necessárias no cronograma de execução, proporcionalmente ao evento que deu causa ao descumprimento parcial e, caso o cronograma alterado ultrapasse o prazo de conclusão estabelecido no TAC, caberá à Diretoria Colegiada decidir sobre a proposta de extensão do prazo do Termo de Ajustamento de Conduta, observado o disposto no artigo 11, § 3º. Artigo 17. Caracterizado o descumprimento parcial, poderão ser aplicadas, dentre outras, as seguintes medidas coercitivas, de forma alternada ou cumulada: I – multa; II – suspensão temporária dos serviços regulados, observado o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos; e III – redução temporária de valor das tarifas. Parágrafo único. A multa pelo descumprimento de cada item do cronograma de execução será definida como uma fração do valor de referência disposto no Capítulo IV.

fiscalização do descumprimento parcial e cumprimento do TAC e às hipóteses de rescisão do ajuste.

Dessa forma, a nova regulamentação do termo de ajustamento de conduta da ANTT trouxe parâmetros que conferem maior isonomia e igualdade de condições aos regulados interessados em formalizar o TAC para substituir processos sancionatórios. As disposições também poderão trazer mais segurança jurídica à utilização do referido instrumento, na medida em que prevê com maior clareza o procedimento administrativo para a sua celebração e os efeitos do seu descumprimento.

Ainda, a nova regulamentação teve como aspecto positivo exigir a demonstração do interesse público a ser satisfeito, ponderando sobre a adequação do TAC ao caso concreto, devendo haver ponderação quanto à gravidade da conduta e à efetiva proteção aos direitos da coletividade. Por fim, proporcionou maior consensualidade na formalização do acordo, prevendo a possibilidade de propositura por parte do regulador ou do regulado e a construção conjunta do seu teor.

Vale dizer que no procedimento de Análise de Impacto Regulatório instaurado para o estudo da regulamentação do Termo de Ajustamento de Conduta¹²³, ressaltou-se que o TAC pode figurar como importante instrumento regulatório, especialmente diante da realidade no setor de transportes, em que comumente se observam contratos com prazos bastante extensos, hipóteses em que são facilmente constatadas mudanças de contexto social, ambiental e econômico que podem atingir o contrato de forma negativa, dificultando a possibilidade de seu adimplemento regular, o que poderá trazer consequências graves, como a sua caducidade, prevista nos artigos 35, III, e 38 da Lei n. 8.987/1995.

Assim, considerou-se que o termo de ajustamento de conduta poderia vir a oferecer, especialmente nesses casos, a chance de os agentes regulados atuarem como colaboradores do ente regulador, substituindo a imposição de penalidades severas e bastante custosas, por novas obrigações não previstas originariamente nos instrumentos de outorga, inclusive em benefício aos usuários dos serviços.

Desta feita, conforme se extrai da nova regulamentação do TAC no âmbito da ANTT, conclui-se que esta teve o condão de estabelecer balizas mais claras acerca do referido instrumento. Embora a ausência de parâmetros e detalhamentos nas resoluções anteriores pudesse significar maior liberdade para a agência quanto às hipóteses de cabimento do ajuste

¹²³ A Análise de Impacto Regulatório está disponível no processo administrativo SEI n. 50500.349324/2016-56. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

e dos seus possíveis termos, isto causava, por outro lado, maior insegurança jurídica e poderia vir a acobertar situações arbitrárias.

A nova resolução, nessa seara, veio aprimorar aspectos importantes, como a necessidade de motivação quanto à satisfação do interesse público, à luz da proporcionalidade e da efetiva proteção aos direitos da sociedade, proporcionar maior consensualidade na formalização do acordo, possibilitar medidas cominatórias para efetivamente ser cumprido o TAC, e trazer parâmetros para proporcionar maior segurança jurídica e isonomia.

Pelo exposto, o termo de ajustamento de conduta na esfera da ANTT pode ser considerado um instrumento regulatório com bases consensuais, a ser firmado entre a ANTT e os agentes regulados, que permite corrigir condutas irregulares ou compensar os efeitos negativos delas decorrentes com a assunção de novas obrigações não previstas originalmente no instrumento de outorga, substituindo a aplicação da sanção ou a instauração do processo sancionatório, caso o acordo se mostre mais vantajoso e eficiente do que a imposição de outras penalidades, como também se demonstrado que se trata do meio mais adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

5.3 A mediação e a arbitragem na resolução de conflitos regulatórios no âmbito da ANTT

No exercício da competência de resolução dos diversos conflitos que podem surgir entre operadores regulados, usuários ou agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado, a agência reguladora se vale comumente de instrumentos consensuais, proporcionando a participação e o diálogo dos envolvidos, na tentativa de alcançar a melhor solução no caso concreto. Tais mecanismos visam não prolongar esses conflitos no âmbito do Poder Judiciário e privilegiam a solução alcançada pelas próprias partes, atuando a agência como mediadora ou conciliadora dos referidos conflitos.

Observa-se o uso de mecanismos consensuais também quando a própria agência figura como parte do conflito. Nesses casos, os instrumentos consensuais de resolução de controvérsias estão previstos, em regra, nas leis gerais que tratam dos institutos de delegação de serviços públicos e nos respectivos instrumentos de outorga, prevendo que seja preterida a via judicial a fim de se obter maior celeridade e economia na resolução do conflito e uma decisão mais técnica e adequada ao setor regulado.

Conforme mencionado, o tema do desenvolvimento de “Métodos alternativos de resolução de conflitos” foi previsto nas agendas regulatórias da ANTT, a fim de ser elaborada

resolução para definir os meios de solução de controvérsias entre concessionárias, permissionárias, empresas autorizadas e usuários de serviço público, como também para uniformizar procedimentos, o que culminou com a recente Resolução ANTT n. 5.845, de 14 de maio de 2019.

5.3.1 O desenvolvimento dos meios consensuais de resolução de conflitos regulatórios na ANTT

A Lei n. 10.233/2001 trouxe, como um dos objetivos da ANTT, harmonizar 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, conforme dispôs o seu artigo 20, II, b. Nessa esteira, no Decreto n. 4.130/2002, consta que na sua esfera de atuação, a ANTT poderá dirimir administrativamente conflitos de interesses entre o Poder Concedente e os prestadores de serviços de transporte e arbitrar disputas entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários, além de compor e arbitrar conflitos de interesses no âmbito da defesa e proteção dos direitos dos usuários, conforme artigo 3º, XXVIII e XXX.

Deve-se vislumbrar, portanto, que a própria legislação levantou as hipóteses de existência de conflitos de interesses entre agentes regulados, entre esses agentes e usuários, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado. Nesses casos, a Lei n. 10.233/2001 e o Decreto n. 4.130/2002 utilizaram o termo “arbitrar” para designar a competência da ANTT para atuar na resolução desses conflitos.

Conforme ressaltado neste trabalho, é importante diferenciar as hipóteses em que a legislação utiliza a nomenclatura de “arbitramento”, da hipótese de arbitragem trazida pela Lei n. 9.307/1996, que visa a formar um título executivo judicial.

Embora a Lei n. 10.233 e o Decreto n. 4.130 tenham utilizado o termo “arbitrar” para designar a competência para a resolução de conflitos entre agentes regulados ou entre estes e usuários de serviços, os atos normativos não se referiram propriamente ao procedimento de arbitragem da Lei n. 9.307/1996, consistindo, portanto, na designação para o procedimento a ser instaurado no âmbito da ANTT para a solução de litígios na esfera administrativa.

Ademais, conforme se observa do novo Regimento Interno da ANTT (Resolução n. 5.810/2018), foi atribuída às diversas Superintendências e unidades internas a competência de

resolver conflitos entre agentes regulados através dos procedimentos de mediação, conciliação ou arbitramento, conforme se verifica pelos dispositivos abaixo:

Artigo 29. À Ouvidoria compete:

IV – promover a conciliação e a mediação na resolução de conflitos entre a sociedade e órgãos, entidades ou agentes do Poder Executivo Federal, quando não houver atribuição específica das Superintendências de Processos Organizacionais, ou sempre que provocada;

Artigo 40. À Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros compete:

V – atuar na mediação de conflitos de interesses entre os operadores e entre estes e os consumidores dos serviços;

Artigo 42. À Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas compete:

VIII – harmonizar interesses e conflitos entre prestadores de serviços e entre estes e usuários, bem como promover os processos de mediação e arbitramento relacionados ao transporte ferroviário de cargas;

No referido ato normativo, além de não ter havido uniformidade ou rigor técnico na nomenclatura utilizada no exercício da competência de resolução de conflitos entre agentes regulados ou entre estes e usuários, ou com demais agentes que com estes se relacionem no ambiente regulatório, também não há maiores explicações acerca dos procedimentos mencionados. Ademais, não foi identificado ato normativo interno da agência estabelecendo a procedimentalização desses mecanismos no âmbito de suas unidades.

No entanto, uma vez que foram mencionados procedimentos de mediação, conciliação e harmonização de interesses, pode-se afirmar que foram priorizadas formas autocompositivas de resolução de conflitos regulatórios, nas quais as próprias partes chegam a um acordo sobre o conflito em causa, de forma que a agência atue como mediadora ou conciliadora no âmbito do referido procedimento administrativo instaurado.

Assim, nesses casos, a agência, na sua competência de resolver os conflitos no âmbito do setor regulado, deverá priorizar a harmonização dos interesses, com a atitude cooperativa dos agentes regulados e dos usuários dos serviços no alcance da solução, os quais deverão ser chamados a participar do procedimento administrativo, de forma que possam chegar à solução almejada através de acordo econômico e célere.

No entanto, seria oportuno à agência proceder com a regulamentação dos procedimentos de mediação e conciliação no âmbito interno da agência, estabelecendo os parâmetros e o procedimento para resolução de conflitos entre agentes regulados ou entre estes e usuários de serviços, garantindo maior transparência e prevendo a efetiva participação dos interessados e mecanismos de cooperação e diálogo, com a garantia do devido processo legal.

Por outro lado, também é possível observar as hipóteses de conflitos e controvérsias entre a ANTT e os agentes regulados, ou seja, a própria agência reguladora é parte do conflito. Esta situação ocorre comumente em razão de a ANTT figurar como poder concedente nos contratos de outorga da atividade regulada. Conforme analisado, a atribuição para celebrar contratos de outorga no setor de transportes terrestres foi atribuída à ANTT (artigos 24, V, 25, I a III, e 26, I e VI, da Lei n. 10.233/2001).

Desta feita, a Lei n. 10.233/2001 obriga a existência, nos contratos de concessão e de permissão, de cláusula que viabilize os instrumentos de conciliação e arbitragem (artigos 35, XVI e 39, XI).

Ademais, na Lei n. 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, foi prevista expressamente como cláusula essencial ao contrato de concessão aquela relativa ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais. O contrato pode prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive a arbitragem (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Embora houvesse controvérsias acerca da utilização dos procedimentos de arbitragem e mediação no âmbito dos conflitos envolvendo a Administração Pública, a questão foi resolvida por meio da Lei n. 9.307/1996, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015, que estabeleceu a possibilidade da utilização da arbitragem para a Administração Pública. A Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), por sua vez, permitiu a autocomposição de conflitos no âmbito administrativo.

Ainda, a Lei n. 13.448/2017 foi claramente favorável à arbitragem e outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias nos contratos de parceria nas áreas rodoviária, ferroviária e aeroportuária, nos termos do artigo 31. Em casos de *relicitação* desses contratos se faz como cláusula obrigatória o compromisso arbitral entre as partes, com previsão de submissão à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos (artigo 15, III).

Assim, diante de todo esse quadro normativo, após a inclusão do tema na Agenda Regulatória da agência, foi editada a Resolução ANTT n. 5.845, de 14 de maio de 2019, a fim de regulamentar os procedimentos e as regras referentes ao processo de solução de controvérsias entre a ANTT e os seus entes regulados.

5.3.2 A atual regulamentação da mediação e arbitragem na ANTT: a solução de controvérsias entre a ANTT e seus entes regulados

Com efeito, a Resolução ANTT n. 5.845, de 14 de maio de 2019, estabeleceu o processo de solução de controvérsias entre a ANTT e os seus entes regulados, que abrange os procedimentos de autocomposição, nos termos da Lei n. 13.140/2015, e a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996¹²⁴.

Desta feita, esclarecendo diversos pontos controversos acerca do tema, a agência estabeleceu o que podem ser considerados direitos patrimoniais disponíveis¹²⁵ para sujeição ao procedimento de solução de controvérsias regulado pelo ato normativo, conforme o rol a seguir: I) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II) indenizações decorrentes da extinção ou transferência do contrato; III) penalidades contratuais e seu cálculo, além de controvérsias advindas da execução de garantias; IV) o processo de *relicitação* do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e V) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Ademais, é possível que seja celebrado, de comum acordo, compromisso arbitral, para que quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato sejam resolvidos por arbitragem¹²⁶.

¹²⁴ Artigo 1º A presente Resolução dispõe sobre os procedimentos e as regras referentes ao processo de Solução de Controvérsias entre a ANTT e os seus entes regulados. Parágrafo único. O processo de Solução de Controvérsias abrange a autocomposição, nos termos da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 e a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

¹²⁵ Ressalte-se que a definição sobre em que consistem os direitos patrimoniais disponíveis, para fins de utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, é tema que envolve diversas discussões doutrinárias, as quais fogem ao escopo do presente trabalho. Sobre o tema, sugerem-se as seguintes leituras: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 03, pp.19-58, jul.-set. 2017; FREITAS, Rafael Veras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 14, n. 53, pp. 199-227, jan.-mar. 2016, p. 08. No caso da Resolução ANTT n. 5.845/2019, foi utilizado claramente como parâmetro a Lei n. 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e *relicitação* dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), e, em seu artigo 31, § 4º, estabelece o que são consideradas “controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis”: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

¹²⁶ Artigo 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução: I – questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II – indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato; III – penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias; IV – o processo de *relicitação* do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e V – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em

Foram regulamentados na Resolução dois tipos de procedimentos: o processo de mediação e a arbitragem.

A mediação, método autocompositivo de resolução de controvérsia visando formalizar acordo entre as partes, será conduzida pela Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 32, da Lei n. 13.140/2015, que prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. A decisão sobre a admissibilidade, a conveniência e a oportunidade de a ANTT participar da mediação caberá à diretoria colegiada, que, em assim concordando, indicará servidor como representante na mediação e delimitará seus poderes negociais¹²⁷.

Um aspecto importante é acerca do sigilo no âmbito do procedimento de mediação. Sobre o ponto, restou estabelecido que, conforme o artigo 30 da Lei n. 13.140/2015, o processo de mediação será considerado sigiloso desde o protocolo do pedido. No entanto, tão logo encerrada a mediação, as informações processuais serão públicas, com exceção dos parâmetros negociais e de outros sigilos legais ou definidos pela ANTT¹²⁸.

Esta previsão visa a compatibilizar o princípio da publicidade, inerente à atuação da Administração Pública, com a necessidade de proteger a confidencialidade, característica do procedimento de mediação. Nesse sentido, defendem Cuéllar e Moreira:

Como as mediações precisam ser resolvidas em curto prazo dentro da maior harmonia possível, o que aqui se defende é a suspensão provisória de sua publicidade, para que, imediatamente quando ela chegar ao fim, seja tornada pública em sua integralidade – e, assim, submetida ao escrutínio popular, jurídico, político e dos órgãos de controle. Quando muito, pode se tornar imediatamente pública a existência da mediação – a sua instalação, local e parâmetros de desenvolvimento, mas não o seu conteúdo e atos formais. Ao final (qualquer que seja a sua conclusão), reitere-se, tudo é levado à luz do dia (CUÉLLER; MOREIRA, 2018, p. 140).

comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no artigo 12.

¹²⁷ Artigo 9º O pedido de mediação será autuado e encaminhado à Superintendência de Processo Organizacional com competência sobre a matéria controversa para manifestação sobre a admissibilidade do pleito. § 1º Após instrução da Superintendência de Processo Organizacional sobre o pedido apresentado, os autos serão enviados à Diretoria Colegiada para decisão sobre a admissibilidade, a conveniência e a oportunidade de a ANTT participar da mediação. § 2º O processo se torna público nas hipóteses de inadmissão do pedido ou de não participação da ANTT. Artigo 10. Decidida a participação da ANTT, a Diretoria Colegiada indicará servidor como representante na mediação e delimitará seus poderes negociais.

¹²⁸ Artigo 8º [...] Parágrafo único. O processo de mediação será considerado sigiloso desde o protocolo do pedido, conforme artigo 30 da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Artigo 10. [...] § 2º Encerrada a mediação, as informações processuais serão públicas, com exceção dos parâmetros negociais e de outros sigilos legais ou definidos pela ANTT.

Por fim, se não houver acordo sobre a questão, as partes podem definir, no termo final, a celebração do compromisso arbitral, a fim de levar o conflito ao procedimento de arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307/1996¹²⁹.

Sobre o procedimento de arbitragem, a Resolução ANTT n. 5.845/2019 estabeleceu que os atos de outorga de serviço público, em que constem cláusula arbitral, e os compromissos arbitrais firmados pela ANTT, definirão expressamente uma ou mais câmaras arbitrais dentre as credenciadas, nos termos do § 5º do artigo 31 da Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017¹³⁰.

Ademais, por consenso entre as partes envolvidas e a ANTT, poderá ser definida câmara diversa da estabelecida em contrato¹³¹. Na formação do tribunal arbitral, que será composto por três árbitros, caberá a cada parte indicar um deles. O terceiro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas partes. Ainda, só serão adotados procedimentos expeditos ou de árbitro único em caso de acordo entre as partes¹³².

Dessa forma, foram priorizadas as soluções consensuais na escolha da câmara arbitral e dos árbitros que comporão o tribunal arbitral.

Acerca da confidencialidade da arbitragem e compatibilização com o princípio da publicidade, a Resolução estabeleceu que as informações contidas no processo arbitral serão públicas e de livre acesso; no *site* da ANTT será disponibilizado o requerimento de instauração da arbitragem; a resposta ao requerimento, as defesas, a réplica, a tréplica e outras manifestações das partes apresentadas sobre o mérito; as provas produzidas; e as decisões do

¹²⁹ Artigo 11. Não havendo acordo sobre a questão, as partes podem definir no termo final a celebração de compromisso arbitral.

¹³⁰ Conforme dispõe a Lei n. 13.448/2017, o credenciamento de câmaras arbitrais se dará por Ato do Poder Executivo. Nessa esteira, foi editado em 20 de setembro de 2019, o Decreto n. 10.025, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do *caput* do artigo 35 da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do artigo 62 da Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do artigo 31 da Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017, estabelecendo procedimentos para o credenciamento e a escolha da câmara arbitral.

¹³¹ Artigo 15. Os contratos de outorga de serviço público e os compromissos arbitrais firmados pela ANTT definirão expressamente uma ou mais câmaras arbitrais dentre as credenciadas, nos termos do § 5º do artigo 31 da Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017. Parágrafo único. Na hipótese de não ter sido definida a câmara arbitral previamente, a ANTT indicará três câmaras cadastradas em conformidade com o decreto regulamentador do § 5º do artigo 31 da Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017, e a parte privada escolherá uma câmara entre as indicadas. Artigo 16. Por consenso entre as partes envolvidas e a ANTT, poderá ser definida Câmara diversa da estabelecida em contrato.

¹³² Artigo 21. O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada parte indicar um árbitro. § 1º O terceiro árbitro, o qual será o presidente do tribunal arbitral, será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas partes. § 2º Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada parte, o terceiro árbitro será indicado pela câmara de arbitragem selecionada, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem. § 3º No caso de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no regulamento de arbitragem da câmara arbitral selecionada. § 4º Só serão adotados procedimentos expeditos ou de árbitro único em caso de acordo expresso entre as partes.

tribunal arbitral¹³³. No entanto, conforme a necessidade, poderá haver duas versões dos documentos – uma pública e uma sigilosa.

Ademais, a audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade¹³⁴, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral¹³⁵.

Conforme se observa, foram regulamentados diversos aspectos importantes acerca da submissão de conflitos aos procedimentos de mediação e arbitragem entre a ANTT e os seus entes regulados, o que proporciona maior segurança jurídica quanto à utilização dos referidos instrumentos alternativos de resolução de controvérsias, que certamente possuem diversos benefícios em relação à submissão do conflito ao processo judicial, especialmente no que tange à celeridade e ao melhor controle do procedimento pelas próprias partes e, ainda, pode proporcionar maior aceitação da solução encontrada.

No que se refere à arbitragem, o julgamento pode ter como benefício maior precisão técnica, principalmente em razão da possibilidade de escolher árbitros com conhecimento sobre o setor, que, no caso da infraestrutura de transportes terrestres, envolvem assuntos bastante complexos, que demandam certa especialização por parte dos julgadores. Na mediação, pode-se vislumbrar a possibilidade de a solução alcançada ser construída pelas próprias partes, com menores custos, proporcionando economicidade na resolução do conflito.

Após a análise do desenvolvimento de alguns dos principais instrumentos consensuais objeto de aperfeiçoamento recente no âmbito normativo da ANTT, quais sejam, os instrumentos de participação social, os termos de ajustamento de conduta, a mediação e a arbitragem sendo a ANTT parte do conflito, observa-se que houve uma notável evolução na

¹³³ Artigo 22. As informações no processo arbitral serão públicas e de livre acesso, sendo os seguintes documentos disponibilizados no sítio eletrônico da ANTT: I – o requerimento de instauração da arbitragem; II – a resposta ao requerimento, as defesas, a réplica, a tréplica e outras manifestações das partes apresentadas sobre o mérito; III – as provas produzidas; e IV – as decisões do tribunal arbitral. § 1º Nos documentos previstos no *caput*, haverá uma versão pública e, conforme a necessidade, uma versão sigilosa. § 2º As versões pública e sigilosa serão produzidas pelos interessados, nas hipóteses dos incisos I e II, e pelo tribunal arbitral, nos casos dos incisos III e IV. § 3º Caberá à ANTT indicar ao tribunal arbitral o sigilo das informações sob sua responsabilidade.

¹³⁴ Ressalte-se que, conforme destaca Lemes (2004, p. 17), a privacidade não se confunde com a confidencialidade, uma vez que esta está relacionada à sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes. A privacidade, por sua vez, se refere apenas ao local em que a arbitragem é processada e quanto à matéria discutida, de forma que não seja permitida a presença de pessoas estranhas nas audiências e não se opõe ao princípio da publicidade.

¹³⁵ Artigo 22. [...] § 4º A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.

configuração dos referidos instrumentos consensuais, a partir da edição de novas resoluções com a finalidade de dotá-los de maior efetividade.

Recorde-se, nessa esteira, que também foi prevista no regimento interno da ANTT (Resolução n. 5.810, de 3 de maio de 2018), a diretriz de sempre considerar em sua atuação regulatória a possibilidade de soluções administrativas consensuais para atender ao interesse público (artigo 4º).

A melhor regulamentação dos instrumentos estudados lhes oferecem maior institucionalidade no âmbito regulatório e lhes conferem segurança jurídica.

Ademais, as nuances conferidas aos instrumentos aqui estudados permitem afirmar que a consensualidade, no sentido de promover um efetivo diálogo e interação entre os interessados, está intrínseca à atuação regulatória atual da ANTT, demonstrando que a permeabilidade ao administrado é valorizada e incentivada em diversas esferas de atuação.

No âmbito do exercício da competência normativa e decisória da ANTT, a consensualidade está presente através da efetiva participação social proporcionada nos processos de construção do conhecimento e de desenvolvimento sobre determinada proposta, e nos processos de apresentação de proposta final de ação regulatória, refletida nos instrumentos da tomada de subsídios, da reunião participativa, da consulta pública e da audiência pública.

Estes procedimentos foram regulamentados de forma robusta através da Resolução ANTT n. 5.624/2017, estabelecendo importantes aspectos relacionados, por exemplo, à ampla e efetiva publicidade dos eventos participativos e de documentos relacionados ao entendimento da matéria, estabelecimento de prazos mínimos de abertura à participação, e obrigações quanto à divulgação das contribuições e análises técnicas, mediante justificativas sobre o acolhimento ou não das sugestões, visando uma participação construtiva de todos os possíveis interessados, possibilitando decisões regulatórias elaboradas com a contribuição da sociedade.

No exercício das competências sancionatórias e fiscalizatórias, a consensualidade se reflete na possibilidade de formalizar acordos substitutivos, em que são tomadas importantes medidas regulatórias visando obter compromissos por parte dos regulados em adotar medidas de correção de condutas e de reparação dos danos causados por condutas irregulares, ou ainda compensações na forma de novos investimentos no setor, na medida da efetiva satisfação do interesse público no caso concreto. Para tanto, tem-se a atuação concertada entre o ente regulador e o agente regulado na construção conjunta de um acordo denominado termo de ajustamento de conduta (TAC), a ser elaborado segundo os parâmetros trazidos pela

Resolução n. 5.823/2018, que conferem maior isonomia e igualdade de condições aos regulados interessados em formalizá-lo.

No que tange ao âmbito da resolução de conflitos regulatórios, foram normatizados na Resolução n. 5.845/2019, os procedimentos para a adoção de autocomposição e arbitragem para conflitos que envolvam a ANTT, o que demonstra a consensualidade presente tanto na possibilidade de formalização de acordo negociado no âmbito da mediação, quanto na opção em celebrar compromisso arbitral ou conter cláusula compromissória nos contratos, hipótese em que o conflito será submetido à arbitragem, conforme ajustado pelas partes.

Desta feita, é possível notar que, no âmbito institucional, os instrumentos consensuais assumem grande importância no exercício das competências regulatórias da ANTT, tendo se desenvolvido com a incorporação de tendências democráticas a fim de implementar maior permeabilidade aos agentes regulados e outros interessados nos processos decisórios, de forma que possam efetivamente influenciar nas decisões regulatórias, tornando-as mais qualificadas e legítimas.

No entanto, algumas experiências recentes demonstram que ainda existe espaço para o avanço do estudo e desenvolvimento de instrumentos de diálogo no âmbito regulatório, uma vez que ainda se observa a existência de atuações consensuais informais, ou seja, à margem dos instrumentos instituídos e regulamentados pela agência, os quais também possuem o condão de influenciar nas decisões regulatórias.

6 ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS NA ANTT

Como visto, a consensualidade está inserida nas formas de manifestação da atividade regulatória hodierna, como uma das maneiras de estabelecer maior permeabilidade aos interesses dos diversos agentes envolvidos no setor regulado e proporcionar decisões regulatórias mais qualificadas e eficientes.

No âmbito da ANTT, a previsão dos instrumentos consensuais nos atos normativos internos da agência evoluiu consideravelmente nos últimos anos, o que denota a importância da procedimentalização desses instrumentos. A necessidade de maior e melhor regulamentação dos mecanismos consensuais decorre, em grande medida, da sua constante presença na prática regulatória da ANTT, além de refletir o fato de que eles vêm assumindo um papel importante como ferramentas regulatórias.

Por outro lado, a inclusão e o aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais nos atos normativos da agência significa sua aderência ao ordenamento jurídico e supera dificuldades vislumbradas na prática, proporcionando maior segurança jurídica na sua utilização.

De fato, conforme se percebe da análise de documentos institucionais elaborados pela própria ANTT, que vêm a informar as atividades regulatórias efetivadas pela agência, como os relatórios anuais¹³⁶ e agendas regulatórias¹³⁷, além de informações disponibilizadas no seu *site*, é possível perceber que, na prática, os instrumentos consensuais previstos nos atos normativos da agência vêm sendo ordinariamente utilizados, em especial as audiências públicas, consultas públicas, reuniões participativas e tomadas de subsídios, os quais são pressupostos para a quase totalidade dos atos decisórios da ANTT¹³⁸. Os termos de ajustamento de conduta também são instrumentos consensuais com grande evidência na ANTT e assumiram importante papel nos âmbitos do exercício das competências sancionatórias, em especial, das concessões rodoviárias¹³⁹.

¹³⁶ ANTT. Disponíveis em: http://www.antt.gov.br/textogeral/Relatorios_Anuais.html. Acesso em: 26 dez. 2019.

¹³⁷ AGENDA REGULATÓRIA DA ANTT. Disponíveis em: <http://agendaregulatoria.antt.gov.br/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

¹³⁸ Conforme informações dos Relatórios Anuais da ANTT, em 2018, por exemplo, foram realizadas 16 audiências públicas, 2 consultas públicas, 8 reuniões participativas e 19 tomadas de subsídios (ANTT, 2018, p. 112), e, em 2017 foram realizadas 16 audiências públicas, 3 consultas públicas, 7 reuniões participativas e 6 tomadas de subsídios (ANTT, 2017, p. 109).

¹³⁹ Com efeito, no campo da regulação da exploração da infraestrutura rodoviária, diante da existência de processos administrativos em curso para apurar infrações contratuais praticadas por concessionárias de rodovias federais, foram celebrados, de 2013 a 2015, diversos termos de ajuste de conduta entre a ANTT e as empresas concessionárias, os quais tiveram como objetivo medidas corretivas e compensatórias para as infrações objeto de apuração. Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Termos_de_Ajuste_de_Conduta/Index.html. Acesso em: 09 dez. 2019.

Todavia, embora tenha se observado a ampla utilização na agência dos instrumentos consensuais procedimentalizados, nota-se a recente divulgação pela mídia, e pela própria instituição, de decisões regulatórias que têm sido construídas mediante diálogos e espaços de interação ocorridos à margem dos instrumentos consensuais já instituídos e regulamentados pela agência.

Desta feita, no presente capítulo, visa-se a aferir de que forma a consensualidade tem se manifestado na prática regulatória da ANTT. Com efeito, diante da ampla diversidade de áreas objeto de regulação pela ANTT, selecionou-se um caso concreto em que os instrumentos consensuais assumiram um especial relevo.

Trata-se da regulação da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM – TRC), em que houve intenso diálogo com a sociedade para fins de regulamentação, pela ANTT, dos preços mínimos de frete.

Vale ressaltar que a presente análise será realizada sob o prisma dos instrumentos consensuais utilizados pela ANTT no âmbito de sua atividade normativa, e não adentrará nos aspectos relacionados às matérias técnicas inerentes ao setor de transportes rodoviários de cargas. No entanto, a fim de melhor posicionar a utilização dos instrumentos consensuais no caso concreto, será abordado, em termos gerais, o contexto da ação regulatória e das normas legais e regulamentares aplicáveis ao caso estudado.

Assim, no centro da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM – TRC), visa-se a analisar a relevância, na prática, dos meios consensuais institucionalizados pela agência – que foram objeto de regulamentação e de desenvolvimento em atos normativos internos – e em que medida foram utilizados instrumentos informais de consenso no caso concreto.

Ademais, pretende-se verificar os instrumentos consensuais observados no caso em tela sob um viés democrático e à luz da sua efetividade. Para tanto, alguns elementos serão considerados na análise, como a efetiva divulgação e publicidade ativa dos instrumentos participativos, proporcionando a participação dos diversos grupos interessados; a fixação de prazos razoáveis para a manifestação dos participantes; a divulgação das contribuições e respostas por parte do ente regulador; e, por fim, a incorporação ou não das contribuições no ato normativo editado, verificando se houve uma efetiva influência da participação externa na decisão regulatória.

Assim, passa-se a analisar os instrumentos consensuais no âmbito da atividade regulatória da ANTT visando a aferir criticamente a sua qualidade no âmbito institucional da agência, além de concluir se os instrumentos utilizados proporcionam o diálogo e a

cooperação entre o ente regulador e os demais agentes, e se houve a efetiva influência dos regulados e da sociedade na construção das ações regulatórias.

6.1 A consensualidade na atividade regulatória da ANTT no contexto da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas

6.1.1 O contexto da ação regulatória

Em 2018, ocorreu evento bastante relevante no âmbito político e econômico nacional, identificado popularmente como “greve dos caminhoneiros”. Na ocasião, as categorias dos profissionais prestadores de serviços de transportes, sobretudo os transportadores autônomos, paralisaram suas atividades durante cerca de dez dias, ocasionando consequências imediatas e bastante acentuadas em diversos setores sociais e econômicos do Brasil, acarretando situação de desabastecimento e prejuízos à circulação de bens e pessoas. As principais reivindicações estavam relacionadas à exigência de condições adequadas à realização de fretes no território nacional e exigiam, dentre outras medidas, o estabelecimento de valores mínimos a serem pagos por frete¹⁴⁰.

Como resposta ao movimento, foi publicada a Medida Provisória n. 832, de 27 de maio de 2018, junto a outras medidas de cunho regulatório¹⁴¹, buscando atenuar as distorções identificadas no setor.

A referida Medida Provisória tinha como objetivo promover condições razoáveis à realização de fretes no território nacional, de forma a proporcionar a adequada retribuição ao serviço prestado, instituindo, assim, a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM-TRC). Desta feita, em seu artigo 4º, estabeleceu que o transporte rodoviário de cargas em âmbito nacional obedeceria aos preços fixados com base na medida

¹⁴⁰ O contexto econômico da crise foi bem demonstrado na exposição de motivos da Medida Provisória n. 832, de 27 de maio de 2018: “Atualmente, contudo, vem sendo verificado um descasamento entre a oferta de serviços de transporte de cargas rodoviário e a sua demanda, fazendo com que os preços sejam subestimados, ficando por vezes abaixo do seu custo. Atribui-se esse fenômeno, sobretudo, aos recentes incentivos ao crescimento da oferta, por meio da política de subsídios à aquisição de novos veículos, associada à queda da atividade econômica brasileira, a qual impactou severamente o setor do transporte rodoviário de cargas proporcionalmente superiores à queda do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Esse contexto de excesso de oferta, combinado às elevações dos custos associados à operação dos transportadores rodoviários de cargas, deu origem à relevante distorção no setor, em que os custos totais de operação dos transportes, fixos e variáveis, não são propriamente remunerados pelos preços praticados no mercado. A grande pulverização existente no setor, com importante participação de autônomos, fez com que os seus custos não pudessem ser diluídos no restante da cadeia produtiva, recaindo majoritariamente sobre o transportador.”

¹⁴¹ Cite-se, por exemplo, a edição da Medida Provisória n. 831/2018, que visava a reserva de 30% do frete contratado pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) para cooperativas e associações de transportadores autônomos, e a edição da Medida Provisória n. 833/2018, que promovia a isenção, em todo o território nacional, da cobrança de pedágio sobre eixos suspensos de veículos de transporte de cargas que circularem vazios nas vias terrestres federais, estaduais, distritais e municipais.

provisória; além disso, no artigo 5º, determinou que, para a execução da Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, a Agência Nacional de Transportes Terrestres publicaria tabela com os preços mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as especificidades das cargas.

Nesse contexto, a ANTT editou a Resolução ANTT n. 5.820, de 30 de maio de 2018, que estabeleceu metodologia a ser aplicada no cálculo e divulgou tabela com os pisos mínimos de fretes referentes ao quilômetro rodado na realização de frete, por eixo carregado, para diferentes tipos de carga.

Posteriormente, a Medida Provisória n. 832/2018, foi convertida na Lei n. 13.703, de 8 de agosto de 2018, que estabeleceu que, para a execução da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, a ANTT publicará norma com os pisos mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as distâncias e as especificidades das cargas, além da planilha de cálculos utilizada para a obtenção dos respectivos pisos mínimos, o que se dará até os dias 20 de janeiro e 20 de julho de cada ano. Os valores serão válidos para o semestre em que a norma for editada.

Ademais, a lei fez constar em importante previsão (artigo 6º) que o processo de fixação dos pisos mínimos deverá ser técnico, ter ampla publicidade e contar com a participação dos representantes dos embarcadores, dos contratantes dos fretes, das cooperativas de transporte de cargas, dos sindicatos de empresas de transportes e de transportadores autônomos de cargas.

A introdução de novas ações regulatórias relacionadas ao transporte rodoviário de cargas acarretou impactos em diferentes atores, direta ou indiretamente conectados com a execução desta atividade. Os principais agentes atingidos no setor e os efeitos do estabelecimento da política de fixação de pisos mínimos de fretes podem ser assim identificados: a) embarcadores, em relação a quem se observou a possível redução de margem de lucro e perda de competitividade nos mercados interno e externo devido ao aumento do preço do frete e possível aumento do poder de barganha por meio do uso do custo mínimo dos transportadores como referência para buscar valores de frete menores no momento da contratação; b) empresas e cooperativas de transporte rodoviário de cargas (ETC e CTC), em relação às quais se cogitou a probabilidade de sofrer redução da margem de lucro, perda da capacidade de transporte, por meio da redução na contratação de motoristas agregados, e aumento no valor do frete recebido; c) transportadores autônomos de cargas (TACs) e transportadores autônomos de cargas agregados (TACs-Agregados), que poderiam sofrer

redução da contratação de terceiros pelas empresas de transporte, e aumento no valor do frete recebido; em alguns casos, os contratantes tentariam usar o valor mínimo divulgado como referência para pagar valores menores que os que estariam dispostos a desembolsar caso o custo de transporte não tivesse sido explicitado; e d) sociedade em geral, que teria a possibilidade de sofrer aumento nos preços de produtos ao consumidor final, em especial para aqueles produtos dependentes do transporte rodoviário para serem distribuídos até os locais de varejo (ANTT, 2019, pp. 8-10).

No entanto, a ação inicialmente adotada pela ANTT para solucionar o problema regulatório, com a edição da Resolução ANTT n. 5.820, de 30 de maio de 2018, não se mostrou suficiente. Uma das razões para tanto foi o curto prazo estabelecido pela Medida Provisória n. 832/2018, para a publicação da primeira tabela de preços mínimos de frete, que era de apenas 5 dias.

Assim, com vistas a promover a revisão da PNPM-TRC, e de forma a atender ao disposto no artigo 6º da Lei n. 13.703/2018, a ANTT promoveu intensa atividade de pesquisa e de participação social para a edição de nova Resolução que aprimoraria a metodologia construída e aproximaria os pisos mínimos estabelecidos aos valores efetivamente mais adequados a serem cobrados no mercado de fretes do país (ANTT, 2019, p. 6).

Nesse contexto, considerando a complexidade de estabelecer valores de pisos mínimos diante de todas as particularidades inerentes ao mercado de transportes rodoviários de cargas, foi contratada a Fundação de Estudos Agrários Luiz de Queiroz (FEALQ), vinculada à Universidade de São Paulo, para a execução do projeto de revisão de metodologia de definição, monitoramento e atualização de dados e informações visando implementar a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas e adequar a tabela de fretes, em três ciclos regulatórios. Assim, a Fundação realizou, além de estudos e pesquisas de mercado, diversas consultas aos agentes de mercado, através de reuniões, entrevistas e aplicação de questionários.

Ademais, a própria ANTT promoveu procedimentos participativos de tomada de subsídios e audiência pública, visando colher contribuições dos diversos setores da sociedade e elaborar uma resolução mais qualificada e com maior aceitabilidade.

A partir destes procedimentos, foi editada a Resolução ANTT n. 5.849, de 16 de julho de 2019, estabelecendo as regras gerais, a metodologia e os coeficientes dos pisos mínimos, referentes ao quilômetro rodado na realização do serviço de transporte rodoviário remunerado de cargas, por eixo carregado, instituído pela PNPM-TRC, revogando a Resolução n. 5.820, de 30 de maio de 2018.

No caso em tela, os procedimentos participativos foram de grande relevância para a atuação regulatória da ANTT para a regulamentação dos pisos mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização do serviço de transporte rodoviário remunerado de cargas, por eixo carregado, conforme a determinação da Lei n. 13.703, de 8 de agosto de 2018. Houve um constante diálogo entre o ente regulador e a sociedade, que de fato influenciou nas medidas regulatórias adotadas.

Embora se reconheça a importância do tema da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, e as discussões que lhes são inerentes¹⁴², a presente análise não abordará questões técnicas relacionadas ao setor e à matéria objeto de regulação, uma vez que esta análise foge ao escopo da pesquisa, que se debruça sobre os instrumentos consensuais no âmbito da atuação regulatória estatal.

6.1.2 Os instrumentos consensuais na atividade regulatória da ANTT no contexto da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas

Conforme visto, a Lei n. 13.703/2018 estabeleceu que o processo de fixação dos pisos mínimos deverá ser técnico, ter ampla publicidade e contar com a participação dos representantes dos embarcadores, dos contratantes dos fretes, das cooperativas de transporte de cargas, dos sindicatos de empresas de transportes e de transportadores autônomos de cargas.

Desta feita, no procedimento para editar a Resolução ANTT n. 5.849, de 16 de julho de 2019, que reviu as regras gerais, a metodologia e os coeficientes dos pisos mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização do serviço de transporte rodoviário remunerado de cargas, por eixo carregado, instituído pela Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, foi de grande relevância a participação social no âmbito institucional da ANTT, que promoveu, para tanto, a realização de procedimento de audiência pública e tomada de subsídios.

Todavia, se observou, no caso concreto, um importante espaço de diálogo fora do âmbito institucional da agência, que se deu através de reuniões, entrevistas e aplicação de questionários realizados pela Fundação de Estudos Agrários Luiz de Queiroz (FEALQ), os quais foram divulgados em seus relatórios técnicos, utilizados pela ANTT para embasar a

¹⁴² Dentre as diversas considerações e gargalos envolvendo a temática, destaca-se o fato de que a constitucionalidade da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas é objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 5.956, n. 5.959 e n. 5.964.

elaboração do ato normativo. Ademais, mencionam-se as interações realizadas no âmbito de fórum participativo promovido pelo Ministério da Infraestrutura.

Desta feita, busca-se, no presente tópico, verificar o papel da atuação consensual na ação regulatória em estudo, visando analisar a importância dos meios de consenso institucionalizados, e em que medida foram utilizados instrumentos informais. Ainda, visando a verificar os instrumentos consensuais sob um viés democrático e à luz da sua efetividade, relevante analisar a efetiva divulgação e publicidade ativa dos instrumentos participativos, proporcionando a participação dos diversos grupos interessados; a fixação de prazos razoáveis para a manifestação dos participantes; a divulgação das contribuições e respostas por parte do ente regulador; e, por fim, a incorporação ou não das contribuições no ato normativo editado, verificando se houve uma efetiva influência da participação externa na decisão regulatória.

6.1.2.1 Dos procedimentos de tomada de subsídios e audiência pública promovidos pela ANTT

Após a edição da Medida Provisória n. 832/2018, e a edição da primeira normatização que estabeleceu a metodologia e publicou a tabela com preços mínimos vinculantes de fretes, qual seja, a Resolução ANTT n. 5.820, de 30 de maio de 2018, foi aberto pela agência o processo de Tomada de Subsídios n. 009/2018, facultando a participação social no período de 20 de junho de 2018 a 03 de agosto de 2018, a fim de serem colhidas contribuições para aprimorar a metodologia e os respectivos parâmetros utilizados na elaboração da tabela de frete, com os preços mínimos referentes ao quilômetro rodado, por eixo carregado.

Recorde-se que o procedimento de tomada de subsídios, nos termos da Resolução ANTT n. 5.624/2017, consiste naquele que tem a finalidade de possibilitar a construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas, através do encaminhamento de contribuições por escrito, em um período determinado.

Nesse procedimento, que ainda não tinha como objeto qualquer minuta de ato normativo, permitiu-se a participação por meio de contribuições escritas por *e-mail*, correios, ou protocoladas pessoalmente na sede da ANTT em Brasília. O aviso que fundamentou o procedimento foi disponibilizado no *site* da ANTT e no Diário Oficial da União, conforme informado no seu relatório final¹⁴³. Nesse ponto, considerando a importância do tema e a ampla abrangência dos potencialmente atingidos pela matéria objeto da atividade regulatória,

¹⁴³ AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório final da tomada de subsídios 009/2018**. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/53774.html>. Acesso em 20 nov. 2019.

o que torna ainda mais relevante a participação, vislumbra-se que teria sido mais proveitoso se tivessem sido adotadas formas mais diversificadas de divulgação do aviso do evento.

Nesse procedimento, conforme informado no relatório final da Tomada de Subsídios n. 009/2018¹⁴⁴, foram recebidas 271 manifestações escritas por meio eletrônico e 10 manifestações escritas por meio físico, contabilizando 281 manifestações, que deram origem a 1.052 contribuições. Observa-se no relatório final que o setor competente da ANTT categorizou as contribuições por tipo de contribuinte, demonstrando que, do total de contribuições, 32% foram por parte de representantes de embarcadores, 28% realizadas por transportadores, em sua maioria empresas (ETC), 7% das contribuições advieram de operadores de serviços de transportes, e o percentual de 33% foram de contribuintes de outras categorias não identificadas.

Embora tenha sido divulgada a íntegra de todas as contribuições, não foi demonstrada pela agência a análise técnica das contribuições recebidas, o que, de fato, não é exigido no âmbito da tomada de subsídios, nos termos da Resolução n. 5.624/2017. Foi informado apenas que estas contribuições seriam enviadas para avaliação da equipe técnica responsável pela elaboração dos estudos para proposição da próxima tabela de frete, e que esta seria submetida a novo processo de participação e controle social, dessa vez, por meio de audiência pública ou de consulta pública.

Não obstante não seja possível aferir se as contribuições foram de fato acatadas pela Administração, uma vez que não foram divulgadas informações acerca da análise técnica, necessário ressaltar a relevância do procedimento de tomada de subsídios, na medida em que proporcionou manifestações por parte dos interessados no período antecedente à elaboração da minuta de ato normativo, ajudando na construção do próprio ato e no desenvolvimento dos estudos iniciais sobre o tema.

Ademais, embora a pouca diversidade das formas de divulgação do evento, notou-se a representatividade de diversas categorias dos agentes regulados, como embarcadores, transportadores (ETC, TAC e CTC), operadores de serviço de transportes, entre outros interessados que não foram categorizados, mas que representaram 33% das contribuições. Ainda, nota-se a grande quantidade de contribuições ofertadas.

Posteriormente, foi promovida a Audiência Pública n. 002/2019, que submeteu à participação popular a minuta da nova resolução visando estabelecer regras gerais, da metodologia e dos indicadores dos pisos mínimos, referentes ao quilômetro rodado na

¹⁴⁴ AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório final da tomada de subsídios 009/2018**. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/53774.html>. Acesso em 20 nov. 2019.

realização de fretes, por eixo carregado, instituído pela Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas.

No aviso de audiência pública, foi estabelecido prazo de envio de contribuições escritas de 45 dias; agendou-se cinco sessões presenciais, a ocorrerem nas cidades de Belém/PA, Recife/PE, Porto Alegre/RS, São Paulo/SP e Brasília/DF, visando a uma ampla participação da sociedade, entre os dias 08 e 23 de maio de 2019, ou seja, mais de 30 dias depois da publicação do aviso de audiência, ocorrido em 08 de abril de 2019 no Diário Oficial da União.

A divulgação do evento se deu com a publicação do aviso no *site* da ANTT, no Diário Oficial da União, em jornais de grande circulação com publicação local em cada uma das capitais a serem realizadas sessões presenciais¹⁴⁵, e ainda em redes sociais¹⁴⁶.

Ademais, constaram na divulgação do evento diversos documentos e informações que possibilitaram a análise contundente da matéria por parte dos participantes para fundamentarem suas manifestações, como documentos técnicos que embasaram a elaboração da minuta, a Análise de Impacto Regulatório, e ainda vídeo explicativo com informações básicas acerca da ação regulatória, proporcionando contribuições melhor informadas e mais adequadas ao caso concreto¹⁴⁷.

No que tange às contribuições oferecidas, as quais foram integralmente disponibilizadas no *site* da ANTT, registrou-se no relatório final¹⁴⁸, o oferecimento de 332 contribuições escritas durante o período aberto para tanto, através do formulário disponível no *site*, 25 contribuições entregues fisicamente durante as sessões presenciais, e 15 protocoladas na sede da ANTT, além de 2 contribuições enviadas para o *e-mail* e 2 endereçadas ao Ministério da Infraestrutura, as quais foram consideradas, inobstante não terem sido oferecidas nos canais apropriados para o procedimento. Durante as sessões presenciais, foram contabilizadas 179 manifestações orais. Ao todo, foram 555 contribuições.

¹⁴⁵ Conforme informações do processo administrativo SEI n. 50500.309984/2019-47. Disponível em: http://www.antt.gov.br/textogeral/Processo_Eletronico_SEI.html/. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁴⁶ Ver, por exemplo, a página da ANTT no Facebook, onde houve ampla divulgação do referido procedimento participativo. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/anttnoface/>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁴⁷ PARTICIPANTT. **Sistema de participação pública da ANTT**. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁴⁸ AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório final da audiência pública sei nº 2/2019**. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>. Acesso em 20 nov. 2019.

Percebe-se da análise do relatório final e da listagem das contribuições fornecidas¹⁴⁹, que participaram representantes das categorias de transportadores, embarcadores, trabalhadores do setor e usuários dos serviços, além de diversos sindicatos e associações, o que denota ampla representatividade dos diversos setores sociais que poderiam ser impactados com as medidas regulatórias. No entanto, não constou do relatório a análise das contribuições a partir da categorização dos participantes, como se deu no relatório final da tomada de subsídios analisada.

Todavia, importante ressaltar que a ANTT procedeu com a análise individualizada das contribuições recebidas, expondo as justificativas técnicas para o seu acolhimento ou não. Ademais, restou informado no relatório final que, após análise das contribuições recebidas, diversas alterações foram feitas na proposta para o PNPM-TRC. Foram expostas no “Anexo I” as modificações realizadas e as devidas justificativas para tanto.

Das contribuições recebidas, foram acolhidas 159, o que representou um percentual de 32% de acolhimento. As contribuições rejeitadas somaram 336, um percentual de 68% de rejeição. De fato, embora a maioria das contribuições tenha sido rejeitada, foi considerável o número de contribuições atendidas, diante da grande complexidade da matéria. Ademais, o órgão técnico consignou em diversas justificativas relacionadas a contribuições rejeitadas que elas poderiam ser reavaliadas e aprofundadas nos próximos ciclos da PNPM-TRC.

Desta feita, observa-se que as contribuições foram reconhecidas pela agência, havendo uma efetiva incorporação da participação promovida na referida audiência pública no processo de elaboração da Resolução de estabelecimento das regras gerais, da metodologia e dos indicadores dos pisos mínimos, referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, instituído pela Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM-TRC).

Assim, da análise dos procedimentos de tomada de subsídios e da audiência pública, apesar de alguns gargalos, extrai-se, no geral, que houve ampla divulgação dos procedimentos, estabelecimento de prazos razoáveis para as contribuições, além da divulgação de documentos relevantes acerca da temática a ser discutida, o que permitiu a participação de diversos grupos de interesse e contribuições relevantes e informadas.

Ademais, após a audiência pública, as contribuições foram analisadas pela agência e divulgadas as respostas e justificativas acerca do seu acolhimento ou não. Diversas delas

¹⁴⁹ AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório final da audiência pública sei nº 2/2019**. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>. Acesso em 20 nov. 2019.

foram acolhidas e incorporadas no processo decisório o que levou de fato a alterações na proposta inicial do ato regulatório.

6.1.2.2 Das reuniões e outros procedimentos participativos fora do ambiente institucional da agência reguladora

Além dos instrumentos de consenso estabelecidos pela ANTT em seus atos normativos e realizados no ambiente interno da agência, como a tomada de subsídios e a audiência pública, observou-se no caso estudado um importante espaço de diálogo fora do âmbito institucional, principalmente através de reuniões, entrevistas e aplicação de questionários realizados pela Fundação de Estudos Agrários Luiz de Queiroz (FEALQ), entidade contratada para executar o projeto de revisão de metodologia de definição, monitoramento e atualização de dados e informações visando a implementação da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas e adequação da tabela de fretes.

Analisando os relatórios técnicos¹⁵⁰ elaborados pela FEALQ, foi bastante ressaltada a importância da participação dos agentes envolvidos, que, através do fornecimento de subsídios e manifestações relevantes para a definição das premissas da modelagem de custos e dos parâmetros dos insumos operacionais, contribuíram para estruturar um método mais aderente às condições observáveis no mercado de transporte rodoviário de cargas no Brasil.

Desta feita, citou-se nos relatórios a realização de reuniões com agentes representativos do setor por meio de ciclos de reuniões, a fim de coletar opiniões e validar premissas que haviam sido tomadas pela entidade para a modelagem dos pisos de fretes. Nesse escopo, nos dias 04, 05 e 06 de fevereiro de 2019, foram realizadas reuniões específicas com os embarcadores, com as empresas transportadoras e cooperativas e com os transportadores autônomos, respectivamente. Nas referidas reuniões, a ANTT esteve presente, participando do diálogo estabelecido. Na reunião com embarcadores houve 138 inscritos; na reunião com transportadores e cooperativas estiveram presentes 213; e na reunião agendada com motoristas autônomos, 83. Ademais, em todas as ocasiões foram também entregues contribuições escritas.

¹⁵⁰ ANTT. **Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas**

Disponíveis em:

http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html. Acesso em: 21 nov. 2019.

As contribuições levadas pelos participantes foram divulgadas nos relatórios técnicos apresentados pela FEALQ e as sessões foram publicadas na íntegra no Canal do Grupo ESALQ-LOG na plataforma do YouTube.

Importante ressaltar também a realização de reuniões com instituições diversas, promovidas pela própria FEALQ em sua sede e em ambientes externos, desde o início do projeto, entre janeiro e abril de 2019. Foram realizadas reuniões com o Ministério da Infraestrutura, sindicatos, associações, empresas, entre outros agentes, ampliando ainda mais o escopo de contribuições. As atas das referidas reuniões também foram divulgadas pela instituição no seu relatório técnico.

Nota-se, ainda, que foi utilizado pela FEALQ questionário para coletar informações para compor os indicadores técnicos e operacionais do custo operacional total na formulação do piso mínimo de frete no transporte rodoviário de cargas. As informações coletadas no questionário não foram divulgadas com identificação nominal dos entrevistados. Conforme consta do relatório técnico da FEALQ, estes questionários foram amplamente divulgados, não só pela instituição, mas também pela ANTT e pelo Ministério da Infraestrutura, inclusive em suas redes sociais, o que refletiu na bastante ampla aderência por parte dos agentes do setor¹⁵¹ e foi de grande utilidade para a elaboração das novas metodologias.

Observa-se, portanto, que o estudo da FEALQ, que teve como principal objetivo embasar as decisões regulatórias da ANTT no caso, a fim de elaborar nova resolução sobre os pisos mínimos de frete, foi ele próprio construído a partir de diálogos e de contribuições com os agentes regulados, em que se observou participação ativa e representatividade de diversos grupos. Apesar de não terem sido divulgados os tratamentos dados às contribuições, foram divulgadas, em sua maioria, as contribuições oferecidas e as atas das reuniões promovidas.

Além desses movimentos de diálogo promovidos pela FEALQ, nos quais se observou muitas vezes a presença da própria agência reguladora, também funcionaram como instrumentos consensuais as reuniões ordinárias realizadas no âmbito do Ministério de Infraestrutura, através do Fórum Permanente para o Transporte Rodoviário de Cargas (Fórum TRC)¹⁵², um ambiente de diálogo e discussões de natureza consultiva e propositiva, composto por representantes do Ministério da Infraestrutura, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), dos

¹⁵¹ Conforme informado no relatório técnico da FEALQ, disponível no *site* da ANTT, o resultado foi extremamente positivo. Em menos de uma semana, foram preenchidos pelos agentes do setor cerca de 900 questionários.

¹⁵² MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. **Reuniões ordinárias** – Fórum TRC. Disponível em: <https://www.infraestrutura.gov.br/component/content/article/52-sistema-de-transportes/3332-pautas-das-reuni.html?otilde;es-ftrc=>. Acesso em: 21 nov. 2019.

transportadores autônomos de carga, das empresas de transportes de cargas e dos embarcadores de carga, cuja função principal é contribuir para o debate e a unificação de esforços entre o governo federal, a agência reguladora, e as entidades de apoio e representação nacional, em busca do aperfeiçoamento do transporte rodoviário de cargas no país.

Assim, embora não se trate de um ambiente formal para a colheita de contribuições e sugestões, a discussão sobre a temática dos pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas e a adequação da tabela de fretes foi constante em diversas reuniões, o que certamente contribuiu para aperfeiçoar a matéria no âmbito regulatório.

Evidente que as reuniões e os diálogos proporcionados no âmbito dos estudos realizados pela FEALQ, com participação da ANTT em muitos deles, além das reuniões realizadas na esfera do Fórum TRC, permitem concluir que a atividade regulatória, no caso estudado, também foi influenciada por instrumentos consensuais não institucionalizados.

Essas ferramentas, que podem ser caracterizadas como instrumentos informais de consenso, se mostram como vias legítimas de participação e diálogo com os agentes regulados, além de serem importantes para a ampliação das discussões.

Embora se possa afirmar, em tese, que os meios informais podem ampliar a participação de setores e agentes não atuantes ou que não possuem representatividade suficiente no ambiente institucional da agência reguladora, podendo diminuir a assimetria de informações e harmonizar interesses antes da decisão regulatória, no caso concreto se observou que participaram, em geral, os mesmos grupos que contribuíram nos procedimentos de audiência pública e tomada de subsídios na ANTT.

Por outro lado, justamente pela falta de divulgação oficial e publicidade destes eventos alheios ao ambiente institucional da agência, deve-se ter cautela para não dar oportunidade à participação e ao diálogo a apenas alguns grupos, privilegiando certos interesses em afronta aos princípios da impessoalidade e da transparência.

No presente caso, como visto, esta consequência negativa não parece ter se observado, diante da efetiva participação de diversos setores sociais, e com a abertura concomitante de outros procedimentos legalmente instituídos, como a tomada de subsídios e a audiência pública, ambas suficientemente divulgadas.

Desta feita, embora as contribuições fornecidas através dos meios não institucionalizados não sejam juridicamente vinculantes, e não haja obrigação legal de a agência efetivamente analisá-las e de expor as justificativas para seu eventual não acolhimento, elas não podem ser ignoradas ou desprovidas de efeitos. Isto porque, sendo

legítimas, ampliam o escopo participativo e se traduzem em efetivos espaços de diálogo e de troca de informações, o que certamente pode favorecer decisões regulatórias mais qualificadas.

6.2 Considerações sobre a consensualidade na prática das atividades regulatórias da Agência Nacional de Transportes Terrestres

O presente estudo de caso objetivou analisar a importância dos meios de consenso institucionalizados e em que medida foram utilizados instrumentos informais no âmbito da regulação da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas PNP-TRC. Ainda, visando a verificar os instrumentos consensuais sob um viés democrático e à luz da sua efetividade, o estudo buscou destacar alguns aspectos essenciais, como a efetiva divulgação e a publicidade ativa dos instrumentos participativos, proporcionando a participação dos diversos grupos interessados; a fixação de prazos razoáveis para a manifestação dos participantes; a divulgação das contribuições e respostas por parte do ente regulador; e, por fim, a incorporação ou não das contribuições no ato normativo editado, verificando se houve uma efetiva influência da participação externa na decisão regulatória.

Conforme visto, afirma-se que no caso da regulação da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas PNP-TRC, instituída pela Medida Provisória n. 832/2018, e convertida na Lei n. 13.703/2018, a ANTT promoveu, de fato, uma intensa atividade de participação social para editar a Resolução com objetivo de estabelecer pisos mínimos de fretes, observando o constante diálogo entre o ente regulador e a sociedade, que culminou na edição da Resolução ANTT n. 5.849, de 16 de julho de 2019.

Para tanto, a agência utilizou-se, primordialmente, dos instrumentos já previstos em atos normativos e regulamentados pela agência, em especial, a audiência pública e a tomada de subsídios.

Nestes procedimentos, observou-se que houve a oportunidade de participação dos agentes regulados e demais interessados, tanto no momento prévio à elaboração da minuta de ato normativo, com o procedimento de Tomada de Subsídios n. 009/2018, como também para opinar e contribuir acerca da própria minuta de resolução, com a Audiência Pública n. 002/2019.

Assim, observa-se um importante fator de permeabilidade aos interessados, que puderam levar ao conhecimento da agência seus interesses mesmo antes da elaboração da minuta de ato normativo a ser editado, o que, embora não tenha sido possível afirmar a partir

de dados concretos, certamente contribuiu para que estes interesses tenham sido efetivamente considerados quando da sua elaboração, o que seria dificultado se apenas fossem demonstrados após a decisão regulatória já construída e finalizada.

Por outro lado, na Audiência Pública n. 002/2019, conforme demonstrado, houve considerável percentual de acolhimento das contribuições fornecidas, e, após a realização desse procedimento, diversas alterações foram feitas na proposta para o PNPM-TRC, segundo informado no relatório final da audiência.

Ademais, destacou-se nos procedimentos institucionalizados pela agência, uma ampla representatividade, abrangendo diversas categorias e interessados no setor regulado, o que pode ter se dado pela efetiva divulgação e publicidade dos avisos e disponibilização de informações prévias suficientes. Houve prazos razoáveis à participação – foram fixados aproximadamente 45 dias para o oferecimento de contribuições escritas em ambos os procedimentos e cerca de um mês desde a publicação do aviso de audiência pública e das sessões públicas.

Ainda, conforme observado, as contribuições foram analisadas pela agência. Foram divulgadas as respostas e justificativas acerca do seu acolhimento ou não. Assim, é possível afirmar pela sua incorporação no processo decisório, tendo sido, de fato, realizadas alterações na proposta inicial do ato regulatório.

No entanto, embora os meios consensuais institucionalizados pela agência tenham sido fundamentais e efetivos, os instrumentos informais de consenso se revelaram importantes ferramentas ao caso concreto, e proporcionaram ampliar o debate sobre a matéria. Além disso, as contribuições oferecidas influenciaram os estudos que vieram a embasar as decisões regulatórias da ANTT.

De fato, foi observado um importante espaço de diálogo fora do âmbito institucional, que se deu através de reuniões, entrevistas e aplicação de questionários realizados principalmente pela Fundação de Estudos Agrários Luiz de Queiroz (FEALQ), a qual, em relatórios técnicos, ressaltou a importância da participação dos agentes envolvidos, que, através de subsídios e manifestações relevantes, contribuíram para estruturar um método mais aderente às condições observáveis no mercado de transporte rodoviário de cargas no Brasil.

Ademais, deve-se citar as reuniões ordinárias realizadas no âmbito do Ministério de Infraestrutura, através do Fórum Permanente para o Transporte Rodoviário de Cargas (Fórum TRC), composto por representantes de diversas unidades governamentais, inclusive a ANTT, e de agentes regulados, em que a discussão sobre a temática dos pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas e à adequação da tabela de fretes foi constante em diversas reuniões.

Neste caso, as reuniões foram em sua maioria publicadas e transcritas nos relatórios técnicos elaborados pela FEALQ e pelas atas divulgadas pelo Fórum TRC, como também as contribuições oferecidas pelos participantes, o que é de grande relevância, garantindo a transparência e a publicidade desses procedimentos.

Dessa forma, embora as contribuições feitas através dos meios não institucionalizados não sejam juridicamente vinculantes, assim como não há obrigação de a agência efetivamente analisá-los e expor as justificativas para seu eventual não acolhimento, elas não podem ser ignoradas ou desprovidas de efeitos, uma vez que, sendo legítimas, ampliam o escopo participativo e se traduzem em efetivos espaços de diálogo e de troca de informações, o que poderá favorecer decisões regulatórias mais qualificadas.

Assim, a consensualidade, na concepção estudada neste trabalho, esteve presente na atividade regulatória da ANTT, principalmente através de meios institucionais efetivos e democráticos, proporcionando a participação e o diálogo com diversos grupos de interesses, o que teve o condão de conferir maior legitimidade ao ato normativo editado.

Todavia, embora tenha se vislumbrado diversos pontos positivos nos instrumentos consensuais estudados, que se mostraram efetivos espaços de diálogo e de participação, inclusive com a incorporação das contribuições fornecidas no ato normativo editado – Resolução n. 5.849, de 16 de julho de 2019 – não se pode afirmar que esses instrumentos proporcionaram uma ampla e imediata aceitabilidade do ato normativo regulatório por parte da sociedade.

No caso em tela, o referido ato normativo, logo após sua edição, foi objeto de suspensão¹⁵³ pela própria ANTT, em razão da aparente insatisfação de parcela significativa dos agentes de transporte¹⁵⁴.

No entanto, recentemente foi editada a Resolução n. 5.858, de 12 de novembro de 2019, que restabeleceu a vigência da Resolução n. 5.849, de 16 de julho de 2019, com algumas alterações.

¹⁵³ A suspensão se deu através da Resolução ANTT n. 5.851, de 22 de julho de 2019.

¹⁵⁴ Acerca do contexto social envolvendo a suspensão cautelar da Resolução ANTT n. 5.849, de 16 de julho de 2019, houve intensa divulgação na mídia. Veja-se, por exemplo: CALCAGNO, Luiz. ANTT suspende resolução que define preço mínimo do frete para caminhoneiros. **Correio Braziliense**, Brasília, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/07/22/interna-brasil,772911/antt-suspende-resolucao-que-define-preco-minimo-do-frete-para-caminhon.shtml>. Acesso em: 11 nov. 2019; OLIVEIRA, Filipe; SOPRANA, Paula. Em ligação a caminhoneiro, ministro diz que tabela fica suspensa até que haja consenso. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/em-ligacao-a-caminhoneiro-ministro-diz-que-tabela-fica-suspensa-ate-que-haja-consenso.shtml>. Acesso em: 22 nov. 2019.

De fato, o tema envolve diversas nuances sociais, políticas e econômicas que escapam ao presente trabalho, mas se revela um importante exemplo para o estudo do funcionamento e dos efeitos dos instrumentos consensuais no âmbito da regulação estatal.

7 CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se estudar a relevância da consensualidade no âmbito da atividade regulatória estatal, verificando o desenvolvimento dos instrumentos consensuais na esfera de atuação das agências reguladoras e aferir se esses mecanismos possuem o condão de incrementar a permeabilidade aos interesses dos regulados e demais agentes sociais e possibilitar o efetivo diálogo e interação entre os atores, de forma a legitimar democraticamente a atividade do ente regulador, além de tornar a regulação mais qualificada e eficiente.

Nesse escopo, vislumbrou-se, inicialmente, que a consensualidade administrativa está relacionada a outros vetores de transformação do Estado, como a abertura do Estado à participação social, a processualização, o princípio da eficiência e a redefinição teórica do interesse público, os quais conferem bases teóricas ao fenômeno. Ademais, tendo em vista a complexidade que envolve o tema da consensualidade administrativa e a diversidade de concepções que podem ser atribuídas à expressão, adotou-se, para o desenvolvimento do presente trabalho, um conceito amplo de consensualidade administrativa, de forma que esta pode ser compreendida como forma de atuação estatal manifestada através de instrumentos que permitam aos administrados participar ativamente dos processos decisórios, influenciando concretamente na decisão final a ser tomada, através da cooperação, do diálogo e da composição de esforços. Ainda, considerando a atual tendência democrática, relacionada à participação ativa da sociedade nos processos decisórios estatais e com o reconhecimento da necessidade de maior diálogo e discussão entre o Estado e a sociedade, viu-se que a consensualidade contribui para a legitimidade democrática das decisões estatais. Outrossim, constatou-se que nos últimos anos, a consensualidade assumiu uma maior institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro, reforçada pelo fato de que diversos instrumentos consensuais passaram a ser previstos em atos normativos editados pelo Poder Legislativo, com maior aperfeiçoamento e aplicabilidade quando comparados com atos normativos preexistentes.

No âmbito da regulação estatal contemporânea, a consensualidade assume uma grande relevância teórica, diretamente relacionada aos objetivos da regulação proclamados pela doutrina, de forma que a atividade regulatória pressupõe a necessidade de composição de diversos interesses envolvidos em um segmento da atividade econômica, o que se dá através de novas formas de exercício da autoridade estatal, passando o Estado a se relacionar com os

demais agentes em um plano horizontal, incluindo a participação, com margens de negociação e concessões recíprocas (MARQUES NETO, 2011b, p. 1097).

No âmbito das agências reguladoras esta relação é ainda mais evidente, vez que a consensualidade está intrínseca às principais competências regulatórias a elas conferidas, como, por exemplo, no exercício da sua atividade normativa, em que se observa a necessidade de audiências e consultas públicas em que haja a efetiva incorporação das contribuições no processo decisório; na atividade de resolução de conflitos, com a utilização prioritária de instrumentos conciliatórios, como conciliação, mediação e arbitragem; e nas atividades sancionatórias, com a formalização de acordos substitutivos quando puderem melhor atingir o interesse público no caso concreto. Estes instrumentos, que antes eram, por vezes, apenas previstos em atos normativos internos das agências, foram atualmente dispostos em leis gerais, o que confere maior segurança jurídica na sua utilização e prestigia seu papel perante aos demais atos tipicamente unilaterais ou de procedimentos menos dialogados. Ademais, vislumbrou-se a possibilidade de existir instrumentos informais de consenso, que, embora à margem dos instrumentos previstos em atos normativos, podem influenciar nas decisões regulatórias, figurando como via legítima de participação e diálogo da sociedade com os entes reguladores.

Posteriormente, realizou-se a análise do tema sob uma perspectiva prática, no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres, uma vez que a consensualidade pode se refletir de formas variadas no âmbito da atuação concreta das agências reguladoras, principalmente pelo fato de que cada agência possui um arcabouço normativo próprio, através do qual esses entes exercem suas atividades e poderes. Assim, os instrumentos consensuais já previstos em leis gerais e proclamados pela doutrina, poderão assumir nuances específicas, além de obter resultados práticos diferentes, a partir da atuação concreta do ente regulador.

Inicialmente, percebeu-se a dedicação da ANTT em aperfeiçoar os instrumentos consensuais em seu ambiente institucional, conforme observado a partir do exame das agendas regulatórias da ANTT entre os anos 2011 a 2020, quando foram priorizados temas relacionados ao aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais, como a necessidade de aprimoramento dos procedimentos de audiências e consultas públicas e outros instrumentos de participação para a oitiva de interessados; a necessidade de avanço da regulamentação específica acerca dos termos de ajustamento de conduta e o imperativo de edição de ato regulamentar acerca de mecanismos consensuais de resolução de conflitos. Ademais, no atual Regimento Interno editado pela agência (Resolução n. 5.810, de 3 de maio de 2018),

observou-se diretrizes que denotam o dever de considerar as soluções consensuais para satisfazer o interesse público.

Esses aspectos permitem afirmar que há um reconhecimento por parte da agência reguladora acerca da importância dos mecanismos que incrementam a permeabilidade aos interesses dos regulados e demais agentes sociais, e possibilitam o efetivo diálogo e interação entre esses atores.

Passou-se, então, à análise dos normativos elaborados pela agência na construção do seu arcabouço regulatório, visando a regulamentar os instrumentos consensuais a serem utilizados no exercício das suas competências. Observou-se que foram editados recentíssimos regulamentos que resultaram de um notável aprimoramento na configuração dos instrumentos consensuais, com a preocupação em dotar estes instrumentos de maior efetividade.

No âmbito do exercício da competência normativa e decisória da ANTT, a consensualidade pode ser vista nos procedimentos de tomada de subsídios, reunião participativa, consulta pública e audiência pública, os quais estão atualmente regulamentados de forma robusta através da Resolução ANTT n. 5.624/2017. Esta resolução, quando comparada a atos normativos anteriores da agência, evoluiu consideravelmente, estabelecendo importantes aspectos relacionados à ampla e efetiva publicidade dos eventos participativos e de documentos relacionados ao entendimento da matéria, estabelecimento de prazos mínimos de abertura à participação, e obrigações quanto à divulgação das contribuições e análises técnicas, mediante justificativas sobre o acolhimento ou não das sugestões, visando a uma efetiva participação construtiva de todos os possíveis interessados, possibilitando decisões regulatórias elaboradas com a contribuição da sociedade.

No exercício das competências sancionatórias e fiscalizatórias da agência, a consensualidade se reflete na possibilidade de formalização de acordos substitutivos, através dos quais são tomadas importantes medidas regulatórias visando obter compromissos por parte dos regulados em adotar medidas de correção de condutas e reparação dos danos causados por condutas irregulares, ou ainda compensações na forma de novos investimentos no setor, na medida da efetiva satisfação do interesse público no caso concreto. A Resolução n. 5.823/2018 aprimorou aspectos importantes, como a necessidade de motivação quanto à satisfação do interesse público, à luz da proporcionalidade e da efetiva proteção aos direitos da sociedade, proporcionou maior consensualidade na formalização do acordo, e possibilitou medidas cominatórias para efetivamente ser cumprido o TAC, trazendo também parâmetros para proporcionar maior segurança jurídica e isonomia.

No que tange ao âmbito da resolução de conflitos regulatórios, foram normatizados na Resolução n. 5.845/2019, os procedimentos para a adoção de autocomposição e arbitragem para conflitos envolvendo a ANTT, o que demonstra a consensualidade presente tanto na possibilidade de formalização de acordo negociado no âmbito da mediação, quanto na opção em celebrar compromisso arbitral ou conter cláusula compromissória nos contratos. No entanto, viu-se que seria oportuno a agência proceder com a regulamentação dos procedimentos de mediação e conciliação para resolução de conflitos entre agentes regulados e entre estes e usuários, estabelecendo os parâmetros e o procedimento cabível, garantindo maior transparência e prevendo a efetiva participação dos interessados e mecanismos de cooperação e diálogo, com a garantia do devido processo legal.

Como visto, a melhor regulamentação dos instrumentos estudados proporciona maior institucionalidade no âmbito regulatório e confere segurança jurídica em sua utilização. Ademais, as normas recentemente editadas trouxeram aspectos democráticos e dotaram os instrumentos, que antes já eram previstos, de maior efetividade, garantindo a promoção de efetivo diálogo e interação entre os interessados. Assim, as nuances conferidas aos instrumentos aqui estudados permitem afirmar que a consensualidade está intrínseca à atuação regulatória atual da ANTT, demonstrando que a permeabilidade ao administrado é valorizada e incentivada em diversas esferas de atuação.

Por fim, após analisar o caso concreto da regulação da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM – TRC), foi possível vislumbrar que a ANTT promoveu, de fato, intensa atividade de participação social para editar a Resolução com o objetivo de estabelecer pisos mínimos de fretes, observando-se que, nesse caso, houve constante diálogo e interlocução entre o ente regulador e a sociedade.

Nesse escopo, a agência utilizou-se, primordialmente dos instrumentos já previstos em atos normativos e regulamentados pela agência, quais sejam, a audiência pública e a tomada de subsídios, em que foi possível observar a oportunidade de participação dos agentes regulados e demais interessados, tanto no momento prévio à elaboração da minuta de ato normativo, como também para opinar e contribuir acerca da própria minuta de resolução a ser editada. Ademais, constatou-se a representatividade de diversos grupos de interesses nesses procedimentos, o que pode ter se dado pela efetiva divulgação e publicidade dos avisos e disponibilização de informações suficientes previamente. Houve também prazos razoáveis à participação, e as contribuições fornecidas foram efetivamente analisadas pela agência; foram divulgadas as respostas e as justificativas acerca do acolhimento ou não das contribuições –

diversas delas foram efetivamente acolhidas, proporcionando alterações concretas no ato normativo editado posteriormente.

Por outro lado, embora os meios consensuais institucionalizados pela agência tenham sido fundamentais e efetivos, os instrumentos informais de consenso, identificados como reuniões e espaços de diálogos ocorridos fora do ambiente institucional da ANTT, se mostraram importantes ferramentas ao caso concreto, e proporcionaram ampliar o debate sobre a matéria. Além disso, as contribuições oferecidas acabaram por influenciar nos estudos que vieram a embasar as decisões regulatórias da ANTT.

Desta feita, é possível afirmar que a consensualidade esteve presente no caso concreto analisado; a atividade normativa da ANTT foi desenvolvida com a utilização de instrumentos consensuais institucionalizados, mas também se valeu de mecanismos de diálogo alheios ao ambiente institucional, que possibilitaram a participação ativa de diversos grupos de interesse que efetivamente influenciaram na medida regulatória adotada, trazendo maior legitimidade democrática ao ato normativo editado.

Embora se tenha observado um resultado positivo no âmbito do caso concreto estudado, não é possível fazer generalizações quanto aos demais instrumentos consensuais utilizados pela ANTT. De fato, reconhece-se que a análise quanto à efetividade de cada instrumento consensual demandaria uma avaliação individualizada de outros casos concretos.

No entanto, tendo em vista o notório aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais no plano normativo, com a edição de novos regulamentos dotando-os de aspectos democráticos, é possível dizer que há uma real tendência de que sejam obtidos bons resultados e efetividade na sua utilização.

Ao final da dissertação, analisando-se o plano teórico e a prática regulatória, é possível afirmar que a consensualidade é crucial ao desenvolvimento dos objetivos buscados pela atividade regulatória estatal, uma vez que os instrumentos consensuais incrementam a permeabilidade aos interesses dos regulados e demais agentes sociais e possibilitam o efetivo diálogo e interação entre os atores, o que legitima democraticamente a atividade do ente regulador e torna a regulação mais qualificada e eficiente.

Ademais, embora o tema tenha sido analisado sob o viés de uma única agência reguladora, a ANTT, a consensualidade é um fenômeno cada vez mais presente em outros setores regulados, o que é corroborado tanto pelos ensinamentos firmes da doutrina especializada, quanto pelas leis gerais que vêm sendo editadas sobre a atuação das agências reguladoras (Lei n. 13.848/2019) e sobre os próprios instrumentos consensuais que passam a

ser institucionalizados no ordenamento jurídico brasileiro que, muitas vezes, têm sua utilização determinada de maneira imperiosa.

No entanto, os atos normativos internos da agência ainda assumem grande importância, na medida em que apresentam os principais aspectos procedimentais sobre os instrumentos consensuais, o que contribui para que venham a ser dotados de aspectos democráticos e tenham maior efetividade.

Outro aspecto constatado na pesquisa está relacionado aos mecanismos consensuais não institucionalizados, que se mostraram relevantes na prática regulatória. Nessa esteira, é importante empreender mais estudos e pesquisas no sentido de identificar estes instrumentos informais no âmbito regulatório, a fim de dotá-los de maior transparência, incorporá-los aos meios institucionais e evitar que se configurem como espaços de diálogo proporcionados apenas a alguns grupos privilegiados.

Desta feita, destaca-se a importância da procedimentalização e da necessidade de dotar os instrumentos consensuais de aspectos democráticos, a fim de que possa haver uma efetiva influência, não apenas de alguns entes regulados, mas dos diversos grupos sociais e econômicos possivelmente atingidos pelas decisões regulatórias, sobretudo dos usuários de serviços públicos e outros grupos hipossuficientes, de forma a ser corretamente identificado o interesse público a ser satisfeito no caso concreto.

Assim, embora as conclusões alcançadas tenham respondido ao questionamento inicial, e se reconheça que a consensualidade já está, de fato, incorporada às práticas administrativas contemporâneas, especialmente no âmbito da regulação estatal, também é certo que ainda há muito espaço para o aprofundamento da temática, especialmente diante da sua importância prática.

Conclui-se o trabalho com os ensinamentos de Barbosa de Melo (1983, pp. 122-123) expostos em clássico artigo acerca do tema, no qual afirma haver pressupostos ético-culturais da “administração concertada”, como a vontade para a concertação, tanto pelo lado dos grupos sociais como pelo lado do poder público; a ética coletiva expressa na fidelidade à palavra dada; e uma autêntica representatividade nos dirigentes das organizações de interesses, a fim de que não se converta em um instrumento de poder de poucos grupos. No entanto, o autor ressalta o aspecto instrumental da consensualidade, que se revela uma oportunidade de ajustar o Estado e sua Administração à complexidade do mundo econômico-social e para dar satisfação aos legítimos anseios de participação dos grupos ou organizações sociais na regulação dos seus interesses específicos, afirmando que “apesar das dificuldades,

vale a pena que os poderes públicos se empenhem leal e abertamente na tarefa de promover a concertação entre os parceiros sociais” (MELO, 1983, p. 123).

REFERÊNCIAS

Livros e artigos

ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales en el derecho español. *In: A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, pp. 11-43, jul.-set. 2003.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

AMORA, Dimmi. Depois de acordo com governo, estradas de 'pedágio a R\$ 1' aceleram obras. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 21 dez. 2013. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/12/1388654-depois-de-ajustamento-de-conduta-rodovias-aumentam-ritmo-de-producao.shtml>. Acesso em: 27 maio 2019.

AMORA, Dimmi; CRUZ, Valdo. Governo exige cronograma de empresas para concessão de rodovias. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 12 set. 2013. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/09/1340765-governo-exige-cronograma-de-empresas-para-concessao-de-rodovias.shtml>. Acesso em: 27 maio 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo**: acordos regulatórios e contratos administrativos. Brasília, ano 42, n. 167, jul.-set., 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/850>. Acesso em: 28 abr. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 03, pp.19-58, jul.-set. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, pp. 285-312, jul. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445/45191>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9 n. 4. Rio de Janeiro, out.-dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000402171. Acesso em: 10. jun. 2019.

BERGAMASCHI, André Luis. **Resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por mecanismos consensuais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/D.2.2016.tde-21032016-140915. Acesso em: 08 nov. 2019.

BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 39, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31688>. Acesso em: 09 jul. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum: 2016.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *In: Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, jan.-fev.-mar. 2007. Salvador, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALCAGNO, Luiz. ANTT suspende resolução que define preço mínimo do frete para caminhoneiros. **Correio Braziliense**, Brasília, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/07/22/interna-brasil,772911/antt-suspende-resolucao-que-define-preco-minimo-do-frete-para-caminhon.shtml>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Os contratos administrativos no direito brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, v. 3, pp. 104-120, 2015.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; SOARES, Ricardo Pereira; FERREIRA, Iansã Melo; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; ROMMINGER, Alfredo Eric. **Gargalos e demandas da infraestrutura rodoviária e os investimentos do PAC**: mapeamento IPEA de obras rodoviárias. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1637/1/TD_1592.pdf. Acesso em: 07 maio 2019.

CAVALCANTI, Bianor Scelza. **Reformas e políticas regulatórias na área de transportes**. VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct., 2002.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, pp. 129-146, out.-dez., 2005.

COUTINHO, Diogo R. Privatização e Estado forte. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, ago. 2012. Seção Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,privatizacao-e-estado-forte-imp-,921413>. Acesso em: 29 out. 2019.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo R. A MP da Liberdade Econômica e a mão invisível. **Jota**, São Paulo, maio 2019. Seção Regulação. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-utopia-do-laissez-faire-28052019#_ftn2. Acesso em: 30 out. 2019.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, pp. 153-176, jul. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435>. Acesso em: 07 out. 2017.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, pp. 119-145, jan.-mar. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DAYCHOUM, Vêras. *In: GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia (org.) Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública – ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 42, pp. 9-24, jul.-set. 2013.

DINIZ, Eli. Desenvolvimento e Estado desenvolvimentista: tensões e desafios da construção de um novo modelo para o Brasil do século XXI. *In: Revista de Sociologia e política*, v. 21, n. 47, 2013.

DONNO, Marzia De. The French Code. “Des Relations Entre Le Public Et L’administration”. A new european era for administrative procedure? **Italian Journal of Public Law**, v. 9. Disponível em: http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2017_volume_2/2_De_Donno.pdf. Acesso em: 21 out. 2019.

DONNO, Marzia De. Nuove prospettive del principio di consensualità nell’azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati. *In: Revista di Diritto Pubblico Italiano*, Comparato, Europeo. n. 6, 2018. Disponível em: <https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=35941>. Acesso em: 18 out. 2019.

DUDLEY, Susan E.; BRITO, Jerry. **Regulation**: a primer. 2. ed. Washington: Mercatus Center and The George Washington University Regulatory Studies Center, 2012.

FELIX, M. K. R.; CAVALCANTE FILHO, J. T. **Marco Normativo do Setor Ferroviário Brasileiro**: caminhos para superação da insegurança jurídica e regulatória. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2016 (Texto para Discussão n. 218). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 12 dez. 2016.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 165-177, abr. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532>. Acesso em: 15 out. 2019.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 14, n. 53, pp. 199-227, jan.-mar. 2016.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *In: Perfiles Latinoamericanos*, v.13 (28), pp. 9-32, 01 July 2006.

GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal. *In: RIDB*, ano 1, n. 7, pp. 4000-4053, 2012. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/07/2012_07_3999_4053.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

GONÇALVES, Pedro Costa. Direito Administrativo da regulação. Separata de “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra, 2006.

GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de garantia e mercado. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010.

GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 35, pp. 105-141, 2011.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante**. Coimbra: Coimbra, 2013.

GONÇALVES, Pedro Costa. Arbitragem e regulação – a arbitrabilidade dos conflitos regulatórios. *In: Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. n. 7, pp. 65-86, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan.-jun., 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=41070>. Acesso em: 9 nov. 2019.

GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de Direito Administrativo? **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, pp. 131-152, jun. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 31 out. 2019.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, pp. 229-248, out.-dez. 2013.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In: GUERRA, Sérgio (org.). Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, ago. 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248132>. Acesso em: 12 nov. 2019.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007. Disponível em: doi:10.11606/D.2.2007.tde-25022008-155225. Acesso em: 02 jun. 2028.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário. *In: Nota Técnica n. 04 (Dimac): a regulação no transporte rodoviário brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2003. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5826>. Acesso em: 05 maio 2019.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução de Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 17-78, jan.-mar. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39827>. Acesso em: 8 jun. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEMES, Selma. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *In: RDM* n. 134, pp. 148-163, abr.-jun., 2004.

LEONG, Hong Cheng. Introdução ao *negotiated rulemaking* – a sua compatibilidade com o sistema jurídico português e questões sobre a legitimidade dos administrados de impugnar o regulamento consensual. Publicações CEDIPRE Online – 29. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_29.pdf. Coimbra, out. 2016. Acesso em: 20 out. 2019.

LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. *In: Minnesota Law Review*. n. 89, 2004-2005.

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado Regulador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, pp. 11-43, jan. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8898>. Acesso em: 09 jul. 2018.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. Tradução de René Loncan. **Revista do Serviço Público**, ano 50, n. 1, jan.-mar. 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e perspectiva das agências reguladoras no Brasil. **Conjuntura & Informação**, n. 15, jul.-set. 2001.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002a.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, pp. 13-30, abr. 2002b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521>. Acesso em: 28 out. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, pp. 85-93, jun. 2009b.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Belo Horizonte, 2010, pp.7-30. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, abr. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In: (coord.) MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011a.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado. *In: (org.) MARTINEZ; LÓPEZ-MUNIZ; ROJAS. Derecho administrativo y regulación económica*. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: La Ley, 2011b.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Publicidade ativa e publicidade passiva na regulação estatal. **Migalhas**, ago. 2012, Seção Migalhas de peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163046,21048-Publicidade+ativa+e+publicidade+passiva+na+regulacao+estatal>. Acesso em: 01 nov. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL** (no prelo).

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 27, ago.-set.-out. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=597>. Acesso em: 18 maio 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Lei n. 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, maio 2018. Seção Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniaolindb-paradigmas-acordos-substitutivos>. Acesso em: 27 jan. 2019.

MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências. *In: MARRARA, Thiago (org.). Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, pp. 274-293, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan.-mar. 2019. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=254675>. Acesso em: 15 out. 2019.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELO, Antonio Barbosa de. Introdução às formas de concertação social. *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 59, pp. 65-127, 1983.

MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo: entre atos unilaterais e contratos**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2016.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração Pública consensual e a arbitragem. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 9, v. 35, pp. 107-133, out.-dez. 2012.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit administratif**. Paris: Montchrestien, Lextenso éditions, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan.-mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56979>. Acesso em: 1 nov. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *In: Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, pp. 87-118, out.-dez. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. *In: MARRARA (org.). Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado administrativo: de omissivo a hiperativo. *Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, pp. 153-179, ago. 2017. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/154>. Acesso em: 09 jul. 2018.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 179-182, abr.-jun. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 231, jan.-mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, pp. 13-37, jul.-set. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 8º Ensaio – algumas notas sobre o progresso da consensualidade. *In: Novas mutações juspolíticas* – em memória de Eduardo Garcia de Enterría – jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MORENO, Natália de Almeida. Tecnologias regulatórias piramidais: *responsive regulation e smart regulation*. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, jan.-mar. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=231879>. Acesso em: 29 out. 2019.

NAPOLITANO, Giulio. *La logica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. Crise de identidade do ato administrativo: benefícios e riscos da “terapia dialógica”. *In: Revista Direito em (Dis)Curso*, Londrina, v. 4, n. 1, pp. 15-24, jan.-jul. 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. *In: MARRARA, Thiago (org.). Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Filipe; SOPRANA, Paula. Em ligação a caminhoneiro, ministro diz que tabela fica suspensa até que haja consenso. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/em-ligacao-a-caminhoneiro-ministro-diz-que-tabela-fica-suspensa-ate-que-haja-consenso.shtml>. Acesso em: 22 nov. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, pp. 167-194, abr.-jun. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O Direito Administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, pp. 303-322, jan. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 09 jul. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/>. Acesso em: 29 abr. 2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PECI, Alketa. Modelos regulatórios na área de transportes: a experiência americana. **VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Lisboa, Portugal, 8-11 oct. 2002.

PECI, Alketa. Análise do Impacto Regulatório (AIR). *In*: PROENÇA, Jadir Dias (org.). **PRO-REG**: contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil. v. 1. Brasília: Semear/Presidência da República, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIERCE JR, Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative Law and Process**. 3. ed. New York: Foundation Press, 1999.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, 2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. Regulação e concorrência no transporte ferroviário brasileiro: o novo modelo proposto para o setor. *In*: **8ª Jornada de Estudos de Regulação**, IPEA. Rio de Janeiro: IPEA, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17620>. Acesso em: 08 maio 2019.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, pp. 43-70, jul. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47041>. Acesso em: 14 nov.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do Direito Administrativo: o caso da administração por compromissos. *In*: GONÇALVES, Pedro (org.). **Estudos de contratação pública I**. Coimbra: Coimbra, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. É possível a resolução consensual de conflitos com o poder público. **Consultor Jurídico**, jul. 2018, Seção Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/luciane-moessa-viavel-resolucao-consensual-poder-publico>. Acesso em: 01 nov. 2019.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, pp. 125-162, abr. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359/45378>. Acesso em: 08 maio 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. *In*: **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, pp. 133-151, abr.-jun. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 41, pp. 57-72, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. *In*: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Concessão de rodovias e desenvolvimento: a inconsistência jurídica dos programas. *In*: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coord.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias, rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SUSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. New York: Simon & Schuster, 2013.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 79-103, jan.-mar. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39826>. Acesso em: 8 jun. 2019.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Teoria geral do Estado**: elementos de uma nova ciência social. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **A qualidade da regulação estatal no Brasil**: uma análise a partir de indicadores de qualidade. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2016.tde-16052016-164903. Acesso em: 05 nov. 2019.

Documentos oficiais, julgados judiciais e administrativos

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Agenda Regulatória da ANTT**: instruções para elaboração, implementação e revisão da agenda regulatória. 4. ed. Brasília: ANTT, 2015. Disponível em: <Http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/1901/Introducao.html>. Acesso em: 11 maio 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Relatório Anual 2017**. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/textogeral/relatoriosanuais.html>. Acesso em: 10 maio 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Relatório Anual de Atividades 2018**. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/textogeral/RelatoriosAnuais.html>. Acesso em: 13 nov. 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório final da tomada de subsídios 009/2018**. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/53774.html>. Acesso em 20 nov. 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório final da audiência pública sei n. 2/2019**. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>. Acesso em 20 nov. 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Nova resolução sobre participação social**. Publicado em 27 dez. 2017. Disponível em: http://www.antt.gov.br/salaImprensa/noticias/arquivos/2017/12/ANTT_publica_nova_resolucao_sobre_processo_de_participacao_e_controle_social.html. Acesso em: 17 nov. 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Relatório final da audiência pública n. 10/2017**. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/52074.html>. Acesso em: 21 maio 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Nota Técnica SEI n. 108/2019/GERET/SUROC/DIR**. Assunto: Análise de impacto regulatório – revisão da regulação da política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas (versão jan. 2018), mar. 2019. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>. Acesso em: 20 nov. 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Relatórios anuais**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/textogeral/Relatorios_Anuais.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Processo Eletrônico (SEI)**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/textogeral/Processo_Eletronico_SEI.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

AGÊNCIA Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

BANCO Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). As concessões rodoviárias. **Cadernos de infraestrutura**, Rio de Janeiro, n. 17, ago. 2001.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995.

FUNDAÇÃO de Estudos Agrários Luiz de Queiroz (FEALQ); AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório Técnico**. Revisão de metodologia de definição, monitoramento e atualização de dados e informações com vistas à implementação da política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas e à adequação da tabela de fretes, Grupo 4, Produto 5. Coordenador: Prof. José Vicente Caixeta Filho. Abril 2019 - Versão Revisada. Disponível em: http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html. Acesso em: 21 nov. 2019.

FUNDAÇÃO de Estudos Agrários Luiz de Queiroz (FEALQ); AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório Técnico**. Revisão de metodologia de definição, monitoramento e atualização de dados e informações com vistas à implementação da política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas e à adequação da tabela de fretes, Grupo 7, Produto 14. Coordenador: Prof. José Vicente Caixeta Filho. Julho 2019 - Versão Revisada. Disponível em: http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html. Acesso em: 21 nov. 2019.

FUNDAÇÃO de Estudos Agrários Luiz de Queiroz (FEALQ); AGÊNCIA Nacional de Transporte Terrestres (ANTT). **Relatório Técnico**. Revisão de metodologia de definição, monitoramento e atualização de dados e informações com vistas à implementação da política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas e à adequação da tabela de fretes, Grupo 4, Produto 6. Coordenador: Prof. José Vicente Caixeta Filho. Abril 2019 - Versão Revisada. Disponível em:
http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html. Acesso em: 21 nov. 2019.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. **Reuniões ordinárias** – Fórum TRC. Disponível em: <https://www.infraestrutura.gov.br/component/content/article/52-sistema-de-transportes/3332-pautas-das-reuni.html?otilde;es-ftrc=>. Acesso em: 21 nov. 2019.

PARTICIPANTT. **Sistema de participação pública da ANTT**. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/>. Acesso em: 08 dez. 2019.

SUPERINTENDÊNCIA de governança regulatória (SUREG). **Manual de operação** – sistema de participação pública da ANTT – ParticipANTT. Brasília: ANTT, 2019. Disponível em:
http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2019/08/28/Manual_ParticipANTTjulho_2019_VF.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

TRIBUNAL de Contas da União. **Acórdão 2533/2017**, Plenário, Processo TC 019.494/2014-9, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data da sessão: 14-11-2017.

Referências normativas (Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos –
Apresentação