

THIAGO PRIESS VALIATI

**IMPACTOS DA FALTA DE COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA NA
REGULAÇÃO DOS SETORES DE LOGÍSTICA**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Pagani de Souza

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2022

THIAGO PRIESS VALIATI

**IMPACTOS DA FALTA DE COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA NA
REGULAÇÃO DOS SETORES DE LOGÍSTICA**

Versão corrigida

(Versão original encontra-se na Unidade que aloja o Programa de Pós-Graduação)

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo Pagani de Souza.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2022

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Valiati, Thiago Priess

Impactos da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística / Thiago Priess Valiati – São Paulo: T. P. Valiati, 2022.
289 f.; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2022.

Orientador: Prof. Rodrigo Pagani de Souza.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia

1. Coordenação Administrativa. 2. Impactos. 3. Regulação. 4. Setores de Logística. 5. Tendências. 6. Segurança Jurídica. I. SOUZA, Rodrigo Pagani de. II. Título.

VALIATI, Thiago Priess

Título: Impactos da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo Pagani de Souza

Aprovado em: 17 de novembro de 2022.

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

*Ao meu avô Walter,
Minha inspiração diária e meu ídolo eterno.*

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta tese de doutorado foi uma tarefa árdua e que não seria possível sem o auxílio de várias pessoas em minha vida. Foram três longos anos e meio de doutorado, muito suor exigido e vários momentos de muito sacrifício, renúncias e contratemplos, especialmente durante uma pandemia, em que os desafios se intensificaram. Em muitos momentos, a entrega do texto que ora se submete à análise parecia algo realmente inimaginável, diante de tantas adversidades diárias. Em várias ocasiões precisei encontrar forças que eu não fazia ideia que possuía. E todas essas pessoas, cada uma ao seu modo, foram parte importante desse processo, para continuar sempre em frente e com a força necessária para o depósito desta versão. Sou realmente grato a todos. Neste breve espaço tentarei lembrar de todos e espero não ser injusto e esquecer de ninguém.

Em primeiro lugar, agradeço a todos os meus colegas de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. O primeiro ano de doutorado foi uma intensa correria, que envolveu viagens e bate-voltas semanais de Curitiba para São Paulo. Entre aeroportos (e foram muitas viagens e deslocamentos!), cafés e a Faculdade de Direito, muitos amigos foram essenciais nessa trajetória, sejam para tornar a intensidade da pós-graduação mais leve com as conversas descontraídas, seja com boas trocas de ideias para o desenvolvimento deste trabalho. Aos amigos curitibanos Fernando Menegat, Paulo Vinícius Liebl Liebl, Bruno Bianchi, Murilo Ribas e ao estimado amigo de Bauru, Danilo Guerreiro de Moraes, agradeço a todos pelos bons momentos vivenciados. Em especial, Danilo, amigo especial, por todas as conversas e debates, cafés semanais, dicas de textos e livros e todo o auxílio que possibilitaram o aprofundamento do trabalho.

Agradeço também a todos os colegas de orientação, que ajudaram com dicas e observações valiosas para os rumos da tese. As reuniões de orientação, juntamente com o professor Rodrigo Pagani de Souza, foram primordiais para o esclarecimento de ideias e desenvolvimento da pesquisa. Danilo Guerreiro de Moraes, Letícia Oliveira Lins de Alencar, Raphael de Mattos Cardoso, Natália de Aquino Cesário, Diego Jurubeba, Rodrigo Rage Ferro e Natália de Sousa da Silva, muito obrigado a todos.

Aos meus amigos, que estiveram por perto e foram um dos principais suportes necessários para suportar as dificuldades e tornar meus dias muito mais fáceis durante estes três anos e meio

de doutorado, sobretudo durante o período de isolamento da pandemia, que teve um grande impacto em nossas vidas. Em primeiro lugar, aos amigos de Curitiba e União da Vitória, Eduardo Ferreira Tavares, Leonardo Ferreira Tavares, Houssan Faraj, João Buch, André Portugal, Matheus Falk, Guilherme Buch e Leandro Costa. Também agradeço ao também sempre presente amigo e companheiro de Lages, Rafael Furlanetto. Maria e Fran, minhas terapeutas quase que diárias, pelos conselhos e conversas essenciais. E aos meus estimados amigos de infância, Luan Birkhan, Anderson Fontana, Gustavo Benedet e André Eyng. Agradeço a todos vocês pela amizade e por todos os momentos que tornaram possível o depósito desta tese. Obrigado pela paciência de todos e por estarem sempre do meu lado.

À Sociedade Esportiva Palmeiras e a todos os meus amigos palmeirenses, que foram um combustível imprescindível para seguir dia após dia com a animação necessária para tornar a vida mais leve. O futebol é algo fantástico. Futebol é vida. Nunca será só “um jogo” como insistem em dizer por aí. Futebol é amizade, é fazer pulsar o coração e deixar a nossa vida quente. E durante os anos de doutorado, nosso Palestra se tornou tricampeão da América, o que acabou proporcionando uma viagem inesquecível ao Uruguai, rodeado de tantos estimados amigos. Eduardo, Léo, Matheus, Gui, Wagner Giaretta, Wagner e Gustavo Schiel, Lucas Viriato, Lucas Cabral, Ronaldo, Ana e Sarah. Agradeço também Leandro Cabral e André Balestrin, pela hospedagem em São Paulo e companhia nos jogos no Palestra Itália. A vida sem Palmeiras e, sobretudo, sem a companhia de grandes amigos não teria a mesma emoção.

Às minhas sócias de escritório e colegas de advocacia, Nathalia Lima Barreto e Nahima Peron Coelho Razuk, e à Marina Batisti, pelo aprendizado e inspiração diários e por terem segurado a barra nos momentos em que estive ausente do dia-a-dia do escritório em razão do doutorado e elaboração do trabalho. E à Scarlett Walewska dos Santos, em especial, por ter me ajudado com o aprofundamento da pesquisa necessário para o desenvolvimento da tese. Trabalhar ao lado de mulheres tão fortes e competentes sempre foi uma inspiração enorme para mim.

Agradeço também, ao meu estimado primo e colega de advocacia e Direito Público, Alexandre Priess, por todas as produtivas trocas de ideias, experiências e oportunidades.

Além disso, para a elaboração desta tese muitos professores e mestres da Academia e do Direito Público foram essenciais para o meu desenvolvimento acadêmico. Antes, porém, faz-se necessário um agradecimento especial ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, onde me tornei Mestre em Direito, e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da USP, pela possibilidade de desenvolvimento da minha pesquisa na Universidade Pública e, assim, contribuir, de alguma forma, com debates relacionados à transformação da realidade social. Assim, em primeiro lugar, agradeço os mestres da Universidade Federal do Paraná que me possibilitam chegar até aqui. Ao Professor Emerson Gabardo, o qual foi o primeiro professor que conversei sobre os meus planos de tentar o processo seletivo de doutorado da USP e me incentivou enormemente para continuar tentando o processo seletivo de ingresso no Largo São Francisco. À Professora e eterna orientadora, Eneida Desiree Salgado, que me orientou em grupos de pesquisa, na graduação e no mestrado e foi, sem dúvidas, sempre, a maior inspiração para seguir na vida acadêmica e ter escolhido o Direito Público; agradeço profundamente pelas magistrais e eternas lições. E ao Professor Egon Bockmann Moreira, enorme inspiração e referência na docência, pelas lições de Direito Administrativo e Econômico, desde os tempos de Universidade Federal do Paraná. Ademais, estudar nas Arcadas foi um sonho que tive desde sempre e que consegui realizar e ter o privilégio de desfrutar muito pela oportunidade concedida pelos Professores Fernando Dias Menezes de Almeida, Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza; a possibilidade e aprovação no rigoroso processo seletivo que organizaram é algo que sou profundamente grato. Assim, também agradeço a todos os professores com os quais tive lições na Faculdade de Direito da USP durante o doutorado: Professores Marcos Augusto Perez, Sebastião Botto de Barros Tojal, Maria Paula Dallari Bucci e José Maurício Conti. Agradeço também aos Professores Floriano de Azevedo Marques Neto (que também participou da minha banca de defesa) e Vitor Rhein Schirato, pela participação na minha banca de qualificação – a arguição realizada e os conselhos realizados foram essenciais para a continuidade e o desenvolvimento da pesquisa – e aos Professores Luiz Fernando Roberto, Irene Patrícia Nohara, Patricia Pessoa Valente e Alice Voronoff, pela disponibilidade e participação na minha banca de defesa. Os ensinamentos adquiridos e a experiência vivenciada contribuíram demasiadamente para o meu trabalho. Muito obrigado a todos.

E, enfim, agradeço, em especial, ao meu orientador, Professor Rodrigo Pagani de Souza, pela oportunidade concedida em ser seu orientando no Programa de Pós-Graduação em Direito da

USP, pela disponibilidade e incentivo de sempre apesar do distanciamento causado pela pandemia, por todas as valiosas lições, provocações e dicas cruciais e o necessário auxílio no processo de orientação desta tese, sem os quais não seria possível alcançar as conclusões aqui trazidas.

Aos meus pais, Carla e Carlos, meus irmãos, Roberto e Guilherme, meus avós, Tereza, Walter, Aurora e David, e a todos os meus familiares, agradeço por todo o amor, carinho e suporte de sempre. Em especial, agradeço também, *in memoriam*, ao meu tio Ricardo Priess, que infelizmente e de forma tão injusta a vida levou tão cedo, por toda a inspiração e os ensinamentos em vida. Amo todos vocês.

E, ao meu amor, Isadora, agradeço por absolutamente *tudo*. O maior presente que Deus me deu durante estes anos loucos do doutorado. Amo você. Sem você, definitivamente eu não conseguiria.

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	13
RIASSUNTO.....	14
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	15
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – REGULAÇÃO E OS SETORES DE LOGÍSTICA NO BRASIL	22
1.1 As principais ações governamentais realizadas nos setores de infraestrutura a partir da Constituição Federal de 1988: as privatizações e concessões de serviços públicos.....	22
1.2 O que é regulação? O surgimento das agências reguladoras dos setores de logística no contexto da década de 1990.....	28
1.3 Os setores de logística no Brasil: rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.....	39
1.3.1 O setor de infraestrutura rodoviária (rodovias)	41
1.3.2 O setor de infraestrutura ferroviária (ferrovias).....	53
1.3.3 O setor de infraestrutura aquaviária (portos).....	60
1.3.4 O setor de infraestrutura aeroaviária (aeroportos).....	65
1.4 Os setores de logística e o desenvolvimento socioeconômico	72
CAPÍTULO 2 – A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NOS SETORES DE LOGÍSTICA E A FALTA DE COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	78
2.1 As competências do Ministério dos Transportes e do Ministério de Portos e Aeroportos	78
2.2 As competências da Infra S.A.....	83
2.3 As competências do Programa de Parceria de Investimentos (PPI).....	87
2.4 As competências das agências reguladoras	91
2.4.1 As competências da ANTT no setor de rodovias e ferrovias	93
2.4.2 As competências da ANTAQ no setor de portos.....	96
2.4.3 As competências da ANAC no setor de aeroportos.....	99
2.5 As competências do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação aos setores de logística	101

2.7 A falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística no Brasil	107
.....	
CAPÍTULO 3 – IMPACTOS E PREJUÍZOS DA FALTA DE COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA NOS SETORES DE LOGÍSTICA	125
.....	
3.1 Impacto 1: insegurança jurídica	131
.....	
3.1.1 O princípio constitucional da segurança jurídica.....	133
3.1.2 O impacto da insegurança jurídica sobre os setores de logística.....	136
3.2 Impacto 2: conflitos regulatórios.....	148
3.3 Impacto 3: paralisia decisória	160
.....	
3.4 Os prejuízos da falta de coordenação administrativa nos setores de logística: os impactos na realização de investimentos e o direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico.....	166
.....	
CAPÍTULO 4 – COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA NA REGULAÇÃO DOS SETORES DE LOGÍSTICA	178
.....	
4.1 A Emenda Constitucional nº 19/1998: a primeira reação do Direito brasileiro em favor da coordenação administrativa	179
.....	
4.2 A proposta normativa do anteprojeto da Lei Orgânica para a Administração Pública federal instituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007.....	182
4.3 A Lei nº 13.334/2016: a coordenação administrativa na gênese da proposta do PPI191	182
.....	
4.4 A Lei nº 13.655/2018: segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público	198
.....	
4.5 A Lei nº 13.848/2019: o marco regulatório das agências reguladoras	221
.....	
4.6 A Lei nº 14.210/2021: a instituição da decisão coordenada no âmbito da Administração Pública brasileira	230
.....	
4.7 Consenso e coordenação administrativa: as tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol da coordenação administrativa.....	243
.....	
CONCLUSÃO	255
.....	
REFERÊNCIAS	269

RESUMO

VALIATI, Thiago Priess. *Impactos da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística*. 2022. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

A presente tese de doutorado trata dos impactos da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística (rodovias, ferrovias, portos e aeroportos) e sobre as principais tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol de um contexto de coordenação e segurança. O trabalho, assim, demonstra que um dos grandes problemas que restringem o incremento da logística nacional consiste na falta de articulação entre os vários órgãos e entidades que possuem competências decisórias. Dessa forma, a tese trata das principais autoridades públicas envolvidas nos referidos setores: o Ministério dos Transportes e o Ministério de Portos e Aeroportos, a Infra S.A., o Conselho e a Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, as agências reguladoras respectivas (ANTT, no caso dos setores de rodovias e ferrovias; Antaq, no setor de portos; e Anac, em relação ao setor de aeroportos), além do Tribunal de Contas da União – TCU, órgão que realiza o controle externo da Administração Pública federal e que também possui funções relevantes na logística brasileira. Estes atores institucionais possuem atribuições das mais variadas espécies, que decorrem da previsão de inúmeros instrumentos normativos e que distribuem as competências entre as referidas autoridades. Porém, essas atribuições são excessivas e confusas e a delimitação específica de quem é responsável pelos planos de elaboração das políticas públicas e pela execução da política regulatória não possui exatidão. Além disso, para além das previsões do ordenamento, a prática administrativa nacional também contribui com a falta de coordenação. Desse modo, o trabalho defende que a falta de coordenação gera, como impactos nos setores de logística, insegurança jurídica, conflitos regulatórios e paralisia decisória. A despeito da existência destes impactos, a tese defende a existência, como reação à descoordenação, de uma tendência no Direito Administrativo por um contexto de maior coordenação administrativa e segurança jurídica. O trabalho aborda, assim, as principais tendências do Direito Administrativo brasileiro: a EC nº 19/1998, o anteprojeto da lei orgânica para a Administração Pública Federal, a Lei nº 13.334/2016 (Lei do PPI), a Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB), a Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e a Lei nº 14.210/2021 (Lei da Decisão Coordenada). Afirma-se, ao final, que, embora o ordenamento jurídico nacional associado à realidade prática tenha gerado um cenário da falta de coordenação, o Direito Administrativo, pautado no consenso, apresenta variadas tendências e caminha em favor de um cenário de coordenação administrativa e de segurança jurídica como reação nos setores de logística, a partir da edição de instrumentos normativos que concretizam tendências e privilegiam os temas em questão.

Palavras-chave: Coordenação Administrativa; Impactos, Regulação; Setores de Logística; Tendências; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

VALIATI, Thiago Priess. *Impacts of lack of administrative coordination in the regulation of logistics sectors*. 2022. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, 2022.

This doctoral thesis is about the impacts of the lack of administrative coordination in the regulation of the logistics sectors (highways, railways, ports and airports) and also on the main trends of Brazilian Administrative Law in favor of a context of coordination and security. The work, therefore, demonstrates that one of the major problems that restrict the development of national logistics is the lack of articulation between the various bodies and entities that have decision-making powers. In this way, the dissertation deals with the main public authorities involved in the referred sectors: the Ministry of Infrastructure, the Infra S.A., the Board and the Secretariat of the Investment Partnership Program – PPI, the related regulatory agencies: ANTT, in the case of highway and railway sectors; ANTAQ, in the port sector; and ANAC, regarding to the airport sector) and the Federal Court of Accounts - TCU, body that carries out the external control of the Federal Public Administration and which also has relevant functions in the Brazilian logistics. These institutional players have attributions of most varied types, which stem from the provision of numerous normative instruments and that distribute the competences among the referred authorities. However, these attributions are excessive and confusing and the specific delimitation of who is responsible for the plans of elaboration of public policies and for the execution of the regulatory policy does not have accuracy. Besides that, apart from legal provisions, the national administrative practice also contributes to the lack of coordination. In this way, the dissertation argues that the lack of coordination generates, as impacts on the logistics sectors, legal uncertainty, regulatory conflicts and decision-making paralysis. Despite the existence of these impacts, the dissertation defends the existence, as a reaction to the lack of coordination, of a tendency in Administrative Law for a context of greater administrative coordination and legal certainty. The work thus addresses the main trends of Brazilian Administrative Law: EC nº 19/1998, the preliminary draft of the Organic Law for the Federal Public Administration, Law nº 13.334/2016 (PPI Law), Law nº 13.655/2018 (New LINDB - Law of Introduction to the Civil Code), Law No. 13.848/2019 (Regulatory Agencies Law) and Law No. 14.210/2021 (Coordinated Decision Law). Finally, it is stated that, although the national legal system associated with practical reality has generated a scenario of lack of coordination, the Administrative Law, based on consensus, presents various trends and moves in favor of a scenario of administrative coordination and legal certainty as a reaction in the logistics sectors, as from the edition of legislative instruments that materialize trends and privilege the themes in question.

Keywords: Administrative Coordination; Impacts, Regulation; Logistics Sectors; Tendencies; Legal Security.

RIASSUNTO

VALIATI, Thiago Priess. *Impatti del mancato coordinamento amministrativo nella regolamentazione dei settori logistici*. 2022. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, 2022.

La presente tesi di dottorato tratta gli impatti del mancato coordinamento amministrativo nella regolamentazione dei settori logistici (strade, ferrovie, porti e aeroporti) e sulle principali tendenze del diritto amministrativo brasiliano a favore di un contesto di coordinamento e sicurezza. La tesi, quindi, dimostra che uno dei maggiori problemi che limitano l'aumento della logistica nazionale è la mancanza di articolazione tra i vari organi ed enti che hanno poteri decisionali. Pertanto, la tesi si occupa delle principali autorità pubbliche coinvolte nella regolamentazione di questi settori: il Ministero delle Infrastrutture, l'Infra S.A., il Consiglio e il Segretariato dell'Investment Partnerships Program – PPI, le rispettive agenzie di regolamentazione (ANTT, nel caso del settore stradale e ferroviario; Antaq, nel settore portuale; e Anac, in relazione al settore aeroportuale) e la Corte dei Conti Federale – TCU, organismo che svolge il controllo esterno della Pubblica Amministrazione Federale e che ha anche funzioni rilevanti nella logistica brasiliana. Questi attori istituzionali hanno attribuzioni delle più svariate tipologie, che risultano dalla previsione di numerosi strumenti normativi e che ripartiscono le competenze tra le autorità deferite. Tuttavia, queste attribuzioni sono eccessive e confuse e la delimitazione specifica di chi è responsabile dei piani per l'elaborazione delle politiche pubbliche e per l'esecuzione della politica di regolamentazione non è esatta. Inoltre, oltre alle disposizioni di legge, alla mancanza di coordinamento contribuisce anche la prassi amministrativa nazionale. In questo modo, la tesi sostiene che la mancanza di coordinamento genera, come impatti sui settori della logistica, incertezza giuridica, conflitti normativi e paralisi decisionale. Nonostante l'esistenza di tali impatti, la tesi difende l'esistenza, come reazione al mancato coordinamento, di una tendenza nel diritto amministrativo verso un contesto di maggiore coordinamento amministrativo e certezza del diritto. La tesi affronta quindi le principali tendenze del diritto amministrativo brasiliano: CE n° 19/1998, il progetto di legge organica per la pubblica amministrazione federale, legge n° 13.334/2016 (legge PPI), legge n° 13.655/2018 (nuova LINDB), legge n. 13.848/2019 (Legge Agenzie di Vigilanza) e Legge 14.210/2021 (Legge Coordinata). Si afferma infine che, sebbene l'ordinamento nazionale legato alla realtà pratica abbia generato uno scenario di mancato coordinamento, il diritto amministrativo, basato sul consenso, presenta diverse tendenze e si muove a favore di uno scenario di coordinamento amministrativo e certezza del diritto in quanto una reazione nei settori della logistica, dalla pubblicazione di strumenti normativi che materializzano tendenze e privilegiano le tematiche in esame.

Parole chiave: Coordinamento Amministrativo; Impatti, Regolamentazione; Settori Logistici; tendenze; Sicurezza legale.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABCR	Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias
ABDIB	Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base
AGERGS	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
AGU	Advocacia Geral da União
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
CONIT	Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
CONCEBRA	Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil Sociedade Anônima
CPPI	Conselho de Programa de Parcerias de Investimentos
CNT	Confederação Nacional do Transporte
DER	Departamento de Estradas de Rodagem
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
DNPVN	Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis
EC	Emenda Constitucional
EFVM	Estrada de Ferro Vitória Minas
EFC	Estrada de Ferro Carajás
EPL	Empresa de Planejamento e Logística S.A.
FEPASA	Ferrovias Paulista Sociedade Anônima
FHC	Fernando Henrique Cardoso
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MEPI	Metodologia de Estruturação de Projetos de Infraestrutura
MP	Medida Provisória

OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
PIB	Produto Interno Bruto
PLS	Projeto de Lei do Senado
PND	Programa Nacional de Desestatização
PNL	Plano Nacional de Logística
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PORTOBRAS	Empresa de Portos do Brasil Sociedade Anônima
PPI	Programa de Parcerias e Investimentos
PPP	Parceria Público-Privada
PROCOFE	Programa de Concessão de Rodovias Federais
RESP	Recurso Especial
RFFSA	Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima
RIS	Rodovia de Integração do Sul
SAE	Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República
SEP	Secretaria Especial de Portos
SFV	Sistema Federal de Viação
SNV	Sistema Nacional de Viação
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SPPI	Secretaria do Programa de Parcerias e Investimentos
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TAV	Trem de Alta Velocidade
TUP	Terminal de Uso Privado

INTRODUÇÃO

O transporte é essencial para a vida das pessoas. Ele permite o deslocamento de indivíduos, de produtos, de serviços, além da integração nacional de toda a economia. Os chamados setores de logística, compreendidos pelos setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos,¹ são fundamentais para o sistema econômico. As cadeias produtivas dependem da existência de uma infraestrutura adequada de transportes. A produção sem a possibilidade de seu escoamento, por meio de uma rede de logística devidamente integrada, torna-se inviável. O transporte, além disso, não é crucial apenas para o sistema econômico: a realização dos direitos sociais pode se tornar impraticável sem a existência de uma adequada infraestrutura de transportes. Os direitos ao trabalho, à saúde, à educação e a redução das desigualdades sociais são influenciados pelos setores de logística. Enfim, *a infraestrutura de transporte é essencial para o desenvolvimento do país.*

No entanto, a infraestrutura de transportes do país ainda possui muitos “gargalos” para o alcance do desenvolvimento socioeconômico. Segundo o Ranking de Competitividade elaborado anualmente pelo Fórum Econômico Mundial, em 2019 o Brasil ocupava apenas a 78ª posição relacionada à infraestrutura mais desenvolvida de um total de 141 países avaliados. Os setores de logística são considerados ainda mais incipientes: o país ocupava apenas a 85ª posição da infraestrutura de transportes no Ranking.² Esta situação, enfim, resume o quadro insatisfatório da infraestrutura no Brasil.

Um dos grandes problemas que restringem o incremento adequado dos setores de logística no Brasil consiste na falta de coordenação administrativa entre os vários órgãos e entidades que possuem diversas competências decisórias envolvidas na regulação dos referidos setores.³ A ausência de articulação administrativa entre os atores estatais prejudica a atividade regulatória e causa variados impactos e, conseqüentemente, a participação dos agentes econômicos privados na exploração da infraestrutura de transportes. Assim, são muitas as autoridades envolvidas na

¹ Trata-se dos setores de logística compreendidos pelo Sistema Nacional de Viação (SNV), regido por duas leis editadas pela União: a Lei nº 10.233/2001 e a Lei nº 12.379/2011.

² SCHAWAB, Klaus. *The Global Competitiveness Report 2019*. World Economic Forum, p. 111.

³ Cumpre destacar que a presente tese de doutorado adota ambos os termos para tratar da mesma situação: “falta de coordenação administrativa” ou “descoordenação administrativa”.

regulação dos setores de logística, sejam órgãos sejam entidades com personalidade jurídica própria.⁴

O presente trabalho aborda as *principais* autoridades que possuem atuação nos referidos setores: o Ministério dos Transportes e o Ministério de Portos e Aeroportos, a Infra S.A. (empresa estatal que surgiu da incorporação da EPL pela Valec S.A.), o Conselho e a Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (que consiste em um programa do governo federal instituído em 2016 com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Poder Público e o setor privado), as agências reguladoras de cada setor de logística (ANTT, no caso dos setores de rodovias e ferrovias; ANTAQ, no setor de portos; e ANAC, em relação ao setor de aeroportos), além do Tribunal de Contas da União – TCU, órgão que realiza o controle externo da Administração Pública federal e que também possui atribuições relevantes relacionadas à logística nacional. Estas autoridades possuem atribuições das mais variadas espécies, que decorrem de vários instrumentos normativos (Constituição Federal, leis, regulamentos, decretos etc.) que distribuem competências nos setores de transportes. Todavia, essas atribuições são frágeis, confusas e demasiadas e a delimitação específica de quem é responsável pelos planos de elaboração das políticas públicas e pela execução da denominada política regulatória, por exemplo, não possui exatidão em concreto, o que causa descoordenação e insegurança.

Diante deste contexto de descoordenação administrativa, o presente trabalho procura responder as seguintes questões centrais: *quais os impactos da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística? Apesar destes impactos, há uma tendência do Direito Administrativo brasileiro por uma maior coordenação administrativa nos setores de logística no Brasil?*

Para responder estas questões, a presente tese de doutorado é dividida em quatro grandes capítulos. O primeiro capítulo “Regulação e os Setores de Logística no Brasil” preocupa-se com a exposição de conceitos imprescindíveis para o desenvolvimento do trabalho (regulação e a apresentação dos setores de logística); o segundo (“A Distribuição de Competências nos Setores

⁴ O trabalho utiliza o termo amplo “autoridade pública” para se referir tanto a órgãos, sem personalidade jurídica, quanto entidades da Administração Pública.

de Logística e a Falta de Coordenação Administrativa”) cuida sobre a distribuição de competências entre as principais autoridades públicas nos referidos setores; o terceiro capítulo (“Impactos e Prejuízos da Falta de Coordenação Administrativa nos Setores de Logística”) trata dos prejuízos e impactos da falta de coordenação administrativa nos setores abordados e, finalmente, o quarto e derradeiro capítulo (“Coordenação Administrativa na Regulação dos Setores de Logística”) expõe as tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol da coordenação administrativa e da segurança jurídica.

Assim, um primeiro momento, serão apresentados os conceitos que serão utilizados ao longo da tese, isto é, regulação e os respectivos setores de logística que serão abordados. Dessa forma, inicialmente, o primeiro capítulo trata da regulação dos setores de logística no Brasil. O trabalho procura demonstrar as principais ações governamentais realizadas nos setores de infraestrutura, em geral, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, como as privatizações e as concessões de serviço público. Na sequência, o capítulo trata sobre o conceito de regulação utilizado no trabalho e apresenta o contexto de surgimento das agências reguladoras dos setores de logística na década de 1990. Apresenta-se, após, os setores de logística no Brasil: rodovias, ferrovias, portos e aeroportos, que são compreendidos pelo Sistema Nacional de Viação (SNV). Finalmente, finalizando este primeiro capítulo, a tese demonstra a relação existente entre os setores de logística analisados e o desenvolvimento socioeconômico. A apresentação dos conceitos, sobretudo o de regulação, e a apresentação dos setores de logística, afiguram-se como relevantes para o desenvolvimento da pesquisa, em que se indica, a partir do segundo capítulo, a distribuição de competências entre os vários atores estatais envolvidos.

No segundo capítulo da tese, após a preocupação com a exposição conceitual realizada no capítulo anterior, o trabalho cuida da distribuição de competências nos setores de logística entre as principais autoridades públicas e a constatação da falta de coordenação administrativa. O capítulo trata, assim, das competências das principais entidades e órgãos que possuem atribuições nos setores de logística. Além disso, o capítulo também, ao seu final, discorre acerca da falta de coordenação administrativa (ou descoordenação), pontuando suas causas essenciais, é dizer, a existência de normas (de variados níveis) que atribuem competências decisórias e a práxis

administrativa nacional. Neste capítulo do trabalho, portanto, é evidenciada a premissa da existência da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística no país.

No terceiro capítulo, o trabalho preocupa-se com a demonstração dos impactos e respectivos prejuízos que decorrem da descoordenação administrativa na regulação dos setores de logística, abordados anteriormente. O capítulo procura, assim, estudar os principais impactos (insegurança jurídica, conflitos regulatórios e paralisia decisória) que decorrem da falta de coordenação. Para tanto, o trabalho utiliza estudos empíricos (realizados pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República – SAE, pelo Insper, pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR, e por um trabalho conjunto da KPMG e da Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL) que consistem na principal fonte para a indicação dos sobreditos impactos. Ao final deste capítulo, a tese discorre acerca dos prejuízos gerados pelos impactos abordados em relação à realização de parcerias com particulares e investimentos nos setores sob análise, além de apresentar a ideia de direito fundamental ao desenvolvimento econômico. A abordagem do desenvolvimento é crucial para evidenciar como os impactos da descoordenação afetam os investimentos nos setores de transportes e, conseqüentemente, a economia e a qualidade de vida dos cidadãos.

Por fim, o quarto e último capítulo do trabalho apresenta as principais *tendências* do Direito Administrativo brasileiro em relação à coordenação administrativa e à segurança jurídica como *reação* aos impactos tratados: a Emenda Constitucional nº 19/1998, o anteprojeto da lei orgânica para a Administração Pública Federal que foi instituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, a Lei nº 13.334/2016 (Lei do Programa de Parcerias de Investimentos), a Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB), a Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e a Lei nº 14.210/2021 (Lei da Decisão Coordenada). A preocupação do capítulo, porém, não consiste em esmiuçar detalhadamente as referidas tendências normativas; a finalidade é demonstrar o caminho do Direito Administrativo nacional, materializado por variados reflexos recentes, em prol de um cenário de coordenação administrativa e segurança jurídica. O objetivo, portanto, é demonstrar que o Direito Administrativo brasileiro, *como resposta à descoordenação* e aos respectivos impactos gerados (insegurança jurídica, conflitos regulatórios e paralisia decisória), iniciou uma grande reviravolta a favor da coordenação e da segurança.

Assim, exposto o caminho que se percorre durante o desenvolvimento da pesquisa, a *premissa* que o trabalho apresenta – e que é objeto de abordagem do segundo capítulo – é que *há falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística*, que deriva da existência de diversos e transitórios instrumentos normativos e da realidade prática administrativa nacional (plano prático). Como é defendido no trabalho, a descoordenação que deriva do ordenamento jurídico é caracterizada por uma excessiva e confusa fragmentação de competências entre as diversas autoridades públicas que atuam nos setores de logística. Excessiva porque existem muitos atores estatais que possuem atribuições; confusa porque tem-se uma indefinição na delimitação da competência específica de cada entidade pública na atividade regulatória. O segundo capítulo da tese, assim, procura justamente demonstrar a descoordenação administrativa antes de se adentrar nas respostas específicas para as questões levantadas nesta introdução.

Desse modo, a referida premissa é essencial para a demonstração, na sequência, das *hipóteses* da tese, que serão mais bem exploradas nos capítulos posteriores (terceiro e quarto). De início, a *primeira hipótese* que se admite é que a falta de coordenação administrativa gera, como impactos nos setores de logística, a insegurança jurídica, os conflitos regulatórios e a paralisia decisória. Estes impactos específicos serão explorados detalhadamente no terceiro capítulo. Apesar da existência destes impactos (e que geram também prejuízos), a *segunda hipótese* do trabalho é que há, como resposta à falta de coordenação, uma tendência no Direito Administrativo brasileiro por um contexto de maior coordenação administrativa e segurança jurídica nos setores de logística no Brasil. Para investigar esta hipótese, o trabalho indica que são vários os instrumentos legislativos editados em direção de um cenário de coordenação administrativa que procuram mitigar os impactos e os prejuízos na regulação dos setores abordados. Esta tendência, como dito, no caminho de uma coordenação administrativa é demonstrada no quarto e último capítulo da tese.

Tem-se, aparentemente, uma suposta contradição, pois é justamente *em reação* a um contexto normativo de descoordenação que o legislador visa afastar este cenário de desarmonia e consolidar um *novo ambiente*, de harmonia e consenso, entre as variadas autoridades e atores privados que se envolvem com o Poder Público. Assim, os capítulos que vêm na sequência tentarão investigar as hipóteses aqui levantadas. Vamos, então, a eles.

CAPÍTULO 1

REGULAÇÃO E OS SETORES DE LOGÍSTICA NO BRASIL

A presente tese trata dos impactos da falta de coordenação administrativa na *regulação* dos setores de logística no Brasil e das tendências do Direito Administrativo nacional em prol de um cenário de maior coordenação e segurança. Portanto, antes da abordagem específica acerca dos referidos setores e dos impactos da descoordenação, faz-se necessária a análise de um dos temas e conceitos principais utilizados no trabalho, qual seja, o de *regulação*.

Assim, neste primeiro capítulo do trabalho, inicialmente, apresenta-se o conceito de regulação adotado para, na sequência, expor o contexto dos setores de logística no Brasil (rodovias, ferrovias, portos e aeroportos). O primeiro tópico deste capítulo apresenta, dessa forma, as principais ações governamentais realizadas nos setores de infraestrutura, em geral, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, como as privatizações e as concessões de serviço público.⁵ Na sequência, o segundo tópico trata sobre o conceito de regulação utilizado e apresenta o contexto de surgimento das agências reguladoras dos setores de logística na década de 1990.

1.1 As principais ações governamentais realizadas nos setores de infraestrutura a partir da Constituição Federal de 1988: as privatizações e concessões de serviços públicos

Antes, efetivamente, de se abordar o conceito de regulação adotado na tese, impõe-se a breve e sucinta apresentação do contexto histórico nacional que originou a redução do intervencionismo estatal direto na economia brasileira, sobretudo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, a abertura comercial e o desenho de uma política econômica compatível com a realidade de crise fiscal existente configuraram parte da estratégia adotada nas décadas de 1980 e 1990 nos países da América Latina. A incorporação do capital privado e o desenvolvimento da infraestrutura consistiram em elementos essenciais para o crescimento da economia destes

⁵ Além disso, essa contextualização se faz necessária, pois, no último capítulo deste trabalho volta-se ao tema, sobretudo ao discorrer sobre a Emenda Constitucional nº 19/1998, que tratou da “reforma gerencial” no país.

países, tendo em vista o déficit que se acumulava no setor.⁶ No Brasil, ao final da década de 1970, a situação macroeconômica agravou-se consideravelmente, dando início ao que veio se chamar de “década perdida”.⁷ Assim, a colisão entre a oferta pública e a privada de bens e serviços acentuou-se significativamente a partir do início da década de 1980, em virtude da retirada progressiva do Estado da economia e da restrição às situações de monopólio.

Assim, diante da diminuição do investimento público em razão da crise econômica (que era realizado, sobretudo, por intermédio de empresas estatais), um dos principais desafios consistiu em aumentar o investimento na infraestrutura e melhorar a eficiência da provisão dos serviços relacionados à sua exploração. Com efeito, a maioria das privatizações realizadas nos países em desenvolvimento ocorreu em meio ao contexto de implementação das políticas de ajuste estrutural, que surgiram no âmbito das recomendações de austeridade econômica que se convencionou denominar de *Consenso de Washington* (termo criado em 1990 pelo economista inglês John Williamson, que faz referência ao conjunto de medidas liberalizantes recomendadas pelo tesouro estadunidense, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento).⁸ As referidas medidas consistiram nas seguintes: disciplina fiscal para eliminar o déficit público, definição de prioridades nos gastos públicos, reforma tributária, taxas de juros positivas e determinadas pelo mercado, adoção de taxas de câmbio competitivas e também determinadas pelo mercado, liberalização do comércio, estímulo à atração do investimento direto estrangeiro, definição e proteção de direitos de propriedade, desregulação de atividades econômicas tendo em vista a fruição dos efeitos positivos da concorrência e, por fim, a privatização das empresas públicas. Conforme lembra o Diogo R. Coutinho, “a privatização também foi associada à imagem de um sinal emitido pelos governos em favor do desenvolvimento liderado pelos investimentos privados – e não mais por um Estado produtor estrangulado e asfixiado”.⁹

Em meio a este contexto de crise fiscal e de ideias derivadas do *Consenso de Washington*, com o primeiro governo democrático após anos de ditadura militar (o governo Collor), a

⁶ SANTIAGO, Priscila Braga. *Infraestrutura: experiência na América Latina. Textos para Discussão CEPAL-IPEA*. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011, p. 8.

⁷ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

⁸ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 61-62.

⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 62-63.

privatização tornou-se uma prioridade e uma questão de ideologia.¹⁰ Logo após a posse na Presidência da República, Fernando Collor encaminhou ao Congresso Nacional, em março de 1990, a Medida Provisória nº 115, convertida posteriormente na Lei nº 8.031, a qual instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND). O artigo 1º do diploma legal prescrevia os objetivos fundamentais do PND, entre eles o previsto em seu inciso primeiro: “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”.¹¹ Ao fim do governo Collor, foram realizadas, assim, a privatização de dezesseis empresas estatais no país, dentre elas a da Usiminas, em 1991, considerada um *leading case*.¹² Por sua vez, o governo Itamar Franco não foi expressivo em relação às privatizações, apesar de ter dado seguimento às ações governamentais de Fernando Collor. O fato mais simbólico do governo consistiu na edição do Plano Real, que alterou o enfoque das privatizações. Assim, as privatizações passaram a configurar um instrumento crucial para a manutenção das condições de sustentabilidade e estabilização da política macroeconômica. Ademais, durante o governo Itamar Franco, ocorreu uma alteração na Lei nº 8.031/1990, que passou a admitir a participação sem limites do capital estrangeiro nas privatizações.¹³

Na sequência, com o governo Fernando Henrique Cardoso, as privatizações passaram a fazer parte de um conjunto mais amplo de reformas denominado Reforma do Aparelho de Estado

¹⁰ Paulo Otero refere-se ao fenômeno da privatização como “aquele que se refere à transferência da titularidade de meios de produção, mais concretamente a abertura a agentes económicos privados do capital social de sociedades cuja titularidade do capital pertence a entidades públicas”. Segundo o autor, a mera exploração ou gestão de um meio de produção de titularidade pública pelo setor privado não traduz “o cerne de um real e verdadeiro fenómeno de privatização” (OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 14). É nesse exato sentido que o vocábulo “privatização” foi utilizado nesta parte do texto; vale dizer, como a transferência de ativos estatais para o setor privado da economia (privatização em sentido estrito).

¹¹ Lei nº 8.031/1990 (Lei do PND). Art. 1º. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; 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 democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

¹² “Isso porque a empresa – lucrativa tecnologicamente e de porte expressivo – forneceria (...) a credibilidade necessária ao PND e daria vazão à busca de uma injeção de ‘capital de confiança no mundo dos negócios’”. (COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 75).

¹³ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 75-76.

que foi concebida, a partir de 1995, por Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro de Estado do governo FHC (e ex-Ministro da Fazenda no governo Sarney). As ideias que marcaram a Reforma do Estado no primeiro mandato de FHC foram inspiradas nas ideias da literatura denominada *New Public Management*, que trouxeram para o Brasil um modelo de “reforma gerencial”.¹⁴ Luiz Carlos Bresser Pereira foi, assim, o formulador de um novo modelo de Estado, que superaria um modelo ultrapassado e antigo, dando espaço ao denominado Estado Gerencial.¹⁵ Como destaca Bresser Pereira, “a intervenção do Estado não é nociva por natureza (...) o Estado precisa ser reformado”. Assim, “privatização e liberalização fazem parte dessa reforma, da mesma maneira que disciplina fiscal e recuperação da capacidade de poupança. Uma vez isto feito, entretanto, o Estado deverá ver restituída sua capacidade de formular e implementar políticas econômicas e sociais, intervindo de forma moderada mas eficiente”.¹⁶

A reforma gerencial ocorrida durante o governo FHC foi definida, inicialmente, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. O documento dividia o Aparelho do Estado em quatro grandes setores: Núcleo Estratégico, Atividades Exclusivas, Serviços Não Exclusivos e Produção de Bens e Serviços para o Mercado.¹⁷ Com efeito, a reforma gerencial proposta por Bresser Pereira envolveria: i) a descentralização dos serviços sociais para Estados e Municípios; ii) a delimitação mais exata da área de atuação estatal, estabelecendo-se uma diferença entre as atividades exclusivas, que devem permanecer no âmbito do Estado, as atividades sociais e científicas, que devem ser transferidas para um setor público não estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado; iii) a distinção entre as atividades do núcleo estratégico, que devem ser executadas por políticos e altos funcionários, e as atividades de serviços, que podem ser objeto de contratações;

¹⁴ Sobre a diferença entre o modelo gerencial e o burocrático, Irene Patrícia Nohara leciona que: “a diferença fundamental, segundo o PDRAE, entre o modelo burocrático e o gerencial localiza-se na forma de controle, que deixa de se basear nos processos para se concentrar nos resultados. No modelo gerencial propagado pelo plano a estratégia volta-se para (1) a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; (2) a garantia da autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe foram colocados à disposição, na persecução dos objetivos contratados; e (3) o controle a posteriori dos resultados”. (NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85).

¹⁵ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 76 e 79.

¹⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A crise do Estado: ensaios sobre a economia brasileira*. São Paulo: Nobel, 1992, p. 26-27. Ademais, segundo Bresser Pereira, “reforma é gerencial porque busca inspiração na administração de empresas privadas, e porque visa dar ao administrador público profissional condições efetivas de gerenciar com eficiência agências públicas”. (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A crise do Estado...*, p. 22).

¹⁷ MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Oficial, 1995.

iv) a separação entre a formulação de políticas e a sua respectiva execução; v) a maior autonomia para as atividades executivas exclusivas do Estado que adotaram a forma de “agências executivas”; vi) maior autonomia para os serviços sociais e científicos, que seriam transferidos para “organizações sociais”; e vii) assegurar a prestação de contas e responsabilização da administração por intermédio de mecanismos de democracia direta ou de controle social, conjugado com o aumento da transparência no serviço público.¹⁸ Ademais, um dos pilares da reforma gerencial foram as privatizações de empresas estatais que produziam bens e serviços para o setor privado, como as subsidiárias dos sistemas Telebrás e Eletrobrás. Segundo Diogo R. Coutinho, “a privatização das prestadoras de serviços públicos foi, nesse sentido, uma marca do governo Fernando Henrique Cardoso”.¹⁹

Para além das privatizações *em sentido estrito*, durante o governo FHC foi editada a Lei nº 8.987/1995 (a Lei Geral de Concessões), que inovou no ordenamento jurídico nacional e trouxe parâmetros concretos para importante instrumento para a delegação da gestão de serviços públicos para agentes econômicos privados em colaboração com o Estado: as concessões de serviço público. Aliás, é especialmente sobre a atividade desempenhada por agentes privados que atuam em áreas de reserva estatal (como os setores de logística) que ocorre a atividade de *regulação* – sobre a qual se discorre detalhadamente a partir do próximo tópico deste primeiro capítulo.

A partir dos anos 2000, as concessões adquirem uma significativa importância e vários serviços públicos e respectivas infraestruturas são concedidos ao setor privado. Além do mais, são editados vários marcos regulatórios em diversos setores de infraestrutura – como é o caso da Lei nº 10.233/2001 (que institui o marco regulatório do setor de rodovias e ferrovias) e da Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos) – com a finalidade de conferir segurança jurídica à iniciativa privada e estabelecer previamente as regras do jogo atinentes a setores que serão repassados à gestão do setor privado da economia.

Nesse particular, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz referência à concessão de serviço público como uma forma de privatização, considerada esta no seu *sentido amplo*; isto é, abarcando

¹⁸ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 80.

¹⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 76-80.

não apenas a privatização em si mesma (a transferência de ativos e ações de empresas estatais ao setor privado não estatal) como uma das formas de mudança do Estado, mas também outras ferramentas para a sua transformação.²⁰ Assim, apesar de as atividades serem repassadas aos particulares por meio de concessão, elas não perdem a sua concepção originária de serviço público. É dizer, as alterações inerentes à descentralização da atividade não afetam a natureza do serviço, mas somente a sua estruturação orgânica. Portanto, mesmo que executada por um agente privado, remanesce o dever de atender, por óbvio, o interesse público, embora o particular também possua interesses eminentemente privados, com a finalidade de proveito econômico, na exploração do serviço de titularidade estatal.²¹ Além disso, é nesse exato contexto que Di Pietro identifica a concessão como uma forma de *descentralização por colaboração*, isto é, aquela “que se verifica, quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço”.²²

Assim, a maior participação dos agentes privados em projetos de infraestrutura começou a ocorrer na década de 1990 por intermédio da retirada do Estado do desempenho *direto* de algumas atividades. Isto é, o Estado retira-se da intervenção econômica direta – por meio da prestação de uma variedade de serviços públicos – para assumir a função de *organizador* das relações sociais e econômicas, sempre em busca do alcance do desenvolvimento socioeconômico, objetivo da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 3º, inciso III, do texto constitucional.²³ Com a retirada da intervenção direta do Estado na economia, *aumenta, pois, a necessidade de regulação por parte do Poder Público sobre as atividades delegadas*. Portanto, a diminuição do intervencionismo direto não significa, necessariamente, uma redução de toda a intervenção estatal no domínio econômico. Floriano Azevedo Marques Neto, nesse particular distingue o intervencionismo estatal direto do indireto; este que não trata mais da execução do Estado da

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6-8.

²¹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro destaca que o processo regulatório das concessões como um todo é apoiado numa situação contraditória por definição. Trata-se da concessão de um serviço que deve ser realizado com base no interesse público, sob autoridade do Estado, mas que é executado por um agente privado, que está interessado diretamente na rentabilidade do empreendimento. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Aspectos legais da concessão de serviços públicos. In: *Concessões de serviços públicos e regulamentação*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1999, p. 33-48).

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública...*, p. 49.

²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 14.

atividade econômica em si, mas da atuação no fomento, na regulamentação, no planejamento, na fiscalização, na ordenação da economia nacional. Como bem destaca o autor, “cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia”.²⁴

Destarte, a retirada do exercício direto no domínio econômico, em verdade, correspondeu no Brasil a um crescimento da intervenção (indireta), por meio de *regulação* sobre esta atividade específica, exercida por agentes econômicos privados, sempre em vista da prossecução do interesse público e do desenvolvimento nacional.²⁵ É exatamente nesse contexto que surge a figura das agências reguladoras, durante o governo FHC, como forma de disciplinar esta forma de exploração da economia mediante uma crescente retirada do Estado da produção direta de utilidades públicas.²⁶ A criação das agências possuiu, dentre os seus objetivos, a necessidade de conferir maior segurança jurídica e estabilidade aos investimentos privados por meio de uma regulação técnica e independente em relação ao núcleo do Poder Executivo.²⁷

É sobre a atividade de regulação estatal e sobre a figura das agências reguladoras, portanto, que se passa a discorrer no tópico seguinte.

1.2 O que é regulação? O surgimento das agências reguladoras dos setores de logística no contexto da década de 1990

Para Carlos Ari Sunfeld, a atividade de *regulação*, enquanto modalidade de intervenção estatal indireta na economia, manifesta-se tanto por poderes e ações com finalidades declaradamente econômicas (como, por exemplo, o controle de preços e tarifas e a admissão de novos agentes no mercado) como por ações com justificativas diversas, mas de efeitos econômicos

²⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73-74.

²⁵ Ricardo Marcondes Martins, ao falar sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, salienta que “hoje os particulares são obrigados a concretizar o *interesse público* ao menos numa certa medida. A partir de um determinado limite não há mais liberdade de escolha, não há mais liberdade individual e autonomia privada, os particulares passam a ser obrigados a concretizar o interesse público”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 116).

²⁶ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 74.

²⁷ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 123.

inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas etc.). Assim, fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (como, por exemplo, os setores de logística – rodovias, ferrovias, portos e aeroportos), mas também entidades com poderes sobre a generalidade dos agentes econômicos (como, por exemplo, os órgãos ambientais). Sendo assim, a regulação estatal atinge tanto os agentes que atuam no setor privado da economia (as atividades econômicas em sentido estrito) como os agentes que operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais). Além disso, Carlos Ari Sundfeld destaca o *gerenciamento de interesses* por meio de edição de *normas* como elemento intrínseco à noção de regulação. Assim, segundo Sundfeld, para harmonizar os diversos valores envolvidos na prestação de determinado serviço, é preciso a realização de um gerenciamento constante; e tal gerenciamento se faz – especialmente – pela regular edição de normas e, também, pela sua aplicação concreta e posterior por uma entidade administrativa, a qual deve também realizar atos de controle prévio.²⁸ É preciso ressaltar, portanto, que a atividade regulatória envolve não apenas a elaboração de normas (que consistem em etapa relevante do processo regulatório), mas também outras ações relacionadas ao gerenciamento de interesses dos agentes envolvidos nos setores de logística.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18 e 29-30. Sobre o processo de gerenciamento de interesses por meio da edição frequente de normas, Carlos Ari Sundfeld destaca que “o Estado tem que se organizar para fazer mais do que editar uma lei geral para vigorar por tempo indeterminado e depois cuidar dos conflitos individuais. E para isso ele tem que intervir mais. Aqui está a questão. O modelo que conhecemos – a separação de Poderes tradicional e as funções que competiam aos Poderes Judiciário e Legislativo – era perfeitamente coerente com o baixo intervencionismo estatal. Se o Estado não está muito preocupado em gerenciar a realidade ambiental de modo a ir apertando paulatinamente as exigências para melhorar o meio ambiente; se quer deixar os membros da sociedade acertarem suas diferenças independentemente da ordem jurídica, aí pode realmente editar uma norma geral que vigore por muitas décadas, como o Código Civil, e depois solucionar os conflitos pelo Poder Judiciário. Mas se o Estado quer perseguir concretamente o valor ambiental, vai ter que intervir mais, editando normas seguidamente, dando-lhes conteúdo cada vez menos gerais, tratando de temas sempre mais particulares. Assim, poderá realizar o tal gerenciamento normativo de conflitos. (...) Só o planejamento e seu gerenciamento constante e diário permitem a solução deste choque de interesses. E a sociedade, a cada dia, torna-se mais e mais complexa. (...) Para harmonizar esses valores, é preciso um gerenciamento constante. E esse gerenciamento se faz pela contínua edição e substituição de normas e, a seguir, por sua aplicação concreta por um órgão administrativo, o qual deve, também, realizar atos de controle prévio. (...) É por isso que surgiram as agências reguladoras. Elas nasceram porque a sociedade exigiu que o Estado regulasse certas realidades, fazendo este ‘gerenciamento’ que referi. Não limitar-se à distante edição de normas abstratas capazes de cuidar da sociedade durante 80 anos sem transformação mais profunda (como o Código Civil), mas comprometer-se com normas que organizem a relação das indústrias com os moradores, que componham isto tudo com os interesses da cidade; quer dizer: normas que, embora sendo gerais, são muito mais específicas e instáveis do que foram no passado. Regular é, ao mesmo tempo, ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados. É por isso que surgem as agências reguladoras, porque o Estado tem que regular”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal...*, p. 31-32).

Tal conceito de regulação, pois, elaborado por Carlos Ari Sundfeld,²⁹ se apresenta como essencial para o desenvolvimento da tese.³⁰ Para a área que interessa ao trabalho, fazem regulação sobre os setores de logística, sobretudo, autoridades públicas investidas com poderes para realizar o aludido gerenciamento de interesses, por meio da edição frequente de *normas regulatórias* (e sua aplicação posterior), sobre agentes econômicos que atuam em áreas de reserva estatal (no caso de enfoque do trabalho, os setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos); são as denominadas e famigeradas *agências reguladoras* (ANTT, ANTAQ e ANAC).³¹

Cumprido destacar, por sua vez, que não são *apenas* agências que exercem a atividade de regulação, mas ela é compartilhada por outros tantos atores estatais, como as empresas estatais que atuam nos setores de logística, a exemplo da Infra S.A. As agências reguladoras consistem em

²⁹ Por seu turno, Ricardo Marcondes Martins defende que a regulação administrativa consiste sempre em uma atividade externa, voltada sobre a atividade dos agentes econômicos privados. Nesse passo, o autor destaca que: “regulação de serviços públicos ou regulação de monopólios estatais é *contradictio in terminis*. Com efeito: serviços públicos e monopólios estatais são atividades do Estado – e, pois, não passíveis de regulação. A intervenção do Estado sobre elas é de outra natureza, substancialmente distinta. Assim como não há sentido algum em falar em regulação das atividades prestadas pelos *servidores e empregados públicos*, também não há sentido algum em falar em regulação das atividades prestadas pelos *concessionários e permissionários*. Se prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, pouco importa: são atividades estatais – e, pois, incompatíveis com a função reguladora” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116). Continua o autor, destacando que: “a doutrina fala em regulação dos serviços públicos quando estes são prestados de forma *indireta* e por vários concessionários ou permissionários. Noutras palavras: segundo esse entendimento, a regulação administrativa de serviços públicos pressupõe a *prestação indireta não exclusiva*, pois, nesse caso, a regulação estatal dá-se sobre os *particulares*, prestadores do serviço. (...). Por se tratar de *atividade do Estado*, como a privatização pela outorga restringe-se à *prestação*, não é possível chamar o *controle* exercido sobre os *concessionários e permissionários* de regulação. Com efeito: a *regulação administrativa* pressupõe a *liberdade*, e, por isso, ela se restringe à atividade econômica, campo no qual vigora a livre iniciativa, os agentes econômicos têm liberdade de atuação.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal...*, p. 304-305).

³⁰ Já para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), regulação consiste no conjunto de instrumentos por intermédio dos quais os governos estabelecem exigências aos agentes econômicos e aos cidadãos, o que inclui a publicação de leis e de outros atos normativos, editados pelo Estado e por seus agentes delegados. Nesse particular, segundo a OCDE, a atividade regulatória pode ser classificada em: i) econômica, quando a regulação intervém diretamente no mercado, a exemplo da política de preços e da concorrência; ii) social, quando a regulação se volta a tutelar interesses da sociedade como a saúde, a segurança e o meio ambiente; e iii) administrativa, que se relaciona às formalidades necessárias para assegurar a aplicação das normas, tais como o preenchimento de documentos. (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *The OECD report on regulatory reform: synthesis*. Paris, 1997, p. 6. Disponível em: <<https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2023).

³¹ A regulação estatal incide tanto sobre os agentes econômicos privados, que atuam em áreas de reserva estatal (enquanto concessionários de serviço público, por exemplo), como em relação à atuação empresarial do próprio Estado enquanto agente econômico, como no caso da exploração da infraestrutura por meio de empresas estatais. Sobre as empresas estatais Alessandro Octaviani e Irene Patrícia Nohara salientam que “o objetivo da empresa estatal é utilizar toda a sua potência para elevar o patamar econômico e social brasileiro, por meio do aumento da produtividade e da diminuição das desigualdades sociais e regionais, nos específicos e claríssimos termos da Constituição Federal”. (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 94).

típicas entidades de heteroregulação (quando as regras são emanadas por alguém distinto dos agentes regulados – e o raciocínio vale para o caso da Infra S.A.), mas também podem ser pessoas de endoregulação (como no caso das empresas estatais em que a atividade regulatória também é realizada pela própria entidade regulada, a exemplo da Infraero no setor de aeroportos).³²

Segundo Flávio Amaral Garcia, o surgimento das agências reguladoras no contexto nacional possuiu a “relevante missão de ponderar e equilibrar de forma equidistante interesses por vezes antagônicos, e não mais adstrita a uma atuação subsuntiva a normas previamente estabelecidas, mas com poderes normativos e administrativos funcionalizados para incentivar e induzir comportamentos que, ao fim e ao cabo, confluem para o atendimento do interesse público”.³³ O atendimento ao interesse público, sobretudo por meio da edição frequente de normas regulatórias, é essencial, portanto, para a atividade de regulação, exercida, especialmente, pelas agências reguladoras.

É justamente nesse sentido que Floriano de Azevedo Marques Neto salienta que uma das características essenciais que deve ser perseguida na regulação consiste na noção de *equilíbrio*: isto é, “o equilíbrio traduzido na mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado”.³⁴ Com efeito, o ente regulador deve possuir efetivas condições de suprir ou inibir as eventuais falhas de mercado que são inerentes à atividade do sujeito regulado, como a assimetria de informações. Sem a existência de uma estrutura compatível, a depender do ambiente político, o suposto processo regulatório transmuda-se num embate frequente entre o poder concedente e o agente privado ou numa ação benevolente do primeiro para com o segundo.³⁵

³² Como lembra Egon Bockmann Moreira, a atividade regulatória “pode ser exercitada por pessoas de direito público e/ou de direito privado. Na primeira hipótese, são as autoridades constituídas, a quem se atribui normativamente a competência para regular determinado setor da economia (e/ou das relações sociais e/ou do exercício de funções públicas). De usual, são entidades e/ou órgãos da Administração Pública, com competência legal (p. ex., as empresas públicas ou as agências reguladoras) ou constitucional (p. ex., a Presidência da República; o Conselho Nacional de Justiça – CNJ)”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139).

³³ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014, p. 66.

³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 49.

³⁵ SHIMA, Walter Tadahiro; FIGUEIREDO, Mario João; KARAM, Rejane. Embate político em torno da regulação e entraves ao desenvolvimento rodoviário: o anel de integração do Paraná. *Revista de Direito Público da*

Por isso a necessidade da estruturação de uma regulação efetivamente independente, que leve em conta todos os interesses envolvidos no processo regulatório.³⁶ A entidade reguladora deve, pois, ser responsável não apenas pela estrita defesa do interesse econômico do Estado, mas também pela proteção dos usuários e como mediadora dos interesses de todos os sujeitos envolvidos exploração da infraestrutura pública. Isto é, a agência reguladora deve ser efetivamente independente para agir em defesa e em prol da integralidade do interesse público.³⁷ Às agências reguladoras incumbe buscar o ponto de *equilíbrio* entre os diversos interesses envolvidos no contexto regulatório, avaliando os interesses dos agentes econômicos privados, do Estado e dos usuários do serviço regulado, bem como modelos que promovam a maximização dos benefícios para a coletividade, sem tendência para qualquer das partes. E, para realizar tal desiderato, as agências precisam editar normas regulatórias, que estão inseridas no plano da denominada *política regulatória*.

Portanto, uma das principais características das agências reguladoras consiste no sobredito gerenciamento de interesses e equilíbrio por meio, sobretudo, da edição frequente de normas regulatórias.³⁸ A competência normativa das agências justifica-se, pois, diante do surgimento de

Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54853>>. Acesso em: 1º abr. 2020.

³⁶ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, “além dos interesses intitulados pelo concessionário e pelo poder concedente, no pacto concessório estão tratados interesses de várias outras partes, os quais devem ser articulados no âmbito de um contrato de natureza regulatória”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75-105, p. 201).

³⁷ Vitor Rhein Schirato afirma que “partir do pressuposto de que há um interesse público único, capaz de conduzir a uma decisão pública inequívoca e definível *a priori*, é descabido, pois sempre haverá diversos interesses públicos legítimos a serem equilibrados”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013).

³⁸ Egon Bockmann Moreira defende que a regulação normativa pode envolver a edição de normas gerais e abstratas (e/ou concretas), destacando que o artigo 174 da Constituição — ao consignar que o Estado constitui agente normativo e regulador da atividade econômica — afasta-se da dimensão restritiva disposta no artigo 84 do texto constitucional. Segundo o autor, este dispositivo constitucional (artigo 84) não se dirige ao Estado brasileiro, mas tão somente e diretamente à Presidência da República, defendendo, por consequência, que existe um abismo entre os tradicionais regulamentos administrativos — como atos meramente complementares à lei — e a competência regulamentar, disposta no artigo 174 da Constituição. Todavia, Bockmann Moreira faz a ressalva de que a positivação das várias competências extraídas dos artigos 173 e 174 da Constituição Federal depende das opções do legislador ordinário, em que pese critique a concepção liberal baseada no princípio da separação dos poderes e da legalidade: “ampliou-se, por conseguinte, as alternativas do Poder Legislativo, a fim de que ele possa definir, setor a setor, caso a caso, momento a momento, como se dará, a interação do Estado com a economia”. Portanto, ao discorrer de forma específica sobre as agências reguladoras, o referido autor ressalta que elas não são soberanas e que sua competência ainda precisa ser definida em *standards* legislativos (subordinando-se, portanto, à lei e à Constituição). Por outro lado, destaca que a atividade delas é criativa e não meramente declarativa, aduzindo que “interpretar não é mais o meio para

questões técnicas e frente à necessidade de soluções mais dinâmicas e ágeis por parte do Poder Público. Assim, a especialidade, a complexidade e a multiplicidade de questões regulatórias, eminentemente técnicas, exigem que parcela significativa da regulamentação estatal seja delegada ao ente regulador. Como lembra Rodrigo Pagani de Souza, na esteira do conceito de regulação de Carlos Ari Sundfeld, “regular, assim, é em boa medida *normatizar* (...) é gerenciar, pela produção contínua de normas, interesses muitas vezes conflitantes, algo impossível de ser feito pela produção, única e exclusivamente, de uma lei geral”.³⁹ Os marcos regulatórios de infraestrutura, como leis gerais editadas pelo Congresso Nacional, não são suficientes, assim, para a regulamentação completa do setor concedido aos agentes privados. A edição frequente de normas regulatórias, por parte das agências, faz-se indispensavelmente necessária para o bom exercício da atividade de regulação.⁴⁰

Floriano de Azevedo Marques Neto, nesse exato sentido, destaca o surgimento de subsistemas com arcabouço normativo próprio em oposição ao sistema jurídico unitário e centralizado e sua incapacidade de responder de forma ágil e eficiente as necessidades de uma sociedade complexa. A atividade regulatória, segundo o autor, “enseja mais dinamismo e agilidade na função normativa, permitindo uma resposta do sistema regulatório mais ágil do que a resposta possível no âmbito do ordenamento estatal”.⁴¹

se chegar a algum lugar, mas a própria construção do lugar”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139).

³⁹ Sobre o conceito de regulação, o referido autor pontua que: “um traço característico muito lembrado é o de que se cuida de atividade administrativa que envolve boa dose de produção de normas, naturalmente de caráter infralegal (visto ser a administração sujeito ao princípio da legalidade), atinentes tanto ao campo das atividades econômicas reservadas ao Estado (‘serviços públicos’) como ao daquelas próprias do setor privado (que se convencionou denominar de ‘atividades econômicas em sentido estrito’). (PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil: novas perspectivas com ênfase em resultados. In: MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo. (Orgs.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. 1ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 116).

⁴⁰ Para André Cyrino, “(...) a atuação legislativa nem sempre se mostra suficiente na realidade contemporânea. Há necessidade de respostas rápidas, as quais não são típicas da atividade do legislador. (...) Apesar de haver dificuldades e obstáculos a serem enfrentados, a consideração institucional é uma circunstância inevitável do modelo Estado regulador em que vivemos. As instituições clássicas não bastam, o que fez parte de uma escolha democrática. (...) É importante que se provoque o aprofundamento das investigações sobre as capacidades das instituições, ao mesmo tempo em que se incentive um diálogo entre as mesmas, de modo a aprimorar as limitações e o controle recíproco, em prol das finalidades típicas do Estado democrático de direito”. (CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 299 e 301).

⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011, p. 76 e 79. Para Florian de Azevedo Marques Neto, a moderna configuração da sociedade e da economia favorecem a

Assim, como dito anteriormente, o surgimento das agências reguladoras no Brasil insere-se no contexto de maior participação dos particulares em projetos de infraestrutura a partir dos anos 1990, por meio da retirada do Estado do desempenho direto de atividades públicas. É dizer, o Poder Executivo cedeu, em tese, o controle e capacidade decisória sobre aspectos técnicos para as agências, demonstrando que a regulação deixava de ser assunto de governo para ser assunto de Estado.⁴² As agências caracterizam-se por serem autarquias públicas em regime de caráter especial; isto é, apesar de integrarem a Administração indireta, possuem (pelo menos conceitualmente) maior independência em relação ao núcleo do Poder Executivo, pois têm uma natureza peculiar justamente por configurarem autarquias “especiais”.⁴³

Desse modo, tem-se, a partir da década de 1990, a constituição de diversas agências reguladoras com suas respectivas configurações e motivos específicos. Cada agência possui poderes com determinada característica e atribuição para intervir sobre certo aspecto da vida social.⁴⁴ Assim, a função regulatória de tais entidades pode ser exercida tanto sobre os serviços públicos, como exemplo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional

autonomização dos sistemas. Segundo o referido autor, “ao estatuir para cada setor da vida econômica e social, um determinado equilíbrio, um código interno e um aparato normativo próprio, acaba por criar subsistemas normativos (...), que convivem de maneira nem sempre harmônica com a unicidade e centralidade do ordenamento jurídico estatal, construído sob o prisma do monismo jurídico (...) disso adviria a insubmissão do sistema econômico em relação ao sistema político e a consequente fragmentação dos subsistemas econômicos a partir da configuração, para cada qual, de um determinado arranjo (equilíbrio) sistêmico” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea...*, p. 75-76).

⁴² GUERRA, Sérgio. Controle das Agências Reguladoras por meio de supervisão ministerial. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=30047>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

⁴³ NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 101-132, out./dez. 2011, p. 139. Conrado Hübner Mendes, por seu turno, aponta que tais entidades não inovaram no ordenamento jurídico pátrio, pois a configuração de “autarquia em regime especial” trata-se de mero rótulo, e não título jurídico. O autor critica Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando fala em um processo de “agencificação”, caracterizado como o processo de multiplicação das agências reguladoras no contexto nacional, pois, segundo ele, o “ar de novidade” não é compatível com a realidade. (MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras...*, p. 103). Segundo Hübner Mendes, as “agências reguladoras nada mais são que autarquias destinadas ao desempenho da regulação num setor econômico específico. Ressaltemos: não constituem um novo modelo organizacional dentro da Administração Pública Brasileira, mas sim um conjunto de autarquias com algumas características em comum. Não se pode, portanto, questionar a constitucionalidade do modelo ‘agência reguladora’, em abstrato, salvo se efetivamente esta categoria de ente administrativo tivesse sido criada juridicamente. Tal, porém, não ocorreu. (...) Defendemos uma desmitificação deste fenômeno, para que se possa entender suas particularidades”. (MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras...*, p. 103).

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 481.

de Telecomunicações (Anatel), como sobre atividades econômicas em sentido estrito, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).⁴⁵ No caso dos setores de logística abordados no trabalho, tem-se a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), constituídas pela Lei nº 10.233/2001 e responsáveis pela regulação sobre os setores de rodovias, ferrovias e portos, e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182/2005, responsável pela regulação do setor de aeroportos.⁴⁶

Entre os principais motivos da criação das agências está a salvaguarda da estabilidade regulatória de setores que foram objeto de privatização formal, a implementação (indireta) de políticas públicas e a disciplina de setores de logística de elevado interesse social.⁴⁷ Ademais, como dito supra, a criação das agências possuiu, dentre os seus objetivos, a necessidade de conferir maior segurança jurídica e estabilidade aos investimentos privados, sobretudo diante da almejada e necessária independência que possuiriam relação ao núcleo do Poder Executivo.⁴⁸ A criação das agências reguladoras cumpriria exatamente esta função, melhorando a governança regulatória e assumindo o compromisso de estabilização das normas de cada setor. A liberalização de mercados e o cenário de privatizações ocorrido na década de 1990 provocaram a exigência de um aparato estatal que permitisse o planejamento a longo prazo, a coordenação das decisões privadas e a garantia de cumprimento das regras para o bom funcionamento da economia nacional.⁴⁹ Estes

⁴⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137. Por outro lado, como já dito, registre-se o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins, para o qual “não há que se falar em regulação de serviços públicos ou de monopólios estatais”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal...*, p. 351).

⁴⁶ As referidas agências reguladoras são mais bem estudadas a partir do tópico seguinte do presente capítulo, em que são apresentados de forma mais detalhada os setores de logística analisados na tese e, especialmente, a partir do segundo capítulo do trabalho, em que se aborda como se dá, efetivamente, a distribuição de competências entre os vários atores públicos envolvidos na regulação destes setores; e entre eles, as agências reguladoras.

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?..., p. 107-139.

⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras..., p. 123.

⁴⁹ Marçal Justen Filho, por sua vez, leciona que “com a drástica redução da atuação estatal direta, incrementou-se a concepção da regulação econômica como meio de controle das deficiências do mercado. No entanto, verificou-se que a realização de inúmeros outros fins, de natureza sociopolítica, também deveria ser tomada em vista pela regulação. A intervenção estatal de natureza regulatória não poderia restringir-se a preocupações meramente econômicas. O Estado não poderia ser concebido como um simples ‘corretor dos defeitos econômicos’ do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos. Assim, o elenco dos fins buscados através da regulação escapa facilmente de uma abordagem exclusivamente econômica”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes...*, p. 38). Nesse sentido, ainda, Diogo R. Coutinho sugere “a importância de que a regulação, em condições de subdesenvolvimento – neste caso, medido pelo déficit de

mecanismos possibilitariam, em tese, aumentar a confiança no ambiente regulatório, permitindo, assim, a redução do chamado risco regulatório e dos ágios sobre os mercados financeiros.⁵⁰

Por outro lado, a independência das agências reguladoras, essencial para a consecução dos investimentos oriundos de agentes privados nos setores de logística – acabou não se verificando na prática (pelo menos não de forma efetiva), trazendo vários desafios para a efetivação da regulação nos mencionados setores.⁵¹ Nos setores de logística que são analisados, a realidade prática brasileira é caracterizada por variados conflitos regulatórios e insegurança jurídica em um ambiente regulatório habitado por diferentes agentes e personagens com interesses diversos e conflitantes. A restrição à necessária independência das agências consiste em um dos principais desafios que os operadores do Direito Administrativo precisam lidar a fim de possibilitar o incremento de investimentos na infraestrutura nacional e, por consequência, garantir o desenvolvimento socioeconômico do país. A propósito, a Lei nº 13.848/2019, o marco legal das agências reguladoras no Direito brasileiro, despontou como uma proposta normativa vocacionada a amenizar os problemas que comprometem a independência das agências, com definições de seus limites e possibilidades.⁵²

infraestrutura e pelas desigualdades de renda –, atente para objetivos sociais para com isso atingir ganhos de equidade”. (COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 153).

⁵⁰ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2009, p. 135.

⁵¹ Como lembra Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “a autonomia das agências reguladoras não significa independência absoluta em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo possível o diálogo institucional e a interferência recíproca, o que funciona até como instrumento de contenção do arbítrio”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 306). No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm, lembra que “a independência das agências há de submeter-se a limites, pois seus poderes são, ao fim e a ao cabo, tributários de um processo de autodeterminação coletiva. Preconiza-se, em tal direção, o aprimoramento de um sistema de controles parciais – políticos, jurídicos e sociais – da atuação das agências, compatível com a lógica do regime de freios e contrapesos, bem como o fomento à participação social nos processos regulatórios, como maneiras de incrementar o grau de legitimidade dos poderes exercidos por essas entidades”. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 320-321).

⁵² Sobre o marco regulatório das agências reguladoras, a tese volta, ainda, ao debate no quarto e derradeiro capítulo deste trabalho. Nesse contexto, Bernardo Strobel Guimarães defendia já, antes da edição do referido diploma legal, a estruturação de uma lei “que torne clara a impossibilidade de as nomeações para tais cargos obedecerem apenas a predicados políticos”. (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Agências reguladoras e indicações políticas: uma mistura nociva*. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/agencias-reguladoras-e-indicacoes-politicas-uma-mistura-nociva-7uvw41pevyo8zo1s5lh2wrupm>>. Acesso em: 5 maio 2022).

Com efeito, Floriano de Azevedo Marques Neto destaca que o Estado atua na regulação sobre serviços públicos por meio de um triplo papel: i) no espaço de *formulação* de políticas públicas cujas pautas e metas definirão a conformação da exploração do serviço; ii) como titular do serviço e respectivas infraestruturas, cuja preservação lhe incumbe e em face de quem o agente econômico privado pode postular os direitos decorrentes do equilíbrio da relação contratual; e iii) em terceiro lugar, como ente regulador encarregado não exclusivamente da defesa dos interesses do Estado, mas também incumbido da tarefa de proteção ao usuário, das linhas gerais da exploração da atividade e como mediador dos interesses de todos os sujeitos envolvidos. Logo, o autor aduz que “é justamente essa tripartição dos papéis do Estado em face da exploração destas utilidades públicas que impele ao surgimento de órgãos reguladores autônomos (...) como forma de neutralizar a atividade regulatória da influência dos interesses do próprio Estado em face da atividade (...)”.⁵³

Tem-se, assim, a distinção entre os planos de *formulação* das políticas públicas,⁵⁴ que cabe à esfera política do Estado, e o de sua *implementação*, que pode se efetivar por meio da atividade regulatória, *de forma indireta*. Trata-se, portanto, de planos evidentemente distintos, o de formulação/estruturação e o de implementação/execução indireta das políticas públicas nos setores de logística (plano da denominada *política regulatória*). O plano da formulação das políticas fica a cargo dos órgãos políticos, relacionados, geralmente, ao núcleo do Poder Executivo (que edita atos infralegais para tratar sobre estas políticas). Mas as políticas públicas estão, principalmente, dispostas na Constituição Federal e nas leis, por meio da participação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo na construção dos principais objetivos do Estado brasileiro. Nos marcos regulatórios dos setores de infraestrutura são definidas as principais regras que conformam a

⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, 228, abr./jun. 2002, p. 26.

⁵⁴ Sobre o conceito de “política pública”, Maria Paula Dallari Bucci destaca que não existe uma noção puramente jurídica da matéria. Segundo a autora, “como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. A referida autora realiza, todavia, distinção entre os conceitos de “políticas de Estado”, “políticas de governo” e “políticas públicas”. Segundo Dallari Bucci: “a política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas ‘políticas de Estado’ –, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas ‘políticas de governo’”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In.: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19 e 38-39).

exploração do serviço pelos agentes privados e respectiva regulação pelas entidades reguladoras – quais os casos, por exemplo, em que o serviço poderá ser explorado por intermédio de concessão ou autorização e quais os limites da atividade regulatória.⁵⁵

A atividade de regulação, no entanto, não trata da execução *direta* das políticas públicas – que ocorre por intermédio da exploração do serviço regulado pelos agentes privados, em regime de colaboração com o Estado. São os particulares (e também o próprio Estado, quando atua por meio de empresas estatais no domínio econômico) que executarão diretamente e implementarão *in concreto* as políticas públicas construídas pelos Poderes Executivo e Legislativo, por meio de instrumentos como a concessão e a autorização, a depender do setor de logística regulado.⁵⁶ A atividade regulatória, por sua vez, situa-se entre o plano da formulação/estruturação das políticas e o de sua implementação e execução direta, por meio de *estímulo* ao cumprimento destas políticas por terceiros (e também o gerenciamento deste cumprimento) que se dá, sobretudo, por meio da edição de normas regulatórias, a cargo especialente das agências reguladoras (ANTT, ANTAQ e ANAC). Isto é, trata-se de implementação *indireta* das políticas públicas formuladas pela cúpula do Poder Executivo e do Poder Legislativo.⁵⁷

Nesse sentido, para Rodrigo Pagani de Souza, a atividade regulatória consiste na tarefa de *implementação indireta*, e não de formulação de políticas públicas. O autor destaca a ideia de que “regular é tarefa desde cedo reconhecida como hierarquicamente subordinada a uma política pública definida, isto é, é tarefa de implementação e não de formulação de política” (...) “se regula, afinal, para fazer cumprir política pública”. Isto é, “a atividade administrativa de regulação não tem sido prevista nas leis brasileiras para criar política pública, mas para fazê-la cumprir”. A despeito disso, o referido autor destaca *a regulação como parte essencial da execução das políticas*

⁵⁵ Alexandre Santos de Aragão, apesar de aduzir que o marco regulatório propicia a estabilidade e segurança necessárias para os investimentos em serviços públicos, destaca que o “marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 27, set. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=50327>>. Acesso em: 19 maio 2022).

⁵⁶ A forma como se dá a exploração de cada setor de logística é objeto de análise dos tópicos seguintes do primeiro capítulo desta tese de doutorado, em que serão especificados os setores abrangidos pelo enfoque do trabalho (rodovias, ferrovias, portos e aeroportos).

⁵⁷ PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil..., p. 119.

públicas: isto é, “a regulação estatal, como atividade de gerenciamento normativo de conflitos e interesses, é justamente uma das ferramentas empregadas neste processo de persecução de objetivos e metas de políticas públicas”.⁵⁸

A distinção entre os planos de formulação e implementação das políticas públicas nos setores de logística é objeto, ainda, de discussão ao longo do trabalho, especialmente a partir do segundo capítulo, em que são delimitadas as competências de cada autoridade nos setores sob análise. Nos tópicos seguintes deste primeiro capítulo, passa-se, agora, à apresentação e contextualização de como ocorre a regulação destes setores.

1.3 Os setores de logística no Brasil: rodovias, ferrovias, portos e aeroportos

Como dito, o presente trabalho aborda a regulação dos chamados *setores de logística*. Nesse sentido, serão abordados quatro setores de infraestrutura e modais de transporte essenciais para o desenvolvimento socioeconômico do país: as *infraestruturas rodoviária, ferroviária, aquaviária e aeroviária*.

Trata-se dos modais de transportes compreendidos pelo chamado Sistema Nacional de Viação (SNV), que é regido por duas leis fundamentais editadas pela União, conforme competência prevista pelo artigo 21, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.⁵⁹ A Lei nº 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), tratou sobre a ordenação dos transportes aquaviário e terrestre nacional e reorganizou o gerenciamento do Sistema Federal de Viação (SFV) e a Lei nº 12.379/2011, que dispõe sobre a composição, objetivo e critérios para implantação do SNV.⁶⁰

⁵⁸ O autor complementa e destaca que “em verdade, ela tem se relevado parte essencial de inúmeras políticas públicas contemporâneas, visto ser inconcebível (...) que uma lei – sem um subsequente gerenciamento normativo de sua aplicação, normalmente atribuído a um órgão da administração pública – seja instrumento bastante, em sociedades complexas, de concretização de fins públicos”. (PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil..., p. 118 e 123-124).

⁵⁹ Constituição Federal. Art. 21. Compete à União: (...) XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

⁶⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017, p. 45.

O artigo 2º, da Lei nº 10.233/2001, trata da definição do SNV: “o Sistema Nacional de Viação – SNV é constituído pela infra-estrutura 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”. Em seu artigo 4º, a lei prevê os objetivos essenciais do SNV: dotar o país de infraestrutura viária adequada, garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens e promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.

Já a Lei nº 12.379/2011 em seu artigo 2º, no mesmo sentido, dispõe que o SNV “é constituído pela infraestrutura física e operacional dos vários modos de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição dos diferentes entes da Federação, nos regimes público e privado”. O SNV, portanto, é composto pelo Sistema Federal de Viação (SFV) e pelos sistemas de viação dos demais entes federativos, ou seja, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, conforme definição do parágrafo primeiro do artigo 2º, da Lei nº 12.379/2011.⁶¹ Assim, nos termos do artigo 2º, parágrafo segundo e do artigo 3º, da Lei nº 12.379/2011, o SNV compreende quatro modais de transportes distintos: o *rodoviário*, o *ferroviário*, o *aquaviário* e *aeroaviário*, que consistem nos setores de logística abordados na presente tese.⁶²

Dentro das infraestruturas que são englobadas pelo SNV (infraestrutura física e operacional), o foco da presente tese consiste na chamada *infraestrutura física* dos setores de

⁶¹ A Lei Federal nº 12.379/2011 trata de forma mais detalhada acerca do Sistema Federal de Viação, estabelecendo para os demais sistemas de viação somente quais são os seus objetivos principais, tendo em vista que a competência da União em relação à matéria está submetida apenas à edição de normas gerais. Por sua vez, o artigo 11 da Lei nº 10.233/2001 prevê que, no gerenciamento e operação da infraestrutura dos modais de transporte, devem os entes federativos observar os seguintes princípios gerais: i) preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social; ii) assegurar a unidade nacional e a integração regional; iii) proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados; iv) assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência; v) compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos; vi) promover a conservação de energia, por meio da redução do consumo de combustíveis automotivos; vii) reduzir os danos sociais e econômicos decorrentes dos congestionamentos de tráfego; viii) assegurar aos usuários liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades; ix) estabelecer prioridade para o deslocamento de pedestres e o transporte coletivo de passageiros, em sua superposição com o transporte individual, particularmente nos centros urbanos; x) promover a integração física e operacional do Sistema Nacional de Viação com os sistemas viários dos países limítrofes; xi) ampliar a competitividade do País no mercado internacional; e xii) estimular a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias aplicáveis ao setor de transportes.

⁶² Ademais, a presente tese possui como foco de análise a infraestrutura dos setores de logística (rodovias, ferrovias, portos e aeroportos) de titularidade da União, isto é, do SFV. Excepcionalmente, quando necessário para o desenvolvimento da tese, o trabalho indicará exemplos e casos relativos à infraestrutura de titularidade dos demais entes federativos.

logística; o enfoque de análise se dá, portanto, em relação às *rodovias, ferrovias, portos e aeroportos* e à respectiva prestação de serviços de transportes *associados* à exploração da respectiva infraestrutura,⁶³ e não aos serviços que estão desvinculados da exploração de cada infraestrutura.⁶⁴ Trata-se, pois, dos setores de logística que são analisados no presente trabalho. Nos tópicos seguintes deste primeiro capítulo, portanto, será realizada uma apresentação e abordagem iniciais dos setores em questão, a fim de possibilitar, na sequência, a demonstração de como ocorre a distribuição de competências e a constatação da falta de coordenação administrativa na regulação. Vamos a eles.

1.3.1 O setor de infraestrutura rodoviária (rodovias)

Em primeiro lugar, tem-se o *setor de infraestrutura rodoviária* (ou setor de rodovias). O artigo 12, da Lei nº 12.379/2011 dispõe que o Subsistema Rodoviário Federal compreende todas as rodovias administradas pela União, direta ou indiretamente, nos termos da competência da União sobre a matéria.

Com efeito, entre os quatro setores de logística compreendidos pelo SNV, o modal rodoviário consiste no mais utilizado no território nacional, que concentra cerca de 65% da movimentação de cargas e de 95% da de passageiros, o que denota sua importância estratégica para a logística nacional e para o desenvolvimento socioeconômico do país.⁶⁵ Trata-se, pois, do principal modal de transporte do Brasil. A grande utilização do modal rodoviário deve-se em boa parte à sua capilaridade; isso porque, dada a opção político-econômica que remonta ao início do rodoviarismo na década de 1930, o governo brasileiro optou por priorizar o desenvolvimento da malha rodoviária nacional. Assim, as rodovias nacionais alcançam praticamente toda a extensão do território brasileiro, consistindo no modal de transporte que possui maior vascularização e densidade em

⁶³ Como, por exemplo, a construção e/ou recuperação de rodovia associada à gestão do serviço relacionado à operação da rodovia, a construção de terminal ferroviário e sua gestão e a construção de aeroporto e sua respectiva operação pela concessionária.

⁶⁴ Como, por exemplo, os serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura e o setor de aviação civil (transporte aéreo de passageiros).

⁶⁵ Os dados são extraídos da Pesquisa CNT Rodovias, editada em 2021. Disponível em: <<https://pesquisarodovias.cnt.org.br/relatorio-gerencial>>. Acesso em: 31 jan. 2022.

todas as regiões do país, à exceção da região amazônica, onde predomina o transporte por meio de vias fluviais.⁶⁶

Além disso, uma das principais causas para o predomínio do modal rodoviário sobre os demais setores consiste nos baixos custos de implantação por quilômetro e os menores prazos de maturação dos investimentos, se comparados às ferrovias, por exemplo. Com efeito, a concentração geográfica dos locais de produção, a baixa produtividade e a ausência de um mercado interno que demandasse significativas movimentações para gerar a renda necessária para que os elevados custos de implantação de hidrovias e ferrovias fossem amortizáveis também contribuiu sobremaneira para o predomínio do modal rodoviário no Brasil. Logo, ante as características da economia brasileira, o modal rodoviário, que demanda investimentos mais baixos de implantação da infraestrutura, sempre consistiu no modelo mais viável e prático para o Poder Público.⁶⁷ No entanto, apesar do custo de implementação mais baixo das rodovias, o transporte ferroviário, por sua vez, consiste no modelo mais seguro e o mais indicado para o transporte de cargas pesadas, configurando um modal ainda muito subaproveitado no país, sobretudo se comparado com outros países mais desenvolvidos.

Por sua vez, apenas 12,4% da extensão total das rodovias brasileiras são pavimentadas, o que corresponde a tão somente 213,5 mil quilômetros. Segundo a Pesquisa CNT Rodovias realizada em 2021, há reduzida disponibilidade de rodovias pavimentadas quando considerada a sua extensão em relação à área total do país. A densidade da malha rodoviária pavimentada do Brasil, portanto, é muito reduzida (25,1 km/mil km²). O indicador de densidade da pesquisa demonstra que, apesar da grande participação do modal rodoviário na matriz de transporte brasileira, há poucos trechos pavimentados no país, em média, em relação à sua área total.⁶⁸

O marco regulatório do setor de infraestrutura rodoviária consiste na já citada Lei nº 10.233/2001. O artigo 1º, inciso II da lei em questão prevê que constitui seu objeto a disposição

⁶⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 48.

⁶⁷ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Infraestrutura de transportes*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 32.

⁶⁸ Pesquisa CNT Rodovias, editada em 2021. Disponível em: < <https://pesquisarodovias.cnt.org.br/relatorio-gerencial>>. Acesso em: 31 jan. 2022.

sobre a ordenação dos transportes aquaviário e terrestre, nos termos do artigo 178 da Constituição Federal, reorganizando o gerenciamento do Sistema Federal de Viação.⁶⁹

A lei criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), agência reguladora responsável por regular o setor de rodovias, nos termos do artigo 20, inciso II,⁷⁰ artigo 21, *caput*⁷¹ e do artigo 22, inciso V,⁷² do referido diploma legislativo. O artigo 20, inciso II, alíneas “a” e “b” da Lei nº 10.233/2001 prevê que a regulação da ANTT sobre as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, deve “garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas” e “harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica”.

Ademais, o marco regulatório, em seu artigo 12, inciso I prevê que constitui diretriz geral do gerenciamento da infraestrutura rodoviária 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, nos termos do previsto pelo inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal.⁷³ O artigo 13, inciso I da

⁶⁹ Constituição Federal. Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

⁷⁰ Lei 10.233/2001. Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: (...) II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: (...).

⁷¹ Lei 10.233/2001. Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, entidades integrantes da administração federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas, respectivamente, ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República, nos termos desta Lei.

⁷² Lei 10.233/2001. Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT: (...) V – a exploração da infra-estrutura rodoviária federal.

⁷³ A despeito da diretriz prevista na Lei nº 10.233/2001, cumpre destacar que a escolha entre realizar uma atividade de forma direta ou optar por uma parceria com a iniciativa privada, seja por meio de uma concessão comum, seja por intermédio de uma parceria público-privada, não é algo que decorre diretamente da lei, mas sim uma escolha de atribuição específica da Administração, que estabelece as prioridades por meio da definição de políticas públicas. Assim, cabe exclusivamente ao Poder Executivo decidir o modelo contratual aplicável aos serviços de sua responsabilidade, tendo em vista que a decisão em questão é de natureza tipicamente administrativa. Logo, trata-se de uma decisão que decorre da titularidade do serviço, não podendo haver delegação apenas nos seguintes casos: a) quando a Constituição expressamente vedar; b) quando se tratar de atividade exclusiva do Estado; ou c) quando não houver lei autorizativa. (MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 123 e 128).

lei, por sua vez, dispõe que as outorgas, no caso das rodovias federais, serão realizadas sob a forma de concessão, precedida ou não de obra pública.⁷⁴

A Lei nº 10.233/2001, portanto, faz uma diferenciação entre a exploração das rodovias federais e respectiva prestação de serviços de transportes associados à exploração da infraestrutura correlata, que deve ser realizada obrigatoriamente sob a forma de concessão, e o serviço de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros *desvinculados* da exploração da infraestrutura, que deve ser realizado por permissão, nos termos do artigo 13, inciso IV da lei. O artigo 14, inciso I, reafirmando os dispositivos anteriores, prevê que depende necessariamente de concessão a exploração das rodovias que compõem o SNV.

Dessa forma, o instrumento contratual para exploração do setor de infraestrutura rodoviária por parceiros privados consiste, por disposição legal expressa, na *concessão*. Para além da figura da concessão, os dispositivos da Lei nº 10.233/2001 (artigos 26, inciso VI, e 28, inciso I) trataram de qualificar a concessão de rodovias como uma concessão de *serviço público*,⁷⁵ com todos os aspectos que lhe são pertinentes.⁷⁶ Além disso, essa foi a opção expressa realizada pela União nas etapas do Procofe ao levar a efeito o seu programa de concessão de rodovias mediante a celebração de contratos de *concessão de serviço público* de exploração de rodovias.⁷⁷

⁷⁴ Lei nº 10.233/2001. Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de: (...) I – concessão, quando se tratar de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura (...).

⁷⁵ Sobre a caracterização da exploração de rodovias como *serviço público*, tem-se a posição de autores como Antônio Carlos Cintra do Amaral Rafael Véras de Freitas e Flávio Amaral Garcia. Sobre o tema, Rafael Véras de Freitas salienta que: “sob um critério formal, serviço público será aquela atividade que o legislador qualificar como tal. Essa também foi a opção federal nas fases seguintes do Procofe e de diversos estados da federação ao levarem a efeito seus programas de concessões de rodovias por meio da celebração de contratos de concessão de serviço público de exploração de rodovias. (...) é possível concluir este item no sentido de que a concessão de rodovia vem sendo regulada como uma concessão de serviço público, seja pelo ordenamento jurídico pátrio, seja pelas minutas utilizadas pelo poder público para levar a efeito tal delegação”. (FREITAS, Rafael Véras de. *Concessão de rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47-48).

⁷⁶ Lei nº 10.233/2001. Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: (...) VI – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros. (...) Art. 28. A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que: I – a exploração da infra-estrutura 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.

⁷⁷ FREITAS, Rafael Véras de. *Concessão de rodovias...*, p. 47.

Nesse particular, Vera Monteiro destaca a identificação da concessão com a sua função essencial de “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade”. A autora dá ênfase, assim, à concessão como um arranjo financeiro que possui a capacidade de servir como alternativa à exploração de serviços e infraestruturas públicas que não podem ser custeados exclusivamente de forma direta pelo Poder Público.⁷⁸ A concessão possui, pois, uma essencial importância histórica na construção e gestão das infraestruturas públicas.⁷⁹ É dizer, o instituto já era utilizado no Direito brasileiro muito antes da edição da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões) e remonta ao período imperial, em que foram largamente utilizadas para a implementação da infraestrutura necessária para o desenvolvimento nacional.⁸⁰ O setor de rodovias, em especial, obteve grande expansão no país sobretudo a partir da década de 1950 e desde então tem sido uma das maiores preocupações do Estado brasileiro em razão de sua função estratégica de integração territorial e econômica.⁸¹

⁷⁸ MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 174. Flávio Amaral Garcia destaca, nesse passo, que “as rodovias concedidas têm sido aprovadas pelos usuários, em especial no que toca a maior segurança, já que se apresentam em melhores condições de trafegabilidade, além da disponibilização de serviços como assistência médica, socorro mecânico e guincho”. (GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 310).

⁷⁹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). *Estudos de Regulação Pública*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 237.

⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, p. 75-105. Sobre a evolução do instituto no Direito Administrativo brasileiro, Floriano de Azevedo Marques Neto salienta que “a concessão era utilizada como privilégio real, enfeixando, muitas vezes no mesmo ato, o trespasse de poderes e prerrogativas, distinções (títulos nobiliárquicos, prebendas), direitos privativos sobre o território e também a atribuição de implementar e operar utilidades públicas.(...) Mas, com o dever do desenvolvimento da economia e das instituições jurídicas, fomos assistindo lentamente à introdução de aspectos denotadores do regime jurídico do instituto – obrigações de investimento, aprazamento, regramento de cobrança dos utentes, surgimento do instituto do resgate, proteção dos capitais investidos, incidência de normas de direito público (exorbitantes ao direito comum) e até mesmo arranjos de financiamento misto (público e privado) – para viabilizar o objeto concedido. E vimos também a utilização do instituto nas diversas aplicações, com amplitude muito maior do que a da concessão de serviço público. O que podemos afirmar (...) é que o direito brasileiro absorveu o instituto inicialmente por força da tradição portuguesa e, com base nela, mesmo após se desvencilhar de fato do direito português, manejou as concessões e delineou seu regime jurídico sob inspiração e influência do direito europeu continental, o que explica a semelhança de desenvolvimento do instituto”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, p. 76).

⁸¹ CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 177-178. Como lembra Rafael Vêras de Freitas, “nas décadas de 1940 e 1950, com o advento do governo do então presidente da República Juscelino Kubitschek, priorizou-se a expansão da malha rodoviária nacional a fim de que o Brasil pudesse alcançar elevados índices de desenvolvimento, os denominados ‘50 anos em 5’. Por intermédio de tal providência, pretendia-se favorecer a criação de corredores para a circulação de produtos industriais e de commodities por todo o território nacional, o que importou na instalação de grandes fabricantes de automóveis no país, como a Volkswagen, a Ford e a General Motors. Nesse período, o governo assumiu a meta de construir 12 mil quilômetros de rodovias pelo país. (...) Com efeito, entre os anos 1955 e 1961, foram pavimentados 7.215 quilômetros de rodovias federais e construídos 5.954 quilômetros de novas rodovias. Ao todo, a malha rodoviária se expandiu de 22.250 quilômetros, em 1955, para 35.419 quilômetros, em 1961”. (FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias...*, p. 25 e 27).

Assim, a Lei nº 8.987/1995 tratou do instituto da concessão de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, apesar de ele ser utilizado há muito tempo, o Direito Administrativo nacional carecia de uma lei específica sobre o tema (a edição da lei, afinal, era demandada pelos textos constitucionais desde a Constituição de 1930). A referida legislação, editada à luz da Constituição de 1988 – que previu a possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de contratos de concessão em seu artigo 175 – e no contexto da retirada do Estado do desempenho direto de atividades públicas, marcou, portanto, uma nova inflexão para o instituto da concessão no Direito brasileiro⁸² e possibilitou o início do programa brasileiro de concessões de rodovias federais a partir da segunda metade da década de 1990 (o chamado Procofe).

A essência da concessão (enquanto gênero), em verdade, não se limita apenas à prestação de um serviço público, mas, como lembra Fernando Dias Menezes de Almeida, da outorga, a pessoa diversa, de um direito relativo a algo que seja inerente ao Poder Público. Assim, é nesse sentido que, além da prestação de um serviço público, pode se falar também, por exemplo, na concessão de uso ou exploração de um bem público.⁸³

Ademais, a Lei nº 8.987/1995 admite duas hipóteses para a concessão de serviço público: a precedida e a não precedida de obra pública (artigo 2º, incisos II e III): ambas hipóteses possuem possibilidade de incidência no setor de rodovias. No primeiro caso, tem-se a necessidade de o concessionário implementar a infraestrutura prévia, que servirá de base física para a exploração do serviço público a ser por ele executado; isto é, o concedente não dispõe da infraestrutura necessária para a prestação do serviço e recorre aos particulares para sua construção. Portanto, não se trata somente de uma obra ou só uma concessão de serviço: combinado os dois aspectos, ao agente privado será atribuído o dever de execução da obra pública para depois realizar a prestação do serviço e ser remunerado por ambos, além de perceber evidentemente os custos administrativos e a necessária amortização de todo o investimento realizado na execução da obra.

⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, p. 106.

⁸³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Quartier Latin, 2012, p. 262. Como também destaca Vera Monteiro, a concessão não consiste em um instrumento exclusivo para a exploração de serviços públicos. (MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 127). A respeito dos possíveis objetos das concessões, ver também: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Assim, além da construção e/ou recuperação da rodovia, ocorreria a sua conjugação com a gestão de serviços de manutenção viária, engenharia de tráfego, sistemas de controle e inspeção, balanças de pesagem, resgate paramédico, atendimento pré-hospitalar etc. Isto é, a atuação do concessionário abarcaria, para além da operação da rodovia, também a construção/reforma de uma obra pública.⁸⁴ No caso de inexistir qualquer infraestrutura rodoviária prévia, a hipótese costuma ser denominada de operação *greenfield*. Apesar desta possibilidade, nenhuma concessão do Procofe até hoje configurou uma operação totalmente *greenfield*, tendo em vista que as rodovias concedidas pela União aos concessionários possuíam infraestrutura prévia a ser administrada e reformada pelos parceiros privados, embora alguns projetos tenham envolvido obras de duplicação ou, ainda, de ampliação de trechos.⁸⁵ Existem, no entanto, alguns exemplos de contratos *greenfield* em âmbito estadual, a exemplo do Rodoanel Metropolitano de Belo Horizonte.⁸⁶ Ainda, segundo informações extraídas do portal do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social –

⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995* (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

⁸⁵ O modelo de concessão do Procofe, via de regra, é o de Reabilitação-Operação-Transferência (*Rehabilitate Operate Transfer – ROT*) – de modo que em todas as concessões federais, as rodovias já haviam sido construídas previamente pela União. A respeito das premissas do modelo de concessão de rodovias federais, André Roriz de Castro Barbo explica que “o modelo de concessão adotado é o de Reabilitação-Operação-Transferência (*Rehabilitate Operate Transfer – ROT*), em todas as concessões federais, as rodovias já haviam sido construídas. Assim, o objeto das concessões rodoviárias federais é a exploração da infraestrutura e da prestação de serviços públicos e obras, abrangendo a execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação, ampliação, melhorias e exploração. (...) No que se refere à distribuição de riscos, a concessionária assume integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão e pelo risco de tráfego, bem como pelo risco dos valores dos quantitativos. No que tange ao risco de tráfego, neste inclui-se o risco de redução do volume de tráfego previsto originalmente na sua proposta econômica. Isso significa que, sob hipótese alguma, a concessionária poderá pleitear reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de frustração do tráfego da proposta de concessão. Em relação aos riscos dos valores dos quantitativos, nestes incluem-se os valores previstos para execução do programa de exploração da rodovia, e o aumento no valor das matérias primas não enseja reequilíbrio econômico-financeiro. Uma das premissas fundamentais de todos os contratos de concessão de rodovias federais é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa manutenção é feita por meio do equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão, expresso no valor da Tarifa Básica de Pedágio – TBP, determinado na proposta econômica vencedora do leilão. Assim, por meio do mecanismo da revisão da TBP contratual, realizado sempre na ocasião do reajuste anual da tarifa, as possíveis alterações previstas contratualmente nos encargos da concessionária, ou nas receitas da concessão, são analisados e expressos no valor da TBP. O meio de manutenção do equilíbrio é a conservação da Taxa Interna de Retorno – TIR da proposta de concessão”. (BARBO, André Roriz de Castro et al.; A evolução da regulação nas rodovias federais concedidas. *Revista ANTT*. v. 2, n.2, nov. 2010, n.p. Disponível em: <http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed3/_asp/ed3-artigosEvolucao.asp>. Acesso em: 12 abr. 2022).

⁸⁶ FAJARDO, Gabriel. A modelagem do Rodoanel Metropolitano de Belo Horizonte. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/modelagem-rodoanel-metropolitano-belo-horizonte-28012022>>. Acesso em: 13 abr. 2022; e “O lugar do *free flow* no futuro das rodovias brasileiras: líderes discutem as oportunidades para o novo modelo de pedágio”. *Grihub*. 16 nov. 2021. Disponível em: <https://www.griclub.org/news/infraestrutura/o-lugar-do-free-flow-no-futuro-das-rodovias-brasileiras_1662>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BNDES (HUB de Projetos), há projetos relativo a governos estaduais totalmente *greenfield* em fase de estudos, os quais contemplam 1.646km de trechos de rodovias localizadas nos estados da Bahia, Goiás e Pernambuco.⁸⁷

Já no caso da concessão exclusiva de serviço público (sem a implementação de infraestrutura rodoviária prévia pelo concessionário), a União transfere ao concessionário a gestão do serviço, que assumirá tão somente a prestação da tarefa de conservação e operação da rodovia – em que pese também possa existir, nessa hipótese, a incumbência de novas obras ao longo da relação concessionária.⁸⁸ A prestação dos serviços associados à infraestrutura rodoviária consistem basicamente na *conservação da rodovia* – que engloba as atividades rotineiras diretamente ligadas à infraestrutura, como a execução de reparos no pavimento, limpeza e capina das faixas de domínio – e na *operação da rodovia*, que abarca todos os serviços de atendimento aos usuários do serviço, como o guinchamento de veículos, socorro médico e mecânico, planejamento, comboios e implementação de operações especiais na rodovia, caracterizados como serviço público.⁸⁹ No caso da existência de infraestrutura rodoviária prévia para posterior exploração do serviço pelo concessionário (via de regra, infraestrutura construída pela própria União por meio do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT), a hipótese costuma ser denominada de operação *brownfield*, tendo em vista que o agente privado assumirá a exploração de uma rodovia já existente. Trata-se das concessões do Procofe, em que vários trechos de rodovias federais foram concedidos aos concessionários.

Ademais, com a edição da Lei nº 11.079/2004 (a Lei das Parcerias Público-Privadas), a delegação das rodovias aos agentes privados passou a ter numa nova possibilidade de concessão: a parceria público-privada na forma de *concessão patrocinada* que, em verdade, não perde a essência de uma concessão de serviço público, tendo como principal distinção em relação ao modelo instituído pela Lei nº 8.987/1995 o modo de remuneração do concessionário. Na concessão patrocinada incide, simultaneamente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pública, por

⁸⁷ BNDES: HUB de Projetos. *Portal BNDES*, 2022. Nossos Projetos: Rodovias Federais – 1646 km (Greenfield). Disponível em: <<https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/projetos/Rodovias-Federais-1646-Km-Greenfield/c71ae3df-1adf-11ec-bf1b-0242ac11002b>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁸⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 24.

⁸⁹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 274-275.

parte do poder concedente, em forma pecuniária.⁹⁰ A Lei nº 11.079/2004, em seu artigo 2º, §4º, dispõe que é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada nos seguintes casos: cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); cujo período de prestação do serviço seja inferior a cinco anos; ou que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Com efeito, as PPP's consistem em um elemento valioso na construção e no incremento da infraestrutura rodoviária pátria, porquanto o seu objeto reside na criação de firmes compromissos financeiros por parte do parceiro público.⁹¹ Entre as principais vantagens proporcionadas pelo sistema de contratação via PPP's pode se elencar a alternativa de financiamento, o compartilhamento de riscos, a vantajosidade pública (*value for money*), a sustentabilidade e melhoria do serviço, entre outras vantagens.

Apesar disso, nenhuma concessão do Procofe configurou, até hoje, uma concessão patrocinada; todos os contratos celebrados com a iniciativa privada configuram concessões comuns, com fulcro no regime da Lei nº 8.987/1995, embora existam PPP's firmadas para a concessão de rodovias junto aos Governos do Estado de Pernambuco, São Paulo, Minas Gerais, Paraná e, mais recentemente, em 2018, pelo Governo da Bahia (BA-052).⁹² O Trecho Norte do

⁹⁰ Lei nº 11.079/2004. Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Ademais, o parágrafo terceiro do artigo 2º da Lei previu que: “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

⁹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75.

⁹² “Bahia publica concorrência de PPP de rodovia”. *PPP Brasil – O Observatório das Parcerias Público-Privadas*. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/bahia-publica-concorr%C3%Aancia-de-ppp-de-rodovia>>. Acesso em: 11 abr. 2022. Conforme levantamento realizado pela Faculdade de Direito do Sul de Minas no ano de 2015, existiam, no país, cinco contratos de PPPs de infraestrutura rodoviária – sendo a primeira delas licitada no ano de 2006 (371,4 km da rodovia estadual MG-050), dois anos após a regulamentação da Lei nº 11.079/2004. Também em 2006, o Estado de Pernambuco licitou sob essa modalidade a Rota dos Coqueiros (PE-024), trecho de 6,5km de extensão. As outras três, também promovidas pelos governos estaduais, consistiram na Rodovia dos Tamoios, em São Paulo (SP-99), Rodoanel Norte da Região Metropolitana de Belo Horizonte em Minas Gerais (trecho entre a BR-381 e a BR-040) e a Rodovia PR-323 no Paraná. Todos esses projetos foram promovidos pelos governos estaduais e não fizeram parte do Procofe. (CLARK, G; SOUZA, L.N. Parceria Público-Privada e eficiência: um estudo de caso da Rodovia MG-050. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n.2, p. 325-354, jul/dez. 2015, p. 326. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/9e3e354d0920dc155fd0f31db761c48d.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2022).

Rodoanel Paulista, previsto para ser concluído em 2025, também configurará um exemplo de concessão patrocinada de infraestrutura rodoviária estadual.⁹³

Por sua vez, Letícia Queiroz de Andrade chama atenção para a influência significativa do regime de PPPs nas concessões comuns, mesmo sem alteração legislativa a respeito, como a figura do “desconto de equilíbrio” ou “compensação tarifária”, por intermédio do qual se pretende que a remuneração do agente privado esteja vinculada ao seu desempenho. Isto é, à semelhança do que ocorre nos contratos de PPPs, a concessionária é avaliada conforme determinados indicadores de desempenho, recebendo uma nota global decorrente desta avaliação e, em razão disso, tem sua remuneração impactada pelo desempenho do contrato.⁹⁴

Sobre a utilização da outra modalidade de contrato de parceria público-privada (concessões administrativas) nas concessões de rodovias, em que não se teria a cobrança de pedágio por parte do concessionário (sistemática do chamado “pedágio-sombra”), Letícia Queiroz de Andrade aduz que a racionalidade não se aplica à hipótese da exploração das rodovias, pois acaba por contrariar a lógica típica das concessões de fazer recair os ônus do custeio de quem usufrui diretamente do serviço e assim desonerar os cofres públicos. A autora lembra que a sistemática não foi bem-sucedida nos países nos quais se tentou adotar o modelo, como Inglaterra e Portugal.⁹⁵

Como dito, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei nº 8.987/1995 fizeram despertar as concessões de rodovias no Brasil a partir da segunda metade da década de 1990. Entre os anos de 1993 e 1994, iniciaram-se os primeiros estudos das concessões de rodovias no Brasil. Em 1993, a Portaria nº 10, do então Ministério dos Transportes, autorizou a constituição de grupo de trabalho com o objetivo de implementar o do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procofe). O programa estava em harmonia com o Programa Nacional de

⁹³ “Governo de SP publica Edital para Concessão do RODOANEL Norte e adia prazo de conclusão das obras para agosto de 2025”. *G1 GLOBO* Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/28/governo-de-sp-publica-edital-para-concessao-do-rodoanel-norte-e-adia-prazo-de-conclusao-das-obras-para-agosto-de-2025.ghtml>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

⁹⁴ A autora destaca, por exemplo, que no caso de uma concessão patrocinada, “nota inferior a um certo patamar ensejará desconto no valor da contraprestação pública, enquanto a aplicação do mesmo mecanismo às concessões comuns, como a que tem por objeto a rodovia federal BR-116/324, resulta em desconto a ser efetivado por ocasião das revisões ordinárias realizadas anualmente”. (ANDRADE, Letícia Queiroz de. *A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias...*, p. 294-295).

⁹⁵ ANDRADE, Letícia Queiroz de. *A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias...*, p. 293.

Desestatização (PND), que consolidou, como visto, a posição do Estado brasileiro de redução da intervenção direta na economia e de repasse ao setor privado da execução de várias atividades públicas. Assim, na data de 29/12/1994, foi assinado o contrato de concessão da primeira rodovia no país, a Ponte Rio-Niterói, que se iniciou, de fato, em junho de 1995. Tratou-se do início da Primeira Etapa do Procofe.⁹⁶

O Procofe possui quatro etapas. A Primeira Etapa ocorreu entre os anos de 1994 e 1998; portanto, os primeiros contratos foram assinados ainda antes da publicação do marco regulatório e em um momento de alta instabilidade econômica, o que tornava as previsões contratuais uma tarefa demasiadamente complexa. Alguns dos primeiros trechos concedidos já haviam sido, inclusive, pedagiados pela União anteriormente. Já a Segunda Etapa do Procofe se deu entre os anos de 2007 e 2009, em um momento macroeconômico de maior estabilidade em relação aos leilões da Primeira Etapa. A Segunda Etapa possuiu dois modelos de contratos: o primeiro deles relativo a sete lotes (Autopista Fernão Dias, Autopista Fluminense, Autopista Litoral Sul, Autopista Planalto Sul, Autopista Régis Bittencourt, Rodovia do Aço e Transbrasiliana) e o segundo à apenas um lote (concessão da Via Bahia). Os contratos da Segunda Etapa foram celebrados após a edição da Lei nº 10.233/2001 e começaram a ter a ANTT atuando em nome do poder concedente. A Terceira Etapa do Procofe, por sua vez, iniciou-se no ano de 2013, com contratos de trechos extensos, com praticamente o dobro da etapa anterior. Por fim, a Quarta Etapa do Programa iniciou-se em 2018, com a concessão da Via Sul, que foi incluída no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), lançado em 2016.⁹⁷ O PPI, aliás, é um programa do governo federal instituído pela Medida Provisória nº 727/2016 (convertida na Lei nº 13.334/2016), no âmbito do governo Michel Temer, com a finalidade de fortalecer as relações entre Estado e particulares, e é objeto de análise do segundo e quarto capítulos deste trabalho.

⁹⁶ SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais. In.: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (Coord.). *Direito e Infraestrutura: rodovias e ferrovias. 20 anos da Lei nº 10.233/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 214-215.

⁹⁷ SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais..., p. 215, 224-225, 229 e 234-235. Laís Ribeiro de Senna aduz que “o Programa de Concessões de Rodovias Federais é um importante instrumento de concretização de infraestrutura no país. (...) Porém, os aprimoramentos são sempre bem-vindos, e um primeiro passo para se aprimorar, deve ser buscar identificar as dificuldades ocorridas”. (SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais..., p. 243).

Além do mais, a execução do programa de concessões de algumas rodovias federais, no final da década de 1990, foi delegado, por intermédio de convênios celebrados com fulcro na Lei nº 9.277/1996, a outras entidades federativas, como é o caso das delegações realizadas aos Estados do Rio Grande do Sul e Paraná.⁹⁸ Assim, elas passaram a ser exploradas pelos respectivos Estados e delegados por concessão à iniciativa privada; o objetivo dos convênios de delegação consiste nas vantagens que a gestão local do serviço público pode acarretar aos usuários.⁹⁹ A Lei nº 10.233/2001, como visto, também dispôs sobre a possibilidade em seu artigo 12, inciso I. A regulação das rodovias, nestes casos, ficou a cargo da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), no Estado do Rio Grande do Sul, e do Departamento de Estradas de Rodagem (DER), no Estado do Paraná, diante da inexistência de uma agência reguladora no âmbito estadual neste último caso.¹⁰⁰ Os trechos que foram delegados ao Estado do Paraná tiveram as concessões encerradas no final do ano de 2021, após 24 anos de contrato. Após o fim destas concessões, enquanto os novos contratos de concessão não são celebrados e aguardam a análise da modelagem pelo TCU, a operação e a manutenção das rodovias voltaram para a esfera de responsabilidade do Poder Público estadual. As denominadas “Rodovias Integradas do Paraná” foram qualificadas e incluídas no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) pelo Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019.¹⁰¹

⁹⁸ O artigo 1º da Lei nº 9.277/1996 dispôs que: “Fica a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, autorizada a delegar, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte e cinco, aos municípios, estados da Federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias, ou obras rodoviárias federais”. Além disso, o artigo 3º do referido diploma legal previu que: “a delegação será formalizada mediante convênio”. Sobre os convênios no setor de rodovias federais, Egon Bockmann Moreira leciona que: “através dos convênios de cooperação o titular do serviço transfere à pessoa política conveniada não a titularidade dele (o que seria inválido), nem sua execução (pois não se trata de concessão), mas, sim, o feixe de atribuições que caracteriza a competência para a exploração daquele serviço público. O convênio instala relação jurídica de coordenação entre as pessoas políticas, não subordinação hierárquica (o que violaria o princípio federativo). O conveniado-outorgado converte-se em concedente para todos os fins do futuro contrato de concessão de serviço público – estabelecendo-se rede de direitos e deveres em face de todos os signatários do documento”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 80).

⁹⁹ FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias...*, p. 49.

¹⁰⁰ ANDRADE, Letícia Queiroz de. *A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias...*, p. 277-278.

¹⁰¹ O prazo da concessão será de trinta anos e o critério de julgamento do leilão para escolha da concessionária vencedora será menor tarifa, sendo que o investimento previsto para o projeto é de R\$ 45,21 bilhões. No projeto (denominado PR Vias), a malha rodoviária paranaense a ser concedida foi dividida em seis lotes, com extensão total de 3.350,39km, entre trechos de rodovias federais e estaduais que fazem parte do programa vigente de concessões do Estado do Paraná. Estão previstas, além da implantação de obras diversas (duplicações, vias marginais, faixas adicionais, recuperação do pavimento, manutenção e conservação da via ao longo do período de concessão), também a prestação de serviços aos usuários e inovações tecnológicas para apoio das equipes de atendimento médico de emergência, atendimento mecânico e atendimento aos demais incidentes na via. Serão implementadas novas tecnologias para cobrança e a eventuais descontos a título de incentivo ao usuário para utilização de novas formas de

Demonstrado o panorama do setor de rodovias, passa-se agora à exposição de outro setor relevante para a logística nacional e que também possui utilização tradicional e histórica do instituto da concessão no Brasil: o setor de infraestrutura ferroviária.

1.3.2 O setor de infraestrutura ferroviária (ferrovias)

O *setor de infraestrutura ferroviária* (ou setor de ferrovias), nos termos do artigo 20 da Lei nº 12.379/2011, é constituído pelas ferrovias existentes ou planejadas, pertencentes aos grandes eixos de integração interestadual, interregional e internacional, que satisfaçam a pelo menos um dos seguintes critérios: atender grandes fluxos de transporte de carga ou de passageiros, possibilitar o acesso a portos e terminais do Sistema Federal de Viação, possibilitar a articulação com segmento ferroviário internacional e promover ligações necessárias à segurança e à economia nacionais.

As ferrovias possibilitam o transporte ferroviário, que consiste na transferência de pessoas ou bens materiais, entre dois locais separados, por intermédio de veículos geralmente dispostos em comboio (como, por exemplo, os trens), que transitam em uma via férrea composta por carris dispostos ao longo de um percurso determinado. A via férrea é, geralmente, composta por um sistema de sinalização próprio e de um sistema de eletrificação. A operação destes veículos é realizada por uma empresa ferroviária, que possui a aptidão necessária e adequada para a prestação desse serviço e que se compromete a realizar o transporte entre as estações ferroviárias.¹⁰²

Somente atrás do modal rodoviário, o setor de infraestrutura ferroviária ocupa o segundo lugar em volume de cargas transportada no país. Apesar disso, a participação na matriz de transportes já foi maior em outros períodos do desenvolvimento nacional, sobretudo até a década de 1930, quando a expansão da produção cafeeira fez com que saltasse a quilometragem da malha ferroviária brasileira, em um período em que o setor de rodovias ainda não era predominante na matriz dos setores de logística.

cobrança. (ANTT. *Rodovias Integradas Do Paraná*. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/rodovias-integradas-do-parana>>. Acesso em: 11 abr. 2022).

¹⁰² PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 52.

Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro destacam que, em que pese o transporte ferroviário seja o mais seguro dos transportes terrestres e o mais indicado para o transporte de cargas pesadas, o modal ainda é muito subaproveitado, sobretudo em face da demasiada extensão territorial do Brasil. Por outro lado, o setor tem apresentado um renascimento e consta como prioridade de novos investimentos do governo federal, inclusive em malhas ferroviárias já concedidas, como é o caso das renovações antecipadas de ferrovias, realizadas nos termos da Lei nº 13.448/2017, e diante da edição de um novo marco regulatório para o setor, a Lei nº 14.273/2021.¹⁰³

Anteriormente às privatizações ocorridas ao longo da década de 1990, o setor de ferrovias era tradicionalmente composto por quatro redes ferroviárias, controladas e operadas por três empresas estatais: a Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), que operava a maior malha ferroviária do país (77% do total) e controlada pelo governo federal; a Estrada de Ferro Vitória Minas (EFVM), controlada e operada pela então empresa estatal Vale do Rio Doce (até 1995, responsável por aproximadamente 38% do total da produção do setor); a Estrada de Ferro Carajás (EFC), também controlada e operada pela Vale do Rio Doce (até 1995, respondia por aproximadamente 30% da produção do setor); e a Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa), controlada e operada pelo governo do Estado de São Paulo.¹⁰⁴ A construção do sistema estatal ganhou impulso a partir da década de 1930, com a encampação, por parte da União, de diversas empresas nacionais e estrangeiras que realizavam a exploração das linhas construídas anteriormente, sobretudo para o escoamento de produtos agrícolas. O setor ganhou força com a criação da RFFSA; quase toda a malha ferroviária existente no Brasil hoje é consequência do período de operação pela RFFSA.¹⁰⁵ Ao longo da década de 1990, no contexto de privatizações realizadas pelo Estado brasileiro, as redes ferroviárias foram sendo repassadas gradativamente à iniciativa privada, sendo subdivididas em várias malhas distintas.¹⁰⁶ A desestatização do setor iniciou-se entre 1996 e 1998 com a divisão da malha ferroviária da RFFSA em vários trechos. No âmbito de cada área, os concessionários possuem exclusividade para operação do serviço (com a realização de investimentos na infraestrutura

¹⁰³ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 52-53.

¹⁰⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 53.

¹⁰⁵ DA SILVA, Danilo Tavares. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão. In.: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora contracorrente, 2015, p. 248.

¹⁰⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 53-58.

concedida, como manutenção e expansão das ferrovias) e remuneram a União em razão do uso da malha ferroviária arrendada.¹⁰⁷ Para além da privatização da malha federal pertencente à RFFSA, a União destinou recursos para a criação de novos trechos na malha ferroviária federal por intermédio da Valec S.A., uma empresa pública, criada sob a forma de sociedade por ações e controlada pela União.¹⁰⁸

Em relação ao desenho institucional do setor ferroviário, a Constituição Federal em seu artigo 21, inciso XII, alínea “d”, prevê que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte ferroviário interestadual e entre portos brasileiros e fronteiras nacionais. O novo marco regulatório do setor (Lei nº 14.273/2021), em seu artigo 2º, prevê a competência da União sobre as ferrovias integrantes do Subsistema Ferroviário Federal (SFF), que integram o SFV, nos termos da Lei nº 12.379/2011.

Por sua vez, a Lei nº 10.233/2001, para além do setor de infraestrutura rodoviária, também trata sobre o setor de ferrovias. Como já dito, a lei criou a ANTT, agência reguladora responsável, também, pela regulação do setor de infraestrutura ferroviária, nos termos do artigo 20, inciso II, artigo 21, *caput* e do artigo 22, inciso II do diploma legal. A criação da ANTT foi crucial para a continuidade do processo de descentralização das atividades do Estado para o setor privado no setor de infraestrutura ferroviária.¹⁰⁹

Do mesmo modo que ocorre em relação às rodovias, a Lei nº 10.233/2001, em seu artigo 12, inciso I dispõe que constitui diretriz geral do gerenciamento da infraestrutura ferroviária a *descentralização das ações*, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, por meio de convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, por meio de outorgas de autorização, concessão ou permissão, nos termos do artigo 21, inciso XII da Constituição Federal. O artigo 13, inciso I da lei prevê que as outorgas, no caso das ferrovias, serão realizadas sob a forma de concessão, precedida ou não de obra pública.

¹⁰⁷ DA SILVA, Danilo Tavares. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão..., p. 249.

¹⁰⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 58.

¹⁰⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 68.

A Lei nº 10.233/2001 também realizava uma distinção entre a exploração das ferrovias federais e respectiva prestação de serviços de transportes associados à exploração da infraestrutura correlata, que deveria ser realizada sob a forma de concessão, o serviço de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura, que deveria ser realizado por permissão, e o transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, que deveria ser realizado por meio de autorização. O artigo 14, inciso I, prevê, por sua vez, que depende de concessão a exploração das ferrovias que compõem o SNV.

A Lei nº 14.273/2021, novo marco regulatório do setor, inovou completamente o setor de ferrovias e revogou diversos dispositivos da Lei nº 10.233/2001 e da Lei nº 12.379/2011. Com o objetivo de estimular investimentos no setor ferroviário e aumentar a competitividade e a participação do modal na economia nacional, o marco regulatório altera a sistemática da exploração das ferrovias nacionais, sobretudo em relação à exploração das ferrovias em regime de Direito Privado.

O novo marco do setor, assim, prevê que a exploração das ferrovias nacionais se classifica em, quanto à espécie, de cargas e de passageiros, quanto ao transportador, em vinculado à gestão da infraestrutura ferroviária e desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária, e quanto ao regime de execução, em regime de Direito Público e em regime de Direito Privado.

Com efeito, o artigo 7º da Lei nº 14.273/2021 dispõe que a exploração do setor será executada pela União, pelo Distrito Federal e pelos Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, de forma direta, ou de forma indireta, por meio dos instrumentos de autorização ou concessão. Vê-se, portanto, que o novo marco legal não tratou da permissão, anteriormente atrelada ao serviço de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura. O artigo 8º da lei, por seu turno, prevê que a exploração indireta das ferrovias será exercida por operadora ferroviária em regime privado, nos casos de outorga por autorização, e em regime público, nas hipóteses de outorga por concessão. O parágrafo segundo deste dispositivo destaca, ainda, que à exploração das ferrovias em regime privado é garantida a liberdade de preços. Além disso, a lei prevê que nas ferrovias outorgadas em regime privado, é livre a oferta de capacidade de transporte a agente transportador ferroviário, ao contrário das

ferrovias exploradas em regime de Direito Público, em que a oferta de capacidade mínima para a execução do transporte por agente transportador ferroviário deve obedecer ao que for previsto no contrato de concessão. Enquanto as concessões dependem da realização de prévia licitação, a exploração das ferrovias em regime de Direito Privado, por meio de autorização, ocorre por intermédio de requisição de operadora ferroviária privada ou chamamento público. Este, nos termos do artigo 26 da Lei nº 14.273/2021, consiste em processo menos burocrático em relação à licitação, e trata das hipóteses em que o Poder Executivo identificar a existência de interessados na obtenção de autorização para a exploração de ferrovias ainda não implantadas, ociosas (em malhas com contrato de outorga em vigor) e em processo de devolução ou desativação. Apesar da exploração em regime de Direito Privado, a lei prevê a necessidade de que o chamamento público ocorra em conformidade com as diretrizes do planejamento e das políticas públicas dos setores ferroviários e portuário. Apesar das diferenças entre os regimes de concessão e autorização, ambas formas de exploração estão submetidas à regulação estatal.

O novo marco regulatório, portanto, confere à autorização um lugar de destaque no setor de ferrovias e consistiu na grande novidade da Lei nº 14.273/2021, seguindo uma sistemática semelhante à que ocorreu com o setor portuário a partir da edição da Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos), conforme é demonstrado no tópico seguinte em que se aborda o setor em questão. Isto é, com a edição da Lei nº 14.273/2021, o setor de ferrovias adota uma organização que serve de exemplo – assim como o setor de portos e o setor de telecomunicações¹¹⁰ – para a configuração diferenciada que as autorizações assumiram em relação às características tradicionais deste instituto (as denominadas autorizações do poder de polícia).¹¹¹ Na realidade, as características

¹¹⁰ Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas chama atenção para as diferenças em relação à configuração tradicional do instituto da autorização no setor de telecomunicações. Para o mencionado autor, “é a própria Lei Geral que define ‘autorização de serviço de telecomunicações’ como o ato administrativo vinculado que faculta exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”. (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 154-155).

¹¹¹ Segundo a tradicional doutrina do Direito Administrativo, a autorização é caracterizada como um ato administrativo discricionário, unilateral e de natureza precária, sem caráter contratual. Nesse sentido, a definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello a respeito do instituto é disseminada na doutrina administrativista nacional: “autorização é o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedado”. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 560-561). Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que é possível falar em *autorização de serviço público*, a título precário, ao lado da permissão e da concessão de serviço público. Para a autora, “sendo a autorização, por definição, um ato precário, a rigor deve ser outorgada sem prazo, de tal forma que o Poder Público pode revogá-la, a qualquer momento, sem direito a

tradicionais do instituto da autorização foram moldadas pela doutrina administrativista sem qualquer base no Direito Positivo.¹¹² O Direito Administrativo dos tradicionais manuais e cursos da disciplina distancia-se profundamente do que efetivamente acontece hoje na realidade da prática administrativa, sobretudo nos setores de infraestrutura como ferrovias e portos. A autorização dos manuais (a velha autorização do poder de polícia) consiste em uma verdadeira *autorização empoeirada*, que definitivamente não se adéqua às atividades indicada no artigo 21 da Constituição. Logo, quando explorada em regime de Direito Privado, a autorização não está atrelada à execução de um serviço público, como defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹¹³ mas ao exercício privado de uma atividade econômica de titularidade da União, como é o caso da exploração privada das ferrovias e dos portos nacionais.¹¹⁴

Destarte, a autorização em regime de Direito Privado é caracterizada pela exploração, por agentes econômicos privados, de uma atividade econômica de titularidade da União, nos termos do artigo 21, inciso XII do texto constitucional. São, pois, atividades que concorrem materialmente com atividades correlatas de serviço público, dentro do mesmo setor. Consistem, então, nas

indenização”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública...*, p. 138-140). Ademais, a autora defende que o conceito de autorização pela Lei nº 9.472/1997 – a Lei Geral de Telecomunicações (e, por conseguinte, presume-se que a crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro se estende à nomenclatura utilizada pela Lei nº 14.273/2021 e pela Lei nº 12.815/2013) foi utilizado indevidamente pelo legislador infraconstitucional (no lugar de licença), não se amoldando ao conceito *doutrinário* tradicional do aludido instituto. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública...*, p. 142).

¹¹² Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato afirma que “em decorrência do novo regime constitucional das autorizações, procurou a doutrina que a Constituição se adaptasse aos conceitos previamente existentes, ao invés de procurar a mesma doutrina entender os novos contornos do instituto da autorização”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 312-313).

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública...*, p. 138-140.

¹¹⁴ Nesse particular, Cristiana Fortini também defende não haver autorização que se destine a possibilitar o exercício de um serviço público pelo particular. (FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33). Cristiana Fortini, em contrariedade ao posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, destaca que “os serviços prestados sob o regime privado não são serviço público, mas atividades que se inserem no campo da livre iniciativa e que, contudo, precisam ser controladas pelo Poder Público”. E, continua destacando que “atribuir a determinada atividade a natureza de serviço público é missão do legislador. Assim, a execução da atividade recai sobre o Poder Público que, existindo previsão no ordenamento jurídico, como ocorre no Brasil, pode estabelecer parcerias com os particulares, procurando viabilizar o exercício”. (FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 32). Marçal Justen Filho também afirma que a figura da autorização prevista no artigo 21 é incompatível com a existência de serviço público. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15 e 21). No mesmo sentido, Vitor Rhein Schirato salienta que estas autorizações não possuem como objeto a delegação de um serviço público, mas de atividades, de relevante impacto para a coletividade, desenvolvidas em setores que muitas vezes são setores de serviços públicos, as quais, por sua vez, serão materialmente concorrentes dos serviços públicos em questão. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 316).

chamadas *autorizações regulatórias* que, como visto, são muito distintas das tradicionais autorizações do poder de polícia.¹¹⁵

O instituto da autorização consiste, assim, em categoria *sui generis* de outorga de serviços imputados ao Estado, que não se submetem apenas ao mesmo regime de concessão e permissão, mas também àquele regime jurídico que será delineado e previsto pelo legislador infraconstitucional (pois assim permitido pela Constituição), como ocorreu com a edição da Lei nº 14.273/2021. As autorizações regulatórias, portanto, consistem em uma terceira via das atividades imputadas ao Poder Público, por meio de atividade econômica especialmente regulada pelo Estado (acesso, prestação, preços, número de autorizados, possibilidades de investimentos etc.).

Nesse sentido, como destaca Egon Bockmann Moreira, “a autorização tornou-se, portanto, um *tertium genus*: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tampouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se da autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União”.¹¹⁶ Assim, a autorização assume a condição de um verdadeiro ato constitutivo, que insere o agente privado em setor jurídico-econômico inicialmente reservado ao Estado, e mandamental, pois prescreve diversos deveres a serem cumpridos pelo autorizado, como a necessidade de investimentos frequentes na atividade autorizada. Além disso, possui papel de destaque entre os setores no qual é prevista sua utilização, tendo em vista que também sofre os influxos da regulação do Estado e é objeto de implementação das políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo para o setor.

¹¹⁵ Utiliza-se o termo *autorizações regulatórias* exatamente com o objetivo de diferenciá-las das tradicionais autorizações do poder de polícia. Como lembra Fernando Menegat, estas autorizações traduzem o exercício da função regulatória da Administração, em oposição à tradicional função de poder de polícia das autorizações clássicas, diretamente relacionada à ordenação pública de setores econômicos de titularidade estatal. (MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura*. Curitiba, 2014. 363f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 333).

¹¹⁶ Egon Bockmann Moreira destaca ainda que “a autorização ora tratada é muito mais densa que aquela de outrora; instala complexo de prestações e deveres para ambas as partes — de execução por parte do autorizado e de supervisão por parte do autorizador”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 66-69). Trata-se do mesmo posicionamento adotado por Alexandre Santos de Aragão. Para o mencionado autor, as autorizações do artigo 21 da Constituição Federal consistem em atividades que “se encontram no meio-termo entre os serviços públicos, que são atividades desempenhadas diretamente ou indiretamente (por delegação à iniciativa privada) pelo próprio Estado em razão da impossibilidade de a iniciativa privada atender os interesses públicos pertinentes, e as atividades econômicas privadas não sujeitas a controle ou sujeitas apenas a um controle de polícia administrativa geral (...)”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades privadas regulamentadas*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 225).

Enfim, em relação às perspectivas do setor, estão em andamento, atualmente, seis projetos qualificados no âmbito do PPI entre novas outorgas e prorrogações antecipadas de ferrovias, correspondendo aproximadamente à vultosa quantia de R\$ 63 bi, com extensão de 20 mil km, em investimentos programados pelo governo federal.¹¹⁷

Passa-se, no tópico seguinte, à exposição do setor de portos, que adota atualmente uma configuração semelhante ao setor ferroviário.

1.3.3 O setor de infraestrutura aquaviária (portos)

O *setor de infraestrutura aquaviária*, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.379/2011, é composto por: i) vias navegáveis; ii) portos marítimos e fluviais; iii) eclusas e outros dispositivos de transposição de nível; iv) interligações aquaviárias de bacias hidrográficas; e v) facilidades, instalações e estruturas destinadas à operação e à segurança da navegação aquaviária.

Portanto, nota-se que o setor portuário consiste em apenas uma das formas de exploração do modal aquaviário e o que tem maior relevância para a economia nacional tendo em vista que o Brasil possui 8,5 mil quilômetros de costa navegáveis e mais de 90% das exportações realizadas para o exterior são realizadas por meio dos portos do país.¹¹⁸ É por tal razão que, dentro da infraestrutura aquaviária, o setor portuário consiste no foco de análise da tese. Nesse passo, o artigo 32 da Lei nº 12.379/2011 prevê que “a exploração dos portos organizados e de instalações portuárias atenderá ao disposto na Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, independentemente do regime de administração adotado”.

Dessa forma, especificamente quanto ao setor portuário, o marco regulatório inicial pós-desestatização consistiu na Lei nº 8.630/1993, a chamada Lei de Modernização dos Portos, que pretendia modificar o estado de déficit dos portos brasileiros, geridos desde 1975 pelo sistema Docas/Portobras (Empresa de Portos do Brasil S/A), entidade estatal que absorvia a administração

¹¹⁷ ANTT. *Novos Projetos Ferroviários*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/2433614>. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹¹⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias...*, p. 49.

e gestão dos portos e hidrovias no país. A Portobras constituiu-se como uma empresa pública federal, com criação autorizada pela Lei nº 6.222/1975, em substituição ao Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN) e foi extinta pela Lei nº 8.029/1990. Assim, até o marco regulatório de 1993, a gestão era exercida pela Portobras, que realizava o controle de diversas Companhias Docas, responsáveis por administrar os portos organizados e a operação portuária. Mas a retração dos investimentos públicos e o esgotamento do modelo de intervenção direta do Estado no domínio econômico fez com que a União mudasse a sua estratégia a partir da década de 1990.¹¹⁹

Com a edição da Lei nº 8.630/1993, a intenção na inauguração de um novo marco regulatório para o setor consistia em fomentar a criação de um ambiente concorrencial, com o objetivo de facilitar investimentos privados na modernização da infraestrutura portuária. Assim, a exploração da infraestrutura portuária nacional concretizou-se por instrumentos de Direito Público, como os contratos de concessão e os arrendamentos das instalações portuárias, e por atos de outorga de consentimento de polícia administrativa para a exploração dos chamados Terminais Privativos. Porém, para que a dualidade de regimes jurídicos no setor contribuísse efetivamente para o desenvolvimento dos portos, tornou-se indispensável a criação de um ambiente regulatório independente e afastado das ingerências políticas, a fim de que a concorrência no setor portuário fosse efetivamente estimulada.¹²⁰

Assim, a Lei nº 10.233/2001 também criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) que, como destacam Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, “tem por objetivo promover a *concorrência pelo mercado*, mediante a realização de procedimentos licitatórios para a outorga de concessões e arrendamentos portuários, e a *concorrência no mercado*, pelo exercício de suas funções administrativas, normativas e judicantes, na disciplina da assimetria regulatória prevista neste setor”.¹²¹

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 25.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária...*, p. 27-29.

¹²¹ Os autores destacam, ainda, que “a Antaq, desde a sua criação, teve por objetivo estabilizar, por meio da ponderação dos interesses setoriais envolvidos – da União, dos arrendatários, dos autorizatários, dos usuários e do mercado – a assimetria regulatória desenhada para o setor portuário (...)”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária...*, p. 29).

Todavia, em decorrência de determinadas barreiras de cunho prático, a Lei nº 8.630/1993 restringiu a possibilidade de uma maior competição dos particulares no setor, motivo que acabou afastando a consecução de investimentos privados nos portos brasileiros. Como exemplo de barreira prática gerada pela legislação de 1993, tem-se o fato de que os terminais privativos, construídos fora da poligonal de porto organizado, apenas poderiam movimentar cargas próprias e não de terceiros, criando restrições à competitividade no setor.¹²²

Posteriormente, foi editada a Lei nº 12.815/2013, que revogou o marco regulatório anterior de 1993 e alterou as demais leis. A Lei de 2013 consiste, portanto, no atual marco regulatório do setor portuário e dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União acerca dos portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Um dos principais objetivos do marco regulatório de 2013 consistiu no “aumento da competitividade e o desenvolvimento do país”, nos termos do *caput* do artigo 3º da lei, tendo a exploração dos portos organizados e instalações portuárias, entre suas diretrizes, o “estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias”.

A Lei nº 12.815/2013 consolida a centralização das funções no Poder Executivo (Presidência da República e Secretaria de Portos).¹²³ Assim, o Poder Executivo, com o novo marco regulatório, planeja de forma global todo o setor e disciplina grande parte das atribuições relacionadas às outorgas e as expede de forma concreta, nos termos dos artigos 15 e 16 da lei. Como lembra Carlos Ari Sundfeld, “o que faz a ANTAQ é, no geral, apenas assessorar e operacionalizar medidas do Poder Executivo (podendo também atuar por delegação deste); é mais um agente de fiscalização e de execução do Executivo do que uma agência de regulação

¹²² MONTEIRO, Conrado Gama. Planejamento do setor portuário brasileiro e os impactos decorrentes das alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In.: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 290.

¹²³ PEREIRA, Cesar. O marco regulatório do setor portuário brasileiro. *Direito Portuário Brasileiro*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 44-45.

propriamente dita”.¹²⁴ Esta centralização também é evidenciada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, que lembram que no regime anterior a função de poder concedente era exercida pela ANTAQ, nos termos do artigo 2º, da Portaria nº 108, de 06 de abril de 2010, da SEP.¹²⁵ Mas tal arquitetura institucional restou alterada pela Lei de 2013, tendo em vista que, nos termos do artigo 1º, parágrafo único do Decreto nº 8.033/2013, a função de poder concedente foi transferida da ANTAQ para a Secretaria de Portos da Presidência.¹²⁶

A Lei nº 12.815/2013 inova no ordenamento nacional ao substituir as expressões “de uso público” vs. “de uso privativo”, constantes na Lei de 1993, pelas expressões “porto organizado” e “terminal de uso privado”, dissociando o titular do terminal e o regime jurídico aplicável.¹²⁷ Assim, a partir da edição da Lei nº 12.815/2013, todos os terminais passaram a transportar apenas “carga”, não importando para sua qualificação se são próprias ou de terceiros. A lei sequer menciona os termos “carga própria” e “carga de terceiros”, o que denota a irrelevância de tais modalidades para a regulação do setor portuário.¹²⁸ É dizer, no regime antigo a exploração privada de infraestrutura portuária ocorria por meio de terminais privativos de uso exclusivo, destinados à movimentação de “carga própria”, e de terminais privativos de uso misto, destinados à movimentação de “carga própria” e de “carga de terceiro”.¹²⁹ Ainda, veja-se que a Lei nº 8.630/1993, ao contrário do marco

¹²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar?. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 29.

¹²⁵ Portaria nº 108/2010 – SEP. Art. 2º. Caberá à Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR decidir pela oportunidade e conveniência da licitação de porto organizado, que será realizada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, por meio de concessão a pessoa jurídica de direito público ou privado, em decorrência de uma das motivações abaixo (...).

¹²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária...* p. 31-32.

¹²⁷ Segundo a Lei nº 12.815/2013, porto organizado consiste em “*bem público* construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária”, enquanto o “terminal de uso privado” trata de “instalação portuária explorada mediante autorização e localizada *fora da área do porto organizado*”.

¹²⁸ Como destacam Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, o marco regulatório de 2013 teve como objetivo promover a concorrência entre os regimes de exploração de serviço público (concessão) e de atividade econômica em sentido estrito (autorização) ao pôr fim à diferenciação entre os conceitos de “carga própria” e de “carga de terceiros”. Segundo os autores, “foi confirmada e acentuada a assimetria regulatória entre prestadores de serviços públicos e exploradores de atividades econômicas. Em outras palavras, a extinção dos conceitos de ‘carga própria’ e de ‘carga de terceiro’, ratificou o sistema dual de exploração da infraestrutura portuária: o dos serviços públicos e o das atividades econômicas”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária...*, p. 70-72).

¹²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*, p. 71.

regulatório de 2013, não realizava a qualificação do porto organizado como “bem público”, mas tão somente se referia às atividades nele localizadas como de titularidade da União e ao vínculo com a respectiva autoridade portuária.

Por sua vez, com o marco regulatório de 2013, a autorização tornou-se a modalidade de exploração das instalações portuárias “localizadas fora da área do porto organizado”, ou seja, que não está atrelada à exploração de um bem público – entre elas, por exemplo, os terminais de uso privado.¹³⁰ O artigo 8º da Lei dos Portos dispõe, nesse sentido, que: “serão exploradas mediante *autorização*, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas *fora da área do porto organizado*, compreendendo as seguintes modalidades: I – terminal de uso privado; II – estação de transbordo de carga; III – instalação portuária pública de pequeno porte; IV instalação portuária de turismo”.

Por conseguinte, com a edição da Lei nº 12.815/2013, o setor dos portos, à semelhança do que ocorre no setor de ferrovias, também adota uma configuração diferenciada das autorizações em relação à caracterização tradicional do instituto. O marco regulatório do setor consolidou três regimes jurídicos para exploração dos portos nacionais: a concessão, a autorização e o arrendamento portuário. Assim, cada uma destas espécies contratuais é relacionada ao seu respectivo regime jurídico. A diferença essencial em relação ao setor de ferrovias é que a Lei dos Portos não associou expressamente, por meio de um dispositivo específico (como o artigo 8º da Lei nº 14.273/2021), os respectivos regimes incidentes; e até por isso nem sempre será somente de Direito Público e nem sempre será somente de Direito Privado, mas com várias nuances público-privadas.¹³¹ Na realidade, a partir do marco regulatório de 2013 é a poligonal do porto organizado que delimita os parâmetros que configuram a assimetria regulatória do setor.¹³² E, como visto, o

¹³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 67-69. Estas inovações trazidas pela Lei nº 12.815/2013 em prol da competitividade no setor também são evidenciadas por Conrado Gama Monteiro, que destaca “a autorização dos terminais de uso privativo movimentarem cargas de terceiro e a mudança nos critérios de julgamento das licitações trazidos no bojo da Lei Federal nº 12.815 de 2013. Foram priorizados critérios ligados à eficiência, como a maior movimentação de cargas em menor tempo, somado à menor tarifa, o qual era até então o critério utilizado como baliza pelo antigo diploma”. (MONTEIRO, Conrado Gama. *Planejamento do setor portuário brasileiro e os impactos decorrentes das alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro...*, p. 290-291).

¹³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos...*, p. 34.

¹³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária...*, p. 72.

artigo 2º, inciso XII da lei, define autorização como a outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão.

A respeito da utilização das chamadas autorizações regulatórias no setor portuário, Egon Bockmann Moreira destaca que a Constituição Federal, quando prevê em seu artigo 175 a incumbência de prestação dos serviços públicos ao Estado, refere-se apenas aos instrumentos da concessão e da permissão e omite-se em relação às autorizações. O artigo 21, por seu turno, quando imputa uma série de atividades à União nada fala de serviços públicos. Nas palavras do autor: “não é o art. 21, quando imputa tais atividades à União, que fala de ‘serviços públicos’. Não é o art. 21 que fala de ‘licitação’. Ambos os conceitos são oriundos do art. 175, que correlaciona os conceitos de ‘licitação’ a ‘serviços públicos’ unicamente para os módulos contratuais da concessão e da permissão”. E arremata destacando que não “há qualquer dispositivo constitucional que vincule as autorizações à ideia e ao regime do serviço público”.¹³³

Destarte, a autorização no setor dos portos, assim como acontece no setor de ferrovias, não está associada à prestação de um serviço público (haja vista que está relacionada às áreas localizadas fora da poligonal de porto organizado e que não se caracterizam como bem público, nos termos da lei), mas de uma atividade econômica de titularidade da União explorada por agentes econômicos privados. Portanto, da mesma forma que ocorre com os portos explorados sob a forma de concessão, em regime de Direito Público puro, as autorizações regulatórias portuárias configuram atividades que são objeto das políticas públicas elaboradas pela cúpula do Poder Executivo e, por consequência, demandam um intenso grau de regulação estatal em virtude da estrutura de mercado na qual se inserem.¹³⁴

Passa-se, agora, à abordagem do setor de aeroportos.

1.3.4 O setor de infraestrutura aeroviária (aeroportos)

¹³³ MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos..., p. 50-51.

¹³⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 316-317.

Por fim, tem-se o *setor de infraestrutura aeroviária* (ou setor de aeroportos). Nos termos do artigo 34 da Lei nº 12.379/2011, o Subsistema Aeroviário Federal é composto pelos aeródromos públicos que atendam ao tráfego aéreo civil, regular e alternativo, doméstico e internacional, no país ou que sejam estratégicos para a integração e a segurança nacional; o conjunto de aerovias, áreas terminais de tráfego aéreo e demais divisões do espaço aéreo brasileiro necessárias à operação regular e segura do tráfego aéreo; e o conjunto de facilidades, instalações e estruturas terrestres de proteção ao voo e auxílio à navegação aérea.

Por sua vez, a Constituição Federal em seu artigo 21, inciso XII, alínea “c”, prevê que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a *infraestrutura aeroportuária*. Como dito acima, a presente investigação tem como foco de análise a infraestrutura física dos setores de logística, de modo que não são analisados os serviços de navegação aérea e aeroespacial.¹³⁵ Sendo assim, considerando que a infraestrutura aeroportuária está expressamente indicada no rol do dispositivo indicado, tem-se como consequência imediata que nenhum ente federativo, para além da União, pode ser titular deste serviço; trata-se, pois, de serviço de titularidade estatal por força constitucional.¹³⁶

Em nível infraconstitucional, o marco regulatório do setor consiste na Lei nº 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica. Segundo o artigo 26 da lei, “o sistema aeroportuário é constituído pelo conjunto de aeródromos brasileiros, com todas as pistas de pouso, pistas de táxi, pátio de estacionamento de aeronave, terminal de carga aérea, terminal de passageiros e as

¹³⁵ O serviço de navegação aérea é realizado por meio de um tipo especial de concessão de serviço público: as concessões de linhas aéreas. Conforme destaca Floriano de Azevedo Marques Neto, “dentre as concessões especiais de serviço público, aquela que tem o regime jurídico específico mais antigo é a de serviço de transporte aéreo de passageiros. A legislação atinente foi editada antes mesmo do advento da Constituição de 1988, uma vez que o Código Brasileiro de Aeronáutica data de 1986. Daí por que o regramento aplicado a esses serviços não segue uma linha coincidente com a da Lei nº 8.987/1995. (...) Os serviços aéreos são divididos por três distintos critérios: (i) o objeto transportado (mala postal, carga e passageiro); (ii) a natureza do serviço (regular e não regular); e (iii) o âmbito de abrangência (doméstico ou internacional). O objeto das concessões regida pelo CBA são os serviços públicos de transporte aéreo regular (art. 180). Esses serviços, considerados públicos por disposição constitucional (art. 21, inc. XII, alínea ‘c’, da CF, tratados como serviços públicos de navegação aérea), têm como característica o deslocamento de pessoas, bens ou conteúdo postal de um ponto a outro mediante a utilização de aeronaves (art. 123, inc. I, do CBA). E são objeto de concessão, como visto, os serviços públicos de transporte aéreo doméstico. O transporte aéreo regular internacional por empresa estrangeira é objeto de autorização (art. 212), além de poder envolver tratado bilateral”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, p. 213-215).

¹³⁶ RENZETTI, Bruno Polonio. *Infraestrutura e concorrência: concessão de aeroportos no Brasil*. Lumen Juris, 2019, p. 12-13.

respectivas facilidades”. Os aeródromos civis, assim, que compõem o sistema aeroportuário brasileiro, podem ser públicos ou privados, nos termos do artigo 29 do CBA. Os aeroportos, por sua vez, consistem em espécies de aeródromos e caracterizam-se por serem “aeródromos públicos, dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas” (artigo 31, inciso I). O artigo 36, da lei disciplina a exploração dos aeródromos públicos, que serão mantidos e explorados por intermédio das seguintes hipóteses: diretamente, pela União; por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias; mediante convênio com os Estados ou Municípios; e por concessão ou autorização.¹³⁷

Assim, a Constituição Federal apenas consolidou o contexto previsto pelo CBA ao indicar a infraestrutura aeroportuária como serviço público de competência material da União (artigo 21, inciso XII, alínea “c”), podendo ser explorado de forma direta ou concedido, permitido ou autorizado a terceiro. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, assim, já existia como empresa pública anteriormente ao texto constitucional de 1988, desenvolvendo as suas atividades por meio de outorga realizada diretamente por lei em um cenário de quase monopólio no setor.¹³⁸

Portanto, no caso dos aeroportos brasileiros, a construção, exploração e gestão tradicionalmente foi feita por uma empresa estatal, a Infraero, conforme previsão disposta no artigo 36, inciso II do CBA. Ou seja, a exploração do setor de aeroportos, por muito tempo, se deu de forma direta pela União. A Infraero teve a sua criação autorizada pela Lei nº 5.852/1972 e tem como objetivos, nos termos do artigo 2º da referida lei, “implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República”.

¹³⁷ Sobre esta possibilidade, trata-se dos aeroportos passados à exploração pelo setor privado. Conforme lembra Patricia Pessoa Valente, “a possibilidade de exploração de aeroportos por autorização sempre foi possível do ponto de vista jurídico-formal (art. 21, XII, ‘c’ da Constituição Federal e art. 36, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, o CBA), porém até a edição do Decreto nº 7.871, de 21 de dezembro de 2012, essa forma de delegação ainda não tinha sido colocada em prática. (...) Em fevereiro de 2015, eram 16 requerimentos de autorização e duas autorizações da ANAC, e outros cinco requerimentos em fase final. Em que pese as autorizações serem bastante recentes, esse procedimento não se equipara à licitação pública à qual os acionistas privados das concessionárias do sistema híbrido se submeteram”. (VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. São Paulo, 2015. 311f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, p. 224-225).

¹³⁸ RENZETTI, Bruno Polonio. *Infraestrutura e concorrência...*, p. 17.

Posteriormente, em meio ao contexto da criação de várias agências reguladoras a partir da década de 1990, foi editada a Lei nº 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), entidade responsável, a partir de então, pela regulação do setor e vinculada originariamente ao Ministério da Defesa. O extenso rol de competências atribuídos à agência, que está expresso nos longos quarenta e nove incisos do artigo 8º da lei, denota a grande transformação gerada pelo referido diploma legislativo no setor.¹³⁹

Com a criação da ANAC e ante a necessidade crescente de investimentos para a manutenção da qualidade do atendimento nos aeroportos do país – e do mesmo modo que acontece em outros setores –, a exploração dos aeroportos brasileiros começou a ser repassada à iniciativa privada através de concessões aeroportuárias iniciadas em 2010, em oposição à prestação direta via empresa estatal.¹⁴⁰

Como destaca Bruno Polonio Renzetti, “ao contrário de rodovias, ferrovias e portos, por exemplo, que há muito já haviam iniciado a experiência de concessões, o setor aeroportuário ainda era uma ‘ilha estatizante’ na infraestrutura brasileira”.¹⁴¹ Ou seja, os demais setores de logística abordados (rodovias, ferrovias e portos), apesar de historicamente possuírem a presença do Estado de forma muito forte na prestação direta destes serviços, ao mesmo tempo também sempre tiveram experiência muito bem-sucedida relacionada à parceria com particulares, sobretudo por meio de contratos de concessão. Esse cenário começou a mudar no início da década de 2010, quando se iniciou a experiência nacional com as concessões dos aeroportos brasileiros.

A primeira rodada de delegações dos aeroportos aconteceu com a celebração do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo de Amarante no ano de 2011, localizado na região metropolitana de Natal, no Rio Grande do Norte, que foi incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND), a Lei nº 9.491/1997, por meio do Decreto nº 6.373, de 14 de fevereiro

¹³⁹ CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências entre Administração Direta e Agência Reguladora: o caso da aviação civil. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 159-170, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=54855>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

¹⁴⁰ CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 177.

¹⁴¹ RENZETTI, Bruno Polonio. *Infraestrutura e concorrência...*, p. 18.

de 2008. Esse projeto consistiu em uma operação *greenfield*, ou seja, o aeroporto não existia anteriormente ao projeto de concessão. Com exceção da pista de pousos e decolagens, a concessionária vencedora do certame restou responsável pelo levantamento de toda a infraestrutura aeroportuária do Aeroporto de São Gonçalo de Amarante.¹⁴² Tratou-se, assim de uma concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, uma exceção dentro do setor de aeroportos, mas verificada em outros setores, sobretudo o de rodovias (no âmbito estadual), como visto anteriormente.

A partir da segunda rodada, os projetos de concessões configuraram operações *brownfields*, ou seja, os aeroportos já existiam e eram operados pela Infraero. Trata-se, assim, de concessões de serviço público (sem a execução prévia de obra pública), em que a União transferiu às concessionárias a operação e reforma dos aeroportos – em que pese as concessionárias sejam responsáveis, também, pela ampliação dos terminais pré-existentes. A segunda rodada das concessões iniciou-se em 2012 com as concessões do Aeroporto Internacional de Guarulhos (SP), do Aeroporto Internacional de Viracopos (SP) e do Aeroporto Internacional Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília (DF), que foram incluídos no PND por meio do Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011. Já a terceira rodada ocorreu em 2013 com as concessões do Aeroporto Internacional do Galeão (RJ) e o Aeroporto Internacional de Confins (MG), incluídos no PND por meio do Decreto nº 7.986, de 1º de fevereiro de 2013. A quarta rodada das delegações, por sua vez, aconteceu no primeiro semestre de 2017 com as concessões do Aeroporto Internacional Salgado Filho, em Porto Alegre (RS), do Aeroporto Hercílio Luz, em Florianópolis (SC), do Aeroporto Internacional Deputado Luís Eduardo Magalhães, em Salvador (BA), e do Aeroporto Internacional Pinto Martins, em Fortaleza (CE), incluídos no PND por intermédio do Decreto nº 8.517, de 10 de dezembro de 2015. Essa rodada de concessões, inclusive, foi a primeira a ser realizada após a edição da Lei do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), a Lei nº 13.334/2016. A partir da quinta rodada de concessões, por sua vez, os aeroportos começaram a ser concedidos por meio de blocos regionais; os blocos concedidos foram do Sudeste, Nordeste e Centro-Oeste, que foram incluídos no PND e qualificados no âmbito do PPI por meio do Decreto nº 9.180, de 24 de outubro de 2017.¹⁴³ Por fim, na sexta rodada de concessão foram concedidos os aeroportos do blocos Sul,

¹⁴² RENZETTI, Bruno Polonio. *Infraestrutura e concorrência...*, p. 32-33.

¹⁴³ O artigo 1º do Decreto nº 9.180, de 24 de outubro de 2017 incluiu os seguintes aeroportos no PND e no PPI: Aeroporto Eurico de Aguiar Salles, localizado no Município de Vitória, Estado do Espírito Santo; Aeroporto Gilberto

Central e Norte; a decisão pelas novas concessões ocorreu com a Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019, que tratou da qualificação desses aeroportos no âmbito do PPI e do PND.¹⁴⁴ A assinatura dos contratos da sexta rodada ocorreu em 2021. Em relação à sétima rodada, serão ofertados à iniciativa privada quinze aeroportos agrupados em três blocos, a exemplo das licitações das últimas duas rodadas. A decisão pelas novas concessões ocorreu com a publicação da Resolução nº 145, de 2 de dezembro de 2020, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (CPPI), que tratou da qualificação desses aeroportos no âmbito do PPI e do PND.¹⁴⁵

Freyre, localizado no Município de Recife, Estado de Pernambuco; Aeroporto Marechal Rondon, localizado no Município de Várzea Grande, Estado de Mato Grosso; Aeroporto de Macaé, localizado no Município de Macaé, Estado do Rio de Janeiro; Aeroporto Orlando Bezerra de Menezes, localizado no Município de Juazeiro do Norte, Estado do Ceará; Aeroporto Presidente Castro Pinto, localizado no Município de Bayeux, Estado da Paraíba; Aeroporto Presidente João Suassuna, localizado no Município de Campina Grande, Estado da Paraíba; Aeroporto Santa Maria, localizado no Município de Aracaju, Estado de Sergipe; Aeroporto Zumbi dos Palmares, localizado no Município de Maceió, Estado de Alagoas; Aeroporto Maestro Marinho Franco, localizado no Município de Rondonópolis, Estado de Mato Grosso; Aeroporto Presidente João Batista Figueiredo, localizado no Município de Sinop, Estado de Mato Grosso; Aeroporto Piloto Oswaldo Marques Dias, localizado no Município de Alta Floresta, Estado de Mato Grosso; e Aeroporto de Barra do Garças, localizado no Município de Barra do Garças, Estado de Mato Grosso.

¹⁴⁴ Os artigos 11 e 12 Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019 incluíram no âmbito do PPI e do PND os seguintes aeroportos: Aeroporto Internacional de Curitiba - Afonso Pena, localizado no Município de São José dos Pinhais, no Estado do Paraná; Aeroporto Internacional de Foz do Iguaçu - Cataratas, localizado no Município de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná; Aeroporto Internacional de Navegantes - Ministro Victor Konder, localizado no Município de Navegantes, no Estado de Santa Catarina; Aeroporto de Londrina - Governador José Richa, localizado no Município de Londrina, no Estado do Paraná; Aeroporto de Joinville - Lauro Carneiro de Loyola, localizado no Município de Joinville, no Estado de Santa Catarina; Aeroporto de Bacacheri, localizado no Município de Curitiba, no Estado do Paraná; Aeroporto Internacional de Pelotas - João Simões Lopes Neto, localizado no Município de Pelotas, no Estado do Rio Grande do Sul; Aeroporto Internacional de Uruguaiana - Rubem Berta, localizado no Município de Uruguaiana, no Estado do Rio Grande do Sul; Aeroporto Internacional de Bagé - Comandante Gustavo Kraemer, localizado no Município de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul; Aeroporto de Goiânia - Santa Genoveva, localizado no Município de Goiânia, no Estado de Goiás; Aeroporto Internacional de São Luís - Marechal Cunha Machado, localizado no Município de São Luís, no Estado do Maranhão; Aeroporto de Teresina - Senador Petrônio Portella, localizado no Município de Teresina, no Estado do Piauí; Aeroporto de Palmas - Brigadeiro Lysias Rodrigues, localizado no Município de Palmas, no Estado do Tocantins; Aeroporto de Petrolina - Senador Nilo Coelho, localizado no Município de Petrolina, no Estado do Pernambuco; Aeroporto de Imperatriz - Prefeito Renato Moreira, localizado no Município de Imperatriz, no Estado do Maranhão; Aeroporto Internacional de Manaus - Eduardo Gomes, localizado no Município de Manaus, no Estado do Amazonas; Aeroporto Internacional de Porto Velho - Governador Jorge Teixeira de Oliveira, localizado no Município de Porto Velho, no Estado de Rondônia; Aeroporto de Rio Branco - Plácido de Castro, localizado no Município de Rio Branco, no Estado do Acre; Aeroporto Internacional de Boa Vista - Atlas Brasil Cantanhede, localizado no Município de Boa Vista, no Estado de Roraima; Aeroporto Internacional Cruzeiro do sul, localizado no Município de Cruzeiro do sul, no Estado do Acre; Aeroporto Internacional de Tabatinga, localizado no Município de Tabatinga, no Estado do Amazonas; e Aeroporto de Tefé, localizado no Município de Tefé, no Estado do Amazonas.

¹⁴⁵ O artigo 8º da Resolução nº 145, de 2 de dezembro de 2020, do CPPI opinou favoravelmente pela qualificação no âmbito do PPI e inclusão no PND dos seguintes aeroportos: Aeroporto Santos Dumont, localizado no Município do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro; Aeroporto Ten. Cel. Av. César Bombonato, localizado no Município de Uberlândia, no Estado de Minas Gerais; Aeroporto Mário Ribeiro, localizado no Município de Montes Claros, no Estado de Minas Gerais; Aeroporto de Jacarepaguá/RJ - Roberto Marinho, localizado no Município do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro; Aeroporto Mário de Almeida Franco, localizado no Município de Uberaba, no Estado de Minas Gerais; Aeroporto Internacional de Belém/Val de Cans/Júlio Cezar Ribeiro, localizado no Município de Belém, no Estado do Pará; Aeroporto Internacional Alberto Alcolumbre, localizado no Município de

Com exceção da primeira rodada realizada em relação ao aeroporto de São Gonçalo de Amarante, os demais lotes das concessões previram participação obrigatória da Infraero na constituição da sociedade de propósito específico (SPE) que administrará o aeroporto concedido, nos termos do artigo 1º, parágrafo terceiro, da Resolução nº 11, de 15 de dezembro de 2011, expedida pelo Conselho Nacional de Desestatização.¹⁴⁶ Logo, a Infraero se transforma, de forma obrigatória, na sócia minoritária da concessionária na administração do aeroporto concedido ao parceiro privado. Essa disposição foi objeto de grande discussão política e de amplo debate no âmbito do TCU. Levantam-se questionamentos, por exemplo, a respeito de como a Infraero, na posição de acionista da sociedade de propósito específico, poderia suportar financeiramente as obrigações contratuais da sociedade contratual constituída, sobretudo a garantia de execução do contrato de concessão.¹⁴⁷

Todavia, apesar da grande quantidade de aeroportos concedidos ao longo das seis rodadas, algumas experiências de concessões se tornaram malsucedidas. A concessão de três aeroportos – São Gonçalo do Amarante, Viracopos e Galeão – acabou fracassando, sobretudo por conta das expectativas frustradas em relação à demanda de passageiros que cada terminal deveria receber. Apesar disso, nenhuma das três concessionárias deixou de realizar a manutenção dos terminais até o momento; isso só deve acontecer quando a União realizar um novo leilão das concessões (relicitação) e indenizar as concessionárias originárias. Há uma grande discussão e polêmica em relação à indenização destas concessionárias e da origem desse montante: se dos cofres públicos ou se da nova outorga a ser paga pelas novas e futuras concessionárias, que é, inclusive, uma

Macapá, no Estado do Amapá; Aeroporto Maestro Wilson Fonseca, localizado no Município de Santarém, no Estado do Pará; Aeroporto João Correa da Rocha, localizado no Município de Marabá, no Estado do Pará; Aeroporto Carajás, localizado no Município de Parauapebas, no Estado do Pará; Aeroporto de Altamira, localizado no Município de Altamira, no Estado do Pará; Aeroporto de Congonhas, localizado no Município de São Paulo, no Estado de São Paulo; Aeroporto de Campo Grande, localizado no Município de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul; Aeroporto Campo de Marte, localizado no Município de São Paulo, no Estado de São Paulo; Aeroporto de Corumbá, localizado no Município de Corumbá, no Estado do Mato Grosso do Sul; e Aeroporto Internacional de Ponta Porã, localizado no Município de Ponta Porã, no Estado do Mato Grosso do Sul.

¹⁴⁶ Resolução nº 11, de 15 de dezembro de 2011. Art. 1º. (...) § 3º A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero deterá até 49 (quarenta e nove) por cento das Sociedades de Propósito Específico que administrarão cada um dos aeroportos concedidos, conforme estabelecido no Edital de Concessão.

¹⁴⁷ RENZETTI, Bruno Polonio. *Infraestrutura e concorrência...*, p. 101.

possibilidade prevista na Lei nº 13.448/2017 em seu artigo 15, parágrafo primeiro, inciso I (Lei da Relicitação).¹⁴⁸

Enfim, apresentado o contexto dos setores de logística no Brasil, passa-se, no último tópico deste capítulo, à demonstração da relação umbilical que se desenvolve entre os referidos setores e o desenvolvimento socioeconômico.

1.4 Os setores de logística e o desenvolvimento socioeconômico

Todos os setores de logística abordados – rodovias, ferrovias, portos e aeroportos – são essenciais para o desenvolvimento socioeconômico. Inclusive, configura objetivo essencial do Sistema Nacional de Viação (SNV) – que compreende os mencionados setores – *promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional*, nos termos do artigo 4º, inciso III da Lei nº 10.233/2001.

Vários marcos regulatórios dos setores de logística fazem referência à promoção do desenvolvimento. Por exemplo, a Lei nº 10.233/2001 prevê que o gerenciamento da infraestrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre terá como um dos seus princípios gerais a promoção do desenvolvimento econômico e social. No mesmo sentido, a Lei nº 14.273/2021, que reformou o marco regulatório do setor de ferrovias, dispõe em seu artigo 5º, inciso I, que a exploração econômica das ferrovias deve seguir como diretriz a “promoção de desenvolvimento econômico e social por meio da ampliação da logística e da mobilidade ferroviárias”. Já a Lei nº 12.815/2013, que trata do setor de portos, prevê em seu artigo 3º que a exploração dos portos organizados e instalações portuárias possui como objetivo aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país.

Nesse sentido, a infraestrutura passou a ser vista como um dos requisitos essenciais para a consecução do desenvolvimento socioeconômico. A infraestrutura, portanto, não é concebida como um fim, mas em um meio: consiste em uma atividade acessória para a consecução de algum

¹⁴⁸ “Privatizações de aeroportos fracassam e devem virar dívida para governo”. *Brasil de Fato*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/03/07/privatizacoes-de-aeroportos-fracassam-e-devem- virar-divida-para-governo>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

objetivo por parte do Estado, diretamente relacionada às políticas públicas de desenvolvimento. Isto é, o gasto em infraestrutura não é um fim *per se*, o que importa é a tradução em melhorias para os cidadãos, sob uma perspectiva de crescimento e bem-estar. As necessidades econômica e social, portanto, são aspectos a serem considerados em relação à infraestrutura, o que justifica a necessidade de o Estado dedicar parcela de suas receitas para o seu investimento ou a delegação de sua exploração aos agentes privados.¹⁴⁹

É nesse contexto que autores como David Alan Aschauer, por exemplo, correlacionam diretamente qualidade de vida ao conceito de infraestrutura.¹⁵⁰ A importância da infraestrutura de transportes para o desenvolvimento se faz reparar pelos seus reflexos diretos na economia, possibilitando, assim, a expansão da capacidade de abastecimento ou o escoamento da produção. Ademais, um financiamento mais elevado em infraestrutura possui a capacidade de viabilizar, por exemplo, crescimento no número de empregos, com benefício direto para os cidadãos.¹⁵¹ Logo, o investimento em infraestrutura gera um ciclo virtuoso, pois a sua situação precária consiste em um impeditivo para o próprio crescimento do ambiente de negócios. Quanto mais desenvolvida a infraestrutura, mais capital será investido no país, proporcionando o desenvolvimento.¹⁵²

¹⁴⁹ André Castro Carvalho pontua que a infraestrutura “é algo relacionado intrinsecamente ao desenvolvimento nacional. (...) no Brasil, a doutrina costuma encarar o desenvolvimento como um princípio constitucional da ordem econômica”. (CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 57 e 181). Nesse sentido, Fernando Fróes destaca que, a partir de uma análise comparativa das estatísticas econômicas de diversos países, é possível constatar a existência de uma estreita relação entre a qualidade de vida dos cidadãos e o nível e a qualidade dos serviços e bens da infraestrutura pública. (FRÓES, Fernando. *Infra-estrutura pública: conceitos, importância e intervenção*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226).

¹⁵⁰ ASCHAUER, David Alan. Why is infrastructure important? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34, June 1990, p. 22. Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 mar. 2022.

¹⁵¹ MUNNELL, Alicia Haydock. How does public infrastructure affect regional economic performance? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34. June 1990, p. 94. Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 mar. 2022.

¹⁵² CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 57-58. Gilberto Bercovici lembra que “quando planejamos ou refletimos sobre a infraestrutura, estamos planejando e refletindo sobre nós mesmos e nosso projeto nacional no futuro”. (BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 26). Aliás, Gilberto Bercovici, em estudo diverso, diferencia os conceitos de “desenvolvimento” e “crescimento”. Este estaria conectado mais a aspectos econômicos, enquanto aquele abarcaria outros fatores, sobretudo o social. Segundo Bercovici: “quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização. Com a modernização, mantém-se o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda. Ocorre assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada. Embora possa haver taxas elevadas de crescimento econômico e aumentos de produtividade, a modernização não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população. O crescimento sem desenvolvimento é aquele que ocorre com a modernização, sem qualquer transformação nas estruturas econômicas e sociais. Assim, o conceito de desenvolvimento compreende a idéia de

Desse modo, qualquer ação no campo da infraestrutura – seja realizada diretamente pelo Estado, seja delegada aos particulares e regulada pelo Poder Público – possui como finalidade o atendimento de necessidades relevantes à realização das atividades econômicas essenciais à vida em sociedade, com vistas ao desenvolvimento socioeconômico. Constituindo condição essencial para o alcance do desenvolvimento socioeconômico, o investimento em infraestrutura assume um papel de destaque na vida da sociedade, atuando na esfera particular dos cidadãos a fim de satisfazer as suas necessidades mais básicas. É nesse sentido que Gilberto Bercovici salienta que toda e qualquer decisão relacionada à infraestrutura deve ser inserida na estratégia estatal de promoção do desenvolvimento.¹⁵³ Augusto Neves Dal Pozzo, por sua vez, salienta que a atividade de infraestrutura consiste na própria essência e pressuposto do desenvolvimento, destacando que as demais atividades estatais, embora também concorrentes para a promoção do desenvolvimento, são apenas ancilares.¹⁵⁴

No caso dos setores de logística, essa relevância fica ainda mais evidente. O transporte permite o deslocamento de indivíduos, de produtos, de serviços e a integração nacional de todo o sistema econômico. As cadeias produtivas de uma determinada região dependem da existência de uma infraestrutura adequada de transportes. Afinal, a produção sem a possibilidade de seu escoamento torna-se impraticável. Ademais disso, tem-se que o transporte não é fundamental apenas para a economia, pois a realização dos direitos sociais pode se tornar inviável sem a

crescimento, superando- a”. (BERCOVICI, Gilberto. O Estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. *Boletim de Ciências Econômicas XLVII* (2004), pp. 149-180, p. 161). Nesse mesmo sentido, Emerson Gabardo também aponta a distinção entre os conceitos “crescimento” e “desenvolvimento”: “(...) ‘crescimento econômico’ é o aumento do produto nacional em termos globais ou *per capita* num período determinado (na melhor das hipóteses, pelo aumento de eficiência no sistema produtivo). O ‘desenvolvimento econômico’ é o aumento quantitativo do produto nacional acompanhado por modificações qualitativas referentes ao bem-estar social. Ou seja, o crescimento do produto nacional, somado ao crescimento do consumo, da renda per capita e das exportações, deve ser justaposto aos índices relativos à diminuição dos níveis de pobreza e de desemprego, além da elevação das condições de saúde, nutrição, educação, moradia e segurança, para que exista desenvolvimento. Portanto, é possível crescer sem se desenvolver, mas jamais se desenvolver sem crescer”. (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e o mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 243). Desse modo, diante dos vários benefícios sociais e econômicos que o incremento da infraestrutura relacionada aos setores de logística proporciona, adotar-se-á na presente tese sempre a denominação “desenvolvimento socioeconômico”, afinal não existe desenvolvimento apenas econômico.

¹⁵³ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e desenvolvimento...*, p. 22.

¹⁵⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 58.

existência de uma adequada infraestrutura de transportes.¹⁵⁵ Nesse sentido, Marcos Augusto Perez destaca que “de fato, não há economia que se torne produtiva, competitiva e, conseqüentemente, se desenvolva no mundo atual sem que a Administração direta ou indiretamente proveja e regule uma série de atividades, tais como telecomunicações; energia; rodovias; portos, aeroportos, ferrovias – entre muitas outras”.¹⁵⁶

Todavia, apesar de aportes nos setores de logística configurarem-se como indispensáveis para o desenvolvimento socioeconômico, a realidade é que o Brasil necessita de mais investimento nos referidos setores. Segundo a Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib), em 2019, por exemplo, ano anterior à pandemia do coronavírus, somente 123,9 bilhões de reais foram investidos em infraestrutura, o que corresponde a apenas 1,71% do PIB. Por sua vez, são necessários ao menos R\$ 284,4 bilhões de investimentos por ano (4,3% do PIB), nos próximos dez anos para o Brasil suprir o quadro deficitário de sua infraestrutura, principalmente em relação aos setores de logística e saneamento. O setor de transportes como um todo recebeu apenas 17% dos investimentos necessários para chegar ao patamar tido como ideal, sendo o setor mais deficitário do relatório lançado ao fim de 2020; o setor de energia elétrica, por sua vez, recebeu 93%, despontando como o setor mais eficiente dentre os analisados; na sequência tem-se o setor de telecomunicações, acumulando 66% dos investimentos necessários, seguido pelo setor de saneamento, com 44% de investimentos.¹⁵⁷ Ainda, segundo o já citado Ranking de Competitividade elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, no ano de 2019 o Brasil ocupava somente a 78ª infraestrutura mais desenvolvida de um total de 141 países avaliados. No caso dos setores de logística a situação é ainda pior: o Brasil ocupava apenas a 85ª posição no Ranking.¹⁵⁸

¹⁵⁵ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Infraestrutura de transportes...*, p. 68 e 71.

¹⁵⁶ PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do Direito Administrativo. In: Arnaldo Wald; Marçal Justen Filho; Cesar Augusto Guimarães Pereira. (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. 1ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2017, v. 1, p. 858.

¹⁵⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE (ABDIB). *Livro Azul da Infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil*. Disponível em: <<https://www.abdib.org.br/livro-azul-da-infraestrutura/>> Acesso em: 18 de fev. 2021.

¹⁵⁸ SCHAWAB, Klaus. *The Global Competitiveness Report 2019...*, p. 111. Os aspectos avaliados pelo Fórum Econômico Mundial consistem nos seguintes: instituições públicas; *infraestrutura*; ambiente macroeconômico; saúde e educação primária; ensino superior; eficiência na produção de bens; eficiência do mercado de trabalho; desenvolvimento do mercado financeiro; preparo tecnológico e inovação; tamanho do mercado interno; e sofisticação do ambiente de negócios.

Percebe-se, portanto, diante dos referidos dados, como o aumento de investimentos nos setores de logística se fazem extremamente necessários para o incremento da infraestrutura nacional.¹⁵⁹

Nesse sentido, defende-se que os gastos públicos com a infraestrutura de transportes devem ser *complementados* com aportes oriundos de particulares, via instrumentos de parceria com o setor privado. Marcos Nóbrega, por exemplo, defende que se faz necessário “encontrar alternativas para garantir a oferta de infraestrutura, determinando ganhos relevantes de eficiência pela introdução de mecanismos de gestão privados sem apresentar impactos fiscais imediatos”.¹⁶⁰ Na realidade, a utilização estrita de financiamento público pode até mesmo servir como uma limitação ao desenvolvimento da infraestrutura pública.¹⁶¹ A partir de tal contexto, o Estado enxerga o setor privado como parceiro para implementar ações de caráter coletivo em prol do desenvolvimento socioeconômico, “aliviando, mas não desonerando, em absoluto, o Poder Público”.¹⁶²

Portanto, ambas as escolhas para investimento nos setores de logística – financiamento público ou privado – constituem formas legítimas, à luz do texto constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 assegurou diversas possibilidades de atribuição da gestão do serviço aos agentes privados, como os instrumentos da concessão de serviço público e da autorização regulatória. A concessão, por exemplo, consiste em um importante mecanismo na busca pelo desenvolvimento socioeconômico e possui um aspecto nitidamente instrumental à realização de

¹⁵⁹ Como exemplo simbólico deste cenário dos setores de logística faz-se referência à greve dos caminhoneiros de 2018 e que demonstra o problema do descompasso dos modais de transporte no Brasil. Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Caggiano lembram que a greve “mostra que temos um modal de transporte arcaico e que de fato, ‘sem caminhão o Brasil para’. Parando os caminhões, há desabastecimento. O desabastecimento gera insegurança. A insegurança gera alarmismo”. A greve demonstrou que o Brasil precisa de novas rodovias; mais do que isso: precisa de alternativas para servir de opções às estradas e caminhões em momentos de crise, como os transportes via ferrovias. (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que a greve dos caminhoneiros ensina sobre a infraestrutura do país. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-que-a-greve-dos-caminhoneiros-ensina-sobre-a-infraestrutura-do-pais-6nrlezm0563gshf2liuoitjd/>>. Acesso em: 5 abr. 2022).

¹⁶⁰ NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 25.

¹⁶¹ André Castro Carvalho defende que: “o Estado se faz ainda mais necessário na manutenção de algumas infraestruturas, justamente para que não se perca o caráter de generalidade em seu investimento. Evidentemente que algumas infraestruturas podem seguir essa lógica de mercado – mas não todas, nem em qualquer caso. (...) Preferimos seguir, por conseguinte, a sugestão da doutrina mais recente, no sentido de que o investimento público e privado sejam complementares ao invés de substitutos – isso também afastaria a presunção de que o aumento de investimentos privados compensaria o déficit de investimentos públicos”. (CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 306-307).

¹⁶² FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 4.

valores fundamentais e escolhas políticas do Estado.¹⁶³ A autorização, por sua vez, assumiu novos contornos para o objetivo de estimular a competitividade e a concorrência na exploração privada da infraestrutura em setores que concorrem com o regime de serviço público; tais setores (ferrovias e portos) quando explorados por autorização também sofrem os influxos da regulação e são essenciais para o desenvolvimento. Além disso, como visto, são vários marcos regulatórios que tratam da promoção do desenvolvimento nacional como diretriz dos respectivos setores de logística.

Enfim, em relação ao tema do desenvolvimento, volta-se a ele, ainda, ao longo da tese, sobretudo no capítulo terceiro em que serão abordados os impactos da falta de coordenação administrativa na regulação dos aludidos setores. Expostas as premissas conceituais e apresentados os setores de logística, passa-se, no próximo capítulo, à exposição da distribuição de competências entre as diversas autoridades públicas que atuam nos setores de logística e à constatação da falta de coordenação administrativa que ocorre nos referidos setores.

¹⁶³ Para Fernando Vernalha Guimarães, “a opção pela concessão pressupõe escolhas políticas quanto à distribuição do ônus social pela prestação do serviço público, o que importa efeitos redistributivos de riqueza na sociedade, assim como se traduz na escolha de um certo modelo regulatório quanto ao acesso ao serviço público”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58-59).

CAPÍTULO 2

A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NOS SETORES DE LOGÍSTICA E A FALTA DE COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA

No presente capítulo é abordada a distribuição de competências entre os diversos atores institucionais envolvidos nos setores de logística anteriormente apresentados – rodovias, ferrovias, portos e aeroportos. O objetivo ao final deste capítulo é, a partir da apresentação de como ocorre a divisão das competências, evidenciar a falta de coordenação administrativa existente na regulação dos setores em análise.

No âmbito federal são diversas as entidades e órgãos que possuem competências decisórias nos setores de logística, como os Ministério dos Transportes e Ministério de Portos e Aeroportos, a Infra S.A., o Conselho e a Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, as agências reguladoras de cada setor (ANTT, ANTAQ e ANAC), além do Tribunal de Contas da União – TCU, que possui competência para exercer o controle externo sobre todas os referidos órgãos e entidades.

Há, portanto, uma miríade de autoridades públicas que atuam nos setores de logística no âmbito federal. É sobre a distribuição de competência entre estes atores institucionais que este capítulo passa a se debruçar nos tópicos seguintes.

2.1 As competências do Ministério dos Transportes e do Ministério de Portos e Aeroportos

Os primeiros atores institucionais abordados consistem no *Ministério dos Transportes e no Ministério de Portos e Aeroportos* (que receberam as atribuições do então Ministério da Infraestrutura a partir de janeiro de 2023), órgãos da cúpula do Poder Executivo federal, responsáveis pelo *planejamento e elaboração/estruturação* das políticas públicas em nível nacional dos setores de logística. Como visto no capítulo anterior, o plano de formulação das políticas públicas não se confunde com o plano de execução, seja indireta ou diretamente, destas políticas, que fica a cargo das demais entidades que integram os setores em questão.

É a Medida Provisória nº 1.154/2023 que estabelece, atualmente,¹⁶⁴ a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios que compõem a estrutura da Administração Pública Direta em âmbito federal. Assim, nos termos do artigo 51, inciso VI, do referido diploma legal, o então *Ministério da Infraestrutura* desmembrou-se, sendo criados o Ministério dos Transportes e o Ministério de Portos e Aeroportos e órgãos responsáveis pela elaboração das políticas nacionais dos setores de logística (além de outros atores também estarem envolvidos nesta etapa, como a Infra S.A., que é vinculada ao Ministério dos Transportes).

As áreas de competência do Ministério dos Transportes estão previstas no artigo 47 da Medida Provisória nº 1.154/2023 e evidenciam o lugar de destaque do órgão em meio ao desenho institucional dos setores de logística. São elas: i) política nacional de transportes ferroviário e rodoviário; ii) política nacional de trânsito; iii) participação no planejamento estratégico, no estabelecimento de diretrizes para sua implementação e na definição das prioridades dos programas de investimentos em transportes ferroviário e rodoviário, em articulação com o Ministério de Portos e Aeroportos; iv) *elaboração ou aprovação dos planos de outorgas, na forma prevista em legislação específica*; v) estabelecimento de diretrizes para a representação do País em organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados relativos às suas competências; e vi) desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura ferroviária e rodoviária no âmbito de sua competência, com a finalidade de promover a segurança e a eficiência do transporte de cargas e de passageiros.

Já as áreas de competências do Ministério de Portos e Aeroportos estão previstas no artigo 41 da Medida Provisória nº 1.154/2023 e também denotam o lugar de destaque do órgão na elaboração das políticas em nível nacional dos setores de logística. Consistem nas seguintes: i) política nacional de transportes aquaviário e aeroaviário; ii) marinha mercante e vias navegáveis; iii) formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres e execução e avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e das instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres; iv) formulação, coordenação e supervisão das

¹⁶⁴ Usa-se a palavra “atualmente” pois, conforme será visto no decorrer deste capítulo, as normas que tratam de competências dos atores estatais envolvidos nos setores de logística são frequentemente alteradas pelo Poder Público, sobretudo as normas que tratam acerca das competências dos respectivos Ministérios.

políticas nacionais do setor de portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres; v) participação no planejamento estratégico, no estabelecimento de diretrizes para sua implementação e na definição das prioridades dos programas de investimentos em transportes aquaviário e aeroviário, em articulação com o Ministério dos Transportes; vi) *elaboração ou aprovação dos planos de outorgas, na forma prevista em legislação específica*; vii) estabelecimento de diretrizes para a representação do País em organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados relativos às suas competências; viii) desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura aquaviária dos portos e das instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres em seu âmbito de competência, com a finalidade de promover a segurança e a eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros; e ix) aviação civil e infraestruturas aeroportuária e de aeronáutica civil, em articulação, no que couber, com o Ministério da Defesa.

Como pode ser visto, trata-se de diversas competências relacionadas ao plano da elaboração das políticas públicas de todos os setores de logística, inclusive a responsabilidade pela articulação intermodal entre eles. Os incisos que tratam das áreas de atribuições dos Ministérios falam, por exemplo, em “política nacional”, “formulação de políticas e diretrizes”, “formulação, coordenação e supervisão das políticas nacionais”, “participação no planejamento estratégico”, isto é, funções geralmente atreladas à posição de estruturação das políticas nacionais que, em momento posterior, serão executadas e reguladas por outros atores estatais atuantes nos setores de logística.

Por sua vez, chamam atenção os artigos 47, IV, e 41, VI da MP nº 1.154/2023 que, para além da *aprovação* dos planos de outorgas pelos respectivos Ministérios, também prevê a sua *elaboração*. A questão será retomada em momento posterior neste segundo capítulo em que são abordadas as competências das agências reguladoras, responsáveis pela execução da política regulatória da infraestrutura de transportes.

Ademais, o parágrafo único do artigo 41 da MP nº 1.154/2023 destaca que as áreas de competências atribuídas ao Ministério de Portos e Aeroportos compreendem uma diversidade de funções mais específicas. Segundo o diploma legal, o Ministério em questão é responsável, por exemplo, pela: *formulação, a coordenação e a supervisão das políticas nacionais*; elaboração de estudos e projeções relativos aos assuntos de aviação civil e de infraestruturas aeroportuária e de

aeronáutica civil e relativos à logística do transporte aéreo e do transporte intermodal e multimodal, ao longo de eixos e fluxos de produção, em articulação com o Ministério dos Transportes e os demais órgãos governamentais competentes, observadas as exigências de mobilidade urbana e de acessibilidade; declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, de supressão vegetal ou de instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, à manutenção e à expansão da infraestrutura em transportes, na forma prevista em legislação específica; coordenação dos órgãos e das entidades do sistema de aviação civil, em articulação com o Ministério da Defesa, no que couber; transferência para os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios da implantação, da administração, da operação, da manutenção e da exploração da infraestrutura integrante do SFV, excluídos os órgãos, os serviços, as instalações e as demais estruturas necessárias à operação regular e segura da navegação aérea e a *atribuição da infraestrutura aeroportuária*.

Em relação às referidas atribuições, chama atenção que a MP nº 1.154/2023 tratou de prever *de forma específica* que o Ministério de Portos e Aeroportos é responsável pela “atribuição da infraestrutura aeroportuária”, mas não teve o cuidado em prever, no mesmo dispositivo, o mesmo em relação ao setor de portos, por exemplo. Além disso, o dispositivo que cuida das competências do Ministério dos Transportes não possui parágrafo semelhante que trata das funções mais específicas deste órgão, como ocorreu em relação ao Ministério de Portos e Aeroportos. Por quê será que restou ausente no dispositivo a previsão da atribuição dos demais setores? Aliás, o que significa a expressão “atribuição da infraestrutura” no contexto legal? A interpretação mais razoável, a despeito de uma explicitação na MP nº 1.154/2023, indica que a sobredita “atribuição da infraestrutura” consista na titularidade do bem público e respectiva incumbência pela exploração direta ou decisão pela delegação a terceiros. Por sua vez, a interpretação sistemática dos dispositivos legais que tratam das competências dos Ministérios, juntamente com a Constituição Federal, demonstra que eles também são responsáveis, por evidente, pelas atribuições da infraestrutura dos demais setores, em suas respectivas áreas de atuação.

Além disso, até dezembro de 2022, o Decreto nº 10.788/2021¹⁶⁵ regulamentava¹⁶⁶ a Lei nº 13.844/2019 e tratava especificamente da estrutura organizacional do então Ministério da Infraestrutura.¹⁶⁷

O artigo 1º do ANEXO I do Decreto possuía redação idêntica ao artigo 35 da Lei nº 13.844/2019, que tratava das competências do então Ministério da Infraestrutura.¹⁶⁸ Já o artigo 2º do Decreto, por sua vez, previa acerca dos vários órgãos e entidades que integravam a estrutura organizacional ou estavam vinculados ao Ministério da Infraestrutura. O inciso IV deste dispositivo prevê que entre as entidades que estavam *vinculadas* (e, portanto, possuem personalidade jurídica própria) ao Ministério estavam as agências reguladoras dos respectivos setores (ANTT, ANTAQ e ANAC) e diversas empresas públicas, como a Valec S.A. (que atua no setor de ferrovias), a Infraero (aeroportos), a Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL (com atuação em todos os setores), e diversas Companhias Docas (portos). No segundo semestre de 2022, por sua vez, a EPL foi incorporada pela Valec, dando lugar à Infra S.A.

A fragmentação em vários órgãos e entidades que estava prevista no Decreto nº 10.788/2021, a propósito, evidencia a excessiva fragmentação de competências dentro da estrutura do próprio Ministério. Apesar da complexidade natural que se espera diante de setores tão variados entre si e isso se reflita na fragmentação de autoridades envolvidas, trata-se de uma diversidade enorme de secretarias, órgãos, departamentos, autarquias, empresas públicas, das mais variadas formas e com uma multiplicidade de competências decisórias no âmbito da política nacional de transportes, o que pode gerar uma descoordenação muito grande.

No plano de formulação das políticas, os atos infralegais,¹⁶⁹ editados pelo núcleo do Poder Executivo – no caso dos setores de logística, pelo Ministério dos Transportes e Ministério de Portos

¹⁶⁵ Decreto nº 10.788/2021. “Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Infraestrutura, remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança e altera o Decreto nº 9.660, 1º de janeiro de 2019”.

¹⁶⁶ Ao longo deste capítulo, inclusive, será evidenciada a longa trajetória de alterações dos Decretos do Poder Executivo federal que tratam das competências dos Ministérios.

¹⁶⁷ Por sua vez, até janeiro de 2023, ainda não havia decreto regulamentador do novo diploma legal que trata das atribuições do Ministério dos Transportes e do Ministério de Portos e Aeroportos.

¹⁶⁸ A Lei nº 13.844/2019 foi revogada pela MP nº 1.154/2023.

¹⁶⁹ Rodrigo Pagani de Souza destaca a importância de atos infralegais – ao lado da Constituição e das leis – na especificação e delimitação dos objetivos das políticas públicas formuladas pela cúpula do Poder Executivo e pelo

e Aeroportos – são essenciais para delimitar e especificar os objetivos do Estado dispostos no texto constitucional e nas leis ordinárias, como, por exemplo, a Lei nº 10.233/2011, marco regulatório do setor de rodovias e ferrovias.¹⁷⁰

2.2 As competências da Infra S.A.

A *Infra S.A.* é um importante ator institucional no âmbito dos setores de logística, sendo responsável pelo planejamento integrado do transporte no Brasil. A empresa estatal é resultado do processo de incorporação da Empresa de Planejamento e Logística S.A (EPL) pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., previsto no Decreto nº 11.081, de maio de 2022 e concluído no dia 30 de setembro de 2022.¹⁷¹

A EPL consistia em empresa pública que integrava a estrutura organizacional do então Ministério da Infraestrutura. Portanto, a empresa também participa do *planejamento* e da *elaboração* das políticas em nível nacional dos setores de logística. Assim, a empresa pública estrutura e qualifica, por meio de pesquisas e estudos, a integração dos setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.

A EPL teve a sua criação autorizada pela Lei nº 12.404/2011 e seria responsável, em um primeiro momento, pelo planejamento da infraestrutura do setor de transportes, sobretudo para o denominado trem de alta velocidade (TAV). Ocorre que, na sequência, com a edição da Lei nº 12.743/2012 – que ampliou sobremaneira as suas competências – a EPL não apenas ficou restrita ao TAV; ela efetivamente começou a subsidiar a regulação e atuar em todos os setores de logística.

Poder Legislativo. Segundo o autor, “(...) as metas, que os especificam, situam o seu alcance no tempo e lhes dão, assim, maior grau de concretude (por vezes se expressando em termos quantitativos ou percentuais), essas melhor se ajustam aos atos infralegais e, portanto, mais flexíveis”. (PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil..., p. 124).

¹⁷⁰ Ainda sobre a elaboração de políticas para o setor de transportes, cumpre destacar o papel da Constituição e das demais leis para além dos instrumentos normativos infralegais elaborados pelo Poder Executivo. Nesse sentido, o artigo 21, inciso XXI, da Constituição, prevê que compete à União estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

¹⁷¹ Decreto nº 11.081, de 24 de maio de 2022. Autoriza a incorporação da Empresa de Planejamento e Logística S.A. pela Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Portanto, se originariamente estaria limitada a “planejar e promover o desenvolvimento do serviço de transporte ferroviário de alta velocidade de forma integrada com as demais modalidades de transporte” e “prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento do setor de transportes no país”, a EPL passou a ser competente para “prestar serviços na área de projetos, estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento da logística e dos transportes no País, consideradas as infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário”, conforme artigo 3º, inciso II da Lei nº 12.404/2011. Referido dispositivo trata do objeto da empresa pública que, como visto, passou a ser responsável direta *pele planejamento de todos os setores de logística*. A EPL, que deu origem à Infra S.A., portanto, consiste em protagonista essencial na regulação dos setores de logística no país.

A extensa atuação e participação da EPL na regulação dos setores de logística pode ser constatada pela leitura da Lei nº 12.404/2011; o extenso artigo 5º é simbólico nesse ponto, com seus numerosos vinte e dois incisos.¹⁷² Entre as suas atribuições está a de “elaborar estudos de

¹⁷² Lei nº 12.743/2012. Art. 5º. Compete à EPL: I - elaborar estudos de viabilidade técnica, jurídica, ambiental e econômico-financeira necessários ao desenvolvimento de projetos de logística e transportes; II - realizar e promover pesquisas tecnológicas e de inovação, isoladamente ou em conjunto com instituições científicas e tecnológicas, organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento e sociedades nacionais, de modo a subsidiar a adoção de medidas organizacionais e técnico-econômicas do setor, tendo por referência o desenvolvimento científico e tecnológico mundial, realizando as gestões pertinentes à proteção dos direitos de propriedade industrial eventualmente decorrentes; III - planejar, exercer e promover as atividades de absorção e transferência de tecnologia no setor de transportes, celebrando e gerindo acordos, contratos e demais instrumentos congêneres necessários ao desempenho dessa atividade; IV - participar das atividades relacionadas ao setor de transportes, nas fases de projeto, fabricação, implantação e operação, visando a garantir a absorção e a transferência de tecnologia; V - promover a capacitação e o desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento nas instituições científicas e tecnológicas, organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, e sociedades nacionais, inclusive de tecnologia industrial básica, relacionadas ao setor de transportes; VI - subsidiar a formulação, o planejamento e a implementação de ações no âmbito das políticas de logística e transporte, de modo a propiciar que as modalidades de transporte se integrem umas às outras e, quando viável, a empreendimentos de infraestrutura e serviços públicos não relacionados manifestamente a transportes; VII - planejar e promover a disseminação e a incorporação das tecnologias utilizadas e desenvolvidas no âmbito do setor de transportes em outros segmentos da economia; VIII - obter licença ambiental necessária aos empreendimentos na área de infraestrutura de transportes; IX - desenvolver estudos de impacto social e socioambiental para os empreendimentos de transportes; X - acompanhar a elaboração de projetos e estudos de viabilidade a serem realizados por agentes interessados e devidamente autorizados; XI - promover estudos voltados a programas de apoio, modernização e capacitação da indústria nacional, objetivando maximizar a participação desta no fornecimento de bens e equipamentos necessários à expansão do setor de transportes; XII - elaborar estudos de curto, médio e longo prazo, necessários ao desenvolvimento de planos de expansão da infraestrutura dos setores de logística e transportes; XIII - propor planos de metas voltados à utilização racional e conservação da infra e superestrutura de transportes, podendo estabelecer parcerias de cooperação para esse fim; XIV - coordenar, executar, fiscalizar e administrar obras de infra e superestrutura de transporte ferroviário de alta velocidade; XV - administrar e explorar o patrimônio relacionado ao transporte ferroviário de alta velocidade, quando couber; XVI - promover a certificação de

viabilidade técnica, jurídica, ambiental e econômico-financeira necessários ao desenvolvimento de projetos de logística e transportes”, a de “subsidiar a formulação, o planejamento e a implementação de ações no âmbito das políticas de logística e transporte, de modo a propiciar que as modalidades de transporte se integrem umas às outras e, quando viável, a empreendimentos de infraestrutura e serviços públicos não relacionados manifestamente a transportes”, a de “propor planos de metas voltados à utilização racional e conservação da infra e superestrutura de transportes, podendo estabelecer parcerias de cooperação para esse fim” e a de “participar das atividades relacionadas ao setor de transportes, nas fases de projeto, fabricação, implantação e operação, visando a garantir a absorção e a transferência de tecnologia”.

Assim, a empresa, quando solicitada e demandada pelo Ministério, pode realizar pesquisas, planejamento e estruturação de projetos para outros intervenientes dos setores de logística, assim como estabelecer acordos de cooperação para pesquisas e desenvolvimento. Compete à Infra S.A. a elaboração de estudos de curto, médio e longo prazos referentes aos planos de expansão da infraestrutura dos respectivos setores, propondo os planos de metas para eles.¹⁷³

Como destaca Egon Bockmann Moreira, o planejamento estatal de todos os setores de logística passa hoje pelos estudos e serviços da EPL. Ademais, o autor dá ênfase para o amplo rol de competências da empresa ao salientar que: “pode-se constatar que a atual redação da Lei 12.404/2011 é ótimo exemplo da multiplicidade de tarefas que o Estado brasileiro contemporâneo pretende exercer, a fim de regular determinado setor econômico (e adjacências) (...)”.¹⁷⁴

conformidade de material rodante, infraestrutura e demais sistemas a serem utilizados no transporte ferroviário de alta velocidade com as especificações técnicas de segurança e interoperabilidade do setor; e XVII - promover a desapropriação ou instituição de servidão dos bens necessários à construção e exploração de infraestrutura para o transporte ferroviário de alta velocidade, declarados de utilidade pública por ato do Presidente da República. XVIII - administrar os programas de operação da infraestrutura ferroviária de alta velocidade nas ferrovias outorgadas à EPL; XIX - prestar serviços aos órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em assuntos de sua especialidade; XX - elaborar estudos especiais a respeito da demanda global e intermodal de transportes, por regiões, no sentido de subsidiar a incorporação desses elementos na formulação de políticas públicas voltadas à redução das desigualdades regionais, especialmente daquelas que tenham por finalidade estimular o desenvolvimento do sistema logístico nas Regiões Norte e Nordeste e em outras áreas territoriais abrangidas pela Política Nacional de Desenvolvimento Regional; XXI - elaborar projetos básico e executivo de obras de infraestrutura de transportes; e XXII - exercer outras atividades pertinentes ao seu objeto, conforme previsão do Estatuto social.

¹⁷³ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 17.

¹⁷⁴ Egon Bockmann Moreira destaca, ainda, que: “existe uma multidão de verbos a definir as competências da EPL, que não se limitam àquilo que o art. 173, § 1º, da Constituição circunscreve como *exploração de atividade econômica*, nem, muito menos, ao que o art. 966 do Código Civil denomina de *empresário*. (“Considera-se empresário

Ademais, a empresa também é responsável pelo desenvolvimento do denominado Plano Nacional de Logística (PNL), que sugere quais são os empreendimentos necessários para a otimização da infraestrutura de logística no país. O PNL consiste em um dos principais instrumentos que o Estado brasileiro dispõe para o planejamento, no longo prazo, da infraestrutura de transportes, identificando e propondo, com base no diagnóstico atual, soluções que contribuam para o desenvolvimento do país. Com o PNL, a empresa estatal busca a integração dos planejamentos setoriais, de modo a promover o desenvolvimento regional e nacional, além de garantir a infraestrutura necessária para o escoamento de produção e deslocamento da população por todo o território brasileiro.¹⁷⁵

Ainda, como é melhor abordado no próximo capítulo quando se analisa os impactos da descoordenação administrativa, em 2019, com o apoio da consultoria internacional KPMG, a então EPL elaborou um trabalho (nomeado como MEPI - Metodologia de Estruturação de Projetos de Infraestrutura), que tratou de realizar o mapeamento das entidades envolvidas e seus fluxos nos processos de estruturação de projetos de infraestrutura de transportes no Brasil, a fim de auxiliar o planejamento e a estruturação por parte do Ministério.¹⁷⁶ Segundo o então diretor-presidente da EPL à época, a referida MEPI foi elaborada com base em premissas estritamente técnicas e fruto de um trabalho de planejamento, a fim de possibilitar novas parcerias com o setor privado.¹⁷⁷

A Infra S.A., assim, é hoje uma das entidades responsáveis por auxiliar na *estruturação* dos editais de concessão dos setores de logística, que são submetidos, na sequência, para aprovação

quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”). A EPL é muitíssimo mais do que uma empresa pública nos moldes do já ancião Dec.-Lei 200/1967”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). Direito da regulação e políticas públicas. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139).

¹⁷⁵ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *Plano Nacional de Logística – PNL*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-pnl>>. Acesso em: 9 agosto 2022.

¹⁷⁶ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *Metodologia de Estruturação de Projetos de Infraestrutura – MEPI*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/metodologia-de-estruturacao-de-projetos-de-infraestrutura-mepi>>. Acesso em: 10 maio 2022.

¹⁷⁷ Segundo o diretor-presidente da EPL, “a metodologia proposta pela EPL aponta quais empreendimentos devem ser priorizados dentro da carteira de projetos e a forma como devem realizados os estudos de viabilidade para projetos de parceria com o setor público”. (EPL. *Metodologia propõe novas formas de estruturação de projetos ao poder público*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/metodologia-propoe-novas-formas-de-estruturacao-de-projetos-ao-poder-publico>>. Acesso em: 11 jun. 2022).

do Ministério.¹⁷⁸ Em relação à EPL, a atuação não ocorria da mesma forma em todos os setores de logística: enquanto nos setores de rodovias e ferrovias a EPL possuía atuação mais significativa nas etapas de planejamento estratégico e de estudos técnicos, nos setores de portos e aeroportos a atuação da empresa pública é menos presente, pois a Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários e a Secretaria Nacional de Aviação Civil lideram estas etapas nos respectivos setores.¹⁷⁹ Com o desmembramento do Ministério da Infraestrutura em duas pastas a partir de janeiro de 2023, e a possível manutenção de vinculação da Infra S.A. ao Ministério dos Transportes, esta tendência deve se consolidar.¹⁸⁰

2.3 As competências do Programa de Parceria de Investimentos (PPI)

O *Programa de Parceria de Investimentos - PPI*, por sua vez, é um programa do governo federal instituído pela Medida Provisória nº 727/2016 (convertida na Lei nº 13.334/2016)¹⁸¹ destinado à ampliação e fortalecimento da 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.

Entre os objetivos do PPI, elencados no artigo 2º do diploma legislativo que o criou, estão “ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País”, “garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas”, “promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços”, “assegurar a estabilidade

¹⁷⁸ Como lembra a então secretária de Fomento, Planejamento e Parcerias do Ministério da Infraestrutura, Natália Marcassa, a EPL consiste no “braço pensante e executor de planejamento e estruturação do Ministério”. Segundo Marcassa, “a carteira de rodovias, que é o maior percentual da nossa carteira de projetos, está sendo estruturada pela EPL, com expertise da empresa. Com a interlocução e a credibilidade que a EPL tem no diálogo sobre esse modal”. (EPL. *Metodologia propõe novas formas de estruturação de projetos ao poder público*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/metodologia-propoe-novas-formas-de-estruturacao-de-projetos-ao-poder-publico>>. Acesso em: 11 jun. 2022).

¹⁷⁹ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 111.

¹⁸⁰ “Governo manterá fusão de EPL e Valec, diz ministro dos Transportes”. *Agência INFRA*. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/governo-mantera-fusao-de-epl-e-valec-diz-ministro-dos-transportes/>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

¹⁸¹ O estudo da Lei do PPI é retomado no último capítulo do trabalho, em que o referido diploma legal é analisado a partir da perspectiva de uma tendência do Direito Administrativo pátrio em prol de um cenário de maior coordenação.

e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos”, “fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação” e “fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo”.

Este último objetivo, aliás, foi inserido apenas posteriormente por intermédio da Lei nº 13.901/2019 e evidencia a preocupação do Estado brasileiro, em relação ao contexto do PPI, de fortalecer a articulação entre os diferentes setores de logística, à luz do desenvolvimento nacional. Ademais, entre os princípios previstos para implementação do PPI encontram-se a estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; a legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e, sobretudo, a garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

Além disso, para alcançar os tais objetivos, o artigo 4º da Lei nº 13.334/2016 dispõe que “o PPI será regulamentado por meio de decretos” que definirão, por exemplo, “as políticas federais de longo prazo para o investimento por meio de parcerias em empreendimentos públicos federais de infraestrutura e para a desestatização” (inciso I, do referido dispositivo).

Com efeito, o PPI não cria nenhum tipo contratual novo e trata, em verdade, “de uma *qualificação* que determinados contratos e empreendimentos poderão obter e que atrairão, como consequência, seu tratamento como *prioridade nacional* por todos os agentes públicos de execução ou controle, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do disposto no art. 5º da Lei 13.334/2016”.¹⁸² É o caso, por exemplo, do projeto relativo às “Rodovias Integradas do Paraná”, no âmbito do setor rodoviário, indicado no capítulo anterior, que foram qualificadas e incluídas no PPI pelo Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019.

O PPI não configura propriamente, então, uma autoridade pública nova, mas um Programa da União em busca de uma maior articulação e fortalecimento de projetos de infraestrutura

¹⁸² GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação...*, p. 99-100.

considerados prioritários pelo Estado brasileiro. Mas é evidente que diversos órgãos e entidades da Administração Pública federal estão diretamente relacionados ao PPI. O *caput* do artigo 6º da Lei nº 13.334/2016, nesse passo, prevê que “os órgãos, entidades e autoridades da Administração Pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI formularão programas próprios visando à adoção, na regulação administrativa, independentemente de exigência legal, das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais”.

Além disso, no ato de sua gênese, foram instituídos o Conselho do PPI (CPPI) – com diversas competências previstas no artigo 7º do diploma legal¹⁸³ como a de “formular recomendações e orientações normativas aos órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União” e a de “formular propostas e representações fundamentadas aos Chefes do Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” – e a sua Secretaria (SPPI), com atribuições mais operacionais, dispostas no seu artigo 8º-A,¹⁸⁴ como a de “coordenar, monitorar,

¹⁸³ Lei nº 13.334/2016. Art. 7º. Fica criado o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPI, com as seguintes competências: I - opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, quanto às propostas dos órgãos ou entidades competentes, sobre as matérias previstas no art. 4º desta Lei; II - acompanhar a execução do PPI; III - formular propostas e representações fundamentadas aos Chefes do Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IV - formular recomendações e orientações normativas aos órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União; V - exercer as funções atribuídas: a) ao órgão gestor de parcerias público-privadas federais pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004; b) ao Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; e c) ao Conselho Nacional de Desestatização pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997; VI - editar o seu regimento interno; VII - propor medidas que propiciem a integração dos transportes aéreo, aquaviário e terrestre e a harmonização de suas políticas setoriais; VIII - definir os elementos de logística do transporte multimodal a serem implementados por órgãos ou entidades da administração pública; IX - harmonizar as políticas nacionais de transporte com as políticas de transporte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com vistas à articulação dos órgãos encarregados do gerenciamento dos sistemas viários e da regulação dos transportes interestaduais, intermunicipais e urbanos; X - aprovar, em função das características regionais, as políticas de prestação de serviços de transporte às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País e submeter ao Presidente da República as medidas específicas para esse fim; e XI - aprovar as revisões periódicas das redes de transporte que contemplam as diversas regiões do País e propor ao Presidente da República e ao Congresso Nacional as reformulações do Sistema Nacional de Viação, instituído pela Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, que atendam ao interesse nacional.

¹⁸⁴ Lei nº 13.334/2016. Art. 8º-A. Compete à SPPI: I - coordenar, monitorar, avaliar e supervisionar as ações do PPI; II - fomentar a integração das ações de planejamento dos órgãos setoriais de infraestrutura; III - acompanhar e subsidiar, no exercício de suas competências, a atuação dos Ministérios, dos órgãos, das entidades setoriais e do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias (Faep), sem prejuízo das competências legais dos Ministérios, dos órgãos e das entidades setoriais; IV - apoiar, perante as instituições financeiras federais, as ações de estruturação de projetos que possam ser qualificados no PPI; V - avaliar a consistência das propostas a serem submetidas para qualificação no PPI; VI - buscar a qualidade e a consistência técnica dos projetos de parcerias qualificados no PPI; VII - propor o aprimoramento regulatório nos setores e mercados que possuam empreendimentos qualificados no PPI; VIII - apoiar o processo de licenciamento ambiental dos empreendimentos qualificados no PPI; IX - divulgar os projetos do PPI, para permitir o acompanhamento público; X - acompanhar os empreendimentos qualificados no PPI, para garantir a previsibilidade dos cronogramas divulgados; XI - articular-se com os órgãos e as autoridades de controle, para garantir

avaliar e supervisionar as ações do PPI e “buscar a qualidade e a consistência técnica dos projetos de parcerias qualificados no PPI”. Além disso, após a Lei nº 13.844/2019, que extinguiu o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), o Conselho do PPI incorporou as atribuições daquele órgão. O CONIT, que havia sido criado pela Lei nº 10.233/2001, tinha, em suma, a atribuição de propor as políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens.

Ademais, com a edição da Lei nº 13.334/2016, a EPL passou a ser vinculada à Secretaria do PPI, cabendo-lhe prestar apoio ao CPPI, nos termos do artigo 20 da lei.¹⁸⁵ A SPPI, por sua vez, teve o seu dispositivo alterado inúmeras vezes, tanto em relação às competências indicadas pela lei, quanto em relação ao órgão de governo a qual compõe. Isto é, a SPPI era originariamente vinculada à Secretaria de Governo da Presidência da República – ante justamente a proposta de maior coordenação e centralização estratégica do PPI –, depois, no entanto, em 2020, passou a ser vinculada, por motivos políticos, ao Ministério da Economia, comprometendo, com isso, parcela da autonomia do PPI.¹⁸⁶ Atualmente, a SPPI, nos termos do artigo 8º da Lei nº 13.334/2016, consiste em “órgão subordinado à Casa Civil da Presidência da República, com a finalidade de coordenar, monitorar, avaliar e supervisionar as ações do PPI e de apoiar as ações setoriais necessárias à sua execução”.

o aumento da transparência das ações do PPI; XII - promover e ampliar o diálogo com agentes de mercado e da sociedade civil organizada, para divulgação de oportunidades de investimentos e aprimoramento regulatório; XIII - promover a elaboração de estudos para resolução de entraves na implantação e no desenvolvimento de empreendimentos de infraestrutura; XIV - promover as políticas públicas federais de fomento às parcerias em empreendimentos públicos de infraestrutura dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; XV - celebrar acordos, ajustes ou instrumentos congêneres com órgãos ou entidades da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal, para a ação coordenada de projetos em regime de cooperação mútua; XVI - exercer as atividades de Secretaria Executiva do Conselho de Participação no Fundo de Apoio à Estruturação e ao Desenvolvimento de Projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e XVII - coordenar e secretariar o funcionamento do CPPI.

¹⁸⁵ Lei nº 13.334/2016. Art. 20. A Empresa de Planejamento e Logística - EPL passa a ser vinculada à SPPI, cabendo-lhe prestar apoio ao CPPI.

¹⁸⁶ Ao comentar e criticar a referida alteração, Luís Felipe Valerim destaca que: “tinha uma razão de o PPI estar ligado à Presidência – seja pela Secretaria de Governo ou Casa Civil. Ele é eminentemente um órgão de coordenação e de alta hierarquia (...). Quando você ter (sic) um órgão acima dos ministérios faz com que, por exemplo, em eventuais divergências, os demais ministérios, como Meio Ambiente e Infraestrutura, conversem se entendam, porque o PPI hierarquicamente é superior e pode fazer essa coordenação. Um ministério não consegue ter poder coercitivo sobre outro ministério”. (“PPI perde autonomia no Ministério da Economia, dizem especialistas”. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/02/ppi-perde-autonomia-no-ministerio-da-economia-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em: 10 abril 2022).

Assim, não se sabe ao certo se hoje a Infra S.A. (empresa estatal que se originou da incorporação da EPL pela Valec S.A.), encontra-se vinculada, de fato, ao Ministério dos Transportes (o que parece fazer mais sentido, considerando as atribuições da empresa e do aludido Ministério nos setores de logística), ou à Casa Civil da Presidência da República, como prevê a Lei nº 13.334/2016.¹⁸⁷ Assim, se por um lado faz todo o sentido a SPPI estar vinculada à Casa Civil da Presidência, ante o ideal de coordenação que a lei persegue, por outro, porém, a vinculação da Infra S.A. à SPPI (e não ao respectivo Ministério), nos termos do artigo 20, fragiliza os setores de logística e a atuação das agências. Com efeito, as agências reguladoras dos setores de logística (ANTT, ANTAQ e ANAC), todas vinculadas formalmente aos respectivos Ministérios de suas áreas, podem vir ter a sua atuação impactada pela atividade de uma Secretaria (a SPPI) localizada no âmbito de outro órgão de governo (a Casa Civil da Presidência da República), o que pode acarretar conflitos interministeriais. Trata-se, pois, de uma descoordenação que vai de encontro justamente a um dos principais objetivos do PPI.

2.4 As competências das agências reguladoras

As agências reguladoras que atuam nos setores de logística consistem na ANTT, na ANTAQ e na ANAC. Como visto supra, consistem em autarquias federais independentes, todas vinculadas aos respectivos Ministérios. A partir do novo modelo de atuação estatal, as agências reguladoras passaram a se encarregar da execução e implementação *indireta* das políticas públicas

¹⁸⁷ Durante o processo legislativo, houve a apresentação de uma série de emendas para a MP nº 727/2016, que deu origem à Lei do PPI. A emenda 233/2016 (encaminhada pelo Deputado Federal Padre João – PT/MG), por exemplo, requereu a supressão do art. 20 da MP, buscando manter a EPL vinculada ao Ministério dos Transportes, já que este seria o responsável pelo desenvolvimento das políticas orientadas ao desenvolvimento da infraestrutura logística. Segundo a referida emenda, “a Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL) é uma empresa estatal que tem por finalidade estruturar e qualificar, por meio de estudos e pesquisas, o processo de planejamento integrado de logística no país, interligando rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias. (...) Nestes termos, a empresa deve permanecer vinculada ao Ministério dos Transportes, órgão responsável pelo desenvolvimento das políticas orientadas ao desenvolvimento da infraestrutura logística.” Ainda, o mesmo deputado encaminhou também a emenda 232/2016, a fim de suprimir o §2º do artigo 8º da MP, que desaconselhava a criação de nova estrutura administrativa no setor, já que, segundo afirmava, os ministérios já detinham pessoal qualificado para o exercício de assessoramento das ações de governo: “no momento em que o governo exerce um amplo conjunto de ações orientadas a redução dos gastos públicos é desaconselhada criação de uma nova estrutura administrativa no setor de infraestrutura, visto que os ministérios setoriais já dispõem de pessoal qualificado para o exercício de assessoramento das ações de governo.” Referidas emendas, todavia, não foram acatadas.

desenhadas pela Administração centralizada, promovendo a regulamentação e a fiscalização de atividades nas quais o Estado já não seria mais o prestador direto.¹⁸⁸

Assim, as agências reguladoras em questão são responsáveis pelo plano da implementação *indireta* das políticas públicas nos referidos setores de logística (a denominada *política regulatória*). A política regulatória executada pelas sobreditas agências não se confunde com a estruturação das políticas públicas pelo Poder Executivo central, pois aquela é *sempre* subordinada a esta. A política regulatória consiste na formulação de diretrizes, no âmbito de competência das agências, que nortearão a atividade a ser exercida pela autoridade de regulação de determinado setor regulado. A definição de política regulatória, assim, envolve a ponderação acerca da necessidade e da intensidade da intervenção; isto é, envolve a escolha dos meios e instrumentos regulatórios que melhor se adéquam para ensejar o alcance das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo central.¹⁸⁹

Floriano de Azevedo Marques Neto, nesse sentido, lembra que não se admite que a execução da política regulatória contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas; todavia, é no âmbito do plano da política regulatória que é definido o *timing* e o resultado específico de determinada política pública setorial. Segundo o autor, “a política regulatória envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos”.¹⁹⁰

Nesse mesmo sentido, Sérgio Guerra aduz que “nos temas submetidos à regulação estatal, há de se deslocar o centro de gravidade da produção normativa legiferante para a escolha regulatória, passando o regulador a ser, em relação ao subsistema a qual está vinculado, um pré-interprete dos princípios objetivos e pautas valorativas da Constituição Federal”.¹⁹¹ O autor destaca, ainda, que a “escolha regulatória alcança mais do que simplesmente a função de editar atos legais

¹⁸⁸ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 144-145.

¹⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes...*, p. 87-88.

¹⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes...*, p. 88.

¹⁹¹ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 435.

ou regulamentares, haja vista que por meio da regulação permite-se o exercício da capacidade técnica dessas entidades descentralizadas para dispor com maior densidade do que a função legislativa ou regulamentar, ambas de viés político, sobre as matérias que lhes competem para equilibrar, de maneira cíclica e prospectiva, sistemas complexos”.¹⁹² A atividade de regulação, portanto, vai além da edição – apenas – de normas regulatórias, cabendo a estas entidades, também, a rotineira atuação eminentemente técnica que decorre da natural complexidade que envolve os setores de logística (como a atuação e auxílio na estruturação de editais de concessão). Trata-se, enfim, do plano da política regulatória, essencial para a implementação indireta das políticas públicas estruturadas pelo Poder Legislativo e pela cúpula do Poder Executivo.

Passa-se, então, neste tópico, à exposição das competências da ANTT, da ANTAQ e da ANAC, responsáveis pelo plano da política regulatória dos setores de logística.

2.4.1 As competências da ANTT no setor de rodovias e ferrovias

No caso dos setores de rodovias e ferrovias, a *ANTT*, criada pela Lei nº 10.233/2001, consiste na agência reguladora responsável por regular as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura rodoviária e ferroviária, exercidas por terceiros, nos termos do artigo 20, inciso II, artigo 21, *caput* e do artigo 22, incisos II e V do referido diploma legislativo.¹⁹³

A Lei nº 10.233/2001, em um primeiro momento, no artigo 20, inciso I, prevê, entre os objetivos da ANTT, o de *implementar*, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo CONIT (que teve suas atribuições incorporadas pelo CPPI) e pelo Ministério dos Transportes. Ou seja, a lei preocupa-se (pelo menos em abstrato) em distinguir o plano de formulação das políticas de transporte em relação ao plano de implementação indireta destas políticas (regulação), que serão executadas por terceiros (como os agentes privados em atividade de delegação).

¹⁹² GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade...*, p. 440-441.

¹⁹³ Lei nº 10.233/2001. Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, entidades integrantes da administração federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas, respectivamente, ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República, nos termos desta Lei.

O artigo 20, inciso II, alíneas “a” e “b” da lei prevê que a *atividade regulatória* da ANTT deve “garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas” e “harmonizar, *preservado o interesse público*, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, *arbitrando conflitos de interesses* e impedindo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas cartelizadas que constituam infração da ordem econômica”. Isto é, trata-se da já comentada função de equilíbrio e gerenciamento de interesses, essencial para a prossecução do interesse público no processo de delegação da infraestrutura rodoviária e ferroviária para terceiros.

Assim, no artigo 24 da Lei nº 10.233/2001 estão previstas todas as atribuições *gerais* da ANTT (isto é, consistem em atribuições comuns aos dois setores de sua responsabilidade). São longos dezenove incisos que tratam de todas as suas competências gerais, que incidem em relação aos setores de rodovias e ferrovias.¹⁹⁴ Além disso, os artigos 25 e 26 da Lei nº 10.233/2001 tratam

¹⁹⁴ Trata-se das seguintes atribuições *gerais*: I – promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte; II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; III - *propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre*; IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição; V – 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; VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos; VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda; VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento; IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, quando o contrato assim o exigir; X – adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados; XI – promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção; XII – habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes; XIII – promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário; XIV – estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas; XV – elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira; XVI - representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais; XVII – exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas nos incisos VI, quanto à infração prevista no art. 209-A, e VIII do caput do art. 21 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), nas rodovias federais por ela administradas; XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes; XIX - declarar a

das atribuições específicas da entidade reguladora nos setores, respectivamente, de ferrovias¹⁹⁵ e rodovias.¹⁹⁶

Como visto, são diversas e variadas as atribuições da ANTT nas áreas de sua competência, geral ou específica. Entre elas está a de *propor* ao *Ministério dos Transportes* os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre, a de elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais e a de editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos.

utilidade pública para fins de desapropriação ou de servidão administrativa de bens e propriedades necessários à execução de obras no âmbito das outorgas estabelecidas.

¹⁹⁵ Lei nº 10.233/2001. Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: I - publicar os editais, julgar as licitações e as seleções e celebrar os contratos para exploração indireta de ferrovias, permitida sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos ou concessão de uso; II – administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24; III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados; IV – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados; V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, permissionários e autorizatários, de modo a assegurar a neutralidade com relação aos interesses dos usuários e dos clientes, orientar e disciplinar a interconexão entre as diferentes ferrovias, e arbitrar as questões não resolvidas pelas partes ou pela autorregulação; VI – articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrô e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros; VII - contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, de modo a orientar e estimular a participação das empresas outorgadas do setor; VIII - regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na ferrovia explorada em regime público, de modo a orientar e disciplinar o tráfego mútuo e o direito de passagem; IX - supervisionar as associações privadas de autorregulação ferroviária, cuja criação e cujo funcionamento reger-se-ão por legislação específica. Parágrafo único. No cumprimento do disposto no inciso V do caput deste artigo, a ANTT estimulará a formação de conselhos de usuários, no âmbito de cada ferrovia explorada em regime público, para a defesa de interesses relativos aos serviços prestados.

¹⁹⁶ Lei nº 10.233/2001. Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: I - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros; II – autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo; III – autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento; IV – promover estudos e levantamentos relativos à frota de caminhões, empresas constituídas e operadores autônomos, bem como organizar e manter um registro nacional de transportadores rodoviários de cargas; V – habilitar o transportador internacional de carga; VI – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros; VII – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infra-estrutura; VIII - autorizar a prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; IX - dispor sobre os requisitos mínimos a serem observados pelos terminais rodoviários de passageiros e pontos de parada dos veículos para a prestação dos serviços disciplinados por esta Lei.

Em relação aos denominados planos de outorga dos setores de logística, a legislação não é suficientemente clara em relação a quem deve ser atribuída, efetivamente, a sua *elaboração*. Isto porque, como visto anteriormente, ao Ministério dos Transportes compete, nos termos do artigo 47, inciso IV da MP nº 1.154/2023, a “elaboração ou aprovação dos planos de outorga”, enquanto à ANTT, nos termos da Lei nº 10.233/2001, cabe a atribuição de propor ao Ministério os planos de outorga. Ocorre, assim, uma sobreposição de funções e uma falta de coordenação, pois tanto o Ministério quanto a ANTT, em tese e segundo o ordenamento, possuem a atribuição de elaborar os planos de outorga dos setores de rodovias e ferrovias.

Além das competências elencadas na Lei nº 10.233/2001, a ANTT também exerce as funções de poder concedente – previstas no artigo 29 da Lei nº 8.987/1995 –,¹⁹⁷ isto é, como ente contratante e fiscalizador da execução dos contratos de concessão. No caso do setor de rodovias, esta prática ocorre desde a Segunda Etapa do Procofe – como os contratos da “Autopista Fernão Dias” e da “Autopista Régis Bittencourt” – e também se verifica nos contratos da Terceira Etapa (como os contratos da “CONCEBRA” e da “ECO101”) e da Quarta Etapa (como o contrato da “ViaSul”, celebrado em 2019).¹⁹⁸

2.4.2 As competências da ANTAQ no setor de portos

A Lei nº 10.233/2001 também criou a ANTAQ, agência reguladora responsável por regular o setor dos portos, nos termos do artigo 20, inciso II e artigo 23 da lei em questão.

¹⁹⁷ Lei nº 8.987/1995. Art. 29. Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; e XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

¹⁹⁸ ANTT. *Rodovias*. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/rodovias>>. Acesso em: 22 junho 2021.

A Lei em questão, no artigo 20, inciso I, à semelhança do que ocorre com a ANTT, prevê, também entre os objetivos da ANTAQ, o de *implementar*, na sua esfera de atuação, as políticas formuladas pelo Ministério e pela *Secretaria de Portos da Presidência da República* (atualmente designada como Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, conforme o Decreto nº 10.788/2021 – que regulamenta a Lei nº 13.844/2019). Assim, da mesma forma que ocorre em relação aos setores rodoviário e ferroviário, a lei preocupa-se em diferenciar o plano de elaboração das políticas públicas em relação ao plano de implementação destas políticas (regulação). É dizer, a ANAC é responsável, via atividade regulatória, pelo plano de implementação indireta das políticas públicas elaboradas pelo Ministério de Portos e Aeroportos e respectiva Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários.

À semelhança da ANTT, o artigo 20, inciso II, alíneas “a” e “b” da Lei nº 10.233/2001 também prevê que a *atividade regulatória* da ANTAQ deve garantir a movimentação de pessoas e bens e harmonizar, com vistas ao interesse público, os objetivos dos agentes que atuam no setor, *arbitrando conflitos de interesses*.

A ANTAQ, diferentemente da ANTT, possui somente o setor portuário como de sua responsabilidade. Assim, a Lei nº 10.233/2001 não faz distinção entre atribuições gerais e específicas da agência, tratando unicamente no artigo 27 da lei sobre todas as competências da entidade no setor dos portos. Até por isso são longuíssimos vinte e cinco incisos que tratam acerca de todas as atribuições da ANTAQ no setor.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Lei nº 10.233/2001. Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: I - promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de atividades portuárias; II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; III - propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura aquaviária e de prestação de serviços de transporte aquaviário; IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores; V – celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos art. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes; VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda; VIII – promover estudos referentes à composição da frota mercante brasileira e à prática de afretamentos de embarcações, para subsidiar as decisões governamentais quanto à política de apoio à indústria de construção naval e de afretamento de embarcações estrangeiras; X – representar o Brasil junto aos organismos internacionais de navegação e em convenções, acordos e

Como pode ser visto, entre as competências da ANTAQ também está a de *propor ao Ministério dos Transportes* o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura aquaviária e de prestação de serviços de transporte aquaviário, a de elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária e a de celebrar atos de outorga de permissão ou autorização e de concessão para a exploração da infraestrutura aquaviária, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos.

No que atine à competência para a elaboração dos planos de outorga do setor dos portos, a legislação também não é suficientemente clara em relação a quem deve ser atribuída, efetivamente, a sua elaboração – pelo menos não no plano normativo. Ao Ministério de Portos e Aeroportos compete a “*elaboração ou aprovação dos planos de outorga*”, nos termos do artigo 41,

tratados sobre transporte aquaviário, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais; XII – supervisionar a participação de empresas brasileiras e estrangeiras na navegação de longo curso, em cumprimento aos tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais dos quais o Brasil seja signatário; XIV - estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários, nos termos da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; XV - elaborar editais e instrumentos de convocação e promover os procedimentos de licitação e seleção para concessão, arrendamento ou autorização da exploração de portos organizados ou instalações portuárias, de acordo com as diretrizes do poder concedente, em obediência ao disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; XVI - cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições dos contratos de concessão de porto organizado ou dos contratos de arrendamento de instalações portuárias quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União de que trata o inciso VIII do caput do art. 5º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; XVII - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública; XIX – estabelecer padrões e normas técnicas relativos às operações de transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas; XX – elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira; XXI - fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre; XXII - fiscalizar a execução dos contratos de adesão das autorizações de instalação portuária de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; XXIII - adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito das outorgas; XXIV - autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997; XXV - celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infraestrutura aquaviária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; XXVI - fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, em conformidade com o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; XXVIII - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão, precedida ou não de execução de obra pública, para a exploração de serviços de operação de eclusas ou de outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis situados em corpos de água de domínio da União; XXIX - regulamentar outras formas de ocupação e exploração de áreas e instalações portuárias não previstas na legislação específica; XXX - fomentar a competição e tomar as medidas necessárias para evitar práticas anticoncorrenciais, especialmente no tocante à má-fé na oferta de embarcações que não atendam adequadamente às necessidades dos afretadores na hipótese prevista no inciso I do caput do art. 9º da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997.

VI da MP nº 1.154/2023, enquanto à ANTAQ, nos termos da Lei nº 10.233/2001, cabe a atribuição de *propor* ao Ministério o plano geral de outorgas do setor em questão. Ocorre, portanto, a sobredita sobreposição de funções e falta de coordenação administrativa, pois, do mesmo modo que ocorre em relação ao setor de rodovias, tanto o Ministério quanto a ANTAQ possuem a atribuição de elaborar os planos de outorga do setor dos portos.

2.4.3 As competências da ANAC no setor de aeroportos

Em relação ao setor de aeroportos, a Lei nº 11.182/2005 criou a agência reguladora responsável pela regulação do setor, a ANAC. Nos termos do artigo 2º do referido diploma legislativo, “compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária”.

Ou seja, como já asseverado anteriormente em relação às demais agências dos setores de logística, a legislação que instituiu a ANAC também previu que as políticas públicas do setor são elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo, enquanto à agência cabe a função de implementação indireta destas políticas, por meio do exercício da atividade regulatória. O artigo 3º da lei, nesse sentido, prevê que a ANAC, no exercício de suas competências, deve observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, sobretudo no que se refere à i) representação do Brasil em convenções, acordos, tratados e atos de transporte aéreo internacional com outros países ou organizações internacionais de aviação civil, ii) o estabelecimento do modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República, e iii) a suplementação de recursos para aeroportos de interesse estratégico, econômico ou turístico. O artigo 5º, por sua vez, dispõe que a ANAC atua como autoridade de aviação civil e são asseguradas as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

As competências da ANAC estão elencadas no artigo 8º da lei; o *caput* do dispositivo prevê que cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária

do país, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade. Os incisos do artigo preveem diversas competências da entidade.²⁰⁰

²⁰⁰ Lei nº 11.182/2005. Art. 8º. Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: I – implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil; II – representar o País junto aos organismos internacionais de aviação civil, exceto nos assuntos relativos ao sistema de controle do espaço aéreo e ao sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos; III – elaborar relatórios e emitir pareceres sobre acordos, tratados, convenções e outros atos relativos ao transporte aéreo internacional, celebrados ou a ser celebrados com outros países ou organizações internacionais; IV – realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil; V – negociar o estabelecimento de acordos e tratados sobre transporte aéreo internacional, observadas as diretrizes do CONAC; VI – negociar, realizar intercâmbio e articular-se com autoridades aeronáuticas estrangeiras, para validação recíproca de atividades relativas ao sistema de segurança de vôo, inclusive quando envolvam certificação de produtos aeronáuticos, de empresas prestadoras de serviços e fabricantes de produtos aeronáuticos, para a aviação civil; VII – regular e fiscalizar a operação de serviços aéreos prestados, no País, por empresas estrangeiras, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil; VIII – promover, junto aos órgãos competentes, o cumprimento dos atos internacionais sobre aviação civil ratificados pela República Federativa do Brasil; IX – regular as condições e a designação de empresa aérea brasileira para operar no exterior; X – regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil; XI – expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves civis, porte e transporte de cargas perigosas, inclusive o porte ou transporte de armamento, explosivos, material bélico ou de quaisquer outros produtos, substâncias ou objetos que possam pôr em risco os tripulantes ou passageiros, ou a própria aeronave ou, ainda, que sejam nocivos à saúde; XII – regular e fiscalizar as medidas a serem adotadas pelas empresas prestadoras de serviços aéreos, e exploradoras de infra-estrutura aeroportuária, para prevenção quanto ao uso por seus tripulantes ou pessoal técnico de manutenção e operação que tenha acesso às aeronaves, de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, que possam determinar dependência física ou psíquica, permanente ou transitória; XIV - exigir certificação do operador como condição para exploração dos serviços aéreos, quando julgar necessário, conforme disposto em regulamentação; XV – promover a apreensão de bens e produtos aeronáuticos de uso civil, que estejam em desacordo com as especificações; XVI – fiscalizar as aeronaves civis, seus componentes, equipamentos e serviços de manutenção, com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas de segurança de vôo; XVII – proceder à homologação e emitir certificados, atestados, aprovações e autorizações, relativos às atividades de competência do sistema de segurança de vôo da aviação civil, bem como licenças de tripulantes e certificados de habilitação técnica e de capacidade física e mental, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; XVIII - administrar o Registro Aeronáutico Brasileiro e disciplinar seu funcionamento, os requisitos e os procedimentos para o registro; XIX – regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infra-estrutura aeroportuária disponível; XX – compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos; XXII - aprovar os planos diretores dos aeroportos; XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte; XXV - estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte, e disciplinar a remuneração do seu uso; XXVI – homologar, registrar e cadastrar os aeródromos; XXVIII - fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego; XXIX – expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos; XXX – expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de vôo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem; XXXI – expedir certificados de aeronavegabilidade; XXXII - regular e fiscalizar os serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil; XXXIII – expedir, homologar ou reconhecer a certificação de produtos e processos

2.5 As competências do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação aos setores de logística

Finalmente, o *Tribunal de Contas da União - TCU* também possui um protagonismo relevante na regulação dos setores de logística e sua atuação transborda, *na prática administrativa nacional*, do controle externo (posterior) das políticas públicas previamente estruturadas pelo Poder Executivo central. É dizer, a despeito das competências da Corte de Contas previstas no ordenamento jurídico nacional, a realidade prática demonstra que a atuação do TCU vai além das atribuições previstas na Constituição Federal e nas leis ordinárias.

As principais competências do TCU estão previstas na Constituição Federal em seu artigo 71 e entre elas se destacam: a apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, aos entes federados; a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei; a representação ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; entre outras dispostas no referido dispositivo.²⁰¹ O artigo 70 da Constituição, por sua vez, dispõe que a

aeronáuticos de uso civil, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; XXXIV – integrar o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER; XXXV – reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis; XXXVI – arrecadar, administrar e aplicar suas receitas; XXXVII – contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com a legislação aplicável; XXXVIII – adquirir, administrar e alienar seus bens; XXXIX - apresentar ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República proposta de orçamento; XL - elaborar e enviar o relatório anual de suas atividades à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional; XLI – aprovar o seu regimento interno; XLII - administrar os cargos efetivos, os cargos comissionados e as gratificações de que trata esta Lei; XLIII – decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência; XLIV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União; XLV – deliberar, na esfera técnica, quanto à interpretação das normas e recomendações internacionais relativas ao sistema de segurança de vôo da aviação civil, inclusive os casos omissos; XLVI – editar e dar publicidade às instruções e aos regulamentos necessários à aplicação desta Lei; XLVIII – firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades governamentais, nacionais ou estrangeiros, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente dos setores de aviação civil e infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; e XLIX – contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória da aviação civil e da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, em cooperação com as instituições dedicadas à cultura nacional, orientando e incentivando a participação das empresas do setor.

²⁰¹ Constituição Federal. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas

fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, por intermédio do denominado *controle externo*, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Para além das normas constitucionais que tratam acerca das atribuições da Corte Federal de Contas, tem-se a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), e são atribuídas também outras atividades mais específicas na Lei Complementar nº 101/2000 (a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal), na Lei nº 4.320/1964 (que estabelece normas gerais de Direito Financeiro) e na legislação de licitações e contratos administrativos (anteriormente, a Lei nº 8.666/1993 e, atualmente, a Lei nº 14.133/2021).

A Lei nº 8.443/1992, assim, trata detalhadamente sobre o TCU e suas competências. O artigo 1º da lei prevê que o TCU constitui órgão de controle externo, à luz das normas estabelecidas na Constituição Federal e dispõe detalhadamente de todas as suas atribuições.

Por sua vez, a Lei nº 4.320/1964, legislação que institui normas gerais de Direito Financeiro, trata especificamente do controle externo realizado pelo Poder Legislativo em relação

daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

às contas do Poder Executivo, com o auxílio do TCU. Constitui dever do Poder Executivo prestar contas anualmente ao Poder Legislativo, com a realização de parecer prévio do TCU para análise final.²⁰²

A Lei nº 14.133/2021 inovou no ordenamento jurídico nacional ao trazer um novo diploma legislativo que regulamenta as licitações e contratos administrativos no âmbito federal e, especificamente quanto à atividade do controle externo, tratou do tema em um capítulo próprio (Capítulo III – Do Controle das Contratações). O artigo 169 da lei dispõe que as contratações públicas deverão se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo e sujeitas à três linhas de defesa: a primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; a segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; e a terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo Tribunal de Contas.

Além disso, a Lei nº 14.133/2021 traz dispositivos específicos em relação aos Tribunais de Contas como o parágrafo quarto do artigo 170, que prevê que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou aos Tribunais de Contas em face irregularidades na aplicação da lei, além de outros dispositivos previstos no Capítulo III do diploma legislativo em questão. A Lei, então, prevê a possibilidade de suspensão cautelar do processo licitatório, bem como o pronunciamento definitivo sobre o mérito da irregularidade que tenha sido aventada.

Portanto, estas consistem, em geral, nas atribuições do TCU previstas no ordenamento jurídico nacional. Para o caso específico da atuação em relação aos setores de logística, o papel do TCU consiste, na prática nacional, em uma função de *protagonista essencial*, sobretudo na fase

²⁰² Lei nº 4.320/1964. Art. 81. O controle da execução orçamentária, pelo Poder Legislativo, terá por objetivo verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei de Orçamento. Art. 82. O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios. § 1º As contas do Poder Executivo serão submetidas ao Poder Legislativo, com Parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente. § 2º Quando, no Município não houver Tribunal de Contas ou órgão equivalente, a Câmara de Vereadores poderá designar peritos contadores para verificarem as contas do prefeito e sobre elas emitirem parecer.

atinente à estruturação das outorgas dos respectivos setores (isto é, a fase anterior à abertura do processo licitatório propriamente dito). Em verdade, o TCU, *a despeito da ausência de qualquer previsão legal que lhe confira competência para tanto*,²⁰³ atua nos projetos de infraestrutura como um verdadeiro co-gestor e participa ativamente das decisões em relação à modelagem dos editais de delegação.²⁰⁴

Segundo André Rosilho, a legislação constitucional e a infraconstitucional não concede competência ao TCU para atuar na chamada fase interna da licitação, ou seja, anteriormente à formalização e publicação de projetos de contratações públicas. O autor pontua que “as normas constitucionais e legais só o autorizaram a determinar correções em editais já publicados na hipótese de vir a identificar ilegalidades; não lhe foi facultado dar ordens à Administração Pública escorado nos parâmetros de controle de ‘legitimidade’ e ‘economicidade’”.²⁰⁵ Em obra específica e detalhada sobre as competências acerca do TCU, André Rosilho as divide em: i) competência para editar normas; ii) competência para praticar atos sancionatórios; iii) competência para praticar atos de comando; iv) competência para levantar dados e produzir informações; v) competência para formular orientações gerais e vi) competência para representar e conclui que “é preciso desconstruir a crença de que controladores devam ter primazia sobre controlados e valorizar a segurança jurídica na atividade de controle”.²⁰⁶

O TCU, por sua vez, defende que a função de controle externo abarca a possibilidade de análise prévia dos editais de desestatização dos setores de infraestrutura. Para a Corte de Contas Federal, “trata-se de competência de controle externo imposta pelo ordenamento como condição necessária à continuidade dos atos a serem praticados pelo Poder Executivo”.²⁰⁷

²⁰³ O que existem são apenas normas *do próprio TCU*, que regulamentam este controle prévio sobre as concessões. Nesse sentido, por exemplo, as Instruções Normativas n.º 27/1998 e 81/2018. Esta última, por exemplo, dispõe sobre o rito de análise dos processos de desestatização e fixa um prazo para análise desses processos.

²⁰⁴ Veja-se o caso da rodovia da Concer, por exemplo, em que o TCU e ANTT enfrentaram fortes divergências sobre obras de duplicação realizadas na referida concessão. “Divergências entre órgãos reguladores causam insegurança”. *Estadão*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,divergencias-entre-orgaos-reguladores-causam-inseguranca,70001900637>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

²⁰⁵ ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 251.

²⁰⁶ ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União...*, p. 373.

²⁰⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. Acórdão n.º 2.195/2018 – Plenário.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, por sua vez, lembram que “a ampliação da atuação do Tribunal de Contas, se, por um lado, é vista positivamente, pelos benefícios proporcionados por um controle independente, sério, equilibrado e atuante, de outro lado, suscita preocupações quanto à delimitação de suas competências”.²⁰⁸

Assim, o que ocorre na realidade prática nacional é que, com receio do controle posterior e medo de eventual penalização futura, os administradores públicos *aceitam* o controle prévio do TCU e passaram a submeter os editais para análise da Corte de Contas, que fornece um “aval” para o prosseguimento dos empreendimentos. Assim, no âmbito federal, a regra no contexto dos setores de logística tem sido a do envio das minutas de edital para o TCU no momento do envio dos estudos de viabilidade. Trata-se de procedimento que efetiva a atuação prévia do TCU no processo da estruturação das outorgas dos setores de logística.

Eduardo Jordão, nesse particular, aduz que o controle prévio funciona como uma espécie de “salvo conduto” desejado pelo gestor antes da realização da licitação. Além do medo da penalização a ser aplicada eventualmente pelo TCU, a propensão dos administradores para aceitar o controle pode decorrer de receio de danos à reputação causados por uma futura sustação do edital sob o argumento de eventuais ilegalidades. Vale dizer, os gestores temem o efeito político que eventual sustação do edital pode causar à sua gestão. Porém, o autor faz a ressalva de que o TCU não possui poderes para *exigir* a apresentação da minuta do edital ainda não publicado, embora o gestor público possa *optar* por submeter ao controle prévio da Corte de Contas, justamente por conta do receio de sofrer uma sanção posterior. Assim, segundo Jordão, “as competências constitucionais explícitas que se atribuíram ao TCU não implicam necessariamente competências implícitas geradoras de um poder geral de cautela”.²⁰⁹

Marcos Augusto Perez, em obra sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, lembra que se o gestor público possui, na atualidade, maiores margens de

²⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In.: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. Belo Horizonte, Malheiros, 2013, p. 179.

²⁰⁹ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014, p. 228-230.

discricionariedade, maiores devem, evidentemente, ser os controles que recaem sobre as decisões administrativas. O autor destaca que “o direito deve instituir os meios de controle do exercício dessa discricionariedade para evitar que pela ‘porta dos fundos’ adentrem interesses particularísticos, os interesses ilegítimos”.²¹⁰ Mas, no caso do controle externo realizado pelo TCU, evidentemente essa atuação, a despeito da maior margem de discricionariedade da Administração, possui limites (constitucionais e legais, que esbarram nas competências elencadas anteriormente); essa prática do TCU decorre, pois, de uma tendência por um “alargamento geral dos mecanismos de controle sobre a Administração” que se reflete em um “*empoderamento* dos órgãos de controle autônomos brasileiros”, gerando insegurança jurídica para os gestores públicos e para os parceiros privados que se relacionam com o Poder Público.²¹¹

É nesse contexto, também, que Rodrigo Pagani de Souza alerta para o risco “de que a margem de escolha licitamente franqueada ao administrador público seja substituída pela arbitrariedade – ilícita, por definição – do controlador”.²¹²

Nesse mesmo sentido, Vitor Rhein Schirato aduz que “sem qualquer deferência, os órgãos de controle refazem as decisões das autoridades reguladoras, impondo a sua vontade por sobre as escolhas delas”. O referido autor, ao criticar o controle do TCU sobre o mérito das decisões regulatórias, destaca que os aspectos que deveriam ser objeto de controle pela Corte de Contas

²¹⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 46. Marcos Augusto Perez, em sua obra acerca do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, desenvolve e elabora os chamados “testes de legalidade”, que consistem em métodos ou técnicas relacionados aos elementos de legalidade externa e interna dos atos administrativos. Segundo o autor, estes testes “podem ser aplicados com relativa facilidade tanto pelas autoridades que produzem decisões discricionárias como pelos juízes e demais autoridades que as controlam. Daí falar nos testes mais simples e corriqueiros de (1) competência, (2) forma e (3) conteúdo (ou objeto) e nos que exigem maior dedicação das autoridades administrativas e de seus controladores, cuja aplicação ainda não se dá integralmente, usualmente ou cotidianamente: (4) instauração efetiva do processo; (5) instrução completa e isenta do processo; (6) existência material e correção dos motivos e qualificação jurídica dos fatos; e, finalmente, (7) desvio de poder”. (PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade...*, p. 292).

²¹¹ PEREZ, Marcos Augusto. *O mundo que Hely não viu...*, p. 861. Nesse sentido, Alice Voronoff chama atenção para uma “onda regulatória”, em que se multiplicam normas de conformação de atividades privadas ou de regulação de serviços públicos cuja execução tenha sido delegada a particulares”. A autora destaca que “o Poder Público, por meio de lei e de atos normativos infralegais, passou a fixar balizas para o exercício de atividades social e economicamente relevantes. E, como consectário lógico, observa-se a maior presença da máquina sancionatória da Administração Pública, que busca assegurar a conformidade da atuação desses agentes por meio da fiscalização e da punição”. (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29).

²¹² PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. (Orgs.). *Controle da administração pública*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 49.

consistem na fragmentação do sistema regulatório nacional e no aparelhamento político das autoridades, e não cada decisão emitida em caso concreto.²¹³

Desse modo, a atuação do TCU no auxílio da estruturação prévia dos atos de outorga dos setores de logística acaba por ir além das competências previstas no ordenamento jurídico nacional, gerando um ator institucional que, a despeito de configurar órgão de controle externo vinculado ao Poder Legislativo, não detém competência constitucional e legislativa – nem explícita e nem implícita – para atuar em meio a este processo. Isto é, as atribuições previstas na Constituição Federal e demais leis ordinárias não permitem a interpretação de que o TCU possui competências implícitas relacionadas a um poder geral de cautela. Em tais casos, como é defendido neste trabalho, a atuação do TCU, que interfere no plano da política regulatória e de outras autoridades públicas, é causa de descoordenação administrativa, pois a Corte de Contas não atua como mero órgão de controle externo da Administração Pública federal.

2.7 A falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística no Brasil

Após a exposição da distribuição de competências entre as autoridades públicas, passa-se a se falar, neste último tópico do capítulo, da *falta de coordenação administrativa* na regulação dos setores de logística no Brasil. Trata-se, pois, de uma articulação muito frágil entre todas as autoridades. É dizer, a articulação não é *suficiente* e causa variados impactos (que são abordados no próximo capítulo). Há muitas autoridades envolvidas no processo, com múltiplas atribuições dispersas e sobrepostas, e com indeterminação sobre a quem compete o quê (distribuição de competências *excessiva e confusa*).

A *descoordenação administrativa* entre as autoridades – que causa os sobreditos impactos – possui duas *causas* essenciais: i) a existência de instrumentos normativos variados, frágeis e transitórios (leis, regulamentos, decretos etc.) que regulamentam a matéria e, outrossim, ii) a práxis administrativa nacional.

²¹³ Segundo o referido autor: “a falta de capacidade técnica e o aparelhamento das autoridades não justificam a hipertrofia dos controladores, sob pena de colapso institucional completo — situação em que, ao que me parece, quase se encontra o sistema brasileiro”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013).

A primeira causa da descoordenação consiste na *diversidade de instrumentos normativos* e, que em muitos casos, são alterados frequentemente pelo Poder Público. Como dito, a falta de coordenação administrativa que deriva do ordenamento jurídico é caracterizada por uma *excessiva e confusa* fragmentação de competências entre as diversas autoridades públicas que atuam nos setores de logística.

Em primeiro lugar, portanto, a *fragmentação excessiva de competências*, pois existem diversas autoridades públicas. A existência de uma fragmentação *excessiva* de competências pode ser constatada a partir da exposição realizada neste capítulo acerca da delimitação de atribuições entre os vários atores envolvidos no processo.²¹⁴ Esta fragmentação excessiva de competências decorre da existência de uma pluralidade de normas (em seus diferentes níveis normativos) que tratam de atribuições específicas e variadas de cada autoridade. Portanto, são muitos os atores que possuem competências na regulação dos setores de logística (sejam entidades com personalidade jurídica própria, sejam órgãos subordinados aos Ministério dos Transportes e Ministério de Portos e Aeroportos).

Há, pois, uma diversidade de instrumentos normativos que tratam de competências de múltiplas autoridades públicas envolvidas na regulação dos setores de logística. A diversidade de instrumentos normativos gera, portanto, uma miríade de atores estatais envolvidos em todo o processo de regulação. A constatação é que existem atores estatais *demais*.²¹⁵ *Não parece existir qualquer preocupação ex ante do legislador em relação à efetiva coordenação entre estas distintas normas, em seus diferentes níveis normativos, o que desencadeia na dispersão e desconexão entre elas.* Como visto neste capítulo, para além dos marcos regulatórios setoriais e que tratam,

²¹⁴ Por sua vez, Mário Saadi, ao realizar análise do ambiente de infraestrutura no Brasil, também se preocupa com uma maior coordenação e integração dos debates que envolvem a contratação de parcerias com o setor privado da economia. O referido autor, nesse passo, defende uma maior integração entre as decisões tomadas, sobretudo, no âmbito do PPI e do TCU. (SAADI, Mário. Diálogo institucional para aprimoramento da agenda pública de infraestrutura: proposta que PPI e TCU poderiam tentar. *Revista Columistas de Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columistas/mario-saadi/dialogo-institucional-para-aprimoramento-da-agenda-publica-de-infraestrutura-proposta-que-ppi-e-tcu-poderiam-tentar>>. Acesso em: 21 junho 2021).

²¹⁵ Esse diagnóstico é compartilhado pelo estudo da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), que evidencia que: “a multiplicidade de atores estatais demanda intensa coordenação de ações e competências e nem sempre facilita o processamento eficaz de empreendimentos e investimentos”. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil*. São Paulo: ABCR, 2018, p. 34).

sobretudo, das atribuições das agências reguladoras – como é o caso da Lei nº 10.233/2001, da Lei nº 11.182/2005 e da Lei nº 12.815/2013 – há, por óbvio, a Constituição Federal, e variadas leis e decretos que tratam de competências de diferentes autoridades nos setores de logística. E como são múltiplas normas, de diferentes níveis e hierarquias normativas, nem sempre ocorre harmonia e coordenação entre elas. É natural que existam distintas normas e vários atores estatais envolvidos, sobretudo em setores que demandam uma atuação técnica e complexa como a logística nacional, *mas é preciso, por outro lado, que desta multiplicidade de autoridades decorra uma efetiva coordenação entre elas.*

Nesse cenário, Fábio Nusdeo, ao tratar sobre as normas do Direito Econômico, chama atenção ao problema de “juridificação” no ambiente regulatório nacional. O autor destaca que a juridificação consiste no fenômeno da multiplicação de normas legais e regulamentares, com tendência a criar uma “babel normativa”, de difícil absorção pelo mercado, má adaptação e rejeição pelos indivíduos regulados. Com efeito, por intermédio deste fenômeno produz-se inúmeras fontes normativas, *dispersas e desconexas*, cada qual refletindo determinada visão. Segundo o autor, por consequência, tal fenômeno compromete a capacidade de assimilação do conjunto normativo regulatório pelos agentes econômicos envolvidos.²¹⁶

Como se sabe, a codificação não é um atributo tradicional do Direito Administrativo, que é caracterizado pela existência de diversas leis dispersas – apesar da unidade sistemática de normas e princípios que formam este campo do Direito²¹⁷ – e, especificamente, relativamente ao Direito Econômico e em matéria de infraestrutura, marcado por leis especiais, transitórias e circunstanciais que, na maioria das vezes, depende ainda da expedição de decretos pelo Poder Executivo e

²¹⁶ NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 101-132, out./dez. 2011, p. 123. Além da denominada juridificação no ambiente regulatório de um sistema dual (isto é, sistemas que combinam as decisões puramente de mercado com as do poder estatal, emanadas, por exemplo, das agências reguladoras), Nusdeo também aponta o grave problema dos grupos de pressão ou *lobbies*. “Com efeito, os legisladores e aplicadores das normas regulamentares precisam saber quais delas são necessárias e quando. Existe uma *procura* por legislação, respondida pelos políticos e legisladores com a *oferta* de dispositivos legais. Esta procura pode ser legítima ou pode apenas visar ao aumento da lucratividade de alguns às custas da comunidade”. (NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 123.).

²¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53-54.

regulamentos e portarias das agências reguladoras.²¹⁸ Na área atinente específica aos setores de logística, demonstrou-se nesse capítulo o emaranhado de normas que tratam de competências e atores estatais envolvidos na regulação e tornam o contexto ainda mais agravado. Se há excessiva fragmentação de competências é porque há normas *demais* que versam sobre o tema e prejudicam a efetiva assimilação do conjunto normativo pelos diferentes agentes envolvidos nestes setores. A codificação, a despeito de não configurar uma característica do Direito Administrativo e Econômico, pode contribuir, em verdade, para a promoção do princípio da segurança jurídica.²¹⁹

Sobre o cenário de fragmentação de competências, Vitor Rhein Schirato alerta que um dos principais fatores que causam a quebra da independência das agências reguladoras consiste no fracionamento das competências das entidades reguladoras entre diferentes órgãos, que acabam por coatar as decisões regulatórias. Segundo o autor, em muitos casos, “ao invés de se concentrar as atividades necessárias ao bom funcionamento do setor regulado em uma autoridade reguladora independente, é corriqueira a criação de diversos órgãos e entidades que recebem a competência

²¹⁸ Francisco Amaral defende, por sua vez, que a codificação simplifica o Direito e facilita o seu conhecimento, “dando-lhe ainda mais certeza e estabilidade”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 158). Francisco Amaral salienta que: “entende-se que a ideia de sistema permite uma compreensão melhor do direito, não só de ordem didática como também de direito comparado, na medida em que autoriza o confronto e relacionamento entre sistemas diversos. Além disso, possibilita compreender a matéria social em que se insere o sistema jurídico, isto é, as relações sociais e os valores determinantes do agir em sociedade e, ainda, a interpenetração do direito com os demais sistemas que formam o universo social, como o econômico, o político e o religioso. (...) A ideia de sistema liga-se diretamente à de codificação, agrupamento de normas jurídicas da mesma natureza em um corpo unitário e homogêneo. (...) A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que ‘servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real’, o que explica o triunfo da codificação nos três séculos. Como inconveniente, afirma-se que a codificação impede o desenvolvimento do direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil...* p. 157-159). O Direito Administrativo, por seu turno, em que pese possua um sistema jurídico coerente e lógico, formado por regras e princípios específicos deste campo, não é codificado e apresenta variadas leis dispersas como, por exemplo, a Lei nº 9.784/1999 (a Lei de Processo Administrativo), a Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e as diversas leis que regem a contratação pública como a Lei nº 14.133/2021 (a Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei nº 8.987/1995 (a Lei Geral de Concessões) e a Lei nº 11.079 (a Lei das Parcerias Público-Privadas). Ademais, cumpre destacar que a codificação esteve historicamente atrelada à esfera do Direito Privado, como garantia das liberdades civis, garantindo a autonomia do indivíduo frente ao Estado. No caso do Direito Público, foram as Constituições e as Declarações de Direito que cumpriram historicamente esta função. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil...* p. 159).

²¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 319. Segundo Humberto Ávila, “a aceitação de que a codificação é importante fator de segurança jurídica não implica o acolhimento de que ela fornece, por si só, segurança jurídica. Ela é apenas um meio, dentre outros, para incrementar a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 319). Sobre o princípio da segurança jurídica, volta-se ao debate no terceiro capítulo desta tese.

de exercer parcelas dessas atividades, esvaziando as competências das autoridades reguladoras e coatando parcela considerável de suas decisões”.²²⁰

No caso dos setores de logística, Vitor Schirato destaca que o compartilhamento de competências entre Ministério, a EPL e a ANTT torna esta última, em muitos casos, refém das decisões das demais autoridades.²²¹ A criação de vários órgãos e entidades dispersa e impacta na regulação dos setores de logística, porquanto funções essenciais da atividade regulatória acabam não sendo repassadas às respectivas agências reguladoras de cada setor e concentradas no âmbito do Ministério. A propósito, a quebra da independência das agências é tratada de forma detalhada no próximo capítulo que aborda os impactos e prejuízos que a distribuição excessiva de competências ocasiona.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld e Egon Bockman Moreira, ao indicarem os diversos desvios jurídicos-burocráticos que podem comprometer a atuação administrativa em relação aos variados empreendimentos de infraestrutura no Brasil, destacam a dispersão das competências, entre as várias autoridades, para estruturação do empreendimento, da licitação e do contrato de concessão, com baixa transparência em seu exercício. Ademais, os autores também evidenciam a dispersão e o imprevisto dos processos decisórios da Administração para a seleção dos empreendimentos prioritários a serem concedidos. Aliás, foi justamente a existência destes desvios jurídicos-burocráticos que motivou o desenvolvimento do anteprojeto do denominado PPP MAIS, que culminou, posteriormente, na criação do PPI pelo governo federal.²²² Como destacam os mencionados autores, “desvios dessa ação podem decorrer não de incentivos negativos outros

²²⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

²²¹ Vitor Rhein Schirato destaca, ademais, que: “o movimento que leva a isso é claro. O Governo, com a finalidade de não demonstrar ao mercado o desmanche do sistema regulatório, cria órgãos e entidades por ele controlados e transfere a essas competências das autoridades de regulação. Já que não se pode formalmente mudar a lei que assegura autonomia às autoridades reguladoras, porque prejudicaria o ambiente de investimentos no País, faz-se um *institutional by-pass*, ou, em tradução aproximada, um contorno institucional para que a vontade política prevaleça sobre a vontade reguladora (independente e isenta)”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013).

²²² Sobre o anteprojeto do PPP MAIS e sua influência para a instituição do PPI, o presente trabalho trata do tema de forma detalhada em seu quarto capítulo.

sobre os agentes, mas diretamente das características de seu desenho legal, traduzindo-se em desvios jurídico-burocráticos”.²²³

Dessa forma, a distribuição e pulverização de competências entre diversos atores estatais (*fragmentação excessiva*) compromete a execução e sobretudo a regulação dos contratos de concessão e de autorização dos setores de logística, na medida em que decisões regulatórias essenciais não são repassadas às agências reguladoras. Em muitos casos, a agência reguladora concentra a sua atuação no exercício das funções de poder concedente destes contratos (a chamada *regulação por contrato*)²²⁴ – previstas no artigo 29 da Lei nº 8.987/1995 –, como ente contratante e fiscalizador da execução contratual *em específico*,²²⁵ e não em sua atividade-finalística (regulação

²²³ Segundo os autores, “pelos características que o direito administrativo assumiu no Brasil, especialmente a partir da democratização dos anos 1980, parte importante dessas ações burocráticas relativas a empreendimentos públicos é hoje condicionada por legislação de caráter maximalista, que procura determinar ela própria as características dos procedimentos e os conteúdos dos atos administrativos que podem ser editados, especialmente em matéria de licitação e contratos públicos. É uma ação burocrático-estatal muito juridicizada”. (SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016, p. 11-13).

²²⁴ Pedro Gonçalves destaca a chamada *regulação administrativa por contrato* e a define como o processo jurídico de formulação e/ou instituição de normas regulatórias por meio de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de determinado setor da economia ou a autoridade reguladora deste setor e uma ou várias empresas que nele exercem certa atividade econômica. Segundo o autor, o chamado *contrato regulatório* “pode revelar-se como um instrumento da administração reguladora; um instrumento utilizado para, através do consenso entre regulador e regulados, se proceder à *formulação e/ou à implementação* de normas regulatórias que disciplinam um determinado mercado” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 123-124 e 127). No mesmo sentido, Peter Vincent-Jones também trata do contrato como base de um regime regulatório, no contexto da denominada “Nova Gestão Pública”. Segundo o mencionado autor, “*the term ‘government by contract’ is commonly used to describe a wide range of contractual arrangements involving public bodies, including traditional public procurement, contracting out, public/private partnerships, franchising or state concessions, agreements between the government and self-regulatory organizations, agreements between the government and self-regulatory organizations, agreements between state agencies and individual citizens, and various types of agreement within government*”. (VINCENT-JONES, Peter. *New public contracting*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 3). Já para Floriano de Azevedo Marques Neto, todos os interesses da relação jurídica concessória devem estar previstos e articulados no âmbito do *pacto concessório*; afinal, “além dos interesses intitulados pelo concessionário e pelo poder concedente, no pacto concessório estão tratados interesses de várias outras partes, os quais devem ser articulados no âmbito de um contrato de natureza regulatória”. Segundo o autor, “não é por outra razão que o contrato de concessão assume a característica de um pacto regulatório. (...) o pacto concessório cumpre a função de ser base da atividade regulatória estatal”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, p. 201-202).

²²⁵ Nesse contexto, Flávio Amaral Garcia defende a inviabilidade de as agências reguladoras atuarem na função de poder concedente dos contratos de concessão. Segundo o autor, “quando a agência cumula as funções corre-se o risco de perder a imparcialidade que deve marcar a sua atuação”. (GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação...*, p. 77). Nesse mesmo sentido, Marcos Juruena Villela Souto, ao lembrar que um dos relevantes papéis das agências consiste na resolução de conflitos entre os atores envolvidos na concessão, afirma que “o problema surge quando a agência é um desses atores, exercendo a função de poder concedente, hipótese em que é desconfortável, aos olhos do investidor, que ela atua como parte e julgador ao mesmo tempo”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 216: 125-163, abr./jun., 1999, p. 137).

por agência), por meio de uma atividade regulatória que confira coerência sistêmica a todo o setor.²²⁶

Sobre este cenário, o diagnóstico realizado por Letícia Queiroz de Andrade em relação ao setor de rodovias revela que a atividade da ANTT, por exemplo, não tem se preocupado com a produção de normas regulatórias de caráter abstrato, mas concentra a sua atuação na *regulação contratual*. A autora salienta que “quanto ao exercício do denominado ‘poder regulamentar’ – assim entendido aquele relacionado à produção de normas de caráter geral e abstrato para disciplina dos contratos – ainda são poucas as iniciativas das agências; o que se deve, talvez, ao grau de detalhamento dos contratos, sobretudo dos Programas de Exploração das Rodovias”.²²⁷

Nesse mesmo sentido, Laís Ribeiro de Senna, ao analisar as diferentes modelagens contratuais do Procofe, salienta que a ANTT realiza não somente a regulação do setor, mas o acompanhamento efetivo das modelagens de cada contrato (regulação por contrato). Apesar deste cenário, a autora defende uma mudança na abordagem, para que deixe de existir uma maior participação da regulação por contrato, a fim de respeitar a diferença entre eles, para que comece uma regulação em que a agência estabeleça normas regulatórias para todos os aspectos das concessões, regulando de forma simultânea e única.²²⁸ Trata-se, como dito, de uma atuação sistêmica da agência reguladora, conferindo, a partir da necessária atuação independente e técnica das entidades, coerência e unidade para todo o setor.

²²⁶ A atividade-finalística das agências reguladoras consiste na regulação de todo o *setor* por intermédio, sobretudo, da utilização de sua competência normativa, e não apenas na fiscalização, como poder concedente, de um contrato de concessão em específico (regulação contratual). Segundo Flávio Amaral Garcia, “a regulação por agência assume, diante da incompletude contratual, uma função integrativa relevante na composição dos interesses juridicamente protegidos dos contratantes (...). A regulação futura exercida pela agência é influenciada e condicionada pelas decisões técnicas, econômicas, financeiras e políticas consensualmente fixadas no compromisso regulatório (...). por isso compete à agência, no exercício da sua função regulatória, encontrar o ponto ótimo que assegure o equilíbrio sistêmico dos interesses juridicamente protegidos e que maximize as potenciais vantagens e benefícios dos interessados”. O autor conclui, então, afirmando que compete às agências “a missão de manter o equilíbrio sistêmico de todos os interesses que estão em jogo e que transcendem apenas àqueles afetos as partes no contrato”. (GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação...*, p. 135, 136, 155 e 159).

²²⁷ ANDRADE, Letícia Queiroz de. A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias..., p. 288-289.

²²⁸ A autora, todavia, faz a ressalva de que, em um primeiro momento, esta talvez não seja a melhor das soluções, tendo em vista que no Brasil cada trecho possui as suas próprias particularidades. Mas destaca que consiste em *alteração primordial* para se pensar no futuro. (SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais..., p. 243-244).

Destarte, em primeiro lugar, constata-se que a distribuição de competências nos setores de logística do país é *excessiva*, pois variadas autoridades públicas possuem atribuições no processo e isso gera descoordenação. No presente capítulo, indicou-se as competências das *principais* autoridades – Ministério dos Transportes e Ministério de Portos e Aeroportos, Infra S.A., PPI, agências reguladoras de cada setor e o TCU –, mas é preciso ressaltar que existem, ainda, diversas outras autoridades envolvidas nestes setores.²²⁹

Em segundo lugar, então, para além da distribuição demasiada, existe a *fragmentação confusa de competências*, que também decorre da existência de múltiplas normas e, sobretudo, *que são alteradas frequentemente pelo Poder Público*.

Se, por um lado, a conjuntura de existirem *normas demais* ocasiona uma fragmentação excessiva de competências, gerando a existência de atores estatais com responsabilidades múltiplas, por outro lado, o excesso de normas e sua *frequente alteração* também gera a distribuição confusa de atribuições entre os vários personagens envolvidos, com atribuições dispersas e sobrepostas, e com indeterminação sobre a quem compete o quê.

Manuel Afonso Vaz, tratando especificamente das principais características das normas do Direito Econômico, destaca o aspecto da “dispersão” e salienta que “a constante alteração (mobilidade) e a dispersão de normas sobre o mesmo objeto por vários diplomas fazem com que difícil, por vezes, definir claramente o estatuto jurídico de certas matérias (...) aos próprios juristas é muitas vezes difícil saber ‘em que lei se vive’”.²³⁰ O autor destaca, ainda, que “não existe, regra geral, uma codificação, em textos sistematizados, das normas de direito económico. Estas encontram-se dispersas pelos mais variados diplomas legais, sendo, muitas vezes, a coordenação e compatibilização difícil”.²³¹

²²⁹ Para além das autoridades indicadas que possuem atuação direta na estruturação destes projetos, há muitas outras envolvidas nos setores de logística, como os órgãos e entidades ligadas à *liberação do empreendimento*. Conforme lembram Carlos Ari Sunfeld e Egon Bockmann Moreira, “existe significativo número de órgãos com competências – simultâneas, paralelas, entrecruzadas, sobrepostas, etc. – sem que se tenha clareza nem no caminho a ser adotado nem na capacidade de diálogo interorgânico”. (SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 13).

²³⁰ As outras características das normas do Direito Econômico indicadas pelo referido autor, para além da dispersão, são a mobilidade, o caráter concreto, o declínio das fontes clássicas do Direito e o declínio da coercibilidade e vinculação concertada. (VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. 4. ed. Coimbra Editora, 1998, p. 89-94).

²³¹ VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico...*, p. 89.

Os agentes econômicos (além dos próprios juristas, como defende Manuel Afonso Vaz), portanto, não conseguem compreender, com exatidão e clareza, qual é a norma aplicável ao seu caso e que se encontra efetivamente vigente, diante do elevado e confuso conjunto normativo regulatório existente.

Em verdade, o fenômeno da dispersão de normas regulatórias não consiste em peculiaridade restrita às normas que tratam das competências atreladas aos atores que atuam nos setores de logística, mas sim uma característica convencional e já tradicional do Direito Administrativo nacional. É até por isso que, paralelamente ao histórico de descoordenação, o Direito Administrativo, como reação, vem apresentando tendências normativas em favor de um cenário de maior coordenação e segurança. Estas tendências a favor da coordenação e da segurança, como resposta à descoordenação, são demonstradas no quarto e derradeiro capítulo da tese.

Rafael Valim destaca que a “incessante e hipertrofiada normação incidente sobre esse domínio jurídico, de feição contingente e provisória, somada a cláusulas de revogação genérica, suscita intolerável incerteza sobre as normas vigentes e torna a ação do Estado absolutamente imprevisível”.²³² O autor chega a falar em “aluvião normativo” sobre o qual “o administrado padece quanto à vigência das normas jurídico-administrativas”.²³³ É o que acontece, como se defende, nas normas que tratam das atribuições das autoridades públicas envolvidas na regulação dos setores de logística.

Rodrigo Pagani de Souza, nesse passo, ao analisar as diversas leis federais que criaram agências reguladoras no país, identifica a existência de uma *confusão* na delimitação de atribuições em diversos marcos setoriais da matéria. O autor pontua que “se a distinção entre os planos da política pública e da regulação parece clara em abstrato, na prática administrativa – ou mesmo no

²³² VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93. Rafael Valim, em estudo crucial sobre o princípio constitucional da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro, aduz que “o princípio da segurança jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual tem-se um Estado meramente jurídico, orientado tão-só por considerações de oportunidade”. (VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 34).

²³³ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 94.

texto das próprias leis quando não tão bem formuladas – eles frequentemente se misturam, tornando difícil identificar a quem compete o quê (definir política pública e regular)”.²³⁴

Nesse sentido, no caso dos setores de logística, se no marco setorial a distinção, em abstrato, entre o plano da elaboração da política e o plano da regulação parece estar delineado com clareza (caso das Leis nº 10.233/2001 e nº 11.182/2005, por exemplo), não há, por outro lado, a mesma clareza nas normas atinentes às competências das autoridades envolvidas sobre o conteúdo específico das atribuições; isto é, as normas que atribuem competências são *confusas* e não é possível ter certeza, em determinados casos, sobre a atribuição de cada autoridade.

A competência, por exemplo, para a atribuição efetiva de *elaboração* dos planos de outorga em determinados setores não é *suficientemente* clara, vez que tanto os Ministérios como as respectivas agências possuem competência normativa para o exercício de tal função.

Veja-se, por exemplo, que no caso do setor de rodovias, ocorre uma confusão e indeterminação normativa (ou seria uma “superdeterminação” normativa?) em relação a quem, de fato, deve ser atribuída a elaboração dos planos de outorgas, vez que ao Ministério dos Transportes cabe, segundo o artigo 47, inciso IV da MP nº 1.154/2023, a “*elaboração* ou *aprovação* dos planos de outorga”, enquanto à ANTT, nos termos do artigo 24, inciso III, da Lei nº 10.233/2001, compete a atribuição de *propor* ao Ministério os planos de outorga.

Cumprir destacar que a redação original da Lei nº 10.233/2001 não englobava a elaboração do plano de outorgas pelo então Ministério dos Transportes, mas somente a sua *aprovação*, após a proposição destas por parte da ANTT. Isto é, o artigo 15 da Lei nº 10.233/2001 possuía a redação de que “no âmbito das atribuições que lhe confere a legislação vigente, cabe ao Ministério dos Transportes: (...) *aprovar* o plano geral de outorgas para exploração da infra-estrutura e prestação de serviços de transporte sob sua jurisdição, em conformidade com as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14”. Todavia, o dispositivo em questão foi vetado, à época, pela Presidência da República,

²³⁴

PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil..., p. 127.

sob a justificativa de que a matéria já era tratada em outro instrumento legal, que dispunha sobre a organização da Presidência e dos Ministérios.²³⁵

A edição, na sequência, da Lei nº 10.683/2003²³⁶ e do Decreto nº 4.721/2003,²³⁷ por sua vez, já sob a égide do *governo Lula*, instaurou um cenário de conflitos entre agência e Ministério ao longo dos anos 2000, pois, ao definir em seu artigo 10 a estrutura do Ministério dos Transportes, criou um “Departamento de Outorgas” cujas competências incluíam a de “analisar e *submeter à aprovação* os planos de outorgas e de delegação dos segmentos da infra-estrutura viária encaminhados ao Ministério” e a de “planejar, coordenar e elaborar os editais de licitação de concessão, autorização e permissão para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transportes”. O Decreto em questão criou também a Secretaria de Política Nacional de Transportes, a qual possuía a incumbência de “*analisar* os planos de outorga, submetendo-os à aprovação superior”.

Ou seja, o Ministério dos Transportes, após a publicação da Lei nº 10.683/2003 e respectivo Decreto regulamentador, em tentativa de esvaziamento dos poderes da agência, passou a ser responsável, também, pela *elaboração* dos atos de outorga do setor, conjuntamente com a ANTT.

Como lembra Eduardo Augusto Guimarães, “a superposição de atribuições daí decorrente constitui uma fonte de conflitos entre agência e o Ministério, respondendo pela paralisação do processo de elaboração dos editais das licitações da Segunda Etapa do Programa de Concessões Federais”.²³⁸ O autor relata, inclusive, que o conflito de competência decorrente da edição do mencionado Decreto fez com que ANTT e Ministério trabalhassem paralelamente na elaboração

²³⁵ Razões do veto do art. 16 da Lei nº 10.233/2001: “Os arts. 15 a 19 cuidam de definir competências da pasta Transportes, cuja matéria já é disposta na Medida Provisória nº 2.143-33/2001, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, não cabendo, pois, à luz da melhor técnica jurídica e legislativa, ser tratada em instrumento diverso. Dessa maneira, o Capítulo V em questão não deve ser sancionado, pois contraria o interesse público”. O art. 14, §15 deste diploma legal previa que, entre as competências atribuídas ao então Ministério dos Transportes cabia a “aprovação dos planos de outorgas”.

²³⁶ Lei nº 10.683/2003. “Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.”.

²³⁷ Decreto nº 4.721/2003. “Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério dos Transportes, e dá outras providências”.

²³⁸ GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

de novos editais de concessão de rodovias.²³⁹ A competência da ANTT para estruturar as concessões do setor somente foi reafirmada, na prática administrativa, após longa disputa entre as autoridades públicas, com a continuidade do processo de concessões da Segunda Etapa do Procofe no ano de 2006.

O Decreto nº 7.717/2012,²⁴⁰ por seu turno, que revogou o Decreto nº 4.721/2003, já não previa a atribuição do Ministério dos Transportes para elaboração dos editais de licitação, mas tão somente a “*aprovação dos planos de outorgas*”. Entre os órgãos que compunham a estrutura organizacional do então Ministério dos Transportes estava a Secretaria de Fomento para Ações de Transportes que possuía a competência para “estabelecer as *diretrizes* para a elaboração dos planos de outorga e propostas tarifárias” e “avaliar os planos de outorgas e instrumentos de delegação de infraestrutura de transportes para aprovação do Ministro” e o Departamento de Concessões” que possuía a competência para “analisar e submeter à Secretaria Fomento para as Ações de Transporte *os planos de outorgas encaminhados pelas agências reguladoras*”. Ou seja, o texto do Decreto em questão passou a prever apenas a missão do Ministério dos Transportes em aprovar os planos já elaborados por outra entidade, no caso, a ANTT, à luz da competência gerada pela Lei nº 10.233/2001 e reafirmada pelo texto do Decreto nº 7.717/2012. Já o Decreto nº 8.687/2016,²⁴¹ ainda sob a égide do *governo de Dilma Rousseff*, revogou o Decreto nº 7.717/2012, mas manteve as disposições atinentes às responsabilidades de elaboração e respectiva elaboração dos planos de outorga do setor de rodovias.

Na sequência, sobreveio a Lei nº 13.502/2017²⁴² (e respectivo Decreto nº 9.000/2017²⁴³), que revogou a Lei nº 10.683/2003, agora já no *governo Michel Temer*. O novo Decreto modificou

²³⁹ GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil..., p. 115.

²⁴⁰ Decreto nº 7.717/2012. “Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério dos Transportes”.

²⁴¹ Decreto nº 8.687/2016. “Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança do Ministério dos Transportes”.

²⁴² Lei nº 13.502/2017. “Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016; e revoga a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e a Medida Provisória nº 768, de 2 de fevereiro de 2017”.

²⁴³ Decreto nº 9.000/2017. “Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, remaneja cargos em comissão e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE e altera os Decretos nº 3.564, de 17 de agosto de 2000; nº 4.122 e nº 4.130, de 13 de fevereiro

o nome do então Ministério dos Transportes para Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e alterou, novamente, a responsabilidade do órgão ministerial. Agora o Ministério passou a ter a incumbência de “*elaboração ou aprovação dos planos de outorgas na forma da legislação específica*”. Após, sobreveio a Lei n.º 13.844/2019,²⁴⁴ sob o *governo Bolsonaro*, que consolidou a competência do Ministério da Infraestrutura para a “*elaboração ou aprovação dos planos de outorga*”. Sob a égide desta lei, foi editado primeiramente o Decreto n.º 9.676/2019²⁴⁵ e, após, o Decreto n.º 10.368/2020.²⁴⁶ Até dezembro de 2022, era o Decreto n.º 10.788/2021 que regulamentava a Lei n.º 13.844/2019 e tratava das atribuições das entidades envolvidas.

Finalmente, com o *governo Lula* a partir de janeiro de 2023, a Lei n.º 13.844/2019 foi revogada pela MP n.º 1.154/2023 e desmembrou o Ministério da Infraestrutura, novamente, agora em Ministério dos Transportes e Ministério de Portos e Aeroportos. O novo diploma legal prevê que compete ao Ministério dos Transportes e ao Ministério Portos e Aeroportos, respectivamente, em seus artigos 47, IV, e 41, VI, a “*elaboração ou aprovação dos planos de outorgas, na forma prevista em legislação específica*”.

O decorrer de toda esta alteração de normas cria uma verdadeira confusão e situação de indeterminação normativa em relação aos limites do escopo de elaboração/implementação das políticas públicas. Qual deve, enfim, ser a autoridade responsável pela modelagem das concessões nos setores de logística? A ANTT, no caso do setor de rodovias, propõe os planos de outorga e submete para aprovação do Ministério dos Transportes? Mas por que então, segundo a lei, o Ministério também elabora? O texto da lei é confuso, pois há sobreposição normativa. Como

de 2002; n.º 5.731, de 20 de março de 2006; n.º 7.554, de 15 de agosto de 2011; e n.º 7.860 e n.º 7.861, de 6 de dezembro de 2012”.

²⁴⁴ A Lei n.º 13.844/2019 derivou da Medida Provisória n.º 870, de 1.º de janeiro de 2019, editada no primeiro dia do governo Bolsonaro. Na exposição de motivos do diploma legislativo em questão consta que: “a proposta insere-se no contexto de adaptações administrativas tidas como convenientes e necessárias pelo Governo que assumirá no dia 1.º de janeiro de 2019. Dentre as adaptações salutaras ao Governo, inclui-se a redução do número de Ministérios e a busca de ação integrada entre os diversos órgãos, evitando-se ações incoerentes e incompatíveis no âmbito da alta administração federal (...)”.

²⁴⁵ Decreto n.º 9.676/2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Infraestrutura.

²⁴⁶ Decreto n.º 10.368/2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Infraestrutura e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança.

lembra Eduardo Augusto Guimarães, a trajetória de todo este processo “constitui, aliás, um exemplo interessante do relacionamento entre a agência reguladora e outros órgãos de governo”.²⁴⁷

Por sua vez, no setor de telecomunicações a divisão de competências é mais bem definida, vez que à entidade reguladora do setor (Anatel), segundo o artigo 19, inciso III da Lei nº 9.472/1997, cabe *elaborar* e propor ao Poder Executivo o plano geral de outorgas, enquanto a este último, segundo o artigo 18, inciso II, do diploma legal, compete a *aprovação* do aludido plano. Não há, portanto, qualquer sobreposição das competências envolvidas na lei.

Nesse sentido, Rodrigo Pagani de Souza destaca que o setor de telecomunicações configura uma exceção em relação ao cenário de indeterminação normativa, tendo em vista que a Lei nº 9.472/1997, marco regulatório do setor, realizou uma clara separação entre os planos de definição das políticas públicas e o da atividade de regulação. Porém, Pagani de Souza faz a ressalva de que “isto não é trivial nas leis sobre regulação econômica, visto que frequentemente deixam dúvidas sobre como será – ou, quando menos, não são muito didáticas a respeito de como será – especificada e detalhada a política pública, ou quem e como irá fazê-lo”. E conclui afirmando que “*a falta de clareza acerca da política pública que norteará a regulação é fator de insegurança jurídica*”.²⁴⁸

Florianio de Azevedo Marques Neto, sobre o assunto, também assenta que “é verdade que nem todas as leis, que reestruturam a intervenção estatal sobre setores relevantes da economia, fizeram de maneira clara essa separação”.²⁴⁹ Essa ideia, aliás, a respeito dos limites entre definição da política pública e a atividade das agências, foi externalizada no Parecer nº 51/2006, da Advocacia-Geral da União (AGU), que é retomada no próximo capítulo desta tese em que se aborda o impacto dos conflitos regulatórios nos setores de logística.

A segunda causa da descoordenação administrativa, entre os órgãos e entidades que atuam nos setores de logística, consiste na *prática administrativa nacional*. Isto é, para além da

²⁴⁷ GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil..., p. 114.

²⁴⁸ PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil..., p. 129.

²⁴⁹ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. *Agências reguladoras independentes...*, p. 92.

descoordenação que deriva diretamente do ordenamento jurídico, o plano prático também é causa da falta de coordenação administrativa.

No caso da atuação do TCU nos setores de logística – que possui, como visto, competência para exercer tão somente o controle externo sobre todo o processo – a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional *não concederam competência normativa* à Corte de Contas para atuação na fase interna da licitação, mas, a despeito disso, a *prática administrativa nacional* (isto é, o plano prático) demonstra que a atuação do TCU nesta etapa é corriqueira e, inclusive, de protagonismo.²⁵⁰ E por evidente tal ingerência gera impactos e prejuízos à regulação dos setores.

É o que se verifica, por exemplo, nos casos relativos à 5ª rodada de concessões aeroportuárias (Acórdão nº 2.462/2018), à concessão da Ferrovia Norte Sul (Acórdão nº 2.195/2018), à concessão da BR-364/365 – 4ª Etapa do Procofe (Acórdão nº 1.096/2019), à concessão da BR-101/290/448/386/RS – a chamada Rodovia de Integração do Sul – RIS (Acórdão nº 1.174/2018) e à auditoria operacional dos portos organizados e Tups (Acórdão nº 2.711/2020). Como é possível notar, a atuação da Corte de Contas Federal, que transborda dos limites normativos, se estende para todos os setores de logística – ferrovias, rodovias, portos e aeroportos.

Por exemplo, no Acórdão nº 1.174/2018, o processo de análise e aprovação da concessão da Rodovia de Integração do Sul (RIS) e as divergências que apresentaram TCU, ANTT e Ministério da Infraestrutura ilustram os desafios do embate entre diferentes forças institucionais e

²⁵⁰ Para além da atuação do TCU na denominada prática administrativa nacional, é possível tecer críticas também em relação à atuação do Ministério Público, detentor de titularidade da ação de improbidade nos termos da Lei nº 8.429/1992, como órgão de controle da Administração Pública em nível nacional, e ao próprio Poder Judiciário. Rodrigo Valgas dos Santos chama atenção para os números impressionantes de ações de improbidade aforadas no Brasil. Nesse passo, segundo o autor, “o expressivo número de ações de improbidade ajuizadas no Brasil aponta para dois caminhos. O primeiro, que temos quantidade tão expressiva de ímprobos que dificilmente algum país do globo pode nos alcançar na primeira colocação deste ranking macabro. O segundo caminho – o qual nos filiamos – é que este volume tão avassalador de ações de improbidade está relacionado à crescente banalização das ações de improbidade. (...) Quando tratamos dos problemas na interpretação e aplicação da Lei de Improbidade, a última opção parece mais acertada pela simples constatação que a LIA é estruturalmente falha ao permitir que muitas condutas sejam a ela subsumidas por seus tipos abertos, além da jurisprudência construída sobre o tema ser bastante dura, possibilitando a condenação de milhares de agentes públicos com graves repercussões políticas e patrimoniais”. (SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 198 e 201). Por sua vez, ante o protagonismo crescente do TCU em relação à participação na estruturação de atos de delegação de infraestrutura dos setores de logística ao setor privado, o foco de análise da tese reside no papel da Corte de Contas federal como autoridade que gera impactos para a descoordenação dos setores de logística.

as consequências sobre a execução de investimentos em infraestrutura de logística. No referido Acórdão, o TCU fez uma espécie de balanço a respeito do Procofe e dos impactos que experiências passadas tiveram na evolução das concessões de rodovias no país. Para endereçar os riscos identificados na modelagem da concessão, a SeinfraRodoviaAviação, do TCU, propôs ao Plenário da Corte a adoção de trinta e duas determinações e uma recomendação, assim como que fosse proibida a realização de processo licitatório enquanto a ANTT não implementasse todas as determinações. A influência da Corte na modelagem parece se evidenciar pela simples constatação de que a agência, diante do relatório da unidade técnica, antes mesmo de qualquer deliberação pelo Plenário, acolheu de forma voluntária sete das trinta e duas determinações propostas e sinalizou que outras doze poderiam ser atendidas. Apesar da oposição apresentada, os órgãos responsáveis pelo projeto acabaram buscando convergir com o TCU em relação a várias questões, com o fim de acelerar o projeto e a realização da concessão. No referido caso, depois que a agência decidiu se alinhar a várias das posições da unidade técnica do Tribunal, o Plenário acabou manifestando deferência à ANTT em relação a alguns dos assuntos remanescentes, embora ainda tenham sido expedidas vinte e três determinações e quatro recomendações.²⁵¹

Ademais, é possível denotar no Acórdão nº 1.096/2019 (concessão da BR-364/365 – 4ª Etapa do Procofe), na linha do que já havia sido feito no Acórdão nº 1.174/2018 (que avaliou a modelagem da RIS), uma *ampliação do foco de análise do TCU* para uma avaliação não somente dos valores referenciais de custos e investimentos que embasam as premissas da modelagem do contrato, mas incorporando também uma análise dos incentivos gerados pelas regras contratuais. O TCU colocou em xeque a modelagem da concessão considerando o estágio de evolução do Procofe, e tratou em grande medida de problemas relativos à assimetria de informações da concessão. Dentre as principais discussões a respeito da modelagem contratual, as preocupações em relação aos incentivos conferidos aos agentes privados foram o norte das discussões pela Corte de Contas, como em relação à previsão de extinção amigável antecipada do contrato mediante relicitação, em que foram considerados os possíveis incentivos dados ao particular de buscar a

²⁵¹ GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. *Observatório do TCU: julgamentos de maio e junho de 2018*. São Paulo, SP, 2018. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>>. Acesso em: 12 agosto 2022.

extinção antecipada, já que muito dos investimentos estavam previstos para serem realizados no final da concessão²⁵²

Essa atuação crescente do TCU sobre a análise da modelagem contratual dos setores de logística, inclusive, retarda o processo das delegações e a oferta da infraestrutura para a sociedade, gerando evidentes impactos na regulação destes setores, como ocorreu no caso da RIS (Acórdão nº 1.174/2018).

Não se nega aqui a importante função constitucional do TCU *como órgão de controle externo* das autoridades envolvidas nos setores de logística, pois a Corte de Contas exerce, nesta hipótese, a sua competência precípua de controlador (em tais casos, não há que se falar em falta de coordenação administrativa; é dizer, não há descoordenação na relação entre controlador e controlado). Afinal, o objeto e foco da descoordenação administrativa está nos casos em que determinada autoridade transborda de suas competências constitucionais e legais (e isso também acontece com outros atores institucionais, como nas relações entre Ministérios e agências).

É preciso, assim, ter atenção com a atuação do Tribunal nos casos em que ele transborda dos seus limites e invade a esfera de atuação de outras autoridades que exercem atividade regulatória e estruturam políticas públicas. Como visto, o TCU não possui competência (nem explícita e nem implícita) para atuação nestas hipóteses. Nestes casos, portanto, é que se fala na descoordenação administrativa gerada, na prática administrativa, pela atuação do TCU.

Ademais, ainda em relação à prática administrativa como causa da descoordenação, tem-se que existe no Direito Administrativo brasileiro uma verdadeira questão cultural em relação à falta de coordenação administrativa, é dizer, uma *cultura da descoordenação*. Como dito, a descoordenação é gerada, em muitos casos, do próprio plano normativo. Por sua vez, em outros casos, o ordenamento jurídico não é aplicado como deveria ser, denotando-se uma falta de efetividade na aplicação do plano normativo. Como exemplo, destacou-se no primeiro capítulo que a independência das agências reguladoras, a despeito das leis que conferiram autonomias a estas

²⁵² BOGOSSIAN, André. Introdução ao Acórdão nº 1.096/2019. In. DANTAS, Bruno; GUERRA, Sergio (Coord.). *Direito da Infraestrutura: regulação e controle do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 127-129.

entidades, acabou não se verificando na prática (pelo menos não de forma efetiva), trazendo desafios para a efetivação da regulação nos setores de logística. Isto é, apesar da autonomia formal prevista pela lei, a atividade regulatória sofre, na prática, os efeitos os efeitos da interferência da cúpula do Poder Executivo sobre a atividade regulatória. E é exatamente em virtude desta cultura da descoordenação que a presente tese defende que *somente* alterações normativas não são suficientes para mudanças estruturais, institucionais e culturais, tendo em vista que a descoordenação administrativa – ao lado do plano normativo – também possui como causa a realidade prática nacional.

Enfim, o presente capítulo tratou de abordar a distribuição das competências em relação aos *principais* atores institucionais envolvidos de alguma forma com a regulação da logística nacional. Agora, no próximo capítulo, o objetivo do trabalho é trazer os impactos e prejuízos que a descoordenação administrativa causa nos setores de logística.

CAPÍTULO 3

IMPACTOS E PREJUÍZOS DA FALTA DE COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA NOS SETORES DE LOGÍSTICA

O capítulo anterior do trabalho cuidou de expor como ocorre a fragmentação de competência entre os *principais* atores institucionais envolvidos na regulação da infraestrutura de transportes. Além disso, destacou-se que a falta de coordenação administrativa é gerada tanto pelo plano normativo, a partir da previsão das competências previstas no ordenamento jurídico (normas frágeis, excessivas e confusas), quanto pelo plano prático, a partir da prática administrativa nacional. Ocorre que a descoordenação administrativa gera evidentes impactos aos diversos atores atuantes nos setores de logística (sejam agentes privados, sejam gestores públicos): esta, pois, consiste na principal preocupação deste capítulo: a demonstração destes impactos e prejuízos para a regulação dos setores sob análise.

“Impacto”, segundo o Dicionário Michaelis, pode adquirir diferentes sentidos e significados. Mas o que mais aproxima do aqui empregado consiste em “*efeito que, por sua força, impede ou acarreta mudanças*”.²⁵³ Com este sentido, a palavra possui como sinônimos “efeito”, “resultado”, “consequência”, “resultância” ou “implicação”.²⁵⁴ É este, portanto, o sentido utilizado de impacto; como efeito, resultado ou consequência.

É este, assim, o principal objetivo do presente capítulo: tratar dos efeitos, resultados e consequências que a falta de coordenação administrativa gera na regulação dos setores de logística. A falta de coordenação gera, sobretudo, como impactos *principais*, a *insegurança jurídica*, como contexto macro, os denominados *conflitos regulatórios* e a *paralisia decisória*. Estes impactos, por sua vez, como efeitos e consequências da descoordenação administrativa, suscitam prejuízos à

²⁵³ IMPACTO. In.: *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Versão Digital. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/impacto/>>. Acesso em: 15 maio 2022.

²⁵⁴ IMPACTO. In.: *Dicionário de Sinônimos*. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/impacto/>>. Acesso em: 15 maio 2022.

realização de investimentos na infraestrutura de transportes e, por consequência, ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Evidentemente, não se tratam de impactos que se esgotam nesta análise; eles, evidentemente, são variados e muitos. O impacto da *insegurança jurídica*, por exemplo, permite inúmeras e diferentes abordagens em relação à temática.²⁵⁵ O presente trabalho utiliza neste capítulo, essencialmente, quatro estudos empíricos que possibilitaram uma investigação adequada e honesta dos impactos que a descoordenação administrativa gera nos setores de logística. As pesquisas citadas abaixo (SAE, Insper, ABCR e KPMG/EPL), assim, consistem na principal fonte para a indicação dos impactos tratados no trabalho. Todos os estudos são recentes e foram desenvolvidos entre os anos de 2018 e 2019 – portanto, anteriores à pandemia da Covid-19 que, como cediço, influenciou significativamente na realização de investimentos no período e na operação dos setores de infraestrutura em geral.²⁵⁶

Em primeiro lugar, no ano de 2018, a Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE),²⁵⁷ por meio de estudo realizado a partir de entrevistas com profissionais de atuação destacada nos setores de infraestrutura, tratou de mapear os principais

²⁵⁵ Como é destacado de forma mais detalhada posteriormente ao se falar sobre o princípio da segurança jurídica, este autor tratou também do tema da segurança jurídica em sua dissertação de mestrado, publicada em: VALIATI, Thiago Priess. *Segurança jurídica e infraestrutura: a segurança como dever dos poderes públicos e como direito dos agentes econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁵⁶ A pandemia da Covid-19 influenciou sobremaneira na diminuição da demanda em muitos setores de transportes, especialmente o de rodovias e aeroportos, devido às medidas de isolamento tomadas pelo Poder Público. Tudo isso impactou no âmbito dos contratos de concessão, provocando pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Além disso, o direito também se estende para as empresas que administram terminais arrendados em portos públicos. Foi nesse contexto que a AGU exarou parecer reconhecendo o direito das concessionárias de rodovias e aeroportos a reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em razão da queda de demanda gerada pela pandemia (Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AG). O documento foi elaborado por meio de consulta da Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias do então Ministério da Infraestrutura, que reconhece que a pandemia consistiu em caso de força maior nas concessões. Isto é, o prejuízo ocasionado pela crise não faz parte dos riscos assumidos pelos concessionários na matriz de risco dos contratos e, assim, deve ser compensado pelo Poder Público.

²⁵⁷ A SAE é subordinada diretamente ao Presidente da República e produz subsídios que contribuem para os processos de tomada de decisão de alto nível do país. Além disso, a Secretaria orienta órgãos do governo no planejamento de longo prazo e coordena programas e projetos necessários à preparação das ações estratégicas de Estado. Para realizar tais objetivos, de maneira interdisciplinar, a SAE articula e dialoga com órgãos da administração pública federal de diferentes áreas e Poderes, como os ministérios, além de agentes privados, para produzir estudos e definir as estratégias mais eficientes para o desenvolvimento nacional e a erradicação de desigualdades sociais. (SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/assuntos/assuntos-estrategicos/conheca-a-sae>>. Acesso em: 18 jun. 2022).

desafios existentes para o aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil.²⁵⁸ Alcançou-se, por meio da pesquisa, o rol de trinta e duas (32) “recomendações” para melhorar o ambiente de parcerias com o setor privado. Apesar dessas recomendações não refletirem necessariamente as opiniões de todos os entrevistados, elas configuram um registro abrangente, equilibrado e conciso dos desafios que o país possui para desenvolver a sua infraestrutura.²⁵⁹ As recomendações obtidas pelo relatório da SAE, para uma melhor organização dos resultados do estudo, foram agrupadas em oito grandes eixos, sendo cinco ligados às etapas do macroprocesso de investimento (Planejamento, Estruturação e Licitação, Elaboração de Contratos, Financiamento e Execução) e três a temas “transversais”, que influenciam ou impactam em todas as outras etapas do macroprocesso (Licenciamento Socioambiental, Regulação e Ambiente Institucional).²⁶⁰ Trata-

²⁵⁸ SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). *Desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil* – Relatório de Conjuntura nº 5. Brasília: Imprensa Nacional. 2018. Segundo o estudo da SAE, buscou-se mapear os ajustes que poderiam ser feitos para o incremento do espaço para parcerias entre Poder Público e o setor privado da economia. Assim, “realizou 50 entrevistas com profissionais de atuação destacada no setor de infraestrutura, em sua grande maioria atuantes no setor privado. As entrevistas realizaram-se entre outubro de 2017 e janeiro de 2018 e a seleção dos interlocutores buscou alcançar um espectro variado que compreendeu cinco grandes grupos: escritórios de advocacia, gestores de recursos, consultorias, operadores e instituições financeiras. As entrevistas tiveram formato semiestruturado e em cada uma delas, após uma breve explicação da natureza do trabalho, foram feitas duas perguntas: (1) Com base na sua experiência no setor de infraestrutura, quais são os principais desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil?; e (2) Em sua opinião, que ajustes precisam ser feitos para que o Brasil tenha um ambiente melhor para esses investimentos?”. (SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). *Desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil...*, p. 8-9).

²⁵⁹ Segundo o Relatório da SAE “todas as opiniões foram registradas, organizadas e analisadas pela equipe técnica da SAE, que identificou a existência de 32 ‘recomendações’, ou pontos comuns mencionados em pelo menos cinco entrevistas, que serviriam como indicativo de ações que poderiam ser adotadas para melhorar o ambiente para investimentos privados em infraestrutura no Brasil. (...) Para cada uma dessas 32 ‘recomendações’, foram incluídas as principais sugestões trazidas durante as entrevistas. São contribuições espontâneas que, na visão de alguns dos interlocutores, poderiam ser adotadas para equacionar total ou parcialmente os desafios identificados”. (SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). *Desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil...*, p. 9).

²⁶⁰ Em relação ao eixo do *Planejamento*, as recomendações obtidas pelo relatório da SAE foram: 1. Aumentar a efetividade do planejamento de longo prazo; 2. Estabelecer critérios mais claros para a escolha de projetos a serem licitados; 3. Priorizar a qualidade dos serviços nas parcerias com o setor privado; e 4. Garantir um calendário de licitações mais adequado e previsível. Em relação à *Estruturação e Licitação*, as recomendações do relatório consistiram em: 5. Melhorar a estruturação de projetos a serem licitados; 6. Ajustar o modelo de PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse); 7. Aperfeiçoar as regras das licitações de empreendimentos; e 8. Aumentar a participação de estrangeiros nas licitações. No tocante ao eixo de *Elaboração de Contratos*, as recomendações foram: 9. Aperfeiçoar a alocação de riscos nos contratos; e 10. Utilizar cláusulas contratuais mais precisas e menos sujeitas a dúvidas. No que diz respeito ao eixo do *Financiamento*, as recomendações do estudo consistem em: 11. Diversificar as fontes de financiamento para infraestrutura; 12. Definir melhor o novo papel do BNDES; 13. Diminuir o impacto da variação cambial nos financiamentos; 14. Reduzir o uso de garantias corporativas nos financiamentos; 15. Desenvolver o mercado de seguro-garantia; e 16. Ampliar o uso das debêntures incentivadas. No tocante à *Execução*, as recomendações alcançadas pelo relatório consistem em: 17. Aprimorar o instrumento de reequilíbrio contratual; 18. Ter maior clareza sobre regras para assumir empreendimentos (“step in”); 19. Aumentar a segurança sobre indenizações no término da concessão; e 20. Ampliar o uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Em relação ao eixo *Licenciamento Socioambiental*, as recomendações consistem nas seguintes: 21. Reduzir as incertezas quanto às exigências para obtenção das licenças socioambientais; 22. Reduzir o tempo de concessão das licenças

se, portanto, de material significativo e deveras relevante para a indicação dos desafios que impactam nos setores de logística.

Em segundo lugar, no âmbito do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), no ano de 2019, foi realizado um estudo empírico a respeito da qualidade da regulação dos setores de transportes no país, de autoria de Darcio Genicolo Martins e Patricia Pessoa Valente.²⁶¹ Entre os principais entraves apontados no referido estudo para o incremento dos setores de logística está, por exemplo, a atuação das agências reguladoras e a insegurança jurídica quanto às decisões regulatórias.²⁶² Este estudo realizado pelo Insper configura também importante e valioso indicativo para os desafios e impactos abordados neste trabalho, pois se trata de estudo empírico realizado *especificamente* em relação aos setores de transportes do Brasil.

socioambientais; e 23. Melhorar a interação entre os órgãos licenciadores e os de controle. No que diz respeito ao eixo da *Regulação*, as recomendações foram: 24. Garantir maior estabilidade ao marco regulatório; 25. Aprimorar o processo de elaboração de normas nas agências reguladoras; 26. Aumentar a autonomia decisória das agências reguladoras em relação ao poder político; 27. Conceder maior autonomia orçamentária e administrativa para as agências reguladoras; e 28. Melhorar a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de controle. E, finalmente, em relação ao eixo do *Ambiente Institucional*, as recomendações consistem em: 29. Melhorar a gestão e coordenação da administração pública; 30. Aumentar a confiança do setor privado em relação às contrapartidas do governo; 31. Proporcionar maior previsibilidade e rapidez aos processos judiciais; e 32. Rever a responsabilização solidária de empresas em investigações anticorrupção. (SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). *Desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil...*, p. 10-11).

²⁶¹ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil*. São Paulo: Insper, 2019. Segundo a pesquisa do Insper, o estudo teve como objetivo a construção de um retrato acerca da percepção dos *stakeholders* da regulação da infraestrutura de transporte no país, sobretudo dos setores de infraestrutura aeroportuária, rodoviária e metroviária. “Nesse contexto, o estudo da percepção dos *stakeholders* teve o intuito de diagnosticar e propor soluções para que o estoque de infraestrutura brasileiro volte a crescer e atinja níveis internacionais. A premissa assumida é de que o ambiente regulatório confiável, previsível, com segurança jurídica e com regras claras é fator imprescindível para atrair e promover o investimento privado em infraestrutura, o qual, por sua vez, é necessário dado os limites do investimento público para fazer frente ao montante requerido pelos projetos de infraestrutura. Esse propósito foi alcançado a partir da consulta de 36 dos principais *players* integrantes do ambiente regulatório de infraestrutura em transportes em âmbito federal e no Estado de São Paulo, divididos em três grandes eixos: o Estado, o mercado e os órgãos de controle. As entrevistas ocorreram ao longo de setembro e outubro de 2018”. (...) As principais percepções reveladas foram as seguintes: (i) interferência política nas agências reguladoras; (ii) frequente e, por vezes, indevida atuação de órgãos de controle no processo regulatório; (iii) desconhecimento, por parte dos financiadores, sobre relevantes procedimentos e características da regulação; (iv) grande importância da gestão cambial no contexto de concessões dos setores alvo; (v) a questão das contraprestações em PPPs; (vi) a pouca atenção dada ao usuário no contexto da regulação da infraestrutura, e em especial na atividade decisória sobre direitos e deveres da concessionária; (vii) relevância do fortalecimento da área técnica das agências reguladoras para que se mitigue a influência política externa; (viii) grande frequência de judicialização do processo regulatório nos setores-alvo; (ix) entraves à atuação de instituições financeiras no ambiente regulatório brasileiro. (MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 8 e 92).

²⁶² MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 8.

Ademais, em terceiro lugar, no ano de 2018, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) realizou um relevante estudo a respeito dos problemas e desafios que impactam o setor de infraestrutura rodoviária e restringem a efetivação de investimentos nas concessões de rodovias (como, por exemplo, a reafirmação dos papéis institucionais e a necessidade de promoção da articulação entre os atores governamentais a fim de mitigar o cenário de insegurança jurídica neste setor).²⁶³ Neste material, foram indicados, em síntese, os desafios políticos para compartilhar uma agenda básica de entendimento entre os atores envolvidos na regulação da infraestrutura nacional (fortalecer instituições, criar um ambiente favorável ao desenvolvimento, acreditar no modelo das concessões e aperfeiçoar os instrumentos existentes) e, ao final do estudo, foram resumidas as recomendações específicas de apoio à implementação. No caso, a despeito do estudo da ABCR ser específico em relação ao setor de rodovias, ele configura, também, valiosa investigação para identificação dos desafios e impactos da descoordenação aqui abordados. Além desse estudo, também no âmbito do setor de rodovias, a EPL e a ABCR conjugaram esforços para lançar, em 2021, a segunda edição do *Workshop* Projetos para Concessões Rodoviárias. O objetivo foi criar um espaço de debate entre Poder Público e setor privado acerca de aspectos da estruturação de projetos de concessões rodoviárias.²⁶⁴ O material produzido, com a contribuição de integrantes tanto do Poder Público quanto do setor privado, sintetiza boas práticas para a evolução das rodovias no país; foram listados vinte e seis (26) problemas reunidos a partir da experiência prática no setor. Assim, para todos os problemas indicados,²⁶⁵ são listadas setenta e uma (71) propostas de aprimoramento e recomendações que

²⁶³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 31.

²⁶⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR); EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). (Org.). *Workshop de projetos de concessões de rodovias: síntese dos resultados*. 2. ed., 2021. Disponível em: <<https://abcr.org.br>>. Acesso em: 13 jun. 2022. Realizado pela EPL e pela ABCR, o Workshop “Projetos para Concessões Rodoviárias”, reuniu técnicos do setor público e representantes de empresas privadas em um debate sobre soluções que podem aprimorar a estruturação de projetos para as concessões rodoviárias. EPL e ABCR foram organizadores do workshop; Ministério da Infraestrutura, ANTT, PPI e BNDES participaram como convidados.

²⁶⁵ Como, por exemplo, o baixo aproveitamento de lições aprendidas em contratos existentes na modelagem de novas concessões. Como proposta de aprimoramento para o referido problema, o documento indica a necessidade que, para a modelagem dos projetos, seja sempre garantida a integração e diálogo prévio entre os estruturadores (Ministério da Infraestrutura, EPL e BNDES) e demais entidades que reúnam a experiência acumulada de contratos de concessão passados (ANTT e concessionárias).

buscam trazer maior objetividade, clareza e segurança jurídica para os investimentos em infraestrutura rodoviária no país.²⁶⁶

Finalmente, em quarto lugar, em 2019, com a colaboração da consultoria internacional KPMG, a EPL desenvolveu um trabalho (denominado como MEPI - Metodologia de Estruturação de Projetos de Infraestrutura) demasiadamente oportuno e valioso que possuiu, como um dos seus principais objetivos, apresentar o mapeamento das entidades envolvidas e seus fluxos nos processos de estruturação de projetos de infraestrutura de transportes no Brasil.²⁶⁷ O trabalho, a propósito, é resultado de acordo assinado com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e com a consultoria internacional KPMG, e tem a finalidade de adotar as melhores práticas internacionais para a estruturação de projetos de infraestrutura no Brasil, o que denota a relevância do material para o desenvolvimento nacional.²⁶⁸ Este estudo integrante da

²⁶⁶ Segundo o documento produzido por ABCR e EPL, “a ideia é que o presente documento, sem prejuízo de suscitar novas reflexões e debates acerca dos temas que contempla, possa servir de guia para orientar a constante melhoria de projetos e de práticas regulatórias no Brasil, sendo fonte de consulta tanto de formuladores de políticas públicas, reguladores e controladores, quanto de empresas de consultoria, bancos, investidores, usuários de serviço público e as próprias concessionárias”. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR); EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). (Org.). *Workshop de projetos de concessões de rodovias: síntese dos resultados*. 2. ed., 2021. Disponível em: <<https://abcr.org.br>>. Acesso em: 13 jun. 2022).

²⁶⁷ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *Metodologia de Estruturação de Projetos de Infraestrutura – MEPI*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/metodologia-de-estruturacao-de-projetos-de-infraestrutura-mepi>>. Acesso em: 10 maio 2022. Segundo o site da EPL, “a proposição conhecida como *Metodologia de Estruturação de Projetos de Infraestrutura – MEPI*, teve sua inspiração calcada no modelo britânico denominado *5 Business Case* e posteriormente adaptado à realidade jurídico-institucional brasileira, de modo a permitir sua aplicação integral aos ritos ordinários de planejamento e delegação de projetos vigentes no País. No bojo deste complexo trabalho, a EPL contou com a expertise de consultoria de renome internacional - KPMG - para realizar as atividades de preparação e adaptação necessárias, que resultou no desenvolvimento da MEPI. De forma geral, a MEPI consiste em um conjunto de boas práticas para a elaboração e avaliação de projetos de infraestrutura, desde a fase de escolha dos projetos que deverão ser desenvolvidos como fruto do planejamento, até sua disponibilização para a implementação”. Foram elaborados, então, com o desenvolvimento da MEPI, seis “Produtos”: Produto 1 - Mapeamento das instituições responsáveis por cada estágio do processo de preparação do projeto, demonstrando os fluxos de preparação e aprovação de projetos com ênfase no setor de transportes brasileiro; Produto 2 - Metodologia de um Business Case adaptado à realidade brasileira e que cubra todas as etapas do processo de preparação do projeto, da concepção (planejamento) até a entrega e operacionalização; Produto 3 - Instrumentos técnicos definidos no Produto 2 e requeridos para os diferentes estágios do processo de preparação do projeto, como a definição de estratégias, modelos de negócio e gerenciamento de projetos; Produto 4 - Proposta de estratégia de implementação da metodologia dentro do escopo do Governo Federal considerando a transição do cenário atual para a efetiva aplicação da metodologia; Produto 5 - Aplicação da metodologia proposta a um caso prático; e Produto 6 - Preparação e implementação de um workshop para treinamento e disseminação da metodologia entre os principais ramos do Governo responsáveis pela infraestrutura de transportes do país.

²⁶⁸ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *EPL assina acordo para desenvolver metodologia para estruturação de projetos de infraestrutura no Brasil*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/epl-assina-acordo-para-desenvolver-metodologia-para-estruturacao-de-projetos-de-infraestrutura-no-brasil>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

“MEPI”, denominado e concretizado como “Relatório de Mapeamento das Entidades”, é valioso e adequado para o tema da descoordenação administrativa, pois consiste em material específico a respeito da distribuição de competências entre as variadas autoridades envolvidas na estruturação dos projetos de infraestrutura dos setores de logística do Brasil.²⁶⁹

Portanto, os referidos estudos em questão (SAE, Insper, ABCR e KPMG/EPL), como dito, consistem na principal fonte para a demonstração dos impactos da descoordenação administrativa que são indicados neste capítulo. Além dos impactos abordados, outros problemas, evidentemente, foram indicados nas pesquisas citadas, como a obtenção de fundos para o financiamento dos projetos de infraestrutura no Brasil (tratado, por exemplo, pelo trabalho realizado pela SAE) e aspectos que tocam as condições creditícias e de gestão da taxa de câmbio pelas concessionárias (abordado no estudo realizado pelo Insper). A despeito disso, os impactos da falta de coordenação administrativa que são abordados neste capítulo harmonizam-se essencialmente com os ajustes e recomendações indicados pelos referidos estudos, conforme passa a se analisar nos próximos tópicos.

3.1 Impacto 1: insegurança jurídica

Em trabalho diverso e anterior deste autor, defendeu-se a ideia de que existe um cenário de *insegurança jurídica* generalizada no país, difusa *por todo o lugar*. Um panorama que passou a ser encarado como uma realidade padronizada pelos Poderes Públicos e pelos operadores do

²⁶⁹ Segundo o Relatório desenvolvido, o “documento, denominado ‘Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades’, (...), é parte do trabalho desenvolvido pela consultoria que tem como objetivo apoiar a definição da metodologia para desenvolvimento de Business Case em infraestrutura de transportes no Brasil, bem como apresentar os procedimentos e os métodos fundamentais para sustentação desse Business Case”. Ainda, segundo o Relatório, “o mapeamento das entidades envolvidas no processo de estruturação de projetos é o primeiro passo para entender quem são atualmente os principais interlocutores e suas respectivas funções, assim como identificar gargalos, sobreposições e lacunas no fluxograma da estruturação de projetos (...). Ao longo deste documento, será ilustrado o processo de estruturação de projetos de infraestrutura de transportes, de acordo com as informações recebidas durante as reuniões presenciais, realizadas nos dias 20, 26 e 27 de setembro e 29 e 30 de outubro de 2018, com as seguintes entidades: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL); Ministério da Fazenda e Tesouro (MF); Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP); Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) – Secretaria Nacional de Aviação Civil (SAC); Secretaria de Fomento e Parcerias (SFP); Secretaria Nacional de Portos (SNP); Secretaria Nacional de Transportes Terrestre e Aquaviário (SNTTA); Secretaria de Política e Integração (SPI) –; e Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI). Ressalta-se que o Relatório apresenta e estuda as estruturas e os fluxos adequados ao quadro governamental brasileiro estabelecido *no ano de 2018* e não agrega atualizações que possam ter vindo a ocorrer a partir de novembro do referido ano”. (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 8-9).

Direito (“insegurança é segurança”). Tratou-se de defender que “a insegurança jurídica, em matéria de infraestrutura, encontra-se difundida *por todo o lugar*: nos três Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), na execução dos contratos regulatórios de infraestrutura, na atuação das agências reguladoras e dos órgãos de controle etc”.²⁷⁰ E que, diante deste cenário, o princípio da segurança jurídica deve ser encarado como um *dever* dos Poderes Públicos e como um *direito* dos agentes econômicos.

Desse modo, enquanto naquele trabalho o estudo realizado se preocupou com a análise mais geral do impacto da insegurança jurídica em relação *aos setores de infraestrutura como um todo* (sem a delimitação em relação a apenas um setor), a abordagem aqui é mais restrita pois cuida da insegurança jurídica gerada pela descoordenação administrativa *em relação aos setores de logística*. Esta descoordenação gera, então, um cenário de *insegurança jurídica* e ofende os ideais parciais de *cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade*, que integram o princípio constitucional da segurança jurídica. Além disso, o recorte aqui é mais específico, pois trata da insegurança jurídica gerada por um fenômeno específico, isto é, que decorre da descoordenação, enquanto naquele abordou-se a insegurança na infraestrutura que decorre da atuação de *todos os Poderes Públicos* (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), como as alterações contratuais no âmbito das concessões, as mudanças abruptas e excessivas de marcos regulatórios da infraestrutura e a morosidade e imprevisibilidade das decisões judiciais.

Cumprido destacar que o impacto da insegurança jurídica consiste no contexto *macro* que a descoordenação administrativa gera. Falta de coordenação administrativa ocasiona, diretamente, insegurança jurídica e consiste no impacto por excelência desta descoordenação entre as entidades públicas. Logo, os demais impactos que são indicados posteriormente – conflitos regulatórios e

²⁷⁰ O trabalho “O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura: a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos” é fruto de dissertação de mestrado deste autor defendida na Universidade Federal do Paraná (UFPR). No referido trabalho, este acadêmico destacou que: “à semelhança do que George Orwell já apregoava em sua clássica obra distópica, “guerra é paz, liberdade é escravidão, ignorância é força”,²⁷⁰ tem-se um verdadeiro panorama de duplipensamento arraigado na práxis administrativa brasileira (“insegurança é segurança”). Insegurança jurídica generalizada no contexto nacional. Mas tal conjuntura de insegurança nos setores de infraestrutura não pode ser aceita como uma realidade imposta pelos Poderes Públicos a ponto de os agentes econômicos e os estudiosos do Direito acomodarem-se com ela. Assim como dois e dois não são cinco, uma realidade de insegurança não configura um cenário aceitável e conforme ao princípio da segurança jurídica”. (VALIATI, Thiago Priess. *Segurança jurídica e infraestrutura: a segurança como dever dos poderes públicos e como direito dos agentes econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 206-207).

paralisia decisória – acabam sendo uma decorrência deste cenário mais amplo de insegurança (e que são, portanto, englobados por tal contexto).

3.1.1 O princípio constitucional da segurança jurídica

Antes de se debruçar especificamente sobre o *impacto* da insegurança jurídica – isto é, a insegurança como efeito direto da falta de coordenação administrativa (o oposto, portanto, de um cenário que se almeja *quase* ideal de segurança jurídica) –, é preciso discorrer, pois, sobre o conteúdo do *princípio constitucional da segurança jurídica*.²⁷¹ É, afinal, por meio deste princípio jurídico, com força normativa constitucional, que se procura mitigar o cenário de insegurança jurídica na práxis administrativa nacional. Retoma-se aqui, portanto, o debate em relação ao princípio da segurança jurídica, sobretudo a partir dos três ideais que o compõe (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade) e que referido princípio deve ser encarado como um *dever* do Estado brasileiro e como um *direito* de todos envolvidos na exploração dos setores de logística.

Nesse particular, Eneida Desiree Salgado defende que a Constituição Federal de 1988 seja interpretada a partir de um conjunto de valores, princípios e regras, que conformam o ordenamento jurídico nacional, com indiscutível força normativa.²⁷² A autora afirma que, a despeito de os valores apresentarem um caráter aberto, isto, no entanto, não retira a sua relevância na ordem jurídica, pois eles se materializam em princípios constitucionais que definem a sua esfera específica de atuação. É exatamente o caso da segurança jurídica. Como destaca a autora, “os valores constitucionais se

²⁷¹ A categoria normativa “princípio jurídico” é adotada na presente tese de doutorado como *disposição fundamental do sistema jurídico* ou *mandamento nuclear do ordenamento*. É nessa caracterização de princípio jurídico, por exemplo, que Celso Antônio Bandeira de Mello define o conceito de princípio e esquematiza a ideia de regime jurídico-administrativo, composto por um conjunto de princípios e regras que concedem coerência e identidade ao Direito Administrativo. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 53-54). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio configura um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 974-975).

²⁷² SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Curitiba, 2010. 345f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 8. Clèmerson Merlin Clève destaca a força normativa da Constituição e que os textos constitucionais passaram a representar documentos normativos do Estado e da sociedade na atualidade. Segundo o autor, “os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do legislador”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22).

condensam em princípios constitucionais (...) valores e princípios atuam de maneira distinta na efetivação do Direito (...) enquanto os valores servem como baliza para a interpretação de uma norma e para o desenvolvimento legislativo, os princípios estão ao alcance do legislador e do juiz, se inexistente regra específica”.²⁷³

A segurança, então, se apresenta antes como um valor constitucional: é dizer, a Constituição Federal de 1988 concedeu à segurança a qualidade de valor constitucional no seu Preâmbulo e a incluiu no seletivo elenco dos direitos invioláveis previstos no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Este valor, por sua vez, concretiza-se por meio de um princípio jurídico: o *princípio constitucional da segurança jurídica*.²⁷⁴ Portanto, a segurança jurídica, ao evidenciar uma valoração legislativa positiva, configurando um *valor*, *também* se consubstancia em um princípio jurídico constitucional, com manifesta força normativa constitucional.

²⁷³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...*, p. 9.

²⁷⁴ Embora esteja expressamente previsto no Preâmbulo como um *valor* e no *caput* do artigo 5º como um *direito*, por outro lado, em nenhum momento da Constituição Federal, de forma explícita, se faz menção à existência da segurança jurídica enquanto *princípio jurídico*. Todavia, apesar da ausência de menção explícita, tem-se como inegável o *status* constitucional do princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro. Isto é, se por um lado o texto constitucional não previu expressamente a existência de um princípio da segurança jurídica, é evidente, que de outro, da leitura reflexiva da Constituição extraem-se, além dos princípios explícitos, também os chamados princípios implícitos. E o princípio da segurança jurídica é um deles. Nesse particular, Humberto Ávila destaca que a Constituição Federal, além de exigir a promoção do princípio da segurança jurídica, concretiza ela pela preocupação com os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade, tendo em vista a ênfase que atribui à limitação do poder e à garantia dos direitos fundamentais. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 681). Ávila aduz que a análise da superestrutura constitucional demonstra que ela não é somente uma Constituição que protege o valor da segurança, mas também uma Constituição que consubstancia a própria segurança jurídica. Assim, a Constituição estabelece quais são as autoridades competentes, quais são os atos a serem editados por tais autoridades, quais são os conteúdos a serem regulados por elas, quais são as matérias a serem tratadas e quais são os procedimentos a serem seguidos. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 687). Por sua vez, a análise da estrutura constitucional demonstra que a segurança jurídica consiste em princípio indiscutível, vez que a Constituição a protege diretamente, ao consolidar a segurança como um “direito” e como um “valor” ou reger a sua eficácia mediante a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Ademais, protege indiretamente, ao prever comportamentos que promovem a calculabilidade e a confiabilidade ou ao estabelecer ideais, cuja realização presume a existência destes mesmos objetivos. Humberto Ávila aduz que a Constituição “não apenas garante a segurança jurídica, como ainda a protege em várias das suas dimensões, isto é, como segurança *do* Direito, *pelo* Direito, *frente ao* Direito, *dos* direitos e *como* um direito”. Finalmente, o referido autor defende que o texto constitucional protege a segurança jurídica em favor do cidadão e frente ao Estado. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 687-688). Cristiana Fortini, também no mesmo sentido, faz referência ao *status* constitucional do princípio da segurança jurídica a partir da previsão, no texto constitucional, das garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. (FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95).

A esquematização deste princípio jurídico adotada no trabalho utilizará a tese proposta por Humberto Ávila em sua *Teoria da Segurança Jurídica*. Para Ávila, o princípio constitucional da segurança jurídica consiste em um ideal normativo de primeira grandeza, sendo que o seu ideal maior (segurança jurídica) configura a soma de seus ideais parciais (a *cognoscibilidade*, no que se refere à dimensão estática, e a *confiabilidade* e a *calculabilidade*, no tocante à dimensão dinâmica). Para Humberto Ávila, em relação ao ideal de cognoscibilidade, o princípio da segurança jurídica pretende servir de instrumento para o cidadão, de forma a impedir que este, pautando a sua ação no ordenamento jurídico, venha a se *enganar* ou se *confundir* em relação ao que faz. Já com relação ao objetivo de confiabilidade, a segurança jurídica busca garantir a estabilidade do Direito, a fim de preservar o passado no presente e evitar que o cidadão seja *frustrado* em relação à sua ação. E, finalmente, quanto ao seu ideal de calculabilidade, o princípio da segurança jurídica favorece a continuidade do Direito, a fim de resguardar o presente no futuro e impedir que o cidadão seja *surpreendido* em relação à sua conduta.²⁷⁵

Ademais, Humberto Ávila defende que a cognoscibilidade consiste em pressuposto para a concretização dos ideais dinâmicos de confiabilidade e calculabilidade. Portanto, para existir confiabilidade e calculabilidade (a chamada *realização* do Direito – aspecto dinâmico) é necessário existir antes cognoscibilidade (o *conhecimento* do Direito – aspecto estático). Isto é, para que o Direito seja estável e contínuo, ele precisa antes ser conhecido. O princípio da segurança jurídica, logo, ao se destinar a evitar o engano, a frustração e a surpresa, concretiza o ideal de respeitabilidade ao cidadão, que é realizado com inteligibilidade, lealdade e suavidade da atuação do Estado. Humberto Ávila aduz, assim, que o conjunto desses ideais concretiza um ideal maior de moderação estatal: o princípio da segurança jurídica exige, por consequência, a respeitabilidade da ação do cidadão por meio da moderação estatal.²⁷⁶

O conceito do princípio constitucional da segurança jurídica, na teoria proposta por Humberto Ávila, consiste, então, no seguinte: trata-se de uma norma-princípio que exige dos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) a adoção de condutas que contribuam para a existência de um estado de confiabilidade e de calculabilidade (dimensão dinâmica), com base

²⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 303-307.

²⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 307 e 684.

na cognoscibilidade (dimensão estática), por meio da controlabilidade jurídico-racional dos suportes argumentativos reconstrutivos de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor de deferência à sua capacidade de, sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade estatal, desenvolver o presente e realizar um planejamento juridicamente estratégico do futuro.²⁷⁷

Dessa forma, o princípio constitucional da segurança jurídica, como disposição fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser concretizado pela atuação conjunta dos três Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário e por todas as autoridades públicas envolvidas na regulação dos setores de logística, a fim de mitigar e reduzir a um grau considerado aceitável o cenário de insegurança jurídica, como se passa a analisar.

3.1.2 O impacto da insegurança jurídica sobre os setores de logística

Exposto o conteúdo do princípio constitucional da segurança jurídica, passa-se, agora, à análise da insegurança jurídica como *impacto*, é dizer, como repercussão, efeito, implicação ou resultado da conjuntura existente de descoordenação administrativa. E efeito consiste em um *fato*, ou *evento* ou *acontecimento*. Nesse passo, Humberto Ávila lembra que a segurança jurídica pode ser caracterizada, para além de um valor e um princípio, também como um *fato* e aduz que “no metanível doutrinário (...) pode-se tanto descrever a segurança jurídica (‘há segurança jurídica no Brasil’) como valorá-la (‘a segurança jurídica é uma exigência fundamental’), separada ou conjuntamente”.²⁷⁸

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 698. Rafael Valim também realiza um estudo aprofundado do princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro. Para este autor, o princípio da segurança jurídica leva em consideração dois núcleos conceituais: a certeza e a estabilidade. Em primeiro lugar, a certeza indica que, para os cidadãos possam prever as suas ações e suas consequências, é preciso saber qual é a norma jurídica aplicável e o sentido deontológico que decorre da norma. Em síntese, é preciso que saiba, dentro de critérios objetivos, as normas que irão incidir sobre a conduta e sobre o comportamento dos demais indivíduos, sem o quê não é dado exigir tais ações. O autor salienta que isto implica aspectos técnicos-formais que se materializam na certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas. O aspecto da estabilidade, por sua vez, complementa o conteúdo do princípio da segurança jurídica. Segundo Rafael Valim, “nem é preciso dizer que nada significaria a previsibilidade se as projeções que dela decorrem e que norteiam a ação do administrado pudessem ser desfeitas, a qualquer tempo, pelo Estado”. (VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 46-47). Destarte, enquanto para Humberto Ávila a dimensão estática da segurança jurídica refere-se ao ideal de cognoscibilidade, para Rafael Valim, por sua vez, este ideal correlaciona-se ao aspecto da certeza. Por outro lado, enquanto para Ávila a dimensão dinâmica da segurança jurídica relaciona-se aos ideais de calculabilidade e confiabilidade, para Rafael Valim tal dimensão do princípio corresponde ao ideal de estabilidade.

²⁷⁸ Nesse sentido, Humberto Ávila faz distinção da segurança jurídica a partir de três pontos de vista: como um *fato* (dimensão fática), como um *valor* (dimensão axiológica) e como uma *norma* (dimensão normativa). Ávila salienta

Insegurança jurídica, assim, consiste no estado exatamente oposto ao que se almeja *quase ideal* de segurança jurídica (concretizado, como visto, por meio de seu princípio jurídico, com indiscutível força normativa). *Quase ideal*, pois atingir um estado de absoluta segurança e certeza jurídica afigura-se impossível e pragmaticamente inviável. O que se pretende, assim, é diminuir este estado de insegurança a um grau considerado *aceitável*. Ou seja, que o resultado, pelo menos, não acarrete prejuízos excessivos ao alcance do desenvolvimento nacional, como objetivo fundamental do Estado brasileiro.

Nesse sentido, Neil MacCormick, apesar de postular em favor de uma concepção argumentativa do Direito, salienta que uma das demandas mais comuns dos cidadãos consiste na ideia de “certeza jurídica”. Todavia, MacCormick faz a ressalva de que alcançar a certeza jurídica é inatingível, e que o máximo que pode ser alcançado é diminuir esta incerteza a um grau considerado *aceitável*.²⁷⁹ No caso das alterações normativas relacionadas a distribuição de competências nos setores de logística, por exemplo, se o ordenamento jurídico pátrio precisa ser modificado, que o seja de um modo que possa ser compreendido de forma simples e direta pelos seus intérpretes, sem confusão e, portanto, sem descoordenação, a fim de que a ação estatal possa ser conduzida adequadamente e de forma segura e coordenada.²⁸⁰

que uma coisa é o *fato* de os juízes, por exemplo, aplicarem as normas com a finalidade de confirmar as previsões feitas para as suas decisões; outra é a afirmação de que é *melhor* um ordenamento previsível do que um imprevisível; e outra, por fim, consiste na *obrigação* de os juízes aplicarem normas com o sentido aumentar a probabilidade de previsibilidade de suas decisões. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 124-125).

²⁷⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 14-15. Neil MacCormick, assumindo o caráter argumentativo do Direito, destaca que “o Direito é uma disciplina argumentativa: qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problemas jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito (ao menos discutivelmente adequada, ainda que o preferível seja uma proposição definitivamente adequada)”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 19-21). Para Neil MacCormick, “a certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcionável da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 38).

²⁸⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 14-15. Humberto Ávila, também nesse sentido, defende um conceito de segurança jurídica centrado no controle argumentativo e afasta-se da busca de uma “certeza absoluta”. Isto é, o autor defende que a busca da certeza afigura-se uma questão de grau. Ávila, assim, defende uma noção que é possível de ser descoberta pelo uso estrito da linguagem, por intermédio de critérios hermenêuticos, e no qual o Direito é resultado da experiência e decorre da combinação de aspectos objetivos e subjetivos inerentes à sua aplicação. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 701). Por sua vez, Egon Bockmann Moreira, em lição a respeito dos denominados contratos administrativos de longa duração, defende que a instabilidade e a

Dessa forma, diminuir o estado de insegurança jurídica a um grau *aceitável* (nunca absoluto, porquanto, como dito, pragmaticamente inviável) trata-se de garantir o devido respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica. Assim, é exatamente a partir dessa perspectiva que se pretende analisar o *impacto da insegurança jurídica* causado pela descoordenação administrativa dos setores de logística, sobretudo, a partir dos três ideais parciais que compõem o princípio em questão (cognoscibilidade, em relação ao aspecto estático, e confiabilidade e calculabilidade, a respeito do aspecto dinâmico).

Em verdade, a descoordenação administrativa consiste, praticamente, *na própria insegurança jurídica*, como efeito ou fato. O contexto de ausência de articulação entre os órgãos e entidades da Administração Pública é constante e diretamente associado, portanto, à insegurança. Mas é preciso separar as coisas: insegurança jurídica é o *impacto*, ou seja, o efeito ou resultado direto *que decorre* de um contexto de descoordenação administrativa (gerada a partir do arcabouço normativo e da prática do Direito Administrativo nacional).

Em primeiro lugar, a descoordenação ofende o ideal de *cognoscibilidade* que compõe o princípio da segurança jurídica, porquanto afeta a capacidade de compreensão do ordenamento jurídico (isto é, do Direito Positivo), que delimita as competências das autoridades públicas com competências nos setores de logística, gerando confusão e engano para os seus receptores, sejam agentes públicos, sejam agentes privados.

A indeterminação das atribuições dispostas no ordenamento jurídico compromete a capacidade de assimilação do Direito Positivo por parte dos receptores das normas jurídicas. Com efeito, a distribuição de competências em relação às várias autoridades públicas envolvidas, do modo como ocorre, reflete uma afronta à segurança jurídica, pois o cidadão não detém a certeza de

incompletude dos contratos administrativos são muito mais importantes de serem estudadas do que sua suposta estabilidade. É dizer, Bockmann Moreira preocupa-se com a função central que é concedida à certeza no Direito, e faz o alerta para o risco de se vivenciar uma realidade que não mais existe, “um mundo em que as relações jurídicas não experimentam as vicissitudes do tempo, mas que se blindam em cápsulas de certezas intocáveis”. (MOREIRA, Egon Bockmann. O fim das certezas. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das-certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>>. Acesso em: 10 maio 2022).

quais as entidades e órgãos que são competentes para realizar determinada atribuição, já que ocorre uma confusão/indeterminação na fragmentação das atribuições, como, por exemplo, em relação à incumbência de estruturação das outorgas.

Como visto, no caso do setor de rodovias, ocorre uma indeterminação normativa em relação a quem, efetivamente, deve ser atribuída a elaboração dos planos de outorgas, tendo em vista que ao Ministério dos Transportes compete, segundo o artigo 47, inciso IV da MP nº 1.154/2023, a “*elaboração ou aprovação dos planos de outorga*”, enquanto à ANTT, à luz do artigo 24, inciso III, da Lei nº 10.233/2001, cabe a atribuição de *propor* ao Ministério os referidos planos de outorga. Enfim, como visto no último tópico do capítulo anterior, despontam indagações que os textos das normas não deixam claro: A agência reguladora propõe os planos de outorga e submete para posterior aprovação do Ministério dos Transportes? Mas por que então, segundo a lei, o Ministério também elabora? O texto da lei é, sem dúvidas, confuso, pois há sobreposição normativa e gera indeterminação no destinatário das normas.²⁸¹ Trata-se, afinal, dos denominados conflitos regulatórios que ocorre entre os múltiplos atores institucionais.

Com efeito, as prescrições normativas apenas podem guiar a conduta dos operadores do Direito e dos agentes públicos e privados se eles puderem compreender, de forma efetiva, aquilo o que de fato elas prescrevem (quais autoridades possuem as competências específicas para cada qual, sem confusão e indeterminação). O sentido do Direito Positivo em relação à distribuição de competências deve ser claro, preciso e estável, a fim de não suscitar confusão, indeterminação e frustração em relação aos seus destinatários. Trata-se, pois, da função de orientação do Direito aos

²⁸¹ Embora a legislação sobre o tema seja confusa, o Ministério da Infraestrutura trata do procedimento atinente à fase de elaboração de estudos e aprovação dos planos de outorga em seu portal eletrônico – sobretudo no que tange à concessão de rodovias. Segundo o portal do Ministério: “ao optar por conceder uma determinada rodovia, por meio de uma concessão, o Ministério da Infraestrutura (MInfra) promove a contratação de estudo para a estruturação do projeto, que tem por objetivo o dimensionamento da tarifa de pedágio em conformidade com as obrigações contratuais referentes às obras e serviços necessários, assim como o pagamento de tributos e lucro do parceiro privado. Esta contratação pode ser efetuada pela EPL, pelo próprio MInfra ou ainda seguir outros procedimentos cabíveis (chamamento público, doação, etc.). Além da atuação do MInfra e da EPL, a ANTT participa da definição das premissas regulatórias e de parâmetros técnicos, em atendimento à política setorial de outorgas delimitada pelo Ministério. Tal projeto é objeto de qualificação pelo Programa de Parcerias e Investimentos do Ministério da Economia, demonstrando a sua prioridade por parte do Governo Federal. Após a elaboração dos estudos, eles são encaminhados para a aprovação pelo Ministro da Infraestrutura”. (MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. *Novas Outorgas*. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-terrestre_antigo/rodovias-federais/concessoes-de-rodovias/novas-outorgas>. Acesso em: 1º jun. 2022).

cidadãos.²⁸² O Direito Positivo deve servir como um *instrumento de segurança* dos cidadãos receptores das normas jurídicas que atribuem competências.²⁸³

Humberto Ávila lembra que a clareza das leis regulatórias depende de um meio-termo da *particularização normativa*: isto é, precisão demasiada da legislação regulatória induz à complexidade e, desse modo, impede a inteligibilidade do Direito pelos seus intérpretes, assim como prejudica o dever de generalidade das normas; pouca precisão, por sua vez, impede que o Direito exerça a sua função de orientação e impede que o agente econômico possa prever os efeitos atribuídos aos seus atos, como a alteração frequente de normas ao longo do tempo.²⁸⁴

Ademais, como visto no capítulo anterior, as normas que tratam acerca de competências caracterizam-se por serem transitórias e frágeis, impactando os cidadãos em relação à vigência destas normas, sobretudo porque muitos destes instrumentos normativos que preveem atribuições possuem hierarquia inferior a lei (como os decretos que preveem as atribuições dos Ministérios). Essa constatação foi compartilhada, aliás, pelo estudo realizado pela EPL/KPMG, que evidencia que o arcabouço institucional que trata de atribuições de entidades envolvidas nos setores de transportes “ainda não está completamente consolidado”, pois é caracterizado por alterações frequentes de competências das autoridades públicas envolvidas. Segundo as conclusões do referido trabalho, o “arcabouço institucional não consolidado pode ser, em parte, justificado por ser definido por decretos associados às entidades intervenientes (...) sensíveis a mudanças

²⁸² Em relação à função de orientação do Direito aos cidadãos, Eberhard Schmidt-Assmann destaca que o Direito deve assegurar a “*garantía a las expectativas sociales que surgen en el plano de las conductas y de las acciones de los distintos sujetos; en otras palabras, tiene atribuida una función de orientación. En ese sentido, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima contribuyen a la necesaria estabilidad y, en cuanto piezas integrantes de la cláusula del Estado de Derecho, resultan irrenunciables. Por lo demás, la misma estructura del Derecho presenta una marcada dimensión em favor de esa estabilidad*”. (SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, p. 27). Apesar da necessária função de estabilização social e orientação do Direito, Eberhard Schmidt-Assmann lembra que as sociedades modernas se encontram submetidas a um processo de constante movimento e transformação social. Nesse sentido, o autor destaca quatro forças motrizes que materializam as transformações necessárias dentro do Direito Administrativo: a jurisprudência, a doutrina, o legislador e o Poder Executivo. (SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo..., p. 28).

²⁸³ É o que José Afonso da Silva chama de “segurança do Direito”, ou seja, direito à proteção do direito objetivo, à sua positividade. (SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19).

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 334-336.

políticas”.²⁸⁵ É o caso, justamente, das atribuições do Ministério dos Transportes e do Ministério de Portos e Aeroportos que, como visto, transmudou-se ao longo dos anos por meio de leis e decretos diversos, alterando até a sua própria denominação quando da mudança de governos ocorrida.

O estudo desenvolvido pela EPL/KPMG, aliás, destaca que a fragilidade dos instrumentos normativos que tratam de competências nos setores de logística, somada também à transitoriedade dos mandatos nos cargos de liderança, impactam negativamente no processo de “consolidação” do arcabouço normativo nacional e sua respectiva assimilação pelos receptores das normas, fato, ademais, que prejudica o aprendizado por parte das equipes técnicas intervenientes e a estruturação dos atos de outorga dos respectivos setores.²⁸⁶ É dizer, a fragilidade e a transitoriedade do ordenamento jurídico de competências, que acarreta uma confusão na delimitação das atribuições das autoridades públicas envolvidas, impacta no aprendizado técnico e consequente assimilação dos agentes públicos responsáveis pela estruturação das outorgas dos referidos setores. E, por óbvio, esse prejuízo no aprendizado por parte das equipes técnicas responsáveis impacta também nos agentes privados que sofrem demasiada instabilidade diante deste cenário de fragilidade, afrontando a cognoscibilidade, que integra o princípio da segurança jurídica.

Ademais, as alterações normativas excessivas, para além de ofender a cognoscibilidade e causar engano e confusão nos destinatários das normas jurídicas, viola também o ideal de *confiabilidade* do princípio da segurança jurídica, pois causa *frustração* nos receptores das normas envolvidas. Há, pois, uma verdadeira falta de confiança em relação à vigência do ordenamento jurídico que delimita atribuições nos setores de logística.²⁸⁷ É dizer, para além do grande número

²⁸⁵ Segundo o estudo realizado, “das 19 entidades mapeadas, 11 têm suas competências e atribuições regidas por decretos ou portarias, instrumentos legislativos de hierarquia inferior e, portanto, mais facilmente revogados ou alterados (já que não transitam pelo Poder Legislativo) e sensíveis a mudanças políticas. Além disso, em muitos casos, os cargos de liderança dessas instituições são cargos comissionados, e a transitoriedade dos administradores comissionados traz recorrentes ‘curvas de aprendizado’, desacelerando a consolidação dos fluxos e dos processos”. (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 110).

²⁸⁶ Segundo o relatório da ELP/KPMG, “uma ação mitigadora importante seria a elaboração de trabalhos como esse em tela, que documenta os fluxos e pode ser usado como referência na interlocução entre as equipes dos Ministérios envolvidos e demais interlocutores”. (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 110).

²⁸⁷ Para além das frequentes alterações normativas, Irene Patrícia Nohara, ao tecer comentários sobre a Lei n.º 13.655/2018, destaca que um dos grandes problemas daqueles que se relacionam com o Poder Público consiste na

de autoridades, as alterações do ordenamento jurídico foram tantas, sobretudo no sentido de esvaziar as competências das agências reguladoras e fortalecer as atribuições do Ministério, que denotam um verdadeiro desprestígio das entidades reguladoras, denotando-se um problema de desconfiança da cúpula do Poder Executivo em relação à descentralização administrativa e sucessivas tentativas de centralização decisória.

Em segundo lugar, a descoordenação nos setores de transportes ofende os ideais de *confiabilidade* e *calculabilidade*, aspectos dinâmicos que integram o conteúdo do princípio da segurança jurídica, pois, como dito, causa frustração e surpresa nos destinatários das normas jurídicas.

Como é cediço, contratos de concessão envolvem um grande volume de recursos e são pautados no longo prazo de duração.²⁸⁸ Consistem, portanto, em contratos de extensa durabilidade, cujo trâmite pode percorrer até por décadas. Também é o caso das autorizações regulatórias, no caso dos setores de portos e ferrovias.²⁸⁹ Diante da possibilidade de que decisões relevantes de política regulatória mantenham-se na esfera de atribuições do núcleo do poder político (como no âmbito dos Ministérios e até mesmo da Infra S.A.), afastada de uma autoridade independente e que se pautem em critério eminentemente técnicos, os agentes privados ficam, ao longo da execução de um contrato de longa duração, submetidos à instabilidade de decisões do Poder Público que são influenciadas muitas vezes pelo espectro político, o que pode comprometer a independência na

excessiva modificação de orientações normativas. A autora aduz que: “é cada vez mais difícil se orientar diante dessa instabilidade na interpretação do Direito Administrativo, sendo, ainda, tal circunstância ampliada diante da alteração frequente da própria legislação, dada mutabilidade da disciplina normativa”. (NOHARA, Irene. *LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Hermenêutica e Novos Parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Editora Juruá, 2018, p. 58).

²⁸⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro destacam que “a engenharia financeira das concessões é muito mais elaborada, não apenas pelo alto volume de recursos necessários à prestação, mas também porque não raro, a remuneração devida ao concessionário é postergada para momento posterior à realização da implantação ou aprimoramento da infraestrutura necessária à prestação do serviço”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira*. In.: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 147).

²⁸⁹ Além dos contratos de concessão, que possuem prazo de longa duração, as autorizações regulatórias também possuem período que podem perpassar por décadas. No caso do setor dos portos, a Lei nº 12.815/2011 prevê em seu art. 8º, §2º que: “a autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos”. Já no caso do setor de ferrovias, a Lei nº 14.273/2021 dispõe que o prazo das autorizações “deve ser estipulado pelo regulador ferroviário a partir de proposta da requerente ou fixado no ato de chamamento e deve ter duração de 25 (vinte e cinco) a 99 (noventa e nove) anos”.

regulação e gera a existência de conflitos regulatórios (impacto específico abordado no tópico seguinte).²⁹⁰ Assim, as decisões do Poder Público acabam não sendo confiáveis e calculáveis, gerando frustração e surpresa para os agentes privados.

A práxis administrativa nacional demonstra justamente um panorama de elevada insegurança em decisões relacionadas à execução dos contratos públicos de longa duração. Entre os principais problemas que podem prejudicar a atuação administrativa na fase de execução contratual elenca-se: i) incentivos para mudanças sem alteração transparente e anterior do contrato; ii) dificuldade de compreensão do conceito de equilíbrio econômico-financeiro em contratos de longo prazo, assim como a ideia de alocação de riscos; iii) riscos de responsabilização do parceiro privado por passivos anteriores à concessão; iv) demora ou resistência das autoridades públicas na decisão de pleitos do particular; e v) *incentivos para a Administração interferir arbitrariamente na execução contratual e na remuneração do contratado*.²⁹¹

É o caso das alterações unilaterais que ocorrem nos contratos de concessão que, em muitos casos, operam-se sob incentivos políticos e são fortemente influenciadas pelo jogo eleitoral, pouco perene e imediatista.²⁹² Muitas vezes, as alterações contratuais tratam, por exemplo, de modificação

²⁹⁰ Conforme a pesquisa empírica conduzida por Darcio Genicolo Martins e Patricia Rodrigues Pessoa Valente, “a interferência política do Governo Federal/Estadual ou do Congresso Nacional/Assembleias foi indicada pelos respondentes como o principal motivo para a avaliação negativa da atuação e decisões das agências reguladoras, afetando a decisão de investimentos dos agentes privados. (...) A interferência política consolidada no ambiente regulatório é reflexo da reduzida transferência efetiva de capital político a essas estruturas decisórias e assim foi tratada ao longo da pesquisa. Da perspectiva da iniciativa privada, a interferência política nas agências é lida como uma restrição adicional a sua atuação, fator que incrementa os custos de transação a todos participantes neste setor”. (MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 9). Jacintho Arruda Câmara, por seu turno, chama atenção para o risco do “revisonismo das concessões” e salienta que rever entendimentos sedimentados no âmbito das concessões gera indesejável clima de instabilidade. O autor pontua que: “rever práticas e interpretações contratuais adotadas pelas partes durante período considerável de sua execução é medida inconsequente. Acena para a sociedade que o pactuado pode ser revisto mesmo após o contrato ter sido executado, após a realização de investimentos e prestação de serviços. No momento em que o país busca incrementar as parcerias com a iniciativa privada, esse desapego ao decidido no passado transmite péssima mensagem”. (CÂMARA, Jacintho Arruda. O risco do revisionismo das concessões. Publicistas. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-risco-do-revisionismo-das-concessoes-07062022?utm_source=pocket_mylist>. Acesso em: 14 jun. 2022).

²⁹¹ Estes problemas foram elencados por Carlos Ari Sunfeld e Egon Bockmann Moreira ao discutirem o projeto do PPP MAIS como forma de contornar os problemas relacionados à fase de regulação da execução contratual. (SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. *PPP MAIS...*, p. 14-15).

²⁹² A Lei nº 8.666/1993, antigo diploma legal que regulamentava as licitações e contratos administrativos, possuía aspectos que não são atrativos para os agentes privados, como as excessivas prerrogativas concedidas à Administração Pública. Nesse sentido, Marçal Justen Filho indica um rol das prerrogativas concedidas ao Poder Público que acabam por reforçar a vulnerabilidade do parceiro privado. A primeira prerrogativa consiste na escolha

do preço das tarifas, em que os governos diminuem a tarifa ou não realizam a atualização periódica prevista contratualmente em período de reeleição para garantir o apoio popular.²⁹³ Alega-se a subordinação ao malfadado “princípio da moralidade tarifária” e, pronto, autoriza-se a quebra do contrato de concessão e a suspensão da cobrança da tarifa.²⁹⁴

O caso do ex-governador do Paraná, Roberto Requião, é simbólico em relação ao tema da quebra contratual dos contratos de concessão pelo Poder Público. Nas suas campanhas eleitorais ao governo do Estado do Paraná, Requião criticou severamente os valores cobrados pelas concessionárias de rodovias e, depois que assumiu o governo estadual em 2003, negou-se a permitir os reajustes anuais às empresas privadas. É célebre, aliás, a frase do ex-governador: “pedágio, ou

entre realizar a contratação ou não; vale dizer, mesmo que o parceiro privado se sagra vencedor do certame, a Administração possui, ainda, a prerrogativa de, dentro dos limites estipulados pela legislação, optar pela contratação. A segunda, na previsão legal de que o agente econômico privado continue prestando os serviços, mesmo com inadimplemento do Poder Público, por um prazo de noventa dias. A terceira prerrogativa consiste nas possibilidades de alteração unilaterais da avença contratual. A quarta, na possibilidade de auto-executariedade das sanções aplicadas ao particular. E, finalmente, a quinta consiste na possibilidade de extinção do contrato por meio de decisão unilateral do Poder Público, com fulcro em mero juízo de conveniência da Administração. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015). Por sua vez, Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que “ainda que se reconheça a presença das cláusulas exorbitantes, tal circunstância não impede que o regime jurídico dos contratos administrativos ofereça garantias ao particular, por vezes, mais do que o próprio contrato privado, o que pode ser observado com as garantias decorrentes do equilíbrio econômico-financeiro”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132).

²⁹³ Nesse sentido é a lição de Rafael Vêras de Freitas que aduz que “em contratos de longo prazo, não raro o poder público (na qualidade de poder concedente), movido por interesses políticos de ocasião, leva a efeito alterações contratuais que rompem com a equação econômica de tais ajustes (v.g. pela redução de suas tarifas) ou instaura procedimentos de encampação ou de caducidade que falecem de substrato jurídico, com vistas a retomar os serviços concedidos”. (FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias...*, p. 108).

²⁹⁴ A utilização do “princípio da moralidade tarifária” aconteceu no caso da Contrato de Concessão da Linha Amarela no Município do Rio de Janeiro/RJ. No caso em questão, o Município editou o Decreto nº 45.546/2018 no final do ano de 2018 e suspendeu, por 19 meses, a cobrança da tarifa do pedágio do contrato. Ao justificar o ato, a Municipalidade alegou que teria chegado a conclusões parciais em relação a um desequilíbrio econômico-financeiro em favor da Municipalidade e, assim, com base no “poder geral de cautela”, alegou a tutela do “princípio da moralidade tarifária”. Em relação a este caso, Rafael Vêras de Freitas destaca o cenário da quebra contratual do Município do Rio de Janeiro: “a Barra da Tijuca (ponto de chegada da Concessão) é uma região litorânea, permeada por lindas praias na zona oeste do Rio de Janeiro. Com o mês de dezembro, chegou verão, o Poder Judiciário tinha entrado em recesso. Diante desse cenário, bradou a municipalidade: que se abram os portões da rodovia, por 19 meses! Um contexto adequado para o descumprimento de um contrato, que tende a alegrar eleitores menos atentos. O Poder Judiciário, uma vez mais, impediu (alvissaras) o arbítrio, ao argumento de que teriam sido violados o contraditório e a ampla defesa. De fato, neste caso, o foram. Nada obstante, a questão é um tanto mais sofisticada e gera prejuízos sistêmicos, e no longo prazo, para a própria população”. O referido autor, inclusive, também destaca a violação ao artigo 20 da LINDB no caso em comento: “cuida-se de ato que, para além de romper a base objetiva do contrato de concessão, afronta, expressamente, o disposto no art. 20, da Lei nº 13.655/2018 (trazido pela Nova LINDB)”. (FREITAS, Rafael Vêras de. O “populismo rodoviário”: o caso da concessão da linha amarela. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/opinioao-populismo-rodoviario-concessao-linha-amarela>>. Acesso em: 22 maio 2022).

abaixa ou acaba!”. Na prática, nem uma coisa e nem outra aconteceu (fim dos pedágios ou diminuição das tarifas), a não ser a dívida que o Estado precisou adimplir com as concessionárias. E tal resistência do governo em conceder os reajustes somente acaba por prejudicar e conferir ainda mais insegurança aos agentes privados, que precisam reclamar estes vultuosos valores no Poder Judiciário. Some-se a isso, ainda, o fato de que no Paraná não ocorreu a estruturação de uma agência estadual que exercesse a atividade regulatória, o que acabou por contribuir para a existência de conflitos regulatórios no setor, haja vista que decisões regulatórias relevantes não foram atribuídas à agência e mantidas na esfera do poder político estadual, comprometendo a independência na regulação.²⁹⁵ É dizer, tanto a regulação contratual, ante a cúpula do Poder Executivo não deter a necessária experiência técnica em projetos deste tipo, quanto a regulação por agência, diante da ausência de estruturação de uma agência estadual no Paraná que mantivesse viva a leitura destes contratos de longo prazo, restaram inexistentes no Estado.

Com efeito, no caso de contratos de longa duração o risco de um comportamento oportunista por parte do Poder Público aumenta consideravelmente – e o risco de tal comportamento, no caso de ausente a estruturação de uma agência reguladora (ou de que decisões relevantes não sejam repassadas às agências), fica ainda mais evidente.²⁹⁶ Sobre instabilidade institucional e seu impacto para os contratos de longa duração, Diogo R. Coutinho lembra que “nas circunstâncias em que o compromisso regulatório não é suficientemente claro, criam-se brechas

²⁹⁵ É essencial que exista capacitação técnica suficiente para evitar o risco de captura do Poder Público pelo setor privado da economia. Foi exatamente o que ocorreu no processo de concessão das rodovias paranaenses no final da década de 1990, tendo em vista que, à época, a Administração Pública não possuía a devida experiência técnica necessária para atuar nesta seara. Assim, houve uma ação de captura desde o início do processo de concessão das rodovias, pois o DER (Departamento de Estrada de Rodagem do Estado do Paraná) não foi preparado tecnicamente para este novo contexto regulatório que demandava conhecimento específico sobre regulação de concessão de rodovias. Neste caso, restou explícita a situação de inversão de hierarquias, já que os concessionários detinham conhecimento técnico e específico das mudanças que ocorreram no setor, enquanto os agentes do DER não possuíam elementos concretos para discutir as condições em pé de igualdade com os agentes privados. Segundo Walter Tadahiro Shima, João Mario Figueiredo e Rejane Karam, “criou-se um ambiente institucional extremamente vantajoso para as empresas concessionárias a partir da regulação por contrato, que foi implementado quase que de forma instantânea e sem o respaldo técnico-institucional necessário. Ficou, assim, o legado para o Estado, especificamente o DER, enquanto órgão responsável por todas as políticas públicas para o setor rodoviário de um eterno problema jurídico/regulatório”. (SHIMA, Walter Tadahiro; FIGUEIREDO, Mario João; KARAM, Rejane. Embate político em torno da regulação e entraves ao desenvolvimento rodoviário: o anel de integração do Paraná. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54853>>. Acesso em: 1º agosto 2022).

²⁹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual. In: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro, 2009, p. 6.

para ‘oportunismos’ pós-celebração de contratos de concessão (...).²⁹⁷ O autor aduz que quanto mais longo o prazo do contrato, maior tende a ser a probabilidade de desavenças entre o agente privado e o Poder Público, de modo que, por exemplo, os investimentos, os custos de operação, os lucros, o desempenho privado, as metas de universalização e o cumprimento da legislação podem ser prejudicados.²⁹⁸

Daniel Wei Liang Wang e Juliana Bonarcosi de Palma, nesse particular, afirmam que “a probabilidade de mudanças unilaterais pode não ser pequena quando se trata de contratos de longo prazo em contexto de alternância de partidos com opiniões divergentes sobre as concessões, ainda mais quando os custos não recuperáveis são altos, o que torna a saída do contrato para o concessionário uma opção pouco viável”.²⁹⁹ Assim, muitos governantes, preocupados apenas com o período do seu mandato, acabam por não respeitar pactos celebrados por gestões anteriores (trata-se do chamado *risco político* da concessão), gerando insegurança jurídica para os parceiros privados.³⁰⁰ Diante deste cenário, o agente econômico privado não detém a segurança para *confiar* nas decisões do Poder Público e *calcular* suas ações, restringindo-se os ideais de confiabilidade e calculabilidade, que integram o conteúdo do princípio da segurança jurídica.

Floriano de Azevedo Marques Neto, por seu turno, destaca que o problema não consiste em regular preços, mas sim fazê-lo de forma imediatista e irresponsável, influenciado pelo jogo eleitoral. Segundo o autor, desrespeitar a competência regulatória das agências, além de contrariar a ordem jurídica, pode gerar benefícios efêmeros que decorrem da redução artificial de preços, mas com efeitos deletérios para o futuro.³⁰¹ Nisso, desponta, por evidente, a relevância da atuação

²⁹⁷ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 93.

²⁹⁸ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 93.

²⁹⁹ WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonarcosi de. Política, pedágio e segurança dos contratos: o caso das concessões rodoviárias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78085>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³⁰⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 168-169. Marcos Augusto Perez chama a atenção para o fato de que a Administração Pública brasileira não tem se preocupado adequadamente no tocante ao planejamento prévio dos contratos de concessão, destacando que, em matéria de risco na contratação pública, há uma complexidade que, inclusive, reclama a releitura da doutrina tradicional acerca das áreas contratuais. Nesse passo, Marcos Perez defende que os riscos presentes num contrato de concessão dividem-se em riscos econômico-financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos e os referenciados riscos políticos. (PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público...*, p. 142, 148 e 152).

³⁰¹ O autor ressalta que: “se a escalada de preços precisa ser interrompida, o melhor a fazer é definir linhas mestras da política e deixar ao regulador o comando de implementá-la progressivamente. Se nos distanciarmos da

regulatória das agências reguladoras e a respectiva regulação por agência. É verdade que a ausência de vinculação direta à vontade popular possibilita decisões consideradas antipáticas à população, mas que são essenciais para realizar objetivos relevantes pautados nas políticas públicas previamente estruturadas (pelo núcleo do Poder Executivo, frise-se). Afinal, nem sempre a atuação regulatória e a técnica vão conduzir a escolhas que agradem à população em geral.³⁰²

Assim, as agências reguladoras não podem ser encaradas como um obstáculo à possibilidade de os governantes implementarem as políticas públicas, pois a atividade regulatória permite um ganho de eficácia e de efetividade na atuação estatal, em prol do desenvolvimento socioeconômico. Afinal, a regulação por agência consolida a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas, previamente estabelecidas pelo Estado. A política regulatória, a cargo da atividade das agências, favorece o planejamento, incrementa a estabilidade e a institucionalidade (e não a imutabilidade) das políticas públicas e confere consistência à mudança.³⁰³

Para além das alterações unilaterais dos contratos de concessão, a existência de múltiplos atores estatais envolvidos nos setores de logística também afronta os ideais que integram o princípio da segurança jurídica, gerando a existência de conflitos regulatórios. O significativo número de autoridades atuantes aumenta a possibilidade de que as decisões regulatórias sejam fragmentadas e ocorra falta de harmonia e articulação entre elas (e que, além de tudo, atrase o processo, impactando os particulares e a disponibilização da infraestrutura para os cidadãos). É natural, evidentemente, que existam variados atores estatais envolvidos, sobretudo em setores que demandam uma atuação técnica e demasiadamente complexa, *mas, como já destacado, é*

prudência regulatória, o cidadão pagará a conta depois de fechadas as urnas”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Inflação, eleição e regulação: clima ruim, solução péssima. Publicistas. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/inflacao-eleicao-e-regulacao-rima-ruim-solucao-pessima-31052022>>. Acesso em: 14 jun. 2022).

³⁰² Nesse particular, Marçal Justen Filho salienta que o país tem convivido com a denominada regulação demagógica e que esse contexto afeta a atividade das agências. “Isso não significa que a agência reguladora deva ser insensível às necessidades da população. Mas deve haver ponderação entre os direitos e os interesses das diversas esferas envolvidas. O modelo regulatório depende da eficiência e da neutralidade da atuação das agências reguladoras. Sem isso, as agências se tornarão mais um veículo para regulação demagógica e especialmente para a demagogia regulatória”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Demagogia regulatória e regulação demagógica: os riscos da eliminação da neutralidade das agências reguladoras. Publicistas. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/demagogia-regulatoria-e-regulacao-demagogica-10052022>>. Acesso em: 14 jun. 2022).

³⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes...*, p. 91.

demasiadamente necessário, por outro lado, que desta variedade de atores estatais decorra uma efetiva coordenação entre eles.

Nesse sentido, aliás, o estudo da EPL/KPMG aponta que “foi constatada a existência de um grande número de intervenientes no processo mapeado, relacionado tanto à estruturação de projetos de desestatização dos ativos de infraestrutura quanto à concessão da prestação de serviços no setor de transportes. Inclusive, observa-se esse fato para os diversos modos de transporte analisados, o que faz com que o processo seja consideravelmente segmentado”.³⁰⁴

Como dito, alcançar um estado de absoluta segurança jurídica configura algo impensável. O que se busca, assim, é mitigar este cenário de insegurança a um grau que seja considerado *aceitável*, à luz do princípio da segurança jurídica. Ou seja, que o resultado/impacto desta insegurança acarrete o mínimo possível de prejuízos, à luz do direito ao desenvolvimento, no contexto dos setores de logística. É sobre os sobreditos conflitos regulatórios que se passa a analisar.

3.2 Impacto 2: conflitos regulatórios

Paralelamente ao contexto de insegurança jurídica, como cenário *macro*, a falta de coordenação administrativa nos setores de logística origina os denominados *conflitos regulatórios*. Em verdade, o impacto em questão está diretamente relacionado ao cenário de insegurança jurídica: não se tratam, portanto, de impactos desvinculados, distintos e autônomos, pois o contexto de insegurança, maior, engloba a existência dos conflitos regulatórios. Insegurança jurídica, portanto, trata-se do contexto *macro*. Esse contexto, por sua vez, abarca a ocorrência do que aqui se convencionou denominar de conflitos regulatórios. Por questões didáticas, portanto, preferiu-se

³⁰⁴ Todavia, o estudo faz a ressalva de que: “este não é necessariamente um ponto negativo, uma vez que se tem, em teoria, a revisão e a consideração de órgãos que possuem funções e conhecimentos específicos em todos os aspectos relacionados à estruturação de projetos de infraestrutura de transporte, nos diversos modos. Entretanto, cabe um ponto de atenção, pois a comunicação efetiva e o cumprimento de prazos, por exemplo, são pontos sensíveis nesses cenários. Assim, ressalta-se a importância de sistematizar a comunicação entre os diferentes órgãos e estabelecer padrões de prazos coerentes. Neste sentido, a inexistência de pontos de contato definidos entre as diferentes entidades, em que, eventualmente, não se encontra uma comunicação interinstitucional padronizada ou sistematizada, pode interferir negativamente no processo”. (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 110).

abordar o impacto em um tópico específico, sobretudo diante das graves deformações pelos quais passa o ambiente de regulação no Brasil.

A denominação conflitos regulatórios é aqui utilizada para designar as situações em que decisões acabam sendo divididas, na prática ou em decorrência da distribuição de competências do ordenamento jurídico, por mais de uma autoridade pública, gerando a indeterminação de atribuições no processo regulatório.³⁰⁵

Com efeito, quem deveria tão somente fixar as políticas públicas dos setores de logística, acaba por ir além e traça aspectos relevantes do plano da política regulatória. Como visto, os planos de elaboração e implementação indireta das políticas públicas são nitidamente diferentes; configuram planos hierarquicamente distintos.³⁰⁶ Já quem deveria regular o setor, concentra sua atuação (mas não a limita) como poder concedente, isto é, como ente contratante dos contratos de concessão e autorização. Defende-se, afinal, que a regulação não seja *apenas* contratual, mas compreenda *também* a regulação de todo o setor, de forma coerente e sistêmica (regulação por agência). E quem deveria realizar o controle externo de todo o processo, atua como verdadeiro co-

³⁰⁵ Mariana Vianna, por sua vez, em artigo específico acerca da “sobreposição regulatória”, defende que um “ordenamento jurídico com sobreposição regulatória confere maior equilíbrio ao desenho institucional atual”. Isto é, a referida autora defende que a “sobreposição regulatória” pode estabelecer um ambiente que prima pela atuação articulada dos órgãos governamentais competentes e, portanto, reduz as assimetrias informacionais existentes (...) no fim, é possível identificarmos o caráter de complementariedade entre as normas sobrepostas, o que, novamente, promove maior segurança jurídica e eficiência, já que afirma a validade das normas regulatórias sob o prima da competência regulatória das agências”. (VIANNA, Mariana. Sobreposição regulatória: os riscos na aplicação do critério da especialidade. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet. *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 289).

³⁰⁶ Como lembra Floriano de Azevedo Marques Neto: “políticas públicas não de ser necessariamente de longo prazo, de implementação perene e com forte viés de planejamento e ordenação da economia. Não podem ser concebidas para atender objetivos imediatos (legítimos ou não, pouco importa), influenciados pelas vicissitudes do embate político – eleitoral. Não se nega a legitimidade democrática da disputa política. (...) Porém, não se pode atrelar as políticas públicas às conjunturas cambiantes dos interesses das forças que embatem na arena política. (...) dadas as transformações no papel do Estado, num contexto de nova regulação estatal, as políticas públicas não são mais impostas, e sim introduzidas mediante critérios de mediação, ponderação e prudência; (...) Os órgãos reguladores não são instância institucional de definição de políticas. São sim espaços e instrumentos para efetivação destas, previamente definidas pelo Executivo e pelo Legislativo (eventualmente até com a participação e o suporte técnico do órgão regulador, mas fora do campo decisório deste). A regulação apresenta-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes...*, p. 91-92 e 94).

gestor das decisões públicas, substituindo-se, muitas vezes, o gestor e o regulador, na análise prévia dos atos de outorga dos setores de transportes.³⁰⁷

Em primeiro lugar, como visto no capítulo anterior, o TCU, apesar da ausência de previsão constitucional e legal que lhe confira competência explícita para tal, na realidade prática acabou por assumir um relevante protagonismo e atuar nos projetos de infraestrutura como um verdadeiro co-gestor, participando ativamente das decisões em relação à modelagem dos editais de outorga.³⁰⁸

Assim, o TCU ampliou a sua esfera de atuação para além da realização de mera auditoria de conformidade e legalidade dos atos de outorga e passou a fazer apreciações de mérito e conveniência. As decisões do TCU determinam modificações de aspectos fundamentais da modelagem dos contratos, substituindo a ação dos respectivos Ministérios e das agências reguladoras e gerando a existência do que aqui se convencionou denominar de conflitos regulatórios. Logo, ao realizar a reprovação de escolhas diferentes em relação aos entendimentos da Corte de Contas Federal e penalizar erros técnicos dos gestores públicos, o TCU acaba por constituir um desincentivo à atuação dos agentes públicos, principalmente, das agências. Como lembram Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, “a ampliação das atribuições do Tribunal de Contas não pode ser vista como a transformação desse órgão em esfera revisora de todas as

³⁰⁷ No contexto dos Estados Unidos da América, David A. Hyman e William E. Kovacic, em estudo sobre a distribuição de várias responsabilidades entre agências estadunidenses, destacam esse cenário de fragmentação de responsabilidades e o risco de impactar no sistema regulatório como um todo ao afirmar que: “*many of these institutions have overlapping authority – sometimes by reason of deliberate legislative choice and sometimes by accident (...). When regulatory tasks are reallocated, or a new agency is inserted into the mix, or new powers are given to an existing agency, there is a significant potential to disrupt this regulatory ecosystem. Disruption can take a variety of forms.*”. Por outro lado, o estudo faz a ressalva de que: “*the combination of related functions within a single department or agency does not mean that good things will inevitably result*”. O estudo de Hyman e Kovacic demonstra como a distribuição de competências consiste em um fenômeno complexo, que demanda a relevância do estudo no âmbito do desenho institucional brasileiro. (HYMAN, David A.; KOVACIC, William E.. Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer? (February 20, 2013). Illinois Program in Law, *Behavior and Social Science Paper No. LE12-14*; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-70; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-70, p. 28-29).

³⁰⁸ Segundo o estudo empírico realizado pelo Insper, “verificou-se um recrudescimento da fiscalização da atividade do agente regulador e a ampliação da atividade fiscalizatória nos setores-alvo, especialmente pelo TCU. O que antes era repressivo, indireto e esporádico na visão da iniciativa privada, passou a ser *prévio, direto e frequente*. A atividade fiscalizatória de acompanhamento dos processos de desestatização pelo Tribunal adotou protagonismo no ambiente regulatório de maneira a atribuir ao TCU papel relevante nas definições de pontos que impactam a decisão de investimento da iniciativa privada”. (MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 63).

decisões da Administração Pública, inclusive as de caráter regulatório; nem como meio de lhe atribuir competências reservadas a outros órgãos ou entes”.³⁰⁹

A existência dos conflitos regulatórios gera, assim, o contexto do que se denomina de *paralisia decisória*, que também se reveste como um impacto da descoordenação na regulação dos setores de logística e que é mais bem analisada, de forma específica, no próximo tópico.

Segundo o estudo desenvolvido pela ABCR para o setor de rodovias, estas interferências do TCU: “(i) trazem insegurança jurídica quanto aos processos conduzidos pelo poder executivo, (ii) colocam em questão a distribuição de competências constitucionalmente estabelecida e (iii) costumam ter como efeito o retardamento ou o abandono de projetos relevantes para o setor da infraestrutura”.³¹⁰

Vale dizer, o protagonismo crescente do TCU nos projetos de infraestrutura também ocasiona o retardamento da análise dos editais de concessão que são submetidos à análise da Corte de Contas e, por consequência, a própria execução do contrato e disponibilização da infraestrutura para os cidadãos. Como exemplo, tem-se o caso das concessões de rodovias federais que foram delegadas ao Estado do Paraná no final da década de 1990 e que tiveram os contratos encerrados no final de 2021, após vinte e quatro (24) anos de trâmite contratual. Após o término destes contratos, contudo, a operação e a manutenção das rodovias voltaram para a responsabilidade do

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas..., p. 218. Os autores em questão destacam que: “não é qualquer matéria decidida pela entidade que integra o objeto do *exame de legalidade* a ser exercido por esse órgão de controle. Sua fiscalização quanto à conformidade está circunscrita à atuação financeira (em sentido amplo), não lhe cabendo avaliar e revisar toda e qualquer decisão administrativa tomada pela entidade. Não foi essa a função constitucionalmente prevista para o Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas não tem poder de revisão nos casos em que a discussão envolva questão alheia ao universo financeiro (em sentido amplo), como são as questões puramente regulatórias, isto é, que tratem da aplicação de normas legais e regulamentares sobre tema setorial. Ressalte-se que não é inviável que o Tribunal de Contas faça uma análise operacional do desempenho da Administração. O Tribunal pode, de fato, avaliar se a atuação geral da Administração está proporcionando maior ou menor eficiência a dado segmento. Mas disso não resultará qualquer ordem às autoridades administrativas, mas sempre e só recomendações não vinculantes, isto é, contribuições críticas para ajudar no permanente processo de melhoria que a própria Administração tem de fazer de sua organização e sua atuação. Assim, o que não pode haver é autêntica revisão de legalidade das posturas adotadas pelas entidades administrativas para além do controle financeiro (em sentido amplo), pois isso escapa às atribuições constitucionais da Corte de Contas”. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas..., p. 218).

³¹⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil*. São Paulo: ABCR, 2018, p. 36.

Poder Público, enquanto os novos contratos não são concedidos e aguardam a análise da modelagem pelo TCU.³¹¹ Desde o final de 2021, portanto, as rodovias do Paraná aguardam a nova concessão. Em relação à operação e manutenção das rodovias estaduais durante o hiato entre o encerramento da antiga concessão (assinada no final dos anos 1990) e a nova concessão, tais serviços ficaram a cargo do governo do Estado no caso das rodovias estaduais, e do DNIT no caso das rodovias federais, com as cabines de pedágio desativadas durante todo este período. No entanto, em menos de um ano sem operação por concessionários, as rodovias rapidamente deterioraram-se.³¹²

Nesse caso, aliás, o problema do retardamento é ainda mais grave, pois diante desse hiato entre o término da antiga concessão e a assinatura dos novos contratos, os usuários acabaram sendo diretamente prejudicados diante do serviço mais escasso prestado pelo Poder Público nas rodovias paranaenses. Por exemplo, não restou claramente definido, pelo menos em um primeiro momento, quem prestará serviços de guincho ou primeiros socorros nestas rodovias enquanto elas esperam por novos concessionários. Quando a situação é de falha elétrica ou mecânica do veículo, aliás, a responsabilidade pela remoção é unicamente do usuário. Além disso, durante este período, não haverá atendimento para panes mecânicas, pneus furados e falta de gasolina.³¹³

³¹¹ “Governo adia concessão e Paraná ficará um ano sem pedágios: contratos em vigor expiram em novembro; novos devem ser assinados apenas no fim de 2022”. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/11/governo-adia-concessao-e-parana-ficara-um-ano-sem-pedagios.shtml>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

³¹² Durante o hiato entre as concessões, o Estado do Paraná e o governo federal abriram licitações para os serviços rotineiros de conservação do pavimento (remendos superficiais e profundos, reperfilagem e microrrevestimento) e serviços de conservação da faixa de domínio (controle da vegetação próxima ao pavimento, limpeza e recomposição de elementos de drenagem, limpeza e recomposição da sinalização e dispositivos de segurança viária). Segundo o Estado do Paraná, o valor total dos cinco lotes ficou em R\$ 93,5 milhões para a execução de serviços ao longo de 730 dias (dois anos), com a possibilidade de rescisão contratual, sem penalidade para as partes envolvidas, para os casos em que a conservação não será mais necessária com o início das novas concessões, devido à supressão dos serviços. (“Veja como vai funcionar a operação do Estado nas rodovias que tinham praças de pedágio”. *Governo do Estado do Paraná*. Disponível em: <<https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Veja-como-vai-funcionar-operacao-do-Estado-nas-rodovias-que-tinham-pracas-de-pedagio#:~:text=A%20partir%20do%20dia%2028,mais%20baixas%20que%20as%20atuais>>. Acesso em: 6 jun. 2022).

³¹³ A estruturação relativa à concessão das “Rodovias Integradas do Paraná” está em andamento, tendo sido a fase de estudos concluída em 29/01/2021 e a audiência pública relativa ao projeto realizada em 11/11/2021. Atualmente, aguarda-se a divulgação de acórdão do TCU a respeito da modelagem da concessão, tendo em vista o envio do plano de outorga também em novembro/21. A publicação do edital está prevista para o 2º trimestre de 2022. (ANTT. *Rodovias Integradas Do Paraná*. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/rodovias-integradas-do-parana>>. Acesso em: 11 abr. 2022).

Esse diagnóstico em relação à variedade de autoridades envolvidas na regulação da logística nacional é compartilhado, também, pelo estudo da EPL/KPMG, ao tratar do mapeamento de competências das entidades na estruturação das outorgas, que destacou que “quando revisões ou validações são necessárias, não se poderá prever os impactos em cada projeto, prejudicando o tempo de execução, a manutenção da qualidade desejada e, no limite, o senso de urgência do projeto”. E, além disso, que: “alguns órgãos, na prática, assumem competências e atribuições além daquelas estabelecidas nos normativos existentes”, como é o caso do TCU.³¹⁴

Ademais, no mesmo sentido, o estudo da ABCR evidencia que “a ausência de articulação ou de integração entre os entes governamentais provoca não apenas a lentidão na aprovação de projetos, como também a perda de conhecimento relevante para sua estruturação”.³¹⁵ Assim, as consequências deste protagonismo crescente do TCU se traduzem no adiamento do programa de concessões, na devolução das concessões existentes ou, ainda, na paralisação de empreendimentos em curso. É o caso, por exemplo, da já citada relação entre a ANTT e o então Ministério dos Transportes no tocante à elaboração dos editais da Segunda Etapa do Procofe, como visto no capítulo anterior.

Para além do protagonismo do TCU na regulação destes setores, que impacta demasiadamente na estruturação dos editais e contratos, ocorre também conflitos regulatórios entre o núcleo do Poder Executivo, sobretudo do Ministério dos Transportes e do Ministério de Portos e Aeroportos e respectivas Secretarias, e as agências reguladoras de cada setor.

A ABCR, por seu turno, defende uma maior centralidade decisória para o caso do setor de rodovias, como forma de mitigar o problema da distribuição excessiva de competências decisórias. É dizer, passa “pela atribuição do papel preponderante de um ente estatal sobre os demais, no que tange às decisões que coordenam, orientam e impulsionam o setor, de maneira

³¹⁴ O referido estudo assenta que: “apesar de entender que ajustes acabam por ocorrer nas execuções práticas dos fluxos, cabe lembrar que, sempre que possível, se um procedimento ou atividade se afasta do modelo original é recomendável revisar continuamente o fluxo ou a atividade. Assim, poderá haver uma adequação à nova realidade, a fim de não prejudicar o entendimento do processo para os demais intervenientes e manter a coerência destes”. (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 111).

³¹⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 38.

articulada e proativa”.³¹⁶ Trata-se esta, afinal, da principal idealização relacionada à proposta do PPI – é dizer, uma necessária coordenação dos projetos e empreendimentos de infraestrutura considerados essenciais para o país. Todavia, a proposta de uma maior coordenação, que estava no cerne do PPI, parece não ter alcançado o sucesso e efetividade almejados em sua gênese, ante a fragmentação de atribuições gerada pelo ordenamento jurídico pátrio, o que acaba por gerar prejuízos ao diálogo institucional entre atores estatais. Ademais, a criação do PPI não modificou a prática de gestão das concessões e outros projetos de desestatização que acontece fora, efetivamente, do âmbito das agências reguladoras.

Como dito anteriormente, a indeterminação em relação à política pública que norteará a regulação consiste em um fator de insegurança jurídica e, por consequência, gera os sobreditos conflitos regulatórios, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio, do modo como previsto, deixa dúvidas sobre o papel de cada ator em relação à elaboração e implementação das políticas públicas.

Este entendimento, inclusive, como lembra Rodrigo Pagani de Souza, foi manifestado no famigerado Parecer nº 51/2006,³¹⁷ da Advocacia-Geral da União (AGU). O autor “sugere que um

³¹⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 39. O estudo da ABCR destaca que “a fragmentação de competências entre as diversas autoridades públicas “faz com que, com frequência, as decisões acerca da formulação de políticas públicas, estudos, modelagem, controle e realização dos leilões de concessão sejam tomadas por entes isolados das demais etapas do processamento de projetos, com frequente perda de qualidade e tempo para o empreendimento”. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 38).

³¹⁷ Parecer AGU Nº AC-51, de 05 de junho de 2006. “PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170). II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005. V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes

dos riscos é o da interferência indevida da cúpula do Poder Executivo (Chefe e Ministros de Estado) em assuntos tidos legalmente como da competência reservada a uma agência reguladora independente, a pretexto de ditarem ‘política pública’ – tudo ao arrepio da lei”.³¹⁸

O caso do Parecer nº 51/2006 consistia na possibilidade de apreciação de recurso hierárquico interposto perante o então Ministério dos Transportes em face de determinada decisão tomada pela ANTAQ. O Parecer externou o entendimento de que seria cabível o recurso hierárquico nos seguintes casos: i) quando a agência reguladora toma decisão que extrapole a sua competência legal; e ii) quando forem desrespeitadas as políticas públicas previamente estabelecidas. Nesse particular, o Parecer em questão externa claramente que “a formulação das políticas públicas dos diversos setores regulados permanece, via de regra, na alçada dos respectivos Ministérios, e a sua violação pelas agências, da mesma forma, atrai a incidência da revisão ministerial como instrumento de realinhamento de suas decisões às políticas públicas estabelecidas para esses setores”. Apesar de no caso concreto não ter ocorrido revisão ministerial da decisão da agência, o precedente é deveras perigoso no Direito brasileiro e para a independência da atividade regulatória porque abre a possibilidade de o Ministério rever a decisão tomada pela agência reguladora, tendo em vista que caberá exclusivamente ao Ministro de Estado definir a existência, ou não, de ofensa a uma política pública por ele mesmo formulada. Este é o perigo: o precedente abria margem para, exclusivamente, o próprio Ministério definir os casos em que a política pública estará sendo obedecida ou não. E esse perigo é agravado diante da indeterminação das normas em relação à definição dos papéis de cada autoridade pública em relação às políticas públicas. Com efeito, a falta de clareza do ordenamento torna ainda mais suscetível as decisões regulatórias a uma ingerência indevida dos Ministérios. Afinal, se não há clareza sobre qual é a política pública, qual autoridade é responsável por defini-la e como deve fazê-lo, invocar de forma

às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.”

³¹⁸

PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil..., p. 129-130.

artificial uma suposta ofensa a ela torna-se muito mais fácil (e, evidentemente, perigoso). Como é visto no capítulo derradeiro da tese, a Lei nº 13.848/2019, com o objetivo de garantir a desvinculação hierárquica e a afastar os perigos gerados pelo Parecer nº 51/2006, prevê em seu artigo 3º a “ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos”.

Como inferem Caio Mario da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami, “sendo as orientações ministeriais necessariamente genéricas, elas acabam abrindo espaço para toda sorte de questionamento sobre as decisões das agências”.³¹⁹ Mas é preciso lembrar que “a implementação das políticas públicas num contexto de estado regulador depende da mediação das agências (porquanto fica adstrita ao manejo dos instrumentos regulatórios a cargo dos entes reguladores), reduzindo a capacidade do poder político de impor seus objetivos à sociedade”.³²⁰

Como visto, no caso do setor de rodovias, ocorre uma indeterminação normativa em relação a quem deve ser atribuída a elaboração dos planos de outorgas, pois ao Ministério dos Transportes compete a “*elaboração ou aprovação dos planos de outorga*”, enquanto à agência respectiva cabe a atribuição de *propor* os planos de outorga. Ora, quem é responsável pelo que então? Quem propõe os planos de outorga?³²¹ Assim, o que ocorre é uma confusão de competências em relação à elaboração das outorgas que,³²² na prática e diante desta distribuição prevista pelo ordenamento pátrio, acabou sendo assumida pela autoridade que possui, naturalmente, maior força política (Ministério dos Transportes).³²³ É dizer, ocorreu o esvaziamento das competências da agência diante da crescente centralidade decisória no Ministério. Com a criação da EPL (que se tornou Infra S.A. no segundo semestre de 2022), há um novo personagem em meio a este processo, vez que cabe à referida empresa pública, subordinada ao Ministério, o auxílio na estruturação das

³¹⁹ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário..., p. 155.

³²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes...*, p. 94.

³²¹ Os planos de outorga aqui referidos não se tratam de um planejamento geral para *todo* o setor de rodovias, ou um “plano geral de outorgas”, mas o plano *específico* para cada empreendimento. Defende-se aqui que a elaboração destes planos deveria ficar a cargo das agências reguladoras, entidades com competência regulatória e técnica para tal desiderato.

³²² A confusão está bem detalhada no último tópico do segundo capítulo deste trabalho.

³²³ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 40.

outorgas, relegando a participação da agência apenas para um segundo momento, após a definição das “diretrizes” pela cúpula do Poder Executivo.³²⁴ Assim, é o Ministério dos Transportes, com o auxílio da Infra S.A., que define as principais diretrizes dos planos de outorga, e encaminha para as entidades reguladoras para a realização de ajustes, celebração do contrato e condução da licitação (regulação contratual).³²⁵

Na pesquisa empírica realizada no âmbito do Insper, Darcio Genicolo Martins e Patricia Pessoa Valente chamam a atenção para a percepção do então Ministério da Infraestrutura – diferentemente de todos os outros entrevistados – *que respondeu que a existência de uma agência não afeta a qualidade da regulação*. Segundo os autores, a partir desta visão do Ministério, ao qual estão vinculadas as agências dos setores de transportes, “é possível inferir que há certa descrença em relação ao valor das atividades dessas agências e que, se a qualidade da regulação é boa, esta conclusão decorreria apenas da sua própria atuação e não das agências”.³²⁶ Os autores destacam, assim, que: “a percepção do Poder Executivo destoante dos demais entrevistados sobre a qualificação das áreas técnicas pode justificar a exclusão das agências na etapa preliminar de discussões sobre a modelagem gestada atualmente pelo Poder Executivo”.³²⁷

O estudo técnico desenvolvido pela EPL/KMPG, aliás, assenta a necessidade de haver uma entidade independente, de caráter técnico, que seja responsável pelo planejamento e

³²⁴ Darcio Genicolo Martins e Patricia Pessoa Valente inferem que as áreas técnicas das agências são vistas como boas pelos entrevistados, pois têm sido capazes de oferecer respostas adequadas às questões que lhe são submetidas. “Se as decisões finais não são satisfatórias para o ambiente regulatório isso se deve, na percepção dos consultados, à tal ingerência política e à paralisia decisória decorrente da intensidade com que a atuação dos órgãos de controle tem ocorrido, e não à falta de capacidade técnica da burocracia regulatória”. Os autores destacam ainda que “dentre aqueles que têm atuação direta com as agências reguladoras, as respectivas áreas técnicas foram consideradas peças-chave no processo decisório”. (MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 9-10).

³²⁵ Como visto, segundo o estudo da EPL/KMPG, a SNTTA, órgão executivo responsável pelas diretrizes nacionais de transporte terrestre, é pouco presente ao longo da etapa de planejamento estratégico dos setores rodoviário e ferroviário. Por sua vez, a SAC e a SNP lideram esse processo nos respectivos setores de aeroportos e portos. Nos setores de rodovias e ferrovias, a EPL assume a liderança desta etapa, englobando, aparentemente, um papel maior do que as suas disposições iniciais. Por outro lado, a EPL não possui a mesma liderança nos fluxos aeroportuários e portuário, o que produz uma concentração de aprendizado sobre um único modo, em vez de oferecer uma visão de portfólio dos diversos modos, que possibilitaria aplicar o conhecimento acumulado aos diversos projetos dos distintos modos. (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 111).

³²⁶ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 40.

³²⁷ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 40.

estruturação de projetos dos setores de logística, pois garante maior transparência e despolitização de todo o processo. Mas o referido estudo defende que, considerando a análise dos fluxos realizado pelo material, tratar-se-ia da EPL (atualmente, Infra S.A.) a entidade que melhor assumiria esse papel, é dizer, a própria entidade que elaborou o relatório em questão.³²⁸ Tal visão, aliás, reforça a conclusão da pesquisa operada no âmbito do Insper. Defende-se aqui, por outro lado, que a autoridade pública que deveria ser responsável pela elaboração dos atos de outorga consista, sim, em uma entidade independente e de caráter técnico, mas que essa autoridade consista nas agências reguladoras de cada setor, tendo em vista que são elas as entidades com maior independência em relação à cúpula do Poder Executivo e as que possuem maior capacidade técnica para tanto.

Segundo o site do Ministério, ao optar pela concessão de um novo empreendimento (no caso, em relação ao setor de rodovias), o Ministério promove a contratação de estudo para a estruturação do projeto, que pode ser efetuada pela EPL/Infra S.A., pelo próprio Ministério ou ainda seguir outros procedimentos cabíveis. Ademais, nas palavras do Ministério da Infraestrutura, “além da atuação do MInfra e da EPL, a ANTT participa da definição das premissas regulatórias e de parâmetros técnicos, em atendimento à política setorial de outorgas delimitada pelo Ministério”.³²⁹ Como lembram Caio Mario da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami, o deslocamento da competência do desenho dos atos de outorga ao Ministério pode gerar “tensão entre o Ministério e o órgão regulador, uma vez que este último pode interpretar de forma distinta comandos que não ajudou a criar”.³³⁰ Desse modo, a autoridade pública que, em tese, possui a maior capacidade técnica para a estruturação das outorgas é afastada do processo prévio de discussão sobre a modelagem do projeto (ou, pelo menos, das decisões regulatórias consideradas mais relevantes), o que não parece configurar o melhor modelo regulatório.

Conforme destacam Darcio Genicolo Martins e Patricia Pessôa Valente, a percepção dos agentes do Ministério da Infraestrutura em relação às áreas técnicas das agências “reflete o efetivo

³²⁸ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 111.

³²⁹ MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. *Novas Outorgas*. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-terrestre_antigo/rodovias-federais/concessoes-de-rodovias/novas-outorgas>. Acesso em: 1º jun. 2022.

³³⁰ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário..., p. 158-159.

esvaziamento de competências pelo qual as agências reguladoras federais passam com a criação de programas e iniciativas pelo Governo Federal para viabilizar concessões em diversos setores”.³³¹ O estudo do Insper afirma, ainda, que após a finalização da concepção geral dos projetos (ou da definição das diretrizes que nortearão primordialmente os empreendimentos), cabe às agências a condução das licitações e a gestão dos contratos, tarefas que se tornam ainda mais complexas e desafiadoras caso as entidades reguladoras não tenham participado efetivamente das decisões regulatórias mais importantes atinentes à modelagem dos projetos. Ao longo da execução, verifica-se desconforto do corpo técnico da agência em atuar com independência em relação à cúpula do Poder Executivo, predominando tanto a paralisia decisória quanto a visão estática dos contratos de longa duração, em desfavor de uma visão dinâmica de um contrato administrativo.³³²

Essa percepção é compartilhada também por Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis, que destacam que “no processo de concessões rodoviárias federais, a entidade originalmente concebida para ser uma agência reguladora independente, e que adota rituais formalmente destinados a dar transparência, transformou-se na prática em instrumento para ocultar a verdadeira mecânica decisória”.³³³

Com efeito, a participação das agências na fase de estruturação dos projetos contribui com a regulação por agência, pois garante a despolitização de todo o processo. As agências não deveriam ser afastadas desta relevante etapa da estruturação dos empreendimentos, pois possuem capacidade técnica e autonomia para contribuir com o desenvolvimento das concessões. A agência deveria ser responsável pela estruturação dos projetos, seguindo diretrizes ditadas em plano geral aprovado no nível de estruturação das políticas públicas pela cúpula do Poder Executivo. É dizer,

³³¹ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 41.

³³² MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 41. É nesse contexto que Egon Bockmann Moreira defende que a “segurança contratual advém da certeza da mudança” e que “a estabilidade dos contratos de longo prazo não decorre da imutabilidade monolítica, mas sim da dinamicidade/plasticidade”. (MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: Thiago Marrara. (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina Brasil, 2014, p. 503-515). Afinal, se algo é certo no longo prazo de duração destes contratos de concessão, trata-se das variadas e necessárias alterações contratuais, tendo em vista as diversas demandas e inovações tecnológicas que podem surgir ao longo da relação jurídica contratual.

³³³ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Concessão de rodovias e desenvolvimento: a inconsistência jurídica dos programas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 152, ago. 2014.

as agências deveriam efetivamente *propor* para que o Ministério, posteriormente, *aprovasse* os respectivos planos de outorga.

Assim, os conflitos regulatórios demonstram que, por mais que detenham independência em relação ao núcleo do Poder Executivo (sob a ótica formal), as agências ainda se inserem em um governo e sofrem influência da arena política ao seu redor. A independência das agências reguladoras não decorre exclusivamente por medidas jurídico-formais, mas é resultado de um espaço de atuação delimitado pelas relações entre os diversos atores institucionais. Com efeito, a experiência brasileira recente mostra ser imprescindível a manutenção de um diálogo político destas entidades com o Poder Executivo.³³⁴

Passa-se, a partir de agora, à exposição do impacto da paralisia decisória, associada diretamente à existência dos conflitos regulatórios entre as autoridades públicas envolvidas na regulação dos setores de logística.

3.3 Impacto 3: paralisia decisória

Paralelamente aos conflitos regulatórios, um dos grandes impactos que a descoordenação administrativa gera consiste na *paralisia decisória*; ou, corriqueiramente denominada também de “apagão das canetas” que, evidentemente, também é um reflexo do contexto macro de insegurança jurídica e dos conflitos regulatórios gerados. As agências reguladoras de cada setor acabam por enfrentar uma verdadeira paralisia em sua atuação, seja em função do sistemático questionamento de suas decisões de mérito e responsabilização de seus servidores por parte da Corte de Contas Federal, seja em virtude de influências políticas acerca de seus atos, seja em função de carecerem dos recursos econômicos ou humanos necessários para fazer face às suas funções institucionais.³³⁵

Trata-se, em linhas gerais, do chamado *risco de responsabilização dos agentes públicos* que, para Rodrigo Valga dos Santos, consiste em “toda incerteza que pode implicar a

³³⁴ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário..., p. 153 e 164.

³³⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 34).

responsabilização administrativa, civil, penal ou política dos agentes públicos pelo exercício de suas funções, especialmente as decorrentes da atividade decisória”.³³⁶ Para os fins que este trabalho se propõe, a restrição aqui se orienta para o risco de responsabilização relacionado à esfera administrativa, em especial, a atuação do TCU. O referido autor destaca que “a alta probabilidade de ser responsabilizado pelo exercício da função pública, num sistema de controle disfuncionalizado, leva ao *medo de responsabilização* do agente público”.³³⁷

Dessa forma, a atuação sancionatória do TCU influencia demasiadamente a atividade dos gestores públicos, que possuem o receio de que a mera divergência de entendimento entre a sua decisão e a do controle externo ocasione uma consequência para a esfera subjetiva. A consequência deste cenário é que ele acaba por prejudicar a capacidade de inovação na gestão pública e o travamento de relevantes investimentos nos setores de infraestrutura no país.³³⁸ O próprio Ministro do TCU, Bruno Dantas, chama atenção para esse contexto de hipertrofia do controle ao lembrar que “agências reguladoras e gestores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados”.³³⁹

Tem-se, assim, o contexto de *paralisia decisória*, pois o administrador possuirá uma inclinação por uma postura estritamente burocrática e não inovadora, limitado a rito e cautelas que favorecem este cenário de engessamento da Administração Pública brasileira.³⁴⁰ Aliás, a situação é sobretudo grave porque o medo não apenas limita uma atuação inovadora dos gestores públicos,

³³⁶ SANTOS, Rodrigo Valga dos. *Direito administrativo do medo...*, p. 342.

³³⁷ Segundo Rodrigo Valgas dos Santos, “ao mesmo tempo que o medo é *consequência* dos excessos do controle, também é *causa*, à medida que produz respostas disfuncionais visando o aumento de proteção dos agentes públicos, a exemplo do imobilismo decisório decorrente do medo em decidir, o que pode levar a uma postura mais firme dos órgãos de controle no exercício de sua atividade”. (SANTOS, Rodrigo Valga dos. *Direito administrativo do medo...*, p. 350).

³³⁸ “‘Apagão das canetas’ trava infraestrutura”. *Valor Econômico*. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5691757/apagao-das-canetas-trava-infraestrutura>>. Acesso em: 9 maio 2022.

³³⁹ “O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública”. *O Globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/orisco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>>. Acesso em: 9 abr. 2022. O Ministro Bruno Dantas, por sua vez, em obra editada em coautoria com Sergio Guerra, chama atenção para o “esforço de autocontrole e deferência às escolhas regulatórias, devidamente fundamentadas, e à política pública”. Segundo os autores, “o TCU tem caminhado cada vez mais para um controle de ordem mais procedimental quando, em determinada análise, o ato controlado é uma escolha regulatória ou de política pública pura. Nessas situações, ainda que o TCU discorde da opção técnica, política ou regulatória, o Tribunal não deve interferir no conteúdo da decisão, considerando suficiente que a escolha esteja devidamente fundamentada e que o ato tenha percorrido o devido procedimento”. (DANTAS, Bruno; GUERRA, Sergio. *Direito da Infraestrutura: regulação e controle do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 8).

³⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 316.

mas mesmo no cumprimento das normas jurídicas os administradores sequer podem aplicar o Direito como lhes parece mais razoável e adequado.³⁴¹ Segundo Edilson Pereira Nobre Júnior, em estudo a respeito da edição da Lei nº 13.655/2018, há uma “doentia presunção de desonestidade” que ocasiona uma “asfixia burocrática” no Brasil. Segundo o referido autor, “equipara-se o gestor honesto ao ímprobo, sem que a corrupção diminua, antes aumentando”.³⁴²

Assim, como visto anteriormente, a possibilidade de uma sanção posterior à abertura de um projeto inovador de infraestrutura gera um incentivo para que os próprios gestores públicos *admitam* o controle do TCU em relação ao edital de licitação (embora esta possibilidade não esteja prevista em nenhum lugar do ordenamento brasileiro). Os gestores públicos evitam “bater de frente” com o TCU e procuram, cada vez mais, o seu sinal verde para a realização de medidas importantes nos setores de infraestrutura.³⁴³

Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro destacam, por exemplo, que há casos de punição pessoal do TCU a técnicos e diretores das agências reguladoras simplesmente por tais agentes terem tomado decisões contrárias às que os controladores reputavam como corretas, a despeito de inexistir suspeita de obtenção de quaisquer benefícios pessoais. Sobre tal situação, os autores lembram que no relatório de acompanhamento do TCU TC-014.689/2014-6, sobre o processo de aprovação da obra “Nova Subida da Serra” (Petrópolis/RJ) na Concessão da BR-40/MG/RJ, o TCU não somente concluiu ser ilegal a aprovação, pela ANTT, do 12º Termo Aditivo, que adicionou a obra à concessão e respectivo reequilíbrio contratual, mas também recomendou a responsabilização de diversos agentes públicos envolvidos na aprovação da obra, sobretudo os diretores da ANTT que aprovaram o aditivo. A acusação no caso não foi de favorecimento pessoal, mas sim de anuir com celebração de aditivo supostamente ilegal, em função da qual se almejava responsabilização pessoal dos agentes, incluindo a aplicação de severas multas.³⁴⁴ Porém, no

³⁴¹ SANTOS, Rodrigo Valga dos. *Direito administrativo do medo...*, p. 351.

³⁴² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 33-34.

³⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 20.

³⁴⁴ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 1, 2017, p. 195-196.

Acórdão nº 738/2017,³⁴⁵ o TCU acolheu as razões de justificativa apresentadas pelos agentes públicos envolvidos, não realizando a condenação pessoal, mas mantendo a decisão de anulação do aditivo da Nova Subida da Serra. A decisão final do TCU, então, isentou de responsabilidade os agentes públicos envolvidos.³⁴⁶

Mauricio Portugal Ribeiro destaca que um ponto essencial para restituir a independência das agências reguladoras consiste em impedir o controle do TCU em relação à sua atividade finalística (isto é, a função integrativa exercida pelas agências). Segundo o autor, na experiência internacional *o controle externo nunca é realizado pela Corte de Contas*, mas tão somente pelo Poder Judiciário. O controle por parte do TCU em relação à atividade regulatória, inclusive com a possibilidade de responsabilização pessoal, acaba por impedir que a entidade reguladora técnica atue de modo efetivamente imparcial. Em razão deste cenário, os técnicos e diretores das agências, por receio de serem responsabilizados pessoalmente, acabam por agir da forma mais conservadora

³⁴⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão nº 738/2017. RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-040/MG-RJ DUPLICAÇÃO DA NOVA SUBIDA DA SERRA DE PETRÓPOLIS. INVESTIMENTOS SUBAVALIADOS NO PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA (PER). AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DAS OBRAS SEM QUE ESTIVESSEM ASSEGURADOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS PARA SUA CONTINUIDADE. CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO PARA REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO, MEDIANTE APORTE EXPRESSIVO DE RECURSOS PÚBLICOS OU AMPLIAÇÃO DO PRAZO DA CONCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE AMPLIAÇÃO DE PRAZO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E NO CONTRATO DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AMPLIAÇÃO DO PRAZO DA CONCESSÃO É SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE O INTERESSE PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA EXCLUSÃO DA CLÁUSULA QUE AUTORIZA AMPLIAÇÃO DO PRAZO DA CONCESSÃO. AUTUAÇÃO PROCESSO APARTADO PARA DISCUTIR NULIDADE DO 12º TERMO ADITIVO. DETERMINAÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO PARA VERIFICAR SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATADA, CORREÇÃO DAS IRREGULARIDADES E EVENTUAL DECLARAÇÃO DE CADUCIDADE DA CONCESSÃO. DETERMINAÇÕES PARA EVITAR OCORRÊNCIAS SEMELHANTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA CONCESSIONÁRIA, ANTT E MP/TCU. INEXISTÊNCIA DOS DEFEITOS ALEGADOS NOS EMBARGOS OPOSTOS PELA CONCESSIONÁRIA E PELO MP/TCU. REJEIÇÃO. EXISTÊNCIA DE UM DOS DEFEITOS APONTADOS PELA ANTT. PROVIMENTO PARCIAL. ALTERAÇÃO DO SUMÁRIO DO ACÓRDÃO 738/2017-PLENÁRIO.

³⁴⁶ “Porém, no que se refere ao exame da responsabilidade dos agentes da ANTT, o Plenário optou pela tese apresentada pelo Ministro Bruno Dantas, de que, em que pese a contrariedade de cláusulas do ajuste à legislação e ao interesse público, a atuação dos agentes orientou-se pela busca de solução a questões relevantes e urgentes, além de estar amparada na Resolução-ANTT 3.651/2011, que possuía presunção de legalidade e legitimidade. De acordo com o entendimento que prevaleceu, tais fatos constituiriam circunstâncias atenuantes, que reduziriam a gravidade da conduta desses profissionais e dispensariam a aplicação de multas”. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão nº 738/2017).

possível, isto é, agindo na grande maioria das vezes em prol do poder concedente e dos usuários, a fim de evitar eventual discrepância com o entendimento da Corte de Contas.³⁴⁷

Com efeito, a inércia administrativa como consequência do controle *excessivo* e disfuncional, gera o que Rodrigo Valgas dos Santos chama de “Direito Administrativo do Medo” que, nas palavras do autor, significa “a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público”.³⁴⁸ Nesse mesmo sentido, também fazendo referência ao denominado “Direito Administrativo do Medo”, Fernando Vernalha Guimarães evidencia este cenário e denomina o cenário de “crise da eficiência pelo controle”, isto é, “acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger”.³⁴⁹ É este, assim, o chamado “efeito dissuasório” que o ordenamento brasileiro provoca, tendo em vista que o Direito Positivo não discrimina a intenção na ação do agente público – ou, pelo menos, não discriminava até a edição da Lei nº 13.655/2018, que inovou no sistema de responsabilização dos agentes públicos e na defesa da probidade administrativa. Em decorrência disso, o gestor de boa-fé muda seu comportamento para se colocar em uma espécie de *zona de conforto*, como estratégia de sobrevivência na Administração Pública, “constatando casos em que seus pares foram responsabilizados porque o controlador entendeu que sua atividade era irregular, a despeito de se tratar de um *erro honesto*”.³⁵⁰ Como lembra Bernardo Strobel Guimarães, “não se pode encarar a atuação do administrador num ambiente complexo como se tratasse de um espaço de certezas. (...)

³⁴⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Comentários às Diretrizes Recentemente Publicadas do Novo Programa de Investimentos em Infraestrutura do Governo Federal*: as medidas que precisam ser adotadas não foram sequer mencionadas. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/comentarios-as-diretrizes-recentemente-publicadas-do-novo-programa-de-investimentos-em-infraestrutura-do-governo-federal/>>. Acesso em: 10 junho 2022.

³⁴⁸ SANTOS, Rodrigo Valga dos. *Direito administrativo do medo...*, p. 351.

³⁴⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 31 maio 2022.

³⁵⁰ PALMA, Juliana Bonarcosi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

O erro é parte necessária da Administração Pública”.³⁵¹ O erro faz parte, portanto, do experimentalismo da gestão pública.

Nesse contexto, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas lembram que o sistema normativo brasileiro composto pelas leis que visam a defender a probidade administrativa – entre elas, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)³⁵² – possui como grande falha a inexistência de preocupação mais detida em relação ao agente público *honesto*, que acaba sofrendo um verdadeiro desamparo normativo. Segundo os autores, “o desamparo normativo desse agente público produz externalidades negativas para além dos atos praticados pelos agentes corruptos. *Causa a paralisia da Administração Pública*”.³⁵³ Os autores destacam,

³⁵¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A LINDB e os pressupostos de controle em uma Administração complexa. In.: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 350. Um exemplo simbólico e significativo da situação de medo na gestão pública consiste em uma coletiva concedida pelo então Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, logo no começo da crise da pandemia da Covid-19. Quando indagado, na oportunidade, sobre quem seria o fornecedor de testes rápidos que o governo federal estava adquirindo, o ex-Ministro chamou atenção para o cenário de emergência e destacou que os técnicos do Ministério da Saúde recebiam proferir decisões com medo de serem responsabilizados pessoalmente por superfaturamento etc. O ex-Ministro destacou, então, que, obviamente, poderiam ser cometidos erros, mas que a atuação estava sendo pautada na tentativa de acerto. Afinal, na inovação espera-se o erro, desde que ele não seja grosseiro, pois é assim que problemas são identificados e endereçados. (Para uma análise sobre a aplicação da LINDB no contexto da pandemia da Covid-19 e seu impacto sobre a atuação dos gestores públicos ver: VALIATI, Thiago Priess. Covid-19: um grande teste de fogo para a aplicação da LINDB. *Direito do Estado*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/covid-19-um-grande-teste-de-fogo-para-a-aplicacao-da-lindb>>. Acesso em: 9 jun. 2022).

³⁵² Para uma análise sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) sobre os administradores públicos ver: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto. Do antídoto ao veneno: restrições à aplicação desmedida da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In.: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anis.*, Belo Horizonte: Fórum, 2015. Nesse sentido, ainda, sobre a necessidade de harmonização do artigo 28 da LINDB com o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), Francisco Zardo lembra que: “a superveniência da Lei 13.655/2018 reforçou a correta exegese do art. 10 da Lei 8.429/92, excluindo do seu âmbito de incidência decisões e pareceres técnicos exarados de boa-fé e com fundamentação consistente, ainda que a solução adotada discrepe daquela vislumbrada como correta pela instância controladora”. (ZARDO, Francisco. O impacto do art. 28 da Lei de Introdução sobre a modalidade culposa de improbidade administrativa. In.: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 426).

³⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 129-130. Os referidos autores continuam: “a lógica de autodefesa é a seguinte: se a inércia, quando muito, pode lhe importar uma sanção funcional, enquanto a ação pode lhe importar na sua responsabilização patrimonial, o melhor é nada fazer. (...) Disso decorre o advento de, ao menos, mais dois efeitos indiretos. O primeiro é o de interditar práticas experimentalistas na gestão pública. (...) O segundo é o de importar em seleções adversas para o provimento de cargos públicos. É que, se o ordenamento jurídico não tutela exercício da função pública por agentes probos e honestos, tal assimetria de tratamentos tenderá a atrair para ocupar tais quadros pessoas que assumem o risco da desonestidade”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018...*, p. 130-131).

ainda, que “*não há incentivo para decidir (...) o problema é que a legítima defesa do gestor público leva, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa aos demais fundamentos*”.³⁵⁴

A paralisia decisória ou “apagão das canetas”, aliás, consistiu em impacto e efeito negativo direto para a regulação dos setores de logística identificado na pesquisa empírica do Insper, a partir do registro das percepções dos entrevistados sobre a atuação dos órgãos de controle, em especial o TCU.³⁵⁵ Rodrigo Valgas dos Santos defende assim que, no balanço entre os aspectos positivos e negativos das estratégias de fuga, certamente há aspectos muito mais negativos que positivos, restando claro que estas estratégias estão a ocupar a centralidade do processo de tomada de decisão na atualidade.³⁵⁶

É justamente esse impasse que a edição da Lei nº 13.655/2018 no ordenamento jurídico pátrio – diploma legislativo que acresceu dez novos dispositivos de Direito Público na LINDB – visa a suprir, como as disposições contidas em seus artigos 22 e 28, conforme é visto detalhadamente no próximo capítulo da tese.³⁵⁷

3.4 Os prejuízos da falta de coordenação administrativa nos setores de logística: os impactos na realização de investimentos e o direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico

Após a exposição dos impactos que a descoordenação administrativa gera na regulação dos setores de logística, passa-se, neste tópico derradeiro do presente capítulo, à exposição dos prejuízos diretos que estes impactos causam e sua afronta ao desenvolvimento socioeconômico.

³⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018...*, p. 129-130.

³⁵⁵ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 66.

³⁵⁶ SANTOS, Rodrigo Valga dos. *Direito administrativo do medo...*, p. 390.

³⁵⁷ É exatamente diante do cenário de paralisia decisória que foi editada a Lei nº 13.655/2018, que acresceu novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com o objetivo de conferir segurança jurídica e eficiência na aplicação do Direito Administrativo. Sobre a referida lei, o quarto e derradeiro capítulo desta tese de doutorado cuida de sua análise em tópico específico, destacando que a sua edição configura uma tendência do Direito Administrativo nacional em favor de um cenário de maior coordenação administrativa e, por consequência, segurança jurídica.

Conforme exposto no primeiro capítulo, todos os setores de logística abordados são essenciais para a consecução do desenvolvimento socioeconômico. Os agentes privados consistem em parceiros essenciais do Poder Público para o incremento da infraestrutura pátria e, por conseguinte, do desenvolvimento. A promoção do desenvolvimento social e econômico e a integração nacional (artigo 4º, inciso III, da Lei nº 10.233/2001) consistem, aliás, em objetivos primordiais do SNV, que compreende os setores de logística.

É nesse contexto que Pedro Gonçalves destaca que a privatização material se expandiu para áreas englobadas pela chamada “garantia estadual” e que “os actores privados viram-se investidos de um papel decisivo (executivo) na concretização de interesses, na produção de bens e na realização de finalidades e objectivos que o Estado tem o dever constitucional de garantir”.³⁵⁸ O autor evidencia que a privatização material apresenta-se como uma “estratégia de partilha de responsabilidades entre o Estado e os actores privados. (...) trata-se de uma ‘partilha’ ou ‘divisão de trabalho’ que confia aos actores privados ‘novas’ tarefas’ e responsabilidades (privadas) e coloca o Estado numa posição de garante”.³⁵⁹

³⁵⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 160-161.

³⁵⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 161. O autor destaca, ainda, que: “dessa partilha ou divisão resultaram, então, as novas ‘tarefas executadas em cooperação’, conceito que mistura tarefas e responsabilidades públicas com tarefas e responsabilidades privadas (‘Public-Private-Mix’). (...) essa lógica de cooperação representa uma ‘nova forma de interacção entre Estado e Sociedade’”. Para Pedro Gonçalves, remanesce uma espécie de “dever estadual de garantia” que, em síntese, consiste em um verdadeiro “dever público de proteção dos direitos fundamentais”. Para o autor, há um dever público, portanto, de “gerir as consequências da privatização”. (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 160-161). O autor menciona, ademais, que “(...) é inquestionável que os actores privados desenvolvem acções marcadas pelo objetivo primordial ou até exclusivo da satisfação de interesses dessa natureza. Tais acções, embora privadas, têm a nota da ‘publicidade’ e apresentam-se, também elas, como acções de interesse público. São as *tarefas privadas de interesse público*, que se contrapõem às tarefas de interesse privado”. (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 144). Nesse passo, no tocante ao chamado “dever de garantia”, Eberhard Schmidt-Assmann destaca a mudança de um “*Derecho Administrativo de la prestación*” a um “*Derecho Administrativo de la garantía de la prestación*”. O referido autor aduz que “*son numerosas y de muy variado tipo las actividades que se prestan en este régimen, caracterizado, como se há insistido, por el hecho de que la Administración garantiza el resultado final (una prestación adecuada, a un precio razonable, etc.). Representa un fenómeno tan relevante que puede afirmarse que se trata de una nueva clase de Administración pública, con señas de identidad propias. Podría decirse, por tanto, que además de las formas de Administración mas tradiciones, como las denominadas <Administración prestacional> y <Administración ordenadora>, há surgido una nueva classe, la Administración garantizadora de la prestación*”. (SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo...*, p. 106-107).

Os agentes econômicos privados assumem, portanto, a posição de atores – e verdadeiros protagonistas – no contexto de realização do interesse público e de consecução do desenvolvimento socioeconômico. É dizer, os parceiros particulares adquirem uma relevância indiscutível e indispensável para o Estado alcançar o desenvolvimento nacional e, assim, disponibilizar uma infraestrutura considerada adequada a todos os seus cidadãos. Aliás, como visto no primeiro capítulo, em alguns setores de logística a autorização assumiu novos contornos para o fim de estimular a competitividade e a concorrência, possibilitando o incremento e a exploração privada da infraestrutura em setores que concorrem com o regime de serviço público (ferrovias e portos). Estes setores, como visto, também sofrem os influxos da regulação estatal e são essenciais para o desenvolvimento socioeconômico.

Assim, o desenvolvimento socioeconômico consiste em um verdadeiro *direito fundamental*, à luz do artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal.³⁶⁰ Trata-se, portanto, de um direito fundamental, assegurado pelo texto constitucional, a todos os cidadãos que se relacionam com o Estado brasileiro, incluindo os agentes privados que firmam parcerias nos setores de logística. Ademais, para além do referido dispositivo, a Constituição consagra o desenvolvimento como direito fundamental diante da abertura possibilitada no rol de direitos fundamentais nos termos do seu artigo 5º, parágrafo segundo, na medida em que o texto constitucional não exclui outros direitos consequentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.³⁶¹

Com efeito, o desenvolvimento, enquanto direito, possui distintas dimensões, sendo reconhecido enquanto tal no plano normativo nacional e internacional. Nesse sentido, a Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas da ONU, de 4 de dezembro de 1986, estabeleceu a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, e evidencia de forma adequada a relevância do direito ao desenvolvimento no aspecto econômico, social, cultural e político. O artigo 1º da Resolução dispõe que “o *direito ao desenvolvimento* é um direito humano inalienável em

³⁶⁰ Constituição Federal. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional.

³⁶¹ Constituição Federal. Art. 5º. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

virtude do qual todos os seres humanos e todos os povos têm o direito de participar, de contribuir e de gozar o desenvolvimento económico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam plenamente realizar”.³⁶²

Desse modo, consistindo em um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988, o desenvolvimento justifica a obrigação do Estado brasileiro em estabelecer políticas públicas voltadas para a sua concretização, ante a vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e da força normativa constitucional. Justifica, assim, o gasto em infraestrutura de transportes e a busca de parcerias com agentes privados para o incremento dos setores de logística, a fim de trazer melhorias para a sociedade. Nesse passo, Clèmerson Merlin Clève lembra que “a vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente)”.³⁶³

Emerson Gabardo, nesse sentido, defende que o texto constitucional consagrou o desenvolvimento como um direito fundamental dos indivíduos, e destaca que ele justifica-se integralmente apenas quando se tem em vista que ele configura um meio possível para a consecução de um ideal maior: a felicidade dos cidadãos.³⁶⁴ Logo, o direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico manifesta-se em uma prerrogativa inerente à natureza humana, e atua na esfera particular de cada indivíduo, surgindo daí a necessidade de o Poder Público elaborar políticas públicas (e concretizá-las) nos setores de logística para a sua concretização.³⁶⁵

³⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* – 1986 – Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: < <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-dtodesenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

³⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 105.

³⁶⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 328.

³⁶⁵ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI, Samyra Haydê Dal Farra. Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição Brasileira. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: IPEA, 2013, p. 124.

Assim, tem-se o *direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico*, também em consonância com os princípios da ordem econômica da Constituição Federal, consagrados em seu artigo 170.³⁶⁶ Com efeito, a ordem econômica constitucional prevê a livre iniciativa e disciplina a noção de existência digna, conforme os ditames da justiça social, tendo como princípio, por exemplo, a redução das desigualdades regionais e sociais. Além disso, também possui como princípios a livre concorrência, a busca do pleno emprego e a propriedade privada, possibilitando a exploração da infraestrutura de transportes por agentes econômicos privados. A livre iniciativa, em verdade, funciona também como um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme disposição do artigo 1º, inciso IV, da Constituição. Por conseguinte, a reestruturação do Estado, a fim de superar o subdesenvolvimento, passa pela ideia de um projeto nacional que encontra seus fundamentos previstos na ordem econômica do texto constitucional.³⁶⁷ Ainda, nos termos do seu artigo 174, a atuação do Estado como agente normativo e regulador das atividades econômicas será regida, nos termos da Constituição, por diretrizes de desenvolvimento nacional equilibrado, orientadoras de planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Vivian Lima López Valle, em tese sobre a defesa de um novo regime de prerrogativas para os contratos públicos, defende a instrumentalização do direito ao desenvolvimento, como incorporação das políticas públicas estatais, por intermédio dos contratos administrativos. A autora destaca que “parcerias entre o Estado e os entes privados são realizadas levando-se em

³⁶⁶ Irene Nohara defende que, para que os projetos de infraestrutura atendam aos objetivos dispostos no texto constitucional, relacionados com a garantia do desenvolvimento nacional, faz-se imperativo que as metas econômicas sejam devidamente conectadas com aspectos sociais e ambientais. (NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 92). Além disso, como aduz Eros Roberto Grau, a ordem econômica da Constituição consiste em uma possibilidade de efetivação, contida no texto constitucional, de busca da realização do interesse social. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351).

³⁶⁷ Gilberto Bercovici, por outro lado, lembra acerca da falta de consenso em torno do texto da Constituição: para o referido autor, todos os governos pós-88 assumiram um discurso de implementação e concretização da Constituição, mas todos praticaram o discurso das reformas constitucionais. Para Bercovici, “possuir uma Constituição em constante processo de reforma significa que não conseguimos obter um consenso mínimo para estabelecer, a partir das bases constitucionais, um projeto nacional de desenvolvimento”. Todavia, o autor continua acreditando no projeto de desenvolvimento consolidado na Constituição. “Apenas com a reestruturação (para não dizer restauração) do Estado brasileiro poderemos concretizar o tão desejado projeto nacional de desenvolvimento, cujos alicerces estão previstos na nossa Constituição de 1988 – passo decisivo em direção de nossa emancipação social”. (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43 e 67-68).

consideração a opção do Estado pela contratualização em substituição à subordinação”.³⁶⁸ O direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico justifica, pois, a instrumentalização de parcerias com agentes privados visando o incremento de gastos nos setores de logística.

Todavia, a infraestrutura de transportes do Brasil, conforme disposto ao longo do primeiro capítulo desta tese, ainda é considerada incipiente e uma maior participação dos agentes privados nestes setores afigura-se como essencial para o alcance do desenvolvimento nacional. Como visto, conforme o Ranking de Competitividade elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, no ano de 2019 o Brasil ocupava somente a 85ª infraestrutura de transportes mais desenvolvida no ranking (de um total de 141 países avaliados pelo relatório). No Relatório em questão, o Brasil ocupa a 85ª, a 104ª, a 116ª e a 86ª posição em relação à qualidade das infraestruturas aeroportuária, portuária, rodoviária e ferroviária, respectivamente, o que evidencia como os setores de transportes no país ainda carecem de investimentos, sejam públicas, sejam privados.³⁶⁹

Com efeito, como lembra o presidente-executivo da ABCR, César Borges, as melhores e mais seguras rodovias do país são as concedidas à iniciativa privada; no entanto, diante das dificuldades fiscais do Estado brasileiro, a alternativa para o real desenvolvimento da infraestrutura rodoviária *está na maior participação do capital privado*, seja por meio de programas de concessão, seja via contratos de PPP's. Segundo César Borges, afigura-se essencial a criação de um ambiente favorável e efetivamente atraente para investidores privados e, nesse sentido, “o programa de concessão de rodovias deve ser uma prioridade nacional”.³⁷⁰

E os impactos da descoordenação administrativa aqui abordados – insegurança jurídica, como contexto *macro*, e a existência de conflitos regulatórios e paralisia decisória – ocasionam prejuízos evidentes à perfectibilização de parcerias entre Estado e parceiros privados e ao desenvolvimento nacional.

³⁶⁸ VALLE, Vivian Lima López. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 260 e 267.

³⁶⁹ SCHAWAB, Klaus. *The Global Competitiveness Report 2019...*, p. 111. A infraestrutura de transportes do Brasil encontra-se atrás de países como a Argentina (que possui a 78ª infraestrutura de transportes mais desenvolvidas no Ranking), Chile (54ª posição), a África do Sul (45ª posição) e a Índia (28ª posição).

³⁷⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil*. São Paulo: ABCR, 2018.

Anna Lygia Costa Rego, em tese de doutorado na qual analisa os aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil, destaca que a segurança jurídica possui papel essencial à seara dos investimentos, independentemente de sua natureza, isto é, públicos ou privados. Segundo a autora, “isso porque, mesmo ao se tratar de um investimento eminentemente privado, o comportamento da Administração é considerado uma variável relevante para as decisões de investir, estando frequentemente relacionado à figura da segurança jurídica”.³⁷¹ E como lembra Diogo R. Coutinho, quando o investidor antevê a instabilidade institucional, pode ocorrer subinvestimento e atraso no cumprimento de obrigações contratuais.³⁷² Brian Levy e Pablo Spiller, por sua vez, lembram que uma condição imprescindível para o investimento de agentes privados é que a arbitrariedade por parte do governo possa ser coibida.³⁷³ Isto é, a existência de comportamentos oportunistas e arbitrários por parte do Poder Público afiguram-se como verdadeiros impeditivos para novos investimentos, tendo em vista a insegurança jurídica que tal contexto estimula.

Os estudos empíricos abordados nesse capítulo denotam uma evidente preocupação com os impactos causados pela descoordenação administrativa e seus prejuízos e efeitos diretos à realização de investimentos nos setores de logística.

A Metodologia de trabalho elaborada pela EPL e KPMG, por exemplo, foi desenvolvida para propor novos parâmetros a fim de que os projetos na área de infraestrutura de transportes sejam mais atrativos aos investidores privados, além de auxiliar na definição de políticas públicas pelo Poder Público.³⁷⁴ A EPL defende que a metodologia de trabalho para a estruturação de empreendimentos possibilita que os projetos de infraestrutura tenham uma estrutura básica única e

³⁷¹ REGO, Anna Lygia Costa Rego. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. São Paulo, 2010. 351f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, p. 197.

³⁷² COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos...*, p. 93.

³⁷³ LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies, *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1993*. Washington, D.C.: The World Bank, 1994, p. 216.

³⁷⁴ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *EPL apresenta nova metodologia para tornar projetos de infraestrutura mais competitivos*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/epl-lanca-nova-metodologia-para-tornar-projetos-de-infraestrutura-mais-competitivos>>. Acesso em: 11 jun. 2022. Segundo a EPL, a metodologia, realizada dentro das “melhores práticas internacionais” podem contribuir para que os leilões realizados pelo governo federal resultem em contratos de parceria mais robustos e seguros entre o Poder Público e os agentes privados.

padronizada para sua modelagem, a fim de mitigar os impactos da descoordenação administrativa. Assim, o trabalho pode permitir que os investidores privados tenham segurança jurídica para que o Brasil desenvolva sua infraestrutura em logística.³⁷⁵

Ademais, o mapeamento acerca das competências entre as autoridades públicas envolvidas nos setores de logística realizado referido pelo estudo também indicou melhorias para o processo, sendo elas: i) primeiramente, a definição clara das atribuições de cada entidade interveniente, ajustando *tanto a experiência prática quanto a normativa*; ii) além disso, a existência de entidade independente, de caráter técnico, responsável pelo planejamento e pela estruturação de projetos relativos a todos os modos de transportes; iii) a definição e priorização da carteira de projetos com participação da sociedade civil envolvida no processo; a iv) a inclusão do tema “análise ambiental” como critério para definição e priorização da carteira de projetos; e, v) o envolvimento tempestivo do Ministério da Fazenda no processo de estruturação dos projetos, para imprimir maior agilidade em questões econômico-financeiras dos projetos.³⁷⁶ No caso da existência de uma entidade independente e de caráter técnico, todavia, a presente tese defende que esse papel deve ser exercido pelas agências reguladoras de cada setor (estruturação dos projetos dos setores de logística, em conformidade com as diretrizes dos respectivos), e não pela EPL/Infra S.A.

Além disso, o estudo empírico realizado pelo Insper, acerca da estrutura regulatória nacional e do ambiente de insegurança jurídica, concluiu que “a interferência política do poder executivo central nas agências reguladoras atuantes nos setores-alvos, tal como é percebida pelos atores do ambiente regulatório dos setores-alvo, tem sido negativa para o incremento do

³⁷⁵ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *Metodologia propõe novas formas de estruturação de projetos ao poder público*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/metodologia-propoe-novas-formas-de-estruturacao-de-projetos-ao-poder-publico>>. Acesso em: 11 jun. 2022. Além disso, para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), “disseminar essa boa experiência de práticas reconhecidas internacionalmente como a metodologia *Business Case* no Brasil é fundamental para aumentar a competitividade do país”. (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *EPL assina acordo para desenvolver metodologia para estruturação de projetos de infraestrutura no Brasil*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/epl-assina-acordo-para-desenvolver-metodologia-para-estruturacao-de-projetos-de-infraestrutura-no-brasil>>. Acesso em: 11 jun. 2022).

³⁷⁶ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 114.

investimento privado no país”.³⁷⁷ É dizer, os entrevistados pela referida pesquisa empírica (concessionárias, investidores institucionais e financiadores) afirmaram que há interferência política do Poder Executivo sobre a atividade das agências reguladoras e que tal ingerência é percebida como negativa por todos os consultados, influenciando diretamente na efetivação de investimentos nos setores de transportes por parte do setor privado.³⁷⁸

Ainda, quanto à atuação do TCU nos setores de logística, o impacto foi essencialmente identificado como fonte de insegurança jurídica pelos entrevistados, tendo essa opinião sido compartilhada pelos grupos de concessionárias, financiadores, investidores institucionais, e pela maioria das agências reguladoras e Poder Executivo.³⁷⁹ E, por fim, em relação ao fenômeno da paralisia decisória, o estudo expôs que “os agentes reguladores, diretamente submetidos ao controle do TCU, responderam que a atuação do Tribunal afeta ‘muito’ a decisão de investimento dos agentes privados.”³⁸⁰

O cenário de insegurança jurídica também consistiu em uma das principais preocupações citadas pelos entrevistados no estudo realizado pela SAE e um dos principais fatores que impedem o aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil. Entre as principais recomendações citadas nesse Relatório, grande parte está diretamente atrelada aos desafios e impactos aqui abordados – relacionados ao problema da falta de coordenação administrativa – como “aumentar a autonomia decisória das agências reguladoras em relação ao poder político”, “melhorar a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de controle” e “melhorar a gestão e coordenação da Administração Pública”. Em relação a esse último ponto (gestão e coordenação da Administração),

³⁷⁷ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 42.

³⁷⁸ MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 38.

³⁷⁹ Além disso, “até mesmo os órgãos de controle, em autocrítica aos efeitos da fiscalização que realizam, responderam que sua atuação pode ser “fonte de insegurança” para a regulação e agentes privados que nela atuam”. (MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 65).

³⁸⁰ “Em conclusão, as percepções registradas na pesquisa levam ao entendimento de que o controle da atividade regulatória tal como está sendo realizado atualmente não tem reflexo positivo para o regime das concessões. Essa é a opinião identificada com unanimidade para o grupo das concessionárias, financiadores e investidores institucionais, além de parte relevante dos grupos das agências e poder executivo.” (MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil...*, p. 66 e 68).

o estudo da SAE apontou, inclusive, que “é impossível implantar um projeto de infraestrutura sem que haja uma boa interação entre as várias partes envolvidas, entre as quais se incluem agências reguladoras, órgãos de licenciamento, ministérios, órgãos de controle e equivalentes nos níveis estadual e municipal” e que essa interação tem sido complexa e apresenta como principais dificuldades: a necessidade de interlocução simultânea com diversos órgãos na esfera pública, *a falta de clareza em relação às competências dos órgãos envolvidos*, o risco de descontinuidade administrativa e a imprevisibilidade dos prazos de tomada de decisão.³⁸¹

Para a ABCR – conforme impacto da descoordenação administrativa sobre o setor de rodovias exposto neste capítulo – o restabelecimento do equilíbrio entre gestão pública e controle da Administração é condição *sine qua non* para o exercício efetivo das competências institucionais das autoridades públicas envolvidas e depende do reconhecimento da própria função de cada um dos agentes, com a criação de um espaço aberto, ético e transparente de diálogo.³⁸² Para tanto, a ABCR defende algumas diretrizes a serem observadas a fim de que a descoordenação não restrinja a realização de investimentos nas concessões de rodovias. Entre elas, que o TCU se preocupe em não criar incentivos à inibição e inércia das agências reguladoras, além de estimular uma governança do regulador que não permita a ocorrência do impacto da paralisia decisória. Além disso, que o TCU encare a competência do controle externo como premissa à proteção do gestor público e do regulador que age de boa-fé, a fim de que soluções inovadoras destes promovam e incrementem a infraestrutura de transportes, evitando punir pessoalmente agentes cujos atos

³⁸¹ SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). *Desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil...*, p. 11 e 32. O estudo empírico da SAE, ademais, coletou algumas sugestões específicas em relação aos impactos e desafios indicados. Em relação à interação entre as agências e os órgãos de controle, as sugestões comentadas foram as seguintes: i) alterar a legislação para melhor definir as competências do TCU em relação à competência das agências reguladoras, talvez por meio de um Projeto de Emenda Constitucional (PEC), de modo a especificamente mais claramente as responsabilidades de cada órgão; ii) endossar a Lei nº 13.655/2018 que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de forma a proporcionar maior segurança ao servidor público no desempenho de suas atribuições (e segurança ao empreendedor de que os atos administrativos não serão revogados); iii) adotar instrumentos que confirmam mais celeridade e segurança às decisões das agências reguladoras, tais como mediação, conciliação e arbitragem, a fim de evitar o risco de demora nas decisões; e iv) oferecer seguro, como forma de proteção aos servidores públicos que tomam decisões técnicas. Já em relação à gestão e coordenação da Administração Pública, as sugestões comentadas nas entrevistas foram: i) fortalecer e expandir o modelo do Conselho do PPI, que centraliza o relacionamento com os potenciais empreendedores e se articula com os demais órgãos do governo em favor da celeridade, sobretudo aqueles associados à implementação de projetos prioritários de infraestrutura; e ii) melhorar a coordenação entre os órgãos de governo e o relacionamento entre a unidade promotora dos projetos e o TCU, principalmente na fase de planejamento. (SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). *Desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil...*, p. 31-32).

³⁸² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 37.

refletem unicamente o propósito de realizar sua missão institucional.³⁸³ Estas diretrizes da ABCR materializam-se em quatro propostas principais para a restauração do equilíbrio entre gestão pública e controle da Administração: i) em primeiro lugar, o reestabelecimento deste equilíbrio mediante uma demarcação mais bem definida dos espaços decisórios; ii) em segundo, a explicitação da regra constitucional de que somente o controle orçamentário e financeiro enseja determinações da Corte de Contas e o controle operacional admite tão somente recomendações;³⁸⁴ iii) em terceiro lugar, apoiar a aplicação cada vez maior da Lei nº 13.665/2018 no momento da atuação dos órgãos de controle; e iv) finalmente, a previsão expressa em lei de que o TCU poderá se manifestar, em caráter não vinculante, no momento de aplicação dos mecanismos de participação previstos para a atuação das agências, como, por exemplo, no âmbito das consultas e audiências públicas.³⁸⁵

No tocante à aplicação da Lei nº 13.665/2018, o próximo e derradeiro capítulo desta tese demonstra como a edição deste diploma legal consubstancia uma tendência concreta do Direito Administrativo brasileiro em prol de um cenário de maior coordenação administrativa e segurança jurídica.

Dessa forma, como visto, os sobreditos impactos da descoordenação administrativa geram prejuízos ao alcance do desenvolvimento nacional, que consiste em um direito fundamental à luz do texto constitucional brasileiro. A escassez de aportes na infraestrutura de transportes nacional é um indicativo evidente desta dificuldade em contratar com o Estado brasileiro e perfectibilizar parcerias com o setor privado da economia.

Ao longo de todo o trabalho – até aqui pelo menos – a preocupação central consistiu no tema da falta de coordenação administrativa (ou descoordenação administrativa), que decorre da existência de instrumentos normativos excessivos, frágeis e transitórios que regulamentam

³⁸³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 37.

³⁸⁴ No mesmo sentido de que o controle operacional exercido pelo TCU possui caráter recomendatório, ver: ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

³⁸⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil...*, p. 37-38.

competências e atribuições nos setores de logística e, também, da práxis do Direito Administrativo nacional. A partir de agora, em oposição a este histórico de descoordenação, a preocupação desta tese demonstra que, a despeito de um histórico de normas jurídicas que possibilitaram um cenário relacionado à descoordenação conjugado com a realidade prática nacional, *o Direito Administrativo nacional caminha em prol de um cenário de coordenação administrativa*, a partir de várias materializações recentes no ordenamento jurídico nacional.

Passa-se, então, à exposição dos reflexos no Direito brasileiro em favor deste contexto de maior coordenação administrativa; passa-se, pois, ao foco da temática da coordenação e de um cenário de maior segurança jurídica.

CAPÍTULO 4

COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA NA REGULAÇÃO DOS SETORES DE LOGÍSTICA

O capítulo anterior tratou de abordar os principais impactos que a descoordenação gera na regulação dos setores de logística. Isto é, indicou-se os impactos da insegurança jurídica, como contexto *macro*, e a ocorrência de conflitos regulatórios e paralisia decisória como decorrentes deste cenário de falta de coordenação administrativa.

No entanto, apesar de o ordenamento jurídico pátrio delimitador de competências conjugado com a realidade prática nacional terem possibilitado um cenário relacionado à descoordenação, *o Direito Administrativo nacional caminha a favor de um contexto de maior coordenação*, a partir de várias materializações recentes no ordenamento jurídico nacional. É o caso da edição de vários diplomas legais, como, por exemplo, a Lei nº 13.334/2016 (a Lei do PPI), a Lei nº 13.655/2018 (a lei que acrescentou novos dispositivos de Direito Público na LINDB), a Lei nº 13.848/2019 (a Lei Geral das Agências Reguladora) e a Lei nº 14.210/2021 (a lei que instituiu a chamada decisão coordenada na Lei de Processo Administrativo federal). Passa-se, então, neste derradeiro capítulo, à exposição dos reflexos no Direito Administrativo brasileiro em favor deste cenário de maior coordenação administrativa.

Tem-se, então, uma *aparente* contradição, pois o mesmo ordenamento que previu competências excessivas e confusas vem caminhando *reativamente* em favor deste cenário de maior coordenação e segurança jurídica. É dizer, o mesmo arcabouço normativo que possibilitou a criação deste cenário de descoordenação administrativa, apresenta, por outro lado, uma resposta por meio da eclosão de diversos instrumentos legais que visam mitigar os impactos que a falta de coordenação gera para a regulação dos setores de logística, *isto é, refrear os impactos da insegurança jurídica, dos conflitos regulatórios e da paralisia decisória*.

Nesse particular, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, ao discorrerem sobre a proposta que originou a Lei nº 13.655/2018 e que acresceu novos dispositivos de Direito Público na LINDB, chamam atenção para este processo contraditório: “quanto mais se

avança na produção de normas disciplinadoras da ação da Administração, mais se aprofunda a precarização da segurança jurídica”.³⁸⁶ Por sua vez, foi justamente a edição de um novo instrumento legal – a Lei nº 13.655/2018 –, com novos parâmetros interpretativos para balizar a decisão pública, uma das principais respostas e reações do Direito Administrativo brasileiro para o problema da insegurança jurídica. Trata-se, portanto, de uma aparente contradição, pois as tendências do Direito Administrativo brasileiro consistem justamente em uma resposta, como forma de mudar o cenário das coisas, em relação ao contexto de descoordenação.

A partir de agora, portanto, a preocupação da tese demonstra que, apesar de um histórico de normas que possibilitaram um cenário relacionado à descoordenação conjugado com a prática nacional, *o Direito Administrativo nacional apresenta diversas tendências que privilegiam o tema da coordenação administrativa e da segurança jurídica*. Cumpre destacar, no entanto, que a preocupação do trabalho não será esmiuçar detalhadamente as normas indicadas ao longo deste capítulo; o intuito consiste, pois, em demonstrar *as tendências*, isto é, o caminho do Direito brasileiro, materializado por diversas leis (em alguns casos, anteprojetos de lei), em prol de um cenário de segurança e coordenação administrativa.

Passa-se, então, nos próximos tópicos à demonstração destas tendências que favorecem a ideia de coordenação e segurança no âmbito da Administração Pública.

4.1 A Emenda Constitucional nº 19/1998: a primeira reação do Direito brasileiro em favor da coordenação administrativa

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998, no contexto de uma relevante reforma da gestão pública no Brasil, inicia uma evidente tendência do Direito Administrativo brasileiro em favor de um cenário de maior coordenação administrativa na Administração Pública nacional.³⁸⁷ Como visto no primeiro capítulo, por meio da referida reforma, a implantação da denominada

³⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica: das decisões públicas e de seu controle. In.: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. Belo Horizonte: Malheiros, 2013, p. 278.

³⁸⁷ Emenda Constitucional nº 19, de 1998. “Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências”.

“administração gerencial” no Estado brasileiro, guiada, sobretudo, pelo valor da eficiência, consistiu em dos seus principais objetivos.³⁸⁸ Todas as demais reformas legislativas que vieram na sequência originaram-se a partir da EC nº 19/1998 que, de alguma forma, tentou já colocar em xeque a organização administrativa pátria.

Inicialmente, por meio da referida emenda (artigo 3º), um dos aspectos mais significativos foi a inclusão e explicitação do princípio da eficiência administrativa no *caput* do artigo 37 da Constituição, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.³⁸⁹ Emerson Gabardo, no entanto, em que pese a positivação explícita do princípio só tenha ocorrido com a EC nº 19/1998, defende que ele já estava implícito à estrutura do regime republicano. Segundo o autor, “sua natureza jurídica é, portanto, incontestável, haja vista não só a sua formalização constitucional, cuja ontologia é inafastavelmente normativa”.³⁹⁰ Destaca, enfim, que “o princípio não deve ser considerado uma mera transposição de um parâmetro da administração privada, nem implica uma derrogação de qualquer outro princípio constitucional, notadamente o da legalidade”.³⁹¹

Aliás, o princípio da eficiência tornou-se, assim como vários outros princípios, um parâmetro de controle relevante das escolhas dos gestores públicos. Segundo Emerson Gabardo, inclusive, “torna-se clara a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos a partir da análise de sua eficiência, de forma independente, embora imbricada com os demais princípios constitucionais explícitos e, até mesmo, os implícitos, como o da razoabilidade e o da finalidade”.³⁹² Rodrigo Pagani de Souza alerta, porém, que “há riscos nessa empreitada”, pois o

³⁸⁸ PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados..., p. 41.

³⁸⁹ Sobre a inclusão do princípio da eficiência no texto da Constituição e a reforma gerencial, ver: NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa burocrática: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁹⁰ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 147. Trata-se, aliás, da mesma situação do princípio constitucional da segurança jurídica que, assim como o princípio da eficiência administrativa pré-EC nº 19/1998, também consistem em princípio jurídico de incontestável força normativa constitucional, a despeito de uma positivação explícita no texto da Constituição Federal de 1988.

³⁹¹ Emerson Gabardo defende que: “verifica-se completamente plausível a existência de várias formas de aplicação tópica do princípio da eficiência administrativa, tanto como parâmetro de interpretação, quanto diretriz de organização e atividade administrativas. Na qualidade de mecanismo de controle dos atos administrativos e responsabilização funcional do agente público, a explicitação da eficiência passa a incrementar o exercício da autotutela e a fiscalização social da atividade administrativa”. (GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa...*, p. 147).

³⁹² GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa...*, p. 147.

princípio da eficiência administrativa parece ter a sua utilidade nas situações menos duvidosas (em que a situação do gestor público, por exemplo, evidentemente destoa do razoável), mas nas situações mais problemáticas, o grau de utilidade do princípio “tomado de maneira ‘nua e crua’ como parâmetro solitário de controle – sem o seu desdobramento em padrões ou metas juridicamente definidas – tende a ser baixo para fins de segurança jurídica”.³⁹³ Como é visto no tópico deste capítulo destinado à edição da Lei nº 13.655/2018, a LINDB, agora, procura conferir parâmetros mais concretos e específicos para o controle pautado exclusivamente em princípios jurídicos abstratos, como é o caso do princípio da eficiência administrativa (artigo 20, LINDB).

Ademais disso, por intermédio da EC nº 19/1998, o legislador apontou para a necessidade de parâmetros gerais em vários setores da organização administrativa pátria: i) fundações: em que foi conferida nova redação ao artigo 37, inciso XIX da Constituição ao reclamar lei complementar para definição das áreas de atuação das fundações criadas pelo Estado com personalidade jurídica de Direito Privado, assegurando uma padronização mínima; ii) empresas estatais: a previsão de uma lei ordinária quadro para definição uniforme do estatuto jurídico das empresas estatais e suas subsidiárias; iii) e a previsão de contrato para ampliação da autonomia de órgãos e entidades (artigo 37, parágrafo oitavo), com estabelecimento de disciplina geral uniforme de flexibilidades gerenciais, orçamentárias e financeiras tanto para órgãos quanto para entidades da Administração.³⁹⁴

Todavia, foi a partir de uma disposição transitória que a EC nº 19/1998 tratou de prever o objetivo mais direto para combater o problema da descoordenação administrativa no Direito Administrativo brasileiro: por meio do artigo 26, que prescreveu que: “no prazo de dois anos da promulgação desta Emenda, as entidades da Administração Indireta terão seus estatutos revistos quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente

³⁹³ O referido autor destaca que: “cogitar da eficiência administrativa é cogitar dos meios e fins da Administração Pública. É fazer uma avaliação, um juízo, acerca da relação entre meios e fins no exercício da administração pelo Estado. Um juízo que busque uma relação razoável entre meios e fins. Que alcance fins de qualidade, utilidades concretas. Pressuposto é que sejam todos (meios e fins) lícitos e legítimos. Resta claro que uma administração pública de resultados no Brasil somente será implantada se acentuado este compromisso forte com a eficiência administrativa”. (PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados..., p. 48-50).

³⁹⁴ MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa: síntese e contexto. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, a. 9, n. 34, p. 195-209, jul./set. 2011. Versão Digital.

realizadas”. Porém, a disposição em questão não foi regulamentada e nem foi efetivamente aplicada, não tendo ocorrido a revisão dos estatutos das referidas entidades. Paulo Modesto, nesse particular, destaca que essa revisão, imposta por norma constitucional de cumprimento obrigatório, somente é possível caso existente “um quadro coerente e global sobre a tipologia das formas estruturais da organização administrativa, referencial para as revisões reclamadas”. Assim, o autor defende que o artigo 26 da EC nº 19/1998 pode ser considerado a base para a exigência não somente para revisão das estruturas jurídicas das entidades integrantes da Administração Indireta, mas também a base para a exigência de uma nova lei orgânica da Administração Pública brasileira e que revogaria o Decreto-Lei nº 200/1967, a fim de oferecer certa sistematicidade e clareza conceitual referente à organização administrativa brasileira.³⁹⁵

Foi assim, então, que se abriu espaço para a discussão de uma reforma mais geral sobre a organização administrativa brasileira e que geraram os debates relacionados a uma nova lei orgânica para a Administração Pública federal, como se demonstra no tópico seguinte.

4.2 A proposta normativa do anteprojeto da Lei Orgânica para a Administração Pública federal instituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007

O Decreto-Lei nº 200/1967 já tratava sobre o tema da coordenação no Direito Administrativo brasileiro há mais de cinquenta anos. Mas de uma forma muito tímida, é verdade. O *caput* do artigo 8º do Decreto-Lei prevê que “as atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação”. O *caput* do artigo 9º, por sua vez, dispõe que “os órgãos que operam na mesma área geográfica serão submetidos à coordenação com o objetivo de assegurar a programação e execução integrada dos serviços federais”.³⁹⁶

³⁹⁵ MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa..., Versão Digital.

³⁹⁶ Decreto-Lei nº 200/1967. Art. 8º As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação. § 1º A coordenação será exercida em todos os níveis da administração, mediante a atuação das chefias individuais, a realização sistemática de reuniões com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação em cada nível administrativo. § 2º No nível superior da Administração Federal, a coordenação será assegurada através de reuniões do Ministério, reuniões de Ministros de Estado responsáveis por áreas afins, atribuição de incumbência coordenadora a um dos Ministros de Estado (art. 36), funcionamento das Secretarias Gerais (art. 23, § 1º) e coordenação central dos sistemas de atividades auxiliares (art. 31). § 3º Quando submetidos ao Presidente da República, os assuntos deverão ter sido previamente coordenados com todos os setores nêles interessados, inclusive no que respeita aos aspectos

Nesse particular, Paulo Modesto leciona que as normas de organização tradicionalmente apresentavam um interesse secundário e que “a fragmentação organizatória, resultado de diferenciações cada vez mais complexas de interesses e tarefas assumidas pelo Estado Social, ao menos desde a segunda metade do século XX, mudou radicalmente esse cenário”. O autor lembra que a relação com os particulares foi alterada substancialmente, dando ênfase para a prestação de serviços públicos, o fornecimento de bens e utilidades concretas e a emissão de atos favoráveis aos cidadãos, com o natural aumento na utilização da figura do contrato administrativo. Além disso, como visto, novas figuras jurídicas sofreram profunda alterações ao longo dos anos, como é o caso das autorizações regulatórias, que também assumem, agora, relevância significativa na exploração da infraestrutura pátria.³⁹⁷

Paulo Modesto destaca, então, que no Brasil, apesar destas transformações de fundo se manifestarem, de forma lamentável a disciplina acerca da organização administrativa “permanece o capítulo mais inconsistente do Direito Administrativo nacional”. Segundo o autor, “as disposições jurídicas atinentes à organização administrativa do Estado brasileiro, em particular sobre a organização das entidades da Administração indireta, caracterizam-se ainda pelo *casuismo* e pela *imprecisão conceitual*”. Paulo Modesto conclui assim, que “falta um *quadro normativo nítido* do regime jurídico das entidades públicas e sobram soluções originais, *desencontros conceituais* e *mal-entendidos* em matéria essencial para o funcionamento regular e ágil da Administração Pública”.³⁹⁸

administrativos pertinentes, através de consultas e entendimentos, de modo a sempre compreenderem soluções integradas e que se harmonizem com a política geral e setorial do Governo. Idêntico procedimento será adotado nos demais níveis da Administração Federal, antes da submissão dos assuntos à decisão da autoridade competente. Art. 9º Os órgãos que operam na mesma área geográfica serão submetidos à coordenação com o objetivo de assegurar a programação e execução integrada dos serviços federais. Parágrafo único. Quando ficar demonstrada a inviabilidade de celebração de convênio (alínea b do § 1º do art. 10) com os órgãos estaduais e municipais que exerçam atividades idênticas, os órgãos federais buscarão com eles coordenar-se, para evitar dispersão de esforços e de investimentos na mesma área geográfica.

³⁹⁷ MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa..., Versão Digital.

³⁹⁸ Segundo Paulo Modesto, “a ausência de uma norma geral atualizada em matéria de organização administrativa permitiu e permite que em cada lei ordinária se redefina conceitualmente as entidades da Administração Indireta do Estado. A lei específica que cria ou autoriza a criação de entidade pública pode estabelecer disciplina que vale *casuisticamente* para *aquela* entidade criada ou autorizada, mas não para as demais, em aspectos sensíveis, como o âmbito de autonomia da entidade, a composição dos seus quadros dirigentes e o controle ou supervisão de sua atuação pela Administração Direta”. (MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa..., Versão Digital).

Com efeito, o casuísmo a respeito da organização administrativa no país – e como visto ao longo da tese, com especial problemática em relação à fragmentação de competências nos setores de logística – acabou por produzir grave confusão no próprio legislador, no gestor, na jurisprudência dos Tribunais pátrios e entre os juristas, gerando incerteza e ineficiência no tocante ao *modus operandi* específico de cada autoridade pública, o regime jurídico predominante e o seu modo de relacionamento com os órgãos de controle interno e externo.³⁹⁹

Foi assim, então, que se gerou, inicialmente, a reação contra o cenário de descoordenação administrativa no Direito brasileiro a partir da promulgação da EC nº 19/1998, mas sobretudo se intensificou, concretamente, com o desenvolvimento de estudos acerca uma lei orgânica da Administração Pública brasileira e que revogaria o Decreto-Lei nº 200/1967, a fim de oferecer um cenário de maior coordenação e segurança jurídica para todos os agentes que lidam com o Poder Público pátrio.

Nesse contexto, por intermédio da Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão designou uma comissão de juristas para apresentar proposta de normas gerais para a estruturação orgânica da Administração Pública brasileira.⁴⁰⁰ A referida comissão concluiu os seus trabalhos com a entrega do anteprojeto da chamada Lei Orgânica para a Administração Pública federal ao então Ministro Paulo Bernardo, em 16 de julho de 2009, após a realização de quinze reuniões, no espaço de dezoito meses de trabalho. O então Ministro Paulo Bernardo, ao realizar a apresentação de obra que tratou sobre os fundamentos teóricos e doutrinários do anteprojeto, destacou “a criatividade e mesmo ousadia de muitas das soluções encampadas pelo anteprojeto que renovam o Direito Administrativo, seus conceitos e figuras jurídico-legais, trazendo inclusive uma sistematização e terminologia destinada a conformar o vocabulário da nova Administração Pública”.⁴⁰¹ Paulo Bernardo deu ênfase, ainda, à segurança

³⁹⁹ MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa..., Versão Digital).

⁴⁰⁰ O artigo 1º da Portaria nº 426/2007 previa a constituição da referida comissão com o objetivo de elaborar anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração, composta pelos seguintes professores: Almiro do Couto e Silva; Carlos Ari Sundfeld; Marçal Justen Filho; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Maria Coeli Simões Pires; Paulo Eduardo Garrido Modesto; e Sergio de Andréa Ferreira.

⁴⁰¹ BERNARDO, Paulo. Apresentação. In.: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 13.

jurídica ao destacar a expectativa que “o advento de uma lei orgânica sistemática e abrangente proporcione a segurança jurídica necessária à atuação dos órgãos do Estado no ambiente de governança ampliada que envolve entes de colaboração e parceiros do setor público”.⁴⁰²

Sob o aspecto jurídico, como reação ao cenário de descoordenação, os especialistas de Direito Administrativo recomendaram diversas alterações legais com a finalidade de melhorar as definições das figuras jurídicas estatais e as orientações jurídicas que são aplicáveis às relações de fomento e parceria do Poder Público com entidades da sociedade civil. Paulo Modesto, que exerceu as atribuições de secretário-geral da comissão, lembra que os trabalhos não foram remunerados, realizados com plena autonomia, sem interferências ou diretrizes vinculantes, e consistiram em uma “extraordinária experiência de convívio intelectual”.⁴⁰³

Segundo a Exposição de Motivos do Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública federal, o trabalho realizado pela comissão levou em consideração as insuficiências, contradições e imprecisões do Decreto-Lei nº 200/1967, a necessidade de tratar acerca de aspectos importantes das emendas constitucionais nº 19/1998 e 32/2001, o incremento da agenda organizatória nacional e a fragmentação de iniciativas em matéria de organização do aparato administrativo do Estado brasileiro. O anteprojeto, é verdade, também considerou certos princípios e parâmetros já definidos pelo Decreto-Lei nº 200/1967, que norteiam a atuação da Administração Pública Federal. Mas a Exposição de Motivos deixa claro que “não há dúvida de que, no período de sua vigência, profundas mudanças se fizeram sentir na organização e no funcionamento da Administração Pública, bem como nas formas de gestão de suas atribuições”.⁴⁰⁴

⁴⁰² BERNARDO, Paulo. Apresentação..., p. 14.

⁴⁰³ MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In.: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 117. Em outro trabalho sobre o referido anteprojeto, Paulo Modesto destaca, ainda, que o objetivo dele foi conferir “sistematicidade, previsibilidade e clareza conceitual às diferentes formas organizacionais de expressão do Poder Público”. (MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa..., Versão Digital).

⁴⁰⁴ “Tudo isto em decorrência de alterações constitucionais, legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, muitas delas sob inspiração do direito estrangeiro, levando ao surgimento de novos princípios, concepções e institutos que impõem a necessidade de adaptar a essa nova realidade o regime jurídico da Administração Pública e dos entes que a integram, bem como os seus vínculos com as entidades paraestatais e de colaboração”. (MODESTO, Paulo (Coord.). Exposição de motivos do anteprojeto. In.: *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 399-400). Nesse sentido, Humberto Falcão Martins e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior

Seu objetivo primordial, portanto, consistia em “contribuir para otimizar a ação administrativa, frequentemente paralisada por desacordos conceituais ainda existentes entre os órgãos de controle e no interior do próprio aparato administrativo”.⁴⁰⁵ Além disso, a Exposição de Motivos do anteprojeto declara que se procurou atualizar a estrutura administrativa do Estado brasileiro “oferecendo condições ao gestor para atuar com *segurança* e agilidade, moralidade e fidelidade ao interesse público, sem o receio de ser mal compreendido a cada passo, motivo invocado por muitos agentes para refugiarem-se na rotina e no imobilismo”.⁴⁰⁶ Vê-se, assim, já desde a época de elaboração do anteprojeto, a preocupação evidente com a insegurança e a paralisia decisória que assola a Administração brasileira.

Como destaca Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel, as previsões do anteprojeto relativas à articulação administrativa vieram para combater o problema da falta de coordenação administrativa relacionado aos órgãos e entidades que integram a Administração Pública brasileira.⁴⁰⁷ Com visto, a atuação administrativa é extremamente casuística e, como pontua Paulo Modesto, “parece percorrer uma via sujeita a *névoa* e *penumbra*”, com elevado risco de colisão entre os órgãos e entre esses órgãos e os órgãos de controle, resultando na indefinição dos limites de agir, fragmentação de iniciativas e na perda de visão do conjunto de todo o aparelho do Estado.⁴⁰⁸ Na atribuição das competências dos setores de logística, como visto, a falta de

aduzem que o anteprojeto “busca claramente resgatar o espírito do Decreto-lei nº 200/67 em um novo contexto (da governança social democrática e das parcerias, que não era forte à época). Preconiza modelos diferentes de gestão para entes estatais da administração direta, indireta e para parcerias. Liminarmente, o anteprojeto permite a adoção de modelos de organização governamentais condizentes com a complexidade da governança contemporânea, permitindo a solução de inúmeros problemas de organização governamental em linha com os desafios impostos pelas emergentes estratégias de desenvolvimento no contexto da democracia. (...) o Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública é uma porta que se abre nesta direção”. (MARTINS, Humberto Falcão; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da Administração Pública brasileira. In.: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 371).

⁴⁰⁵ MODESTO, Paulo (Coord.). Exposição de motivos do anteprojeto..., p. 417.

⁴⁰⁶ MODESTO, Paulo (Coord.). Exposição de motivos do anteprojeto..., p. 417.

⁴⁰⁷ MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Articulação administrativa: por uma reforma cultural da administração pública. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2021, p. 216.

⁴⁰⁸ Paulo Modesto aduz que “a confusão em matéria organizatória apresenta repercussões imediatas práticas, pois (a) estimula demandas judiciais; (b) engendra indefinição de limites de agir dos órgãos e entidades públicas; (c) promove atrasos no processo decisório da Administração; (d) inibe os administradores a adotarem iniciativas criativas de gestão, com receio de responsabilização posterior; e (e) acrescenta custos desnecessários no desenvolvimento de

coordenação administrativa acaba por gerar impactos significativos para todos os agentes envolvidos, sejam públicos, sejam privados. Segundo a Exposição de Motivos do anteprojeto da lei orgânica, assim, a coordenação administrativa consiste em um dos vetores estruturantes e um dos fundamentos da atividade administrativa, impondo-se que a ação governamental seja coordenada para o efetivo desenvolvimento das políticas públicas elaboradas pelo Estado brasileiro.⁴⁰⁹

Com efeito, o anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública federal foi dividido em cinco Títulos: a) o primeiro contém uma disposição preliminar que define o objeto da lei (normas gerais sobre a Administração Direta e Indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração); ii) o segundo cuida das entidades estatais, e contém capítulos sobre Administração Direta e Indireta, autarquias, entidades estatais de Direito Privado (empresas estatais e fundações estatais), regime das entidades estatais de Direito Privado, contrato de autonomia, planejamento, articulação e controle; iii) o terceiro trata das chamadas entidades paraestatais, que incluem as corporações profissionais e os serviços sociais autônomos; iv) o quarto disciplina as entidades de colaboração e o seu vínculo jurídico com os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta; v) e o derradeiro trata de algumas disposições finais e transitórias, indicando, inclusive as normas do Decreto-Lei nº 200/1967 que permaneceriam em vigor.⁴¹⁰

Nesse sentido, alguns dispositivos que estavam previstos no texto do anteprojeto sobre o tema da articulação administrativa são especialmente relevantes para a temática. Eles estão dispostos no Capítulo V, Seção II do Título II do anteprojeto. Mas antes de cuidar dos dispositivos específicos que tratam acerca da *articulação administrativa*, é essencialmente relevante destacar também a Seção I deste mesmo capítulo, que cuida do tema do planejamento. No artigo 34 do anteprojeto é previsto que o planejamento da ação governamental deve possibilitar a racionalidade administrativa, a *coordenação das políticas públicas* e a realização dos direitos fundamentais. O planejamento deve ser, pois, coordenado, uniforme e unificado. O planejamento é essencial para a adequada coordenação das políticas públicas do Estado. Afinal, planejamento é técnica de

serviços públicos e sociais da maior significação pública”. (MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa..., Versão Digital).

⁴⁰⁹ MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Articulação administrativa...*, p. 216.

⁴¹⁰ MODESTO, Paulo (Coord.). *Exposição de motivos do anteprojeto...*, p. 400.

racionalização; é dizer, a ideia de planejamento está ínsita à ideia de administração, já que esta, necessariamente, implica em atividade racional.⁴¹¹ O artigo 36 do anteprojeto, ainda, prevê que cabe ao órgão central de planejamento a articulação e ampla divulgação dos instrumentos de planejamento elaborados pelo Poder Público.

Os artigos 38 e 39 do anteprojeto passam, então, a cuidar do tema da articulação administrativa. O artigo 38 prevê que a articulação ocorre por meio da coordenação e da supervisão e visa à eficácia, à eficiência e à compatibilização da atuação dos agentes, órgãos e entidades estatais com as políticas públicas, o planejamento e as diretrizes governamentais. Já o artigo 39 dispõe que a coordenação e a supervisão possuem como objetivo garantir a uniformidade, a racionalidade e a coesão política no exercício das competências dos distintos órgãos e entidades estatais, assim como no relacionamento com as entidades paraestatais e com as entidades não estatais.

Especificamente sobre a coordenação, o artigo 40 prevê que ela se destina a simplificar, integrar e unificar a ação administrativa. O parágrafo único do artigo 40, por sua vez, prevê sobre a necessidade de promoção do compartilhamento de informações em rede, de racionalização no uso de recursos e de unificação de procedimentos, a fim de evitar a sobreposição de competências e a duplicação de níveis decisórios.

O artigo 41 do anteprojeto, por sua vez, não inova em relação ao artigo 8º do Decreto-Lei nº 200/1967. A diferença é que o anteprojeto prevê que a coordenação deve ser exercida a partir da atuação das chefias, com a participação das chefias subordinadas, com respeito à autonomia e às respectivas competências dos órgãos e entidades. Como visto, o Decreto-Lei nº 200/1967, do mesmo modo, já prevê as comissões de coordenação; no entanto, o artigo 42 do anteprojeto da lei orgânica traz expressamente os papéis dessas estruturas. O dispositivo, nesse sentido, prevê que “as comissões de coordenação devem promover a racionalização dos meios e o intercâmbio de informações concernentes aos programas e iniciativas de cada órgão ou entidade envolvida”.

⁴¹¹ PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados..., p. 51.

Mas a grande novidade do anteprojeto, sem dúvidas, consiste na previsão disposta no artigo 43, que dispõe que “no exame de matéria que envolva diferentes interesses setoriais, o Chefe do Executivo poderá convocar *conferência de serviço*, que reúna os órgãos e entidades competentes para decisão célere e concertada”. O instrumento da *conferência de serviço*, tal como previsto no anteprojeto, *propicia a coordenação e a segurança jurídica e possui relevância para mitigar a descoordenação nos setores de logística*, ao abrir espaço para a participação de vários órgãos e entidades com competências distintas para a finalidade de alcançar uma decisão democrática e concertada. Nesse contexto, Maria Coeli Simões Pires leciona que a “coordenação envolve procedimentos de transversalidade e horizontalidade, que são potencializadas em seus resultados pelo compartilhamento de informações em rede, racionalização no uso de recursos, unificação de procedimentos, permitindo o diálogo das competências em lugar de sobreposição delas e de duplicação de níveis decisórios”.⁴¹²

Assim, a conferência de serviço configura instrumento relevante de transversalidade administrativa, que envolve distintos interesses setoriais e a participação conjunta e concomitante dos variados agentes competentes para atuação em relação a determinado problema, visando uma solução concertada e de forma célere e adequada.⁴¹³ Configura, pois, relevante mecanismo de coordenação com o objetivo de mitigar a falta de coordenação administrativa. Como é abordado adiante, esta ideia foi influenciada a partir das experiências realizadas em outros países, como Itália e Portugal, e consagrada, no Direito brasileiro, com a edição da Lei nº 14.210/2021, que instituiu

⁴¹² PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemaantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In.: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 193.

⁴¹³ Segundo Maria Coeli Simões Pires, “tal instituto de articulação é previsto para enfrentar dificuldades hoje recorrentes no âmbito do sistema administrativo e que revelam dissintonia e ausência de coesão administrativa para o provimento de políticas públicas em situações que envolvem complexos interesses públicos, variáveis burocráticas que obstaculizam soluções tempestivas, superposições de competências, desvio de foco de problemas emergenciais. A conferência de serviço busca a convergência de pressupostos de legitimidade, de racionalidade administrativa e de responsabilidades em lógica ampliativa de sua abrangência, seja no tocante à percepção do problema, seja em relação ao equacionamento proposto. Do ponto de vista hermenêutico, o novo mecanismo é um forte elemento para a interpretação do caso concreto, legitimando a sua leitura para fins de apropriação da norma aplicável, o que pode significar, no bojo da interpretação jurídica constitucionalmente adequada, a atração de um dado princípio e até mesmo justificar o afastamento de uma regra legal”. (PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil..., p. 194).

a chamada *decisão coordenada* na Administração Pública federal, acrescentando dispositivos próprios e relevantes sobre o tema na Lei nº 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo Federal.

Já o artigo 44 do anteprojeto prevê a busca pela composição dos conflitos entre as diversas entidades estatais e segue uma tendência por uma atuação mais consensual do Poder Público. A respeito desta previsão, Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel aduz que “a conduta do Poder Público deve ser de abertura ao diálogo, ao consensualismo e à colaboração inclusive em relação à sociedade como um todo, levando ao debate público as decisões e medidas que pretende adotar”.⁴¹⁴

Os artigos 45 a 49 do anteprojeto tratam sobre a supervisão que, ao lado da coordenação, também integra a articulação administrativa. Mas é a Seção III do anteprojeto da lei que aqui mais interessa, que cuida sobre o tema do controle na Administração. Os artigos que versam sobre a eliminação da sobreposição de competências e de instrumentos de controle (artigo 50, inciso V), a articulação e coerência dos órgãos de controle interno (artigo 60), a competência coordenativa do órgão central de controle interno (artigo 60, parágrafo único) consistiam em dispositivos relevantes para o tema da coordenação administrativa. Além do mais, a Subseção III, que trata sobre o controle externo, possuía dispositivo deveras relevante (artigo 62, parágrafo único), ao dispor que “o controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”. Maciel destaca que consistem em “previsões que vão ao encontro da ideia de coordenação administrativa também no âmbito dos órgãos de controle e do autocontrole das entidades, contribuindo para a construção de uma estrutura coordenativa, articulada e coerente nas mais diversas instâncias administrativas”.⁴¹⁵

O anteprojeto possuía, assim, vários dispositivos e instrumentos relevantes para contribuir com um cenário de maior coordenação e segurança jurídica na Administração Pública brasileira. Caso fosse aprovado, configurar-se-ia uma contribuição essencial para repensar a organização administrativa brasileira a partir de novos parâmetros, mais adequados e atualizados para a

⁴¹⁴ MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Articulação administrativa...*, p. 219.

⁴¹⁵ MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Articulação administrativa...*, p. 219.

realidade atual, como o instrumento da conferência de serviço e os dispositivos que tratam sobre o controle da Administração. A falta de vontade e apoio políticos, todavia, não levou à aprovação do anteprojeto em lei, lamentavelmente. É verdade que somente alterações legislativas, por si só, não são suficientes para a realização de verdadeiras mudanças estruturais, institucionais e culturais na estrutura administrativa brasileira, tendo em vista que a falta de coordenação, como visto, também decorre da realidade prática nacional.⁴¹⁶ A idealização de um cenário de *plena* coordenação e segurança, como já dito no capítulo anterior, afigura-se algo utópico. Como explorado ao longo deste trabalho, o arcabouço normativo de competências conjugado com a realidade prática nacional contribuiu para a construção de um contexto de descoordenação administrativa nos setores de logística. Mas, sem dúvidas, as alterações legislativas contribuem a favor de um caminho de *maior* coordenação e *maior* segurança. Um cenário em que o mínimo de descoordenação e insegurança possam ser considerados aceitáveis. Como já dito, trata-se de uma aparente contradição, pois é justamente por intermédio da edição de novas leis que se visa a mitigar a descoordenação gerada pelo próprio ordenamento jurídico.

A despeito da ausência de aprovação do anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, ele abriu caminho para a edição de outras leis que trataram sobre o tema, ainda que não de forma tão completa e específica em relação à organização administrativa. É o caso, por exemplo, da Lei nº 13.655/2018 e da Lei nº 14.210/2021, esta que, como dito, instituiu a *decisão coordenada* na Administração Pública federal, influenciada pela figura da conferência de serviço previsto no anteprojeto de lei.

Contudo, antes de se debruçar novamente sobre o tema da decisão coordenada e seu potencial efeito na regulação dos setores de transportes, passa-se à análise de outras relevantes leis que ajudaram a consolidar o caminho em prol da coordenação administrativa e da segurança jurídica no Direito Administrativo pátrio, como a Lei nº 13.334/2016, que instituiu o PPI, a qual consiste no objeto de investigação do próximo tópico deste capítulo.

4.3 A Lei nº 13.334/2016: a coordenação administrativa na gênese da proposta do PPI

⁴¹⁶ MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Articulação administrativa..., p. 219.

O PPI foi instituído pela Medida Provisória nº 727/2016 e posteriormente convertida na Lei nº 13.334/2016, destinado, nos termos do artigo 1º da lei, à ampliação e fortalecimento da interação entre o Poder Público e o setor privado mediante celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

Na Exposição de Motivos da MP nº 727/2016, resta evidente que o principal motivo que levou à criação do PPI consiste no estado precário da infraestrutura brasileira, especialmente os setores de logística. Segundo o texto da Exposição de Motivos, “o Brasil precisa, em caráter de urgência, implementar medidas que estimulem o crescimento da economia e a geração de empregos”. O texto da Exposição de Motivos ainda pontua que o investimento em infraestrutura consiste em atuar em todas as fases do ciclo econômico e que “desde a concepção do projeto até a efetiva execução do investimento são criadas inúmeras oportunidades de empregos diretos e indiretos, oferecidos treinamento de capacitação e reduzidos os custos logísticos que, em última instância, aumentarão a competitividade do país no cenário internacional”.⁴¹⁷

A Lei do PPI, como visto, elencou como os seus principais objetivos “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos”, “fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de

⁴¹⁷ Além disso, na Exposição de Motivos, destaca-se a necessidade de coordenação e integração das ações de Governo, justificando-se, assim, a propositura da criação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República: “considerando a relevância estratégica e econômica para o País, a proposta cria o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, que terá como principal objetivo coordenar e integrar as ações de Governo referentes aos empreendimentos públicos de infraestrutura com participação privada. O Conselho terá a competência de aprovar o planejamento estratégico nacional de longo prazo para concessões e parcerias público-privadas, inclusive auxiliando os entes subnacionais no planejamento regional, de modo que a infraestrutura seja tratada como rede e não apenas por meio da análise de cada projeto separadamente, sem uma perspectiva global”. (BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-727-16.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022). Além disso, no Parecer nº 34/2016, da Comissão Mista, o qual teve como Relator o Senador Wilder Moraes e analisou a MP, indica-se a “inconteste atual incapacidade da União – assim como de Estados, Municípios e Distrito Federal – de fazer frente aos investimentos necessários para recuperar e aprimorar a infraestrutura nacional, catalisar o desenvolvimento econômico do País e, consequentemente, gerar empregos”. O Parecer, ademais, cita a existência de deficiências estruturais: “tais deficiências são há muito conhecidas e fazem parte do conjunto de deficiências estruturais que se convencionou chamar de ‘Custo Brasil’, que tiram a competitividade de nossa economia, corroem o lucro de quem produz, e limitam a capacidade de geração de emprego e renda. Mais especificamente, as deficiências da infraestrutura de transportes perfazem um item em que o Brasil vai costumeiramente mal em diversos rankings de competitividade das economias dos países”. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 34/2016, da Comissão Mista destinada a proferir parecer à MP nº 746, de 2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1512545&filename=EMC+34/2016+MPV74616+%3D%3E+MPV+746/2016>. Acesso em: 26 jul. 2022).

regulação” e “*fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo*”. Chama a atenção, assim, os verbos escolhidos pela legislação para indicar os objetivos do PPI: *assegurar e fortalecer*, evidenciando a ideia de que o PPI veio justamente a mitigar o cenário de segurança jurídica que permeia os setores de infraestrutura e garantir a autonomia da atividade regulatória, a fim de possibilitar a atratividade de investimentos privados e possibilitar o desenvolvimento nacional. Além disso, a Lei do PPI dá ênfase, também, à integração dos distintos modais de transporte no país, ressaltando a importância dos setores de logística para o desenvolvimento do país.

O artigo 3º da Lei nº 13.334/2016, por seu turno, prevê que na implementação do PPI será observado, dentre outros princípios, a “garantia de *segurança jurídica* aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos”, evidenciando, mais uma vez, que uma das grandes essências da proposta do PPI consiste justamente na ideia de respeito à segurança jurídica. Ademais, o destaque fica também em relação aos destinatários que a segurança deve ser garantida, isto é, *a todos os atores envolvidos com os setores de logística*, sejam agentes públicos, sejam agentes privados. O princípio constitucional da segurança jurídica deve ser garantido, portanto, a todos os atores que atuam na logística nacional, sem qualquer distinção em relação aos seus destinatários.

Ainda, cumpre destacar que o PPI incorporou e foi influenciado por muitas propostas do denominado PPP MAIS, um anteprojeto elaborado no âmbito do então Ministério da Fazenda,⁴¹⁸ a partir de um grupo de trabalho formado por juristas criado no ano de 2015, que também possuía o objetivo de estimular a eficiência nas contratações públicas e consolidar a segurança jurídica na execução dos contratos de infraestrutura.⁴¹⁹ Segundo Egon Bockmann Moreira, que participou das

⁴¹⁸ Atualmente designado como Ministério da Economia.

⁴¹⁹ “O Anteprojeto do PPP MAIS foi elaborado por Carlos Ari Sundfeld (professor da FGV Direito São Paulo) e por ele submetido ao grupo de trabalho que havia sido criado em agosto de 2015 pelo então Ministro da Fazenda, Joaquim Levy, para formular propostas de melhoria do ambiente de negócios, e integrado também por Egon Bockmann Moreira (professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná), Flávio Amaral Garcia (professor na FGV Direito Rio), Paulo Guilherme Farah Correa (então secretário de acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda), Fabrício do Rosário Valle Dantas Leite (então secretário executivo adjunto do Ministério da Fazenda), Valter Shuenquener de Araújo (professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e Floriano de

discussões do grupo de trabalho, o PPP MAIS possuía o objetivo de implantar contratos público-privados avançados, que vão além das parcerias público-privadas instituídas pela Lei nº 11.079/2004. De início, seria destinado somente a um número restrito de projetos, mas em segundo momento o modelo pretendia ser expandido, disciplinando desde a sua estruturação até a efetiva execução contratual do projeto. Bockmann Moreira, nesse particular, elenca seis pontos-chave para a compreensão do PPP MAIS: i) a criação do Conselho Nacional do PPP MAIS, com o objetivo de instituir centralização estratégica e transparente; ii) a estruturação e seleção especial de projetos de interesse nacional e prioritário; iii) a contratação diferenciada de projetos, seja por meio de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), seja mitigando as exigências burocráticas-formais para seleção do contratado; a iv) a criação de contratos público-privados avançados, com intervenção mínima do Estado na execução contratual, paralelamente à instituição de garantias para a aplicação dos preços e tarifas contratualmente definidos; v) a criação de uma sociedade anônima estatal, com o objetivo de estruturar os projetos nacionais, detentora de competência para desenvolver todos os estudos necessários aos projetos; e vi) a diretriz de convivência e interação cooperativa entre os órgãos e entidades que elaborarão as PPPMAIS.⁴²⁰

Em estudo específico sobre o anteprojeto do PPP MAIS, Carlos Ari Sundfeld e Egon Bockmann Moreira destacam que, com essa proposta, “o país passaria a ter instrumentos jurídicos para, em ambiente de segurança jurídica – que tem faltado às parcerias comuns – empreender esforços para atrair investimentos privados na infraestrutura”.⁴²¹ Segundo os autores, a proposta do PPP MAIS consistia, assim, na criação de tipologia normativa específica, relacionada à criação de órgãos específicos com diretrizes próprias, definição de técnicas para as deliberações administrativas anteriores às licitações, assim como as de relacionamento diferenciado com o setor

Azevedo Marques Neto (professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Durante as discussões, a proposta foi aperfeiçoada a partir das relevantes contribuições dos membros da comissão, chegando à versão constante do presente texto, que foi divulgada para debate em final de novembro de 2015”. (SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016).

⁴²⁰ Sobre este último ponto, Egon Bockmann Moreira chama atenção e destaca que o trabalho seria desenvolvido de modo republicano e transparente, a fim de integrar os órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e federais, lado a lado com os órgãos regulatórios e de proteção à concorrência. (MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: seis pontos-chave para dar início ao debate. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/ppp-mais-seis-pontos-chave-para-dar-inicio-ao-debate-6qt61z58aek1hpm2s2d138sm8>>. Acesso em: 30 jun. 2022).

⁴²¹ SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 10.

privado em determinados projetos eminentemente privados de interesse público, como o fomento.⁴²²

O anteprojeto do PPP MAIS acabou não entrando na pauta do Congresso Nacional; porém, no ano seguinte, influenciou, em diversos pontos, a edição da Lei do PPI, possuindo entre os seus objetivos a necessidade de segurança jurídica nos projetos de infraestrutura. Um dos principais exemplos de ideias diretas que foram importadas do PPP MAIS pelo PPI consiste no denominado “*consórcio público especial*” entre todos os órgãos, entidades e autoridades públicas de liberação (arts. 25 a 27 do anteprojeto do PPP MAIS), o que propiciaria maior eficiência e diminuiria a conflituosidade na liberação dos empreendimentos, e possibilitaria a diretriz de convivência e interação cooperativa entre os diversos atores estatais envolvidos. Acerca desta ideia específica do PPP MAIS, Sundfeld e Bockmann Moreira salientam que o consórcio de liberações seria desenvolvido de modo republicano e transparente, a fim de integrar todas as autoridades públicas envolvidas de alguma forma com a liberação dos empreendimentos, ao lado dos órgãos regulatórios da Administração titular do empreendimento público ou fomentadora do empreendimento privado de utilidade pública, e dos órgãos de proteção à concorrência.⁴²³

É dizer, em matéria de liberações para a execução de empreendimentos um dos principais pontos críticos consiste na demasiada fragmentação de competências, inclusive nas diversas entidades federativas. Como o Poder Público possui muita dificuldade em realizar a liberação de maneira prévia, os projetos são elaborados genericamente, e a responsabilidade acaba recaindo para o agente privado obter as liberações posteriormente.⁴²⁴ É uma descoordenação demasiada, que o PPI procura também combater. Esta influência reflete-se, sobretudo, no artigo 17 da Lei do PPI,⁴²⁵

⁴²² SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 11.

⁴²³ SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 19.

⁴²⁴ Na Exposição de Motivos da MP nº 727/2016 pontua-se a necessidade de atuação conjunta e com eficiência dos órgãos, entidades e autoridades estatais: “O projeto de MP trata também da liberação de empreendimentos do PPI, tema essencial para a licitação de empreendimento público. Neste sentido, está prevista a atuação conjunta e com eficiência dos órgãos, entidades e autoridades estatais, inclusive as autônomas e independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. (BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-727-16.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022).

⁴²⁵ Lei nº 13.334/2016. Art. 17. Os órgãos, entidades e autoridades estatais, inclusive as autônomas e independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com competências de cujo exercício dependa a viabilização de empreendimento do PPI, têm o dever de atuar, em conjunto e com eficiência, para que sejam concluídos, de forma uniforme, econômica e em prazo compatível com o caráter prioritário nacional do

que prevê o dever de todas as autoridades estatais atuarem em conjunto e com eficiência, isto é, *de forma coordenada*, nos projetos qualificados no âmbito do PPI, a fim de evitar que a excessiva e frágil fragmentação de competências prejudique a execução dos empreendimentos de infraestrutura.

No anteprojeto do PPP MAIS, entretanto, a proposta era bem mais detalhada (artigos 25 a 27). O texto previa, por exemplo, a necessidade da instituição de consórcio público especial (com fulcro no art. 241 da Constituição Federal), sem personalidade jurídica, para o exercício articulado de competências e para a colaboração de interesse público. Para a constituição desse consórcio público especial, seriam convocados todos os órgãos, entidades e autoridades com competência para conceber, implantar e gerir políticas públicas, inclusive compensatórias, relacionadas ao empreendimento. Segundo o anteprojeto, o poder para celebração da convenção decorreria da própria competência administrativa dos órgãos, entidades e autoridades em suas áreas de atuação, não dependendo de outra previsão legal específica ou de autorização administrativa externa ou superior. Havia a previsão, também, da possibilidade de proposição de uma ação judicial, por parte da entidade titular do empreendimento, no caso de recusa, resistência ou retardamento injustificado da celebração da convenção, para a imposição de cominação ou para suprimento judicial da adesão do órgão ao consórcio.⁴²⁶

Por sua vez, o mencionado artigo 17 da Lei do PPI importou o cerne da proposta do PPP MAIS e admitiu expressamente a ideia para que os órgãos e entidades da Administração atuem conjuntamente e com eficiência, vale dizer, *de modo coordenado*. Desse modo, a Lei impõe o dever, sob a convocação da autoridade criadora do empreendimento, de que todas as autoridades competentes para emitir licenças atendam a convocação para que sejam concluídos, de forma

empreendimento, todos os processos e atos administrativos necessários à sua estruturação, liberação e execução. § 1º Entende-se por liberação a obtenção de quaisquer licenças, autorizações, registros, permissões, direitos de uso ou exploração, regimes especiais, e títulos equivalentes, de natureza regulatória, ambiental, indígena, urbanística, de trânsito, patrimonial pública, hídrica, de proteção do patrimônio cultural, aduaneira, minerária, tributária, e quaisquer outras, necessárias à implantação e à operação do empreendimento. § 2º Os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências setoriais relacionadas aos empreendimentos do PPI convocarão todos os órgãos, entidades e autoridades da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que tenham competência liberatória, para participar da estruturação e execução do projeto e consecução dos objetivos do PPI, inclusive para a definição conjunta do conteúdo dos termos de referência para o licenciamento ambiental.

⁴²⁶

SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 41-42.

uniforme, econômica e em prazo compatível com o caráter prioritário nacional do empreendimento, todos os processos e atos administrativos necessários à sua estruturação, liberação e execução.

Para além dessa previsão, um dos pontos-chave do PPP MAIS consistia, também, na instituição de uma centralização estratégica e transparente, por meio da construção de políticas setoriais de forma *coordenada*, diminuindo a burocracia e conferindo agilidade aos projetos de infraestrutura, sobretudo os relacionados aos setores de logística. Nesse sentido, o anteprojeto previa a criação do Conselho Nacional do PPP MAIS, órgão nacional, com predominância técnica e elevado status político, que teria competência para qualificar empreendimentos como de relevância nacional para fins de aplicação do novo regime legal, bem como para estimular a adoção de práticas avançadas nas ações estatais de regulação e de fomento.⁴²⁷ Essa proposta, como visto, foi incorporada na criação do Conselho do PPI (CPPI), cuja atribuições estão previstas no artigo 7º da Lei do PPI, que incorporou as atribuições do extinto CONIT. A proposta é louvável, diante da fragmentação frágil de competências nos setores de logística. Porém, faz-se a ressalva, como já visto, de que essa decisão em favor da centralização não esvazie as competências regulatórias das agências, essenciais para uma atuação técnica e independente na etapa de estruturação das outorgas dos setores. Não é porque a centralização estratégica se faz necessária por uma maior coordenação que isso signifique coatar as decisões das agências no processo de regulação da logística pátria.

Como se vê, o PPI foi influenciado por muitas ideias do PPP MAIS, com o intuito de trazer maior coordenação e segurança jurídica, para todos os agentes envolvidos, na celebração de parcerias com agentes privados para exploração dos setores de logística. Assim, a edição da Lei nº 13.334/2016 consiste em uma das tendências do Direito Administrativo brasileiro a favor da construção de um cenário de coordenação e segurança. A preocupação da Lei do PPI em garantir e consolidar um cenário de segurança jurídica e de coordenação *a todos os atores envolvidos com os setores de logística (sejam públicos, sejam atores privados)*, configurando, inclusive, um princípio nos termos da lei, para além das propostas mais concretas de atuação que a lei previu, evidenciam a preocupação do legislador pátrio na construção de um contexto mais atrativo para a efetivação de parcerias nos vários setores de infraestrutura.

⁴²⁷

SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 17.

4.4 A Lei nº 13.655/2018: segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público

A principal resposta do Direito Administrativo brasileiro em relação ao problema e impacto específico da insegurança jurídica consiste na edição da Lei nº 13.655/2018, que acrescentou dez novos dispositivos de Direito Público na LINDB, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).⁴²⁸

Como modo de atenuar o cenário de insegurança no âmbito da Administração Pública brasileira e garantir os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade que integram o conteúdo do princípio da segurança jurídica, surgiu, então, a Lei nº 13.655/2018, sancionada em 25 de abril de 2018, que se originou de Projeto de Lei apresentado no Senado Federal pelo Senador Antonio Anastasia e anteprojeto elaborado pelos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld. Com efeito, a lei foi editada com o objetivo de aumentar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público, nos diferentes níveis da Federação (isto é, federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), assim como no âmbito dos órgãos de controle (Tribunais de Contas e Ministério Público).

Floriano de Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira defendem que a inclusão dos novos dispositivos na LINDB representa *um passaporte para o Estado de Direito*, vez que os novos artigos veiculam a “positivação das melhores práticas do Direito Público contemporâneo”, de maneira a favorecer e consolidar a segurança jurídica.⁴²⁹ Assim, a Lei nº 13.655/2018 tratou de consolidar, na LINDB, diretrizes relevantes para afastar o cenário de insegurança jurídica presente no Direito Administrativo brasileiro.

⁴²⁸ Para uma análise geral sobre o impacto da Lei nº 13.655/2018 sobre o Direito Administrativo brasileiro, ver: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁴²⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei Para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). ANASTASIA, Antonio Augusto Junho (Apresentação). *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

Nesse contexto, os dispositivos que foram incluídos na LINDB consistem em: novas diretrizes para decisões pautadas em normas indeterminadas (artigos 20 e 21); a consideração dos reais obstáculos e dificuldades do gestor na interpretação de normas sobre gestão pública (artigo 22); o direito à transição adequada na hipótese da criação de novas situações jurídicas para os cidadãos (artigo 23); a disciplina dos efeitos da invalidação de atos, para que eles sejam mais justos (artigo 24); a criação de um regime jurídico geral para negociação entre autoridades públicas e particulares (artigo 26); a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos ocasionados para os envolvidos (artigo 27); a proibição da responsabilização injusta de agentes públicos na hipótese de revisão de suas decisões (artigo 28); a consulta pública para a edição de regulamentos (artigo 29) e, por derradeiro, a atuação para aumento da segurança em relação ao conjunto de normas que disciplina a atividade dos gestores públicos (artigo 30).

Dessa forma, a Lei nº 13.655/2018 incluiu parâmetros diferenciados de interpretação e aplicação da decisão pública na LINDB (diploma legal que, tradicionalmente, era encarado como restrito ao Direito Privado, embora a própria lei seja nomeada como uma lei de introdução *às normas do Direito brasileiro*, sem realizar qualquer distinção entre Direito Público e Privado; nada mais adequado, então, do que incluir também dispositivos de Direito Público em seu texto). Assim, a partir da edição dessas novas disposições, a LINDB reforça e consolida os três principais deveres constitucionais que vinculam a Administração Pública: i) o *dever de motivação das decisões administrativas*, ii) a *estabilidade dos direitos subjetivos* – especificamente nas relações entre cidadãos e Poder Público –, e iii) a *maior participação da sociedade civil nas decisões públicas*.⁴³⁰

Rodrigo Pagani de Souza e Letícia Lins de Alencar destacam, nesse passo, que as novas disposições da LINDB podem “ser encaradas como, fundamentalmente, regras de robustecimento da motivação dos atos públicos”.⁴³¹ Trata-se, enfim, da *consolidação* destes deveres em prol da segurança jurídica para *todos os agentes*, públicos e privados.

⁴³⁰ ALBERTO, Marco Antônio Moraes. MENDES, Conrado Hübner. Por que uma lei contra o arbítrio estatal? *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinia-o-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contra-o-arbitrio-estatal-12042018>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

⁴³¹ PAGANI DE SOUZA, Rodrigo; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 54. Por sua vez, Irene Patrícia Nohara entende que a alteração legislativa realizada pelo Código de Processo Civil de 2015, que já havia proporcionado uma ampliação da tradicional exigência de motivação, é mais adequada do ponto de

Juliana Bonacorsi de Palma, por sua vez, destaca que os três principais impasses do Direito Administrativo brasileiro que a edição da Lei nº 13.655/2018 propõe-se a enfrentar refletem-se em: i) as decisões dos órgãos de controle que declaram inválida uma decisão frequentemente tomam por base conceitos jurídicos indeterminados, o que gera afronta à necessidade de segurança jurídica; ii) a motivação da decisão tende a não considerar as suas consequências concretas; e iii) as decisões acabam sendo meramente provisórias, vez que submetidas a enorme controle externo, cujas balizas de intensidade e cabimento não se mostram bem definidas na prática. Assim, a partir da identificação destes problemas, a autora indica o conjunto de pressupostos que conferem identidade à Lei nº 13.655/2018; são eles: i) a Administração Pública interpreta – e essa interpretação possui peso; ii) a confiança no agente público *honesto* para inovar na gestão pública; iii) o funcionamento da Administração pode contar com maior segurança jurídica para gestores, cidadãos e controladores; e iv) a qualidade das decisões pode ser melhor, favorecendo o princípio da segurança jurídica.⁴³² Trata-se, em síntese, de uma lei que busca a promoção da eficiência e da segurança jurídica na criação e aplicação do Direito Administrativo brasileiro.

Embora possua o nobre objetivo de enfrentar a ineficiência e o arbítrio nas relações de Direito Público, a Lei nº 13.655/2018 recebeu pesadas críticas, sobretudo dos órgãos de controle, que a acusaram de possuir um propósito de afrouxar o controle sobre as decisões públicas. Na realidade, o que a LINDB traz é justamente a *imposição de uma atividade mais responsável* por parte do Poder Público, em sua integralidade, por meio do *reforço do sistema de controle*

vista técnico do que as efetivadas pela Nova LINDB. Para a autora: “antes mesmo da edição da Lei nº 13.655/2018, o art. 15 do Código de Processo Civil de 2015, em aplicação subjetiva e subsidiária aos processos administrativos, estendeu a exigência de motivação por parte do Poder Público. São exigências de fundamentação da decisão judicial, contidos no § 1º do art. 489 do CPC, que podem ser ampliadas também para decisões de órgãos de controle, quando da invalidação de atos: que não se limite à indicação, à reprodução e à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa decidida; que, ao empregar conceitos jurídicos indeterminados, explique o motivo concreto da incidência no caso; enfrentando, dentro outros requisitos presentes no dispositivo legal, todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, informar a conclusão adotada pelo julgador”. (NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 15 e 17). Por sua vez, como é aqui sustentado, as disposições da LINDB são editadas, também, no sentido de conferir, ademais, um impacto cultural nas relações de Direito Público. E até por isso a escolha da LINDB, uma lei de alcance nacional, para a positivação destes parâmetros.

⁴³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

externo.⁴³³ Assim, as críticas em relação à Lei nº 13.655/2018, em sua grande maioria, soaram injustas e exageradas, principalmente as de que inexistiu debate público em torno do Projeto de Lei que originou a lei.⁴³⁴

Alguns dispositivos que foram acrescentados à LINDB pela Lei nº 13.655/2018 são essencialmente relevantes para a discussão proposta nesta tese, no sentido de conferir um cenário de maior coordenação administrativa e segurança jurídica para a regulação dos setores de logística. Trata-se, pois, dos artigos 20, 21, 22, 28, 29 e 30 da LINDB. Todos os artigos possuem o objetivo de impor parâmetros mais precisos para a aplicação da decisão pública e, assim, proporcionar um estado de maior coordenação e segurança nos setores de logística.

O primeiro dispositivo incluído pela Lei nº 13.655/2018 consiste em seu artigo 20, em que o *caput* do artigo possui a seguinte redação: “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.⁴³⁵

⁴³³ Cumpre lembrar que o Projeto de Lei que originou a Lei nº 13.655/2018 passou por uma intensa fundamentação teórica, resultado de pesquisa empírica desenvolvida no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) a respeito da atuação do controle na Administração (além do anteprojeto ter advindo, como dito, da contribuição de dois renomados professores de Direito Administrativo). Nesse particular, Juliana Palma destaca que o Projeto de Lei resultou de “anos de pesquisas empíricas, provenientes das mais variadas instituições de ensino superior em São Paulo, no programa da Escola de Formação Pública (EFp). Também decorre de pesquisas empíricas desenvolvidas na própria SBDP e na FGV Direito SP, parte delas financiadas com recursos públicos após se sagrarem vencedoras de disputadíssimos processos de seleção promovidos pelo Governo Federal. Mais recentemente, desenvolveu-se na Faculdade de Direito da USP o Grupo de Pesquisas de Controle da Administração Pública (GPCAP), com pesquisa empírica publicamente debatida sobre o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Isso fora toda a produção técnica Brasil a fora e os diversos debates acadêmicos sobre o tema.” (PALMA, Juliana Bonarcosi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2022). Ademais, registre-se que o diploma legal foi aprovado sem dissensos no Congresso Nacional, com grande aprovação política. (SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018, p. 41).

⁴³⁴ “Não tramitou na calada da noite”. *Estadão*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nao-tramitou-na-calada-da-noite/>>. Acesso em: 30 maio 2022.

⁴³⁵ LINDB. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Com efeito, o dispositivo possui o intento de evitar a utilização irrestrita e sem critérios de valores jurídicos abstratos pelos aplicadores da decisão pública, a fim de mitigar o risco de substituição da discricionariedade do gestor público pela arbitrariedade do controlador, carente de qualquer previsibilidade e segurança jurídica.⁴³⁶ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld chama atenção para a “farra dos princípios” no Direito Administrativo brasileiro e salienta que “não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens”.⁴³⁷ Já Lenio Luiz Streck denomina este fenômeno de “panprincipiologismo”, o qual se caracteriza pela multiplicação de um significativo número de *standards* interpretativos. Assim, com a utilização destes *standards*, qualquer resposta conferida pela decisão acaba sendo a “correta”. “Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’”.⁴³⁸⁴³⁹

⁴³⁶ No tocante ao já citado valor da eficiência administrativa, por exemplo, Rodrigo Pagani de Souza lembra que ele, como parâmetro estático de controle em casos com situações duvidosas, pode implicar no aumento de poder dos órgãos de controle, que acabam por impor a sua própria visão de qualidade. Segundo o referido autor: “a era dos princípios no Direito Administrativo brasileiro bem coincidindo com a era de muito poder aos controladores. Ficam os gestores públicos – probos e aplicados, que certamente existem – compreensivelmente acuados ante tal poderio, especialmente diante dos riscos de abuso que ele encerra. (...) A referência aqui é a insegurança de quem, mesmo com boa-fé e aptidão, ainda se veja sujeito a um controle que tende a revelar-se arbitrário porquanto parametrizado por base puramente principiológica”. (PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados..., p. 49-50).

⁴³⁷ Conforme leciona Carlos Ari Sundfeld, “citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206 e 229).

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 493. Lenio Streck cita vários exemplos destes *standards* com pretensão retórico-corretiva como, por exemplo, o malfadado “princípio da situação excepcional consolidada”. Segundo Streck, “tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 488 e 490). Por outro lado, Lenio Luiz Streck também chama a atenção para o problema oposto, é dizer, o uso hipossuficiente dos princípios jurídicos, como subproduto do mesmo fenômeno. Ao invés de nomear qualquer *standard* argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, os juízes passam a negar densidade normativa de princípio àquilo que de fato é um princípio. Nega-se, assim, a qualidade de princípio àquilo que está denominado expressamente como princípio pelo texto constitucional. O autor cita como exemplo o voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da adequação da Lei Complementar nº 115/2010 à Constituição (ADC 29/DF, ADC/30, ADI 4578;DF) no qual se negou um conteúdo principiológico à presunção de inocência. (STRECK, Lenio Luiz. Do panprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012, p. 10-11).

⁴³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 488.

Dessa forma, é em meio a este contexto que surge o artigo 20 da LINDB, que procura conferir parâmetros mais concretos para a atuação do Poder Público em matéria de aplicação da decisão pública, a fim de permitir um cenário de maior segurança jurídica, seja para os agentes públicos, submetidos à imprevisibilidade das decisões, seja para os agentes privados, que ficam à mercê do agir imprevisível e inconstante do Estado. O dispositivo trata, assim, da imposição do *consequencialismo responsável* aos aplicadores de decisões quando estes decidirem com base, *tão-somente*, em valores jurídicos abstratos, como os princípios que pautam a atuação da Administração Pública.⁴⁴⁰

Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld e José Guilherme Giacomuzzi, destacam que a Lei nº 13.665/2018 possui como principal objetivo trazer o aplicador do Direito ao *mundo real*. Assim, por evidente, não se trata de uma lei atentatória contra os princípios jurídicos, mas pretende-se evitar, com a edição do artigo 20, que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas, *unicamente*, a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados por meio da mera invocação de princípios abstratos. Os autores concluem, pois, que se trata de “uma lei que busca no real a segurança necessária a todos os que se envolvem com o Direito Público”.⁴⁴¹

Outrossim, este objetivo é retratado no artigo 21 da LINDB, que também reforça a necessidade de responsividade por parte do aplicador das decisões públicas. Assim, no mesmo sentido de consolidar um *consequencialismo responsável*, o *caput* do artigo 21 prevê que: “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato,

⁴⁴⁰ Para uma análise crítica e contrária sobre o *consequencialismo* instaurado pela LINDB, ver: NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademar de. O *consequencialismo* e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97- 124, jul./set. 2020; e PORTUGAL, André; KLEIN, Érico. A anti-teoria *consequencialista* como fundamento da Nova LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Por outro lado, para uma análise crítica favorável sobre o *consequencialismo*, ver: PAGANI DE SOUZA, Rodrigo; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; e MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

⁴⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018..., p. 41.

contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”.⁴⁴² Ou seja, o dispositivo trata da regularização de uma situação administrativa considerada inválida. Como pontua Carlos Ari Sunfeld, “a autoridade que decreta a invalidade não pode mais, como no passado, fazer de conta que o Direito abstrato já tem as respostas sobre a preservação ou não de efeitos do ato inválido”.⁴⁴³

É preciso destacar que os artigos 20 e 21 da LINDB, portanto, não são coniventes com uma imaginada *fuga do Direito*, como poderia se cogitar, a fim de que sejam *apenas* consideradas e levadas em consideração as consequências práticas de uma decisão.⁴⁴⁴ É dizer, um apego estrito e único aos fatos, sem fundamentação jurídica. Caso isso fosse eventualmente verificado, estar-se-ia, por óbvio, diante de um caso julgado sem qualquer base jurídica e com um apego *estrito* às consequências fáticas da decisão.⁴⁴⁵ Mas não é esse, afinal, o objetivo dos dispositivos da LINDB. O *caput* do artigo 20 dispõe que no caso de um julgador utilizar conceitos abertos para justificar uma decisão, então *nessa hipótese* ele deverá cotejar tais valores abstratos com as consequências práticas da decisão. Já o *caput* do artigo 21 prevê que a decisão que invalidar um contrato deverá então indicar de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas. Trata-se, assim, da imposição de um *ônus argumentativo* ao aplicador da decisão pública: se optar por decidir de tal modo (é dizer, por meio da aplicação de um conceito jurídico aberto ou a declaração da

⁴⁴² LINDB. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

⁴⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo...*, p. 46.

⁴⁴⁴ Por seu turno, Irene Patrícia Nohara, sobre o consequencialismo da LINDB, salienta que “a avaliação das consequências práticas da decisão é relevante, uma tendência, sobretudo no universo capitalista dos investimentos em projetos com o Poder Público, mas, mesmo que importantes, não é *suficiente* para dar conta da resolução de todas as situações jurídicas”. (NOHARA, Irene Patrícia. *Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB...*, p. 16). Porém, como dito, defende-se que não são *apenas* as consequências práticas que integram e fazer parte da decisão: elas, por sua vez integram um conjunto de fundamentação necessário para mitigar os problemas que a invocação genérica a princípios abstratos pode ocasionar.

⁴⁴⁵ É o mesmo entendimento alcançado por Marçal Justen Filho ao tecer comentários sobre o artigo 20 da LINDB. Segundo o autor, “o art. 20 não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 38).

invalidez de um contrato), então nestes casos deverá fazer com base nos novos parâmetros previstos na LINDB. Não consistem, portanto, em especulações intuitivas acerca do futuro, mas em consequências *diretas e imediatas* que a decisão pautada em valores abertos de forma inevitável gerará.⁴⁴⁶ São respostas a perguntas como essas, portanto, que o aplicador da decisão pública precisará estar pronto para responder diante da previsão destes dispositivos na LINDB.

Os referidos dispositivos da LINDB, aliás, têm tido aplicação prática nos últimos anos pelo STJ, em diversas áreas e com impacto especial para os setores de logística. É o caso, por exemplo, dos julgados relativos aos REsp nº 1895255/RS,⁴⁴⁷ REsp nº 1903883/CE⁴⁴⁸ e do REsp nº 1812449/SC.⁴⁴⁹ No âmbito do STJ, ainda, observa-se que, por vezes, apesar de os dispositivos da

⁴⁴⁶ A respeito das críticas em relação à efetiva capacidade de os julgadores serem possíveis de adiantar as consequências – que, inclusive, consistiram nas principais críticas dos órgãos controladores em relação aos artigos 20 e 21 da Lei nº 13.655/2018 –, José Vicente Santos de Mendonça, destaca que tudo depende de quão exatas se espera que sejam as consequências indicadas na decisão. O autor anota que se se espera que as consequências devam ser indicadas de forma precisa, então a norma, por evidente, é impossível; não é, afinal, este o objetivo dos dispositivos. Por outro lado, há hipóteses no ordenamento em que os julgadores decidem com base em consequências e os resultados tem sido, na média, aceitáveis (como é o caso do artigo 15, da Lei n.º 12.016/2009, que autoriza a suspensão da liminar quando ela afetar a ordem, saúde, economia ou seguranças públicas). Segundo o referido autor, “os estados adiantados devem ser certos ou prováveis, o que significa fazer que, no segundo caso, as consequências indicadas na decisão podem não ocorrer. O que se requer é que indique tanto elas quanto sua evidenciação empírica, e que a probabilidade de sua ocorrência seja significativa”. (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 54-55).

⁴⁴⁷ “Consoante o art. 20, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB): “[...] não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. É preciso compreender que o objetivo da tributação monofásica não é desonerar a cadeia, mas concentrar em apenas um elo da cadeia a tributação que seria recolhida de toda ela caso fosse não cumulativa, evitando os pagamentos fracionados (dupla tributação e plurifasia). Tal se dá exclusivamente por motivos de política fiscal”. (STJ - REsp: 1895255 RS 2020/0237508-4, Data de Julgamento: 27/04/2022, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 05/05/2022).

⁴⁴⁸ “Sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), não se pode deixar de registrar que a aceitação de titulação superior à exigida traz efeitos benéficos para o serviço público e, conseqüentemente, para a sociedade brasileira. Destaco os seguintes: 1) o leque de candidatos postulantes ao cargo é ampliado, permitindo uma seleção mais abrangente e mais competitiva no certame; 2) a própria prestação do serviço público é aperfeiçoada com a investidura de servidores mais qualificados e aptos para o exercício da função pública.” (STJ - REsp: 1903883 CE 2020/0288219-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 22/09/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/09/2021).

⁴⁴⁹ “Por fim, sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão - nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB)-, não se pode deixar de registrar a relevância para a economia do país e para a diminuição do "Custo Brasil" de que a atualização dos bancos de dados dos birôs de crédito seja feita por meio dos procedimentos menos burocráticos e dispendiosos, tais como os utilizados no SERASAJUD, a fim de manter a qualidade e precisão das informações prestadas. Postura que se coaduna com a previsão do art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88 ("todos têm direito a receber dos órgãos públicos

LINDB consistirem em objeto de questionamento das partes em sede de recurso especial, estes acabam não sendo apreciados pela Corte por não terem sido suscitados nas instâncias ordinárias.⁴⁵⁰

O TCU também aplicado a LINDB e os referidos dispositivos (artigos 20 e 21). É o caso, por exemplo, do Acórdão nº 3.062 – Plenário,⁴⁵¹ em que a Corte entendeu que a anulação da licitação no referido caso e a paralisação das obras analisadas no estágio em que estavam poderia gerar mais prejuízos ao interesse público em relação aos prováveis benefícios, tendo em vista o histórico de degradação do local e a pequena diferença entre as propostas de preços apresentadas pelos licitantes.

Por sua vez, em outros casos, o TCU tem entendido que os casos em julgamento não são enquadrados nos dispositivos legais da LINDB, inclusive em alguns casos relativos especificamente aos setores de logística. No caso do Acórdão nº 2.644/2019 – Plenário,⁴⁵² por exemplo, o TCU entendeu que a hipótese não era englobada pelo artigo 20 e afirmou ter decidido com base na Constituição, na Lei Orgânica do TCU e nos dispositivos legais que vinculariam a atuação da ANTT, destacando que, após o cumprimento das determinações emitidas, caberia à agência reguladora a consideração das peculiaridades do caso concreto e as exigências da política pública. O TCU, assim, entendeu que não era o caso de aplicação do artigo 20 sob o fundamento de que a medida em questão (utilização da garantia contratual) estaria pautada nos aludidos dispositivos legais e não em valores jurídicos abstratos. Na mesma linha, tem-se o Acórdão nº

informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado)". (STJ - REsp: 1812449 SC 2019/0130841-3, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 24/02/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 11/03/2021).

⁴⁵⁰ Veja-se, por exemplo, o trecho do AgInt no AREsp nº 1933875/SP: “a matéria relativa aos arts. 9º, 10 e 505 do CPC e 24 da LINDB não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, ainda que implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, conforme o que preceituam as Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal”. (STJ - AgInt no AREsp: 1933875 SP 2021/0208486-1, Data de Julgamento: 17/05/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2022).

⁴⁵¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão nº 3.062/2019 – Plenário, no âmbito do TC 006.943/2019-5, denúncia sobre possíveis irregularidades na condução de concorrência que teve como objeto a contratação de empresa especializada em obras e serviços de engenharia para execução da requalificação da orla do Rio Branco/Bacia do Caxangá em Boa Vista/RR – Parque do Rio Branco.

⁴⁵² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão nº 2.644/2019 – Plenário, proferido no TC 034.032/2017-7, o qual se trata de representação acerca de possíveis irregularidades na concessão da Rodovia BR-163, no Estado do Mato Grosso.

2.175/2019,⁴⁵³ também no contexto da concessão de rodovias. O TCU decidiu que a agência teria violado os próprios normativos ao utilizar valores pautados nos custos médios gerenciais do DNIT e em simplificações que, na realidade, não quantificariam o efetivo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, exigência para a revisão tarifária. Assim, estaria avaliando a aplicação concreta de normativo da ANTT e não valores abstratos sujeitos à incidência do artigo 20 da LINDB.

Cumprir destacar, por evidente, que os dispositivos da LINDB não incidem apenas para os órgãos de controle. Os parâmetros da LINDB são impostos a *todo* o Estado brasileiro *em sua integralidade*. O gestor público e as agências reguladoras,⁴⁵⁴ assim, também estão submetidos a

⁴⁵³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão nº 2.175/2019 – Plenário, proferido no TC 012.831/2017-4, em que o Tribunal analisou Pedidos de Reexame interpostos contra deliberação que julgou procedente representação acerca de irregularidades na revisão tarifária do contrato de concessão da rodovia BR101/ES/BA, relacionadas à incorporação dos efeitos decorrente da Lei dos Caminhoneiros.

⁴⁵⁴ Sobre a aplicação da LINDB por parte das agências reguladoras, é simbólico o caso da anulação de uma série de aditivos aos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo, celebrados entre diversas concessionárias e a Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP). No caso em questão, a ARTESP celebrou uma série de termos aditivos e modificativos (TAMs) em 2006 e, anos mais tarde, decidiu anulá-los unilateralmente por mudança de interpretação em relação às premissas que justificaram o desequilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos. Todos os referidos termos possuíam o mesmo objetivo de reequilibrar os contratos, pela extensão do prazo, por ocorrência de fatores como, por exemplo, a perda de receita decorrente de parcelamento do reajuste tarifário (reajuste menor que o índice contratado por alguns meses). Entretanto, cinco anos mais tarde, a ARTESP instaurou em face das concessionárias diversos processos administrativos de invalidação dos TAMs. A agência fundamentou seu entendimento de invalidade na alegação de que os termos partiram de premissas dissociadas dos contratos, isto é, alegou-se que foram utilizadas informações constantes das projeções financeiras das concessionárias ao invés de dados reais (ou seja, para o cálculo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro levou-se em consideração a demanda da proposta prevista no plano de negócios e não a demanda real). Por outro lado, as concessionárias, em defesa, alegaram que o reequilíbrio foi calculado à época com base na metodologia costumeiramente empregada pela ARTESP e consoante determinação contratual expressa em tal sentido. Apesar das posições de cada parte, as disputas foram judicializadas e, pelo menos até o momento, tem prevalecido o pleito da agência em questão de anular os aditivos contratuais de 2006. Ademais, no tocante às considerações das consequências da decisão, Gabriela Engler Pinto destaca como o artigo 20 da LINDB ilustra bem a situação das concessionárias que emitiram, posteriormente à celebração dos aditivos, bilhões de reais em debêntures de infraestrutura com a finalidade de se financiarem junto ao mercado de capitais. Tais debêntures foram emitidas com vencimento para o período compreendido na prorrogação contratual pactuada no âmbito dos termos aditivos. Com a anulação da prorrogação pela ARTESP, o desfecho provável desses papéis consiste em seu vencimento antecipado, com impacto considerável para o mercado de dívida do país, especialmente considerando que essas debêntures incentivadas são, em sua maioria, detidas por pessoas físicas, em virtude das isenções fiscais atreladas ao título. Dessa forma, como pondera a autora, as seguintes indagações deveriam ter sido consideradas pela decisão da ARTESP: afinal, qual é o real impacto da decisão tanto para o público investidor quanto para as emissoras das debêntures? No caso em questão, há “prejuízos aos interesses gerais” ou “ônus e perdas anormais e excessivos” para os sujeitos envolvidos? Além disso, não seria possível lidar com a situação de forma distinta e menos gravosa do que a anulação dos aditivos (conforme o parágrafo único do artigo 20)? Fato é que, por deferência à *responsividade* das decisões públicas, todas estas questões deveriam ter sido consideradas pela decisão da ARTESP que invalidou os termos aditivos. (PINTO, Gabriela Miniussi Engler. *O caso da anulação dos aditivos de 2006 pela ARTESP*: seria diferente à luz da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro? Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/o-caso-da-anulacao-dos-aditivos-de-2006-pela-artesp-seria-diferente-a-luz-da-nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 13 jul. 2022).

um *onus argumentativo*, é dizer, a um agir decisório responsável, quando utilizarem conceitos jurídicos abstratos para aplicar decisões sensíveis em matéria de infraestrutura (artigo 20) ou declarar a invalidade de determinado ato administrativo sem que sejam indicadas as consequências jurídicas e administrativas (artigo 21). Por exemplo: no caso de anulação de um determinado contrato com base, por exemplo, no amplíssimo princípio da eficiência administrativa, quem assumirá a prestação da infraestrutura do contrato invalidado pela decisão? O Poder Público possui condições de assumir a prestação do serviço infraestrutural ou realizar a relicitação?⁴⁵⁵ A anulação do contrato gerará efeitos imediatos aos usuários do serviço? A Administração, nesse caso, possuirá condições de indenizar o parceiro privado pelos investimentos que ainda não foram amortizados? Logo, caso a Administração opte por decidir de tal modo (isto é, aplicando um conceito jurídico aberto ou declarando a invalidade de um contrato administrativo), então deverá suportar o ônus de decidir de tal forma e agir com base nos parâmetros previstos na LINDB, ou seja, externando as consequências práticas (artigo 20) e jurídicas e administrativas da decisão (artigo 21).⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Para Rafael Vêras de Freitas, a relicitação, instituída pela Lei nº 13.448/2017, consiste em hipótese de extinção consensual do contrato de concessão, em substituição ao procedimento da caducidade. Segundo o autor em questão, “por meio desse instituto, o concessionário inadimplente para com as suas obrigações, em vez de se submeter a um procedimento administrativo de extinção anômala do contrato de concessão culposa, entabula a sua extinção consensual com o poder concedente por intermédio da celebração de termo aditivo. (...) Não há necessidade de já se haver caracterizado o inadimplemento, apenas de se comprovar que o concessionário demonstra incapacidade de continuar cumprindo o contrato ou as obrigações financeiras”. (FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias...*, p. 218-219).

⁴⁵⁶ O artigo 20 da LINDB, aliás, possui um impacto significado no tocante à possibilidade de revogação de licitações pelo Poder Público, nos termos do artigo 49, da Lei nº 8.666/1993. A revogação ocorre quando o Poder Público opta por extinguir ato válido que, embora não apresente vícios, não mais se apresenta como conveniente ou oportuno para a Administração. Ocorre que a possibilidade de revogação – especialmente quando pautada em valores abertos e abstratos como “interesse público” – pode gerar enorme insegurança aos agentes privados que vencem um certame licitatório e que, em muitos casos, acabam por dispender vultuosos valores para participar do processo licitatório (como o gasto com assessoria jurídica, projetos de engenharia etc.) e esboçar sua estratégia de negócios. É nesse cenário que Cristiana Fortini destaca que “alegar ‘interesse público’ no afã de dar guarida à revogação não satisfaz quer porque vago e fluído o conceito quer porque não é qualquer justificativa que atende a prescrição legal”. (FORTINI, Cristiana. *Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações...*, p. 100). Segundo Fortini, “há de haver documentação que indique qual o fato que, após o início do certame, dele retira a condição de ferramenta salutar para a promoção do interesse público” (...) “a revogação de licitações que se pode compreender como autorizada pela ordem jurídica é aquela que, de corrente de fato superveniente ao início do certame, efetivamente demonstrado e não apenas sugerido por trás da expressão interesse público, reflita a participação do interessado, pelo que se exige o respeito ao contraditório e à ampla defesa, convidando-se o interessado a integrar o campo decisório da Administração Pública”. (FORTINI, Cristiana. *Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações...*, p. 100 e 105). Trata-se da exata aplicação do artigo 20 da LINDB: a consideração das consequências práticas da decisão pelo agente público quando a revogação da licitação se justificar tão somente em valores abertos e fluídos (como é o caso de “interesse público”) sem a necessária e respectiva especificação no caso concreto.

Ou seja, assim como os controladores, o gestor público também possui a obrigação de agir *de modo responsável e consequente*. Inclusive, o agir responsável por parte do gestor público facilita o trabalho posterior dos controladores e tal afirmação evidencia como a crítica dos órgãos controladores de que a Lei nº 13.655/2018 seria uma lei “contra o controle” não merece prosperar. Defende-se, afinal, que a LINDB, além de incrementar as possibilidades de controle, possibilita uma decisão pública mais eficiente e segura em todas as esferas do Estado brasileiro.

Como dito, é conferir uma *maior responsividade* ao aplicador do Direito Público: a decisão possui evidentes efeitos e impactos diretos para o mundo real (sobretudo, em setores de infraestrutura com elevado impacto para a coletividade, como é o caso dos setores de logística) e a LINDB procura justamente afastar a possibilidade de decisões irresponsáveis, sobretudo quando da utilização de valores genéricos e abstratos.⁴⁵⁷ Assim, é justamente por intermédio da imposição de parâmetros concretos e procurar trazer um incremento maior ao ideal de motivação para as decisões públicas que os artigos da LINDB proporcionam uma maior previsibilidade e uma deferência em relação ao princípio da segurança jurídica em seus três ideais (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade).

Para além dos artigos 20 e 21, o *caput* do artigo 22 da LINDB prevê que: “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Carlos Ari Sunfeld leciona, nesse particular, que os juízes, ao julgarem com base em princípios, têm o *ônus do regulador*. É dizer, o Poder Judiciário, ao ser transformado em regulador, deve se comportar como tal, isto é, com todos os ônus que tal função envolve. Segundo o autor, é necessário “estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos...*, p. 228-229).

⁴⁵⁸ LINDB. Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. §2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. §3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Assim, da mesma forma que ocorre em relação aos artigos 20 e 21, o dispositivo impõe um *ônus argumentativo* ao aplicador da decisão, que deve levar em consideração, antes da aplicação e da interpretação de normas sobre gestão pública, os obstáculos, as dificuldades reais do gestor público, bem como as exigências de políticas públicas.⁴⁵⁹ O dispositivo em questão possui o objetivo de *sensibilizar* o controlador frente às dificuldades que o agente público enfrenta na prática rotineira da gestão pública, possibilitando a capacidade de inovação na Administração, essencial para a realização de parcerias estratégicas nos setores de logística, como a abertura de editais de licitação nos referidos setores. Juliana Bonacorsi de Palma lembra, por exemplo, que “não são raros os casos de *decisões trágicas*, em que o gestor precisa fazer escolhas difíceis diante de um quadro estrutural dramático, como falta de pessoal ou de recursos públicos”.⁴⁶⁰ Trata-se,

⁴⁵⁹ Com efeito, cumpre destacar que o TCU vem aplicando os citados dispositivos da LINDB em diversos casos, como pode ser observado no Acórdão nº 1.643/2018; no julgado em questão, o TCU utilizou o artigo 22 para absolver de multa os titulares dos Ministérios da Educação e do Planejamento em relação à suposta má-gestão dos recursos orçamentários do Fies e reconheceu os obstáculos reais dos gestores públicos. Segundo a relatora do caso, “no caso concreto, evidenciou-se real tensão entre metas educacionais estruturantes, especialmente em um país de dimensão e carências significativas, e as restrições fiscais impostas pela política econômica. (...). Assim, atribuir responsabilidade pela política econômica do Governo aos titulares da Pasta da Educação, que, por sua vez, devem cumprir, por força de lei, as metas estabelecidas para área de atuação, não me parece razoável. (...). Em decorrência, a aplicação de multa aos titulares das Pastas do Planejamento e da Educação parece-me medida de extremo rigor, ante as dificuldades reais dos referidos gestores. Para fundamentar minha posição, lanço mão, ainda, da recente alteração do Decreto-Lei 4.657/1942 promovida pela Lei 13.655/2018, que incluiu o art. 22 naquele primeiro normativo (...)”. (TCU - RA: 02443420140, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 18/07/2018, Plenário). Em caso distinto, ademais, o TCU determinou a suspensão cautelar de licitação, indicando os artigos 20 e 21 da LINDB em sua fundamentação (Acórdão nº 1.746/2018). (TCU - RP: 02378420180, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 31/10/2018, Plenário). Segundo a decisão, na eventualidade de a concorrência pública para a contratação das obras da linha leste do metrô de Fortaleza/CE ser mantida, haveria enorme risco para a mobilidade urbana e de novas paralisações em razão de eventual contratação malsucedida. Para além da aplicação dos dispositivos pelo TCU, no âmbito estadual, os Tribunais de Contas dos Estados também vêm aplicando a LINDB. Veja-se o caso do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), por exemplo, que, no âmbito do Acórdão nº 2627/18, aplicou o artigo 28; no referido caso, assentou que: “claramente não estão caracterizados nem dolo, nem erro grosseiro por parte do gestor público no caso em análise, o que igualmente impede a aplicação de sanção, nos termos do artigo 28”. Assim, o TCE/PR afastou a irregularidade discutida no caso em questão e a condenação de ressarcimento ao erário. (TCE/PR - Tomada de Contas Extraordinária: 654165/17, Relator: Ivens Zschoerper Linhares, Data de Julgamento: 19/09/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DETC 26/09/2018). Ademais, em relação ao TCE/PR, registre-se que a Lei Estadual nº 19.811/2019, que criou o Programa Parcerias do Paraná (PAR) e estabeleceu normas para desestatização e contratos de parceria no âmbito estadual, *reforça* o dever imposto no artigo 20 da LINDB. A legislação estadual prevê em seu artigo 27 que o TCE/PR deverá considerar as consequências jurídicas e econômicas de intervenções eventualmente propostas pela Corte de Contas ao dispor que: “as análises realizadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná acerca dos projetos integrantes do PAR e quanto ao conteúdo dos contratos de parceria, aos seus atos de execução e aditivos eventualmente formalizados ao longo do prazo de execução, deverão considerar as consequências jurídicas e econômicas de intervenções eventualmente propostas, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei Federal nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018”.

⁴⁶⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

então, de dispositivo relevante que possui o condão de mitigar os efeitos do impacto da paralisia decisória na Administração, a fim de que o controlador considere as dificuldades e escolhas complexas pelas quais o administrador público enfrenta na prática da gestão pública.

O artigo 28 da LINDB, por sua vez, consiste em uma das mais relevantes e impactantes novidades da edição da Lei nº 13.655/2018. O *caput* do referido dispositivo possui a seguinte redação: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Com efeito, o dispositivo em questão também procura combater os efeitos da paralisia decisória na Administração Pública. Assim, com as mudanças da LINDB, *somente a conduta eivada de dolo ou erro grosseiro* do agente público é que poderá ser responsabilizada, com a finalidade de evitar a paralisia decisória na Administração.⁴⁶¹ Assim, a regra prevista no artigo 28, ao conferir amparo normativo ao gestor público, privilegia e dá suporte para a presunção de legalidade dos atos administrativos e favorece o bom funcionamento da máquina pública.⁴⁶²

A LINDB, destarte, impôs uma orientação hermenêutica que excluiu do ordenamento jurídico pátrio a modalidade de responsabilização por mera *culpa simples*, tendo em vista que, agora, exige expressamente a presença do dolo ou do erro grosseiro para responsabilização pessoal do agente público. Logo, defende-se que com a edição do artigo 28 da LINDB ocorreu a *releitura* do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 – a Lei de Improbidade Administrativa – que admitia expressamente em seu *caput*, antes da reforma realizada pela Lei nº 14.230/2021, a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa. Aliás, antes mesmo do advento da Lei nº 13.655/2018 e da Lei nº 14.230/2021, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinha se posicionando no sentido de exigir a caracterização do dolo na conduta do agente ou, ao

⁴⁶¹ Segundo Edilson Pereira Nobre Júnior, “o mérito do legislador está, basicamente, em insistir para que os órgãos de controle assimilem uma cultura, que não é nova, mas adequada para nortear a relação jurídico-administrativa, permitindo o desenvolvimento ágil da Administração, de modo a realizar o interesse público”. (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro...*, p. 34).

⁴⁶² VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, v.16, n.62, jul./set. 2018, p. 180.

menos, da *culpa grave* para a configuração dos atos de improbidade.⁴⁶³ Todavia, parcela da jurisprudência do STJ, de forma retrógrada, apresentava um afastamento desta orientação, admitindo a condenação por ato de improbidade decorrente de conduta meramente culposa.⁴⁶⁴ Como exemplo, tem-se a decisão proferida no Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.598.591 – RN, que expressamente reputa a *conduta minimamente culposa* como suficiente à configuração de ato de improbidade em relação ao artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.⁴⁶⁵

Dessa forma, o advento da Lei nº 13.655/2018 possuiu o objetivo de afastar a controvérsia jurisprudencial e consolidar parâmetros interpretativos atualizados em relação ao artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, *em manifesta valorização ao gestor que age de boa-fé*.⁴⁶⁶ Surgiu, assim, uma incompatibilidade entre os dispositivos (artigo 28 da LINDB e artigo 10 da LIA), o que implicou na releitura do dispositivo da Lei de Improbidade sob um novo viés interpretativo. Por consequência (e ante a releitura proporcionada pela edição da Lei nº 13.655/2018), anos após a

⁴⁶³ “Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, sendo “indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10”. (STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, AIA 30/AM, Corte Especial, DJe 28/09/2011). Ainda, o entendimento disposto no REsp n.º 1.038.777/SP, de relatoria do então Ministro Luiz Fux no qual se dispôs que: “(...) a má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92) (...)”. (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, RESP 1.038.777/SP, Primeira Turma, DJe 16/03/2011).

⁴⁶⁴ “O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.” (STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, AgRg no AREsp 654.406/SE, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016).

⁴⁶⁵ STJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, AgInt no REsp 1598594/RN, Primeira Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018.

⁴⁶⁶ Luciano Ferraz, inclusive, defende que esse conflito normativo gerou a revogação parcial do *caput* do artigo 10, da Lei nº 8.429/1992. Para Ferraz, a possibilidade de condenação por improbidade administrativa baseada em simples culpa para os casos do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 definitivamente caiu por terra com o advento da Lei nº 13.655/2018. O referido autor indica que o texto da nova lei é uma reorientação, operada pela via legislativa, da jurisprudência do STJ, que já havia se firmado no sentido da necessidade de comprovação de dolo ou culpa grave para imputação pelo artigo 10 da Lei nº 8.429/1992. Destarte, o autor rende suas homenagens ao novo diploma legal, pois o considera “remédio contra a letargia decisória e o temor de se decidir e ser processado [...]”. Segundo o referido autor: “a nova disposição da LINDB afeta diretamente a regra do artigo 10 da Lei 8.429/92, à medida em que transforma em pressuposto da responsabilização do agente público (que decide ou emite opinião técnica) exclusivamente o dolo e o erro grosseiro, afastando, pois, a ideia de responsabilização por culpa *stricto sensu*”. (FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>>. Acesso em: 5 maio 2022).

promulgação da Lei nº 13.655/2018, foi editada a Lei nº 14.230/2021, que reformou a Lei de Improbidade Administrativa. O diploma legislativo expurgou de modo definitivo do ordenamento jurídico brasileiro a modalidade culposa de ato de improbidade ao incluir no §1º do artigo 1º da Lei nº 8.429/1992 que “consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”. Além do mais, a nova redação do artigo 10 suprimiu totalmente a referência à conduta culposa ao prever que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei (...)”.⁴⁶⁷

Por seu turno, é verdade que sem a existência de critérios legais concretos para delimitação do que se entende por erro grosseiro mantém-se um enorme espaço de atuação para que os órgãos de controle continuem determinando, eles próprios, o parâmetro de controle. Nesse contexto, o TCU, após a edição da Lei nº 13.655/2018, decidiu no âmbito do Acórdão nº 1.628/2018, que: “a conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018”.⁴⁶⁸ Assim, o que seria, afinal, o “administrador médio” referenciado pelo acórdão do TCU? Logo, é fato que a LINDB continua permitindo espaço para que os próprios órgãos de controle definam o que se entende por erro grosseiro, e geram o risco de, assim, limitar a capacidade de inovação do gestor público; afinal, se *tudo* pode ser enquadrado como erro grosseiro, o gestor continua não agindo e o cenário de paralisia decisória se mantém.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ O Projeto de Lei nº 10.887, de 2018, que originou a Lei nº 14.230/2021, resultou do trabalho de uma Comissão de Juristas criada pelo presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, e coordenada pelo ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo o ministro Mauro Campbell, a preocupação da Comissão de Juristas foi trazer mecanismos de contenção a abusos. Além disso, Campbell destacou que a elaboração do anteprojeto de lei seguiu como uma de suas premissas básicas justamente a compatibilização da Lei de Improbidade Administrativa com o texto da LINDB.

⁴⁶⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU): 02443420140, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 18/07/2018, Plenário.

⁴⁶⁹ Em relação à decisão em questão do TCU, Leonardo Coelho Ribeiro lembra que o “administrador médio” trata-se de figura “que nem o TCU sabe quem é, mas avoca para si a competência para dizê-lo, no caso concreto, ao ‘avaliar a razoabilidade’ da conduta sob exame. Por vezes, acrescenta: administrador médio, cauteloso e diligente”. (RIBEIRO, Leonardo Coelho. Vetos à LINDB, o TCU e o erro grosseiro dão boas-vindas ao “administrador médium”).

Por outro lado, o próprio TCU, em decisão distinta e mais recente (Acórdão nº 2.391/2018 do TCU), preocupou-se com o estabelecimento de parâmetros mais concretos sobre a responsabilidade dos agentes públicos que decorre do artigo 28, associando diretamente o erro grosseiro à culpa grave.⁴⁷⁰ Constata-se, destarte, um *breve* avanço do TCU em relação à definição dos parâmetros de erro grosseiro (a definição, ademais, vem sendo aplicada pelo TCU em outros julgados, como é o caso do Acórdão nº 11.762/2018). Apenas *breve* porque o Acórdão nº 2.391/2018 continua a incorrer em erros no que toca à responsabilização dos agentes públicos, pois, no referido caso, condenou gestor para indenizar o erário, embora tenha admitido de forma expressa que o agente em questão não agiu nem com dolo e nem com culpa grave.⁴⁷¹ É dizer, segundo o TCU, o agente público no caso em tela “deve ser condenado em débito, mas, diante da ausência de culpa grave, deve ser dispensado da aplicação da multa”.⁴⁷² Assim, aplicou-se o disposto no artigo

Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/leonardo-coelho-vetos-lindb-tcu-erro-grosseiro>>. Acesso em: 5 maio 2022).

⁴⁷⁰ Segundo os termos do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU: “o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE): 00741620130, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 17/10/2018, Plenário).

⁴⁷¹ Joel de Menezes Niebuhr critica o posicionamento do TCU. Segundo o autor, “o legislador, no artigo 28 da LINDB, tratou da responsabilidade dos agentes públicos de forma ampla, sem qualquer restrição. Não cabe ao Tribunal de Contas da União fabular restrições não supostas pelo legislador”. Além disso, destaca que “o §6º do artigo 37 da Constituição Federal, como não incide sobre os danos causados ao próprio Poder Público, não poderia ter sido aplicado ao caso em comento, em que, diga-se novamente, o dano teria sido causado à FUNASA. O dispositivo constitucional não poderia servir de fundamento para desfazer a condicionante de responsabilidade em dimensão ampla, inclusive por perdas e danos, apenas aos casos de dolo ou de erro grosseiro, como preceituado no artigo 28 da LINDB”. (NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão n.º 3.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 491-493).

⁴⁷² Se, por um lado, o artigo 28 da LINDB já serviu de fundamento para a absolvição de gestores ao pagamento de multa por parte do TCU, por outro lado, o dispositivo também vem sendo considerado na fundamentação para a penalização dos agentes públicos. É o caso do Acórdão nº 3.354/2018 do TCE/PR. No julgado, a Corte de Contas do Estado do Paraná decidiu pela presença do erro grosseiro e responsabilização de advogados que emitiram pareceres jurídicos em processo de dispensa de licitação sem o cumprimento dos requisitos da Lei nº 8.666/1993. Segundo o TCE/PR: “no caso em concreto os procuradores não foram penalizados em razão de interpretações jurídicas diversas, mas em razão de erro grosseiro na análise dos pressupostos da dispensa de licitação por situação emergencial, de que trata o art. 24, IV, da Lei no 8.666/93, e pela ausência dos documentos que, nos termos do parágrafo único do art. 26 da mesma lei, integram obrigatoriamente o processo de dispensa de licitação”. (TCE/PR – Recurso de Revista: 787157/17, Relator: Ivens Zschoerper Linhares, Data de Julgamento: 07/11/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DETC 13/11/2018).

28 apenas no que se refere à aplicação da multa (isto é, em relação à sanção do referido caso),⁴⁷³ mas não em relação à indenização do débito, embora o dispositivo da LINDB não apresente qualquer diferenciação ou limitação nesse sentido.

Tem-se, assim, um paradoxo, pois, de um lado, a Lei nº 13.655/2018 procura evitar a aplicação desmedida de conceitos jurídicos indeterminados – como os princípios jurídicos abertos e genéricos – por meio do *caput* do seu artigo 20. De outro lado, no entanto, com o veto da Presidência da República realizado em relação ao parágrafo primeiro do artigo 28 – que previa que não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais –, a LINDB acabou por gerar a própria existência de um conceito indeterminado (erro grosseiro) e que gera o risco de aumentar, em determinados casos, a esfera de atuação dos órgãos de controle.⁴⁷⁴ Estes, portanto, precisam

⁴⁷³ Sobre uma análise detida dos efeitos das multas na conduta dos agentes públicos e sobre a chamada “regulação responsiva”, ver: VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁴⁷⁴ Cumpre repisar o contexto das dificuldades impostas pela crise do coronavírus, que estimulou, à época, a edição da Medida Provisória nº 966/2020 – e que perdeu vigência em 10 de setembro de 2020. Apesar da retórica que caracterizaram as críticas realizadas à época ao seu texto, a MP possuía a virtude de atrelar as circunstâncias de dificuldades de atos de agentes públicos à pandemia do coronavírus e, assim, reforçar a proteção do gestor honesto. Além disso, além da tentativa de conceituar o erro grosseiro em seu artigo 2º (um tanto aberta e frustrada, é verdade, já que meramente repetia o conceito previsto no artigo 12, §1º do Decreto nº 9.830/2019), a MP elencava em seu artigo 3º os fatores que devem ser considerados pela decisão para que o erro grosseiro possa ser caracterizado, como os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; assim, a MP aproximava o disposto no artigo 28 ao artigo 22 da LINDB. Tratou-se, portanto, de uma tentativa de corrigir o conceito jurídico indeterminado gerado pela própria LINDB. Aliás, o STF teve a oportunidade de se pronunciar sobre a constitucionalidade do texto da MP nº 966/2020. No julgamento do dia 21 de maio de 2020, o STF examinou a constitucionalidade das novas regras de responsabilidade por ela instituídas e, por meio de *interpretação conforme*, fixou critérios para a responsabilização dos agentes públicos. (STF - ADI: 6422 DF 0092682-84.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020). Em suma, o julgamento foi no sentido de incluir proibição expressa aos gestores que tomem medidas sem qualquer base técnica e científica durante a pandemia do coronavírus. A decisão, portanto, reforçou a defesa do gestor responsável e afastou de proteção o agente que age sem qualquer critério técnico e científico. Mas a decisão gera uma verdadeira via de mão-dupla, pois ao mesmo tempo em que impõe aos controladores um ônus argumentativo, aos gestores, por sua vez, abre a necessidade de um agir responsável e pautado em parâmetros técnicos, sem cometimento de erro grosseiro. Destarte, a MP nº 966/2020 nada tinha de inconstitucional. Seu mérito era justamente reforçar os preceitos já dispostos na LINDB, sobretudo os previstos nos artigos 22 e 28. Entremontes, sem análise pelo Congresso Nacional, a MP perdeu a sua vigência em setembro de 2020. Apesar disso, ela pode servir como um estímulo para o TCU rever o seu posicionamento de que a responsabilidade do gestor público pela reparação de danos ao erário não está abrangida pelo artigo 28, vez que o texto da MP incluiu expressamente a responsabilidade civil em seu artigo 1º. Ademais, a LINDB em nenhum momento fez qualquer ressalva em relação à reparação de danos ao erário. Assim, a despeito de repetir a LINDB em muitos aspectos, a MP nº 966 possuía o mérito de *reforçar* as disposições já existentes no sentido de proteger o gestor de boa-fé. Assim, os gestores que agem com dolo ou erro grosseiro – como as atitudes que contrariem orientações científicas no combate ao coronavírus, de que é exemplo a estipulação de protocolos médicos ou medidas de relaxamento do isolamento social que se

continuar avançando para o fim de incrementar a motivação da jurisprudência da Corte de Contas federal, sobretudo no que concerne à maior previsibilidade das decisões sancionatórias, a fim de valorizar a conduta legal do gestor público e o experimentalismo na Administração Pública.⁴⁷⁵ São os órgãos de controle, afinal, que vão dar vida à Nova LINDB, estabelecendo os contornos concretos e o efetivo alcance dos novos dispositivos inseridos pela Lei nº 13.655/2018.⁴⁷⁶ Por evidente, a régua do controle continuará existindo para os gestores que possuem as suas condutas tipificadas como ímprobas. Mas a Lei nº 13.655/2018, por intermédio do seu artigo 28, consiste em instrumento normativo de valorização e confiança do gestor público que age de boa-fé, a fim de mitigar o impacto da paralisia decisória na Administração.⁴⁷⁷

O artigo 29 da LINDB também é relevante para a consolidação de um ambiente de coordenação e segurança jurídica, sobretudo para a regulação dos setores de logística, pois procura consolidar a figura da consulta pública e trazer maior transparência na atividade do Poder Público. O artigo prevê que: “em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de *consulta pública* para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

baseiem *unicamente* em convicções ideológicas ou pessoais, sem a observância de critérios técnicos – continuarão sujeitos à responsabilização dos órgãos de controle.

⁴⁷⁵ Carlos Ari Sunfeld lembra que: “a construção da eficácia desse novo modelo de Direito Administrativo está agora nas mãos dos teóricos e aplicadores do Direito, inclusive daqueles que, à época de sua sanção, foram muito ácidos em relação a ela, como a cúpula do Tribunal de Contas da União”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo...*, p. 59).

⁴⁷⁶ Fato é que, como visto, apesar das críticas realizadas pelos órgãos de controle, os dispositivos Lei nº 13.655/2018 vem sendo aplicados pelos Tribunais de Contas. Em pesquisa realizada no âmbito do Observatório do TCU acerca da aplicação dos dispositivos da LINDB pelo TCU, destacou-se que: “os resultados demonstraram que, apesar da oposição inicial do Tribunal ao projeto de lei que alterou a LINDB, os novos artigos vêm sendo absorvidos por sua jurisprudência, e há exemplos de decisões que, ao suscitarem os novos dispositivos, procuraram, em observância ao objetivo geral da lei, trazer mais segurança jurídica à interpretação e à aplicação do direito público e mais equilíbrio à atuação dos órgãos de controle. Em parte das decisões destacadas, a realidade prática do gestor público ou de outros entes que participam da gestão foi levada em consideração”. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA; FGV/SP. *Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <<https://1library.org/document/zgw1d9j6-relat%C3%B3rio-pesquisa-aplica%C3%A7%C3%A3o-dispositivos-introdu%C3%A7%C3%A3o-direito-brasileiro-tribunal.html>>. Acesso em: 26 jul. 2022, p. 76)

⁴⁷⁷ Como lembra Gustavo Justino de Oliveira: “todos perdemos com esta letargia administrativa, razão pela qual este embate que se instaurou entre hiperativismo do controle e paralisia da gestão precisa ser adequadamente mediado pelo Direito”. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Hiperativismo do controle versus inércia administrativa*. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>>. Acesso em: 5 maio 2022).

Juliano Heinen defende que o dispositivo em questão configura instrumento relevante que possibilita o *consensus*, isto é, a ideia de que a legitimidade não se alcança somente pela delegação democrática de delegação de poder, mas também por meio de uma intensa discussão com a sociedade a respeito da matéria em análise.⁴⁷⁸

Nesse passo, em relação à atuação das agências, Vitor Rhein Schirato afirma que é essencial a existência de regras processuais cristalinas para as decisões regulatórias e que elas possibilitem uma maior participação dos interessados no caminho decisório do Poder Público. Segundo o autor, “não há como existir um bom aparato regulatório se não houver grande permeabilidade das decisões da Administração Pública à manifestação de todos os interessados”.⁴⁷⁹

Nesse sentido, Fábio Nusdeo defende um caráter eminentemente processual para as regras de Direito Econômico, vale dizer, por meio da conjugação do controle e segurança procedimental com as exigências de racionalidade e celeridade que são indispensáveis para o funcionamento eficiente do sistema como um todo. Nusdeo destaca o chamado *due process of law making*, é dizer, o devido processo para a definição das regras do jogo econômico, legitimando tais regras não pelo seu conteúdo, mas, principalmente, pelo “procedimento de sua feitura”, envolvendo a participação e presença de todos interesses afetados pelas regras econômicas.⁴⁸⁰ O autor destaca, por outro lado, que o processo regulatório se caracteriza por uma dinâmica toda especial entre os sujeitos regulados e os reguladores e destaca que os contatos devem ser próximos em virtude de informações a serem

⁴⁷⁸ HEINEN, Juliano. A formação do *consensus* a partir das bases normativas do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In.: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 118.

⁴⁷⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

⁴⁸⁰ NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 129. Como leciona Eneida Desiree Salgado, a Constituição Federal consolidou uma concepção de democracia com contornos específicos, caracterizada pelas noções de liberdade e igualdade, pela soberania popular e pelo pluralismo político. Tal configuração democrática indica que todas as partes interessadas participem do debate e da decisão, de modo proporcionalmente igual e sem coerção, podendo expressar os seus interesses e justificá-los com argumentos concretos e relevantes. Para Eneida Desiree Salgado: “a Constituição brasileira de 1988 apresenta os contornos dessas condições da democracia: a configuração dos direitos políticos e das liberdades políticas, com o sufrágio universal e com os instrumentos de participação direta, a adoção de princípios que impõem a igualdade na disputa eleitoral, a liberdade para a criação de partidos políticos e a garantia do acesso ao direito de antena e ao fundo partidário, o sistema eleitoral proporcional e a divisão federativa das atribuições”. (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...*, p. 21-22).

supridas de forma necessária pelos regulados às agências, inclusive no que toca a eventuais dificuldades de cumprimento das normas editadas. No entanto, em virtude dessa dinâmica, cumpre chamar atenção para o risco da captura, quando as exigências regulatórias passam a se amoldar estritamente às conveniências e interesses dos sujeitos regulados.⁴⁸¹

Apesar do texto do artigo 29 da LINDB, o artigo 42 da Lei nº 9.472/1997, marco legal do setor de telecomunicações, já previa a possibilidade de consulta pública no âmbito da expedição de atos normativos pela ANATEL, ao enunciar que “as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. A novidade da LINDB, com seu artigo 29, é que ela pretende tornar regra que a atividade normativa de *todas* as autoridades administrativas seja precedida de necessária consulta pública. Assim, o dispositivo pretende universalizar a utilização da consulta pública no processo de deliberação de *todos* os atos normativos expedidos pelo Poder Público.⁴⁸² À exceção da ANATEL, em que a consulta é vinculada à edição de qualquer ato normativo, outras agências federais, como a ANVISA e a ANEEL, que também adotam a prática, estabelecem unilateralmente quais temas serão discutidos com os cidadãos. Ademais, apesar da existência de previsão na Lei nº 9.472/1997, o que

⁴⁸¹ NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 124. O fenômeno da captura também é destacado por Egon Bockmann Moreira ao analisar a participação de interessados na produção de normas regulatórias da ANATEL: “os dados obtidos por amostragem nas agências brasileiras são representativos de um fenômeno mundial: o custo da regulação e a respectiva participação. A procedimentalização das decisões normativas confere transparência à ação das agências, mas tem como resultado não uma participação popular legitimadora, mas a institucionalização da ‘teoria da captura’ dos reguladores. Ou seja: quem participa ativamente da elaboração normativa de regulação econômica são as empresas dos respectivos setores, que aportam investimentos nessa atividade a fim de conquistar proveitos. As empresas têm um custo relativo à sua interação e ao convencimento dos reguladores, visando a que as normas a ser emanadas as beneficiem diretamente. É um custo despendido na obtenção da legislação (arcado posteriormente pelos usuários e consumidores)”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 21 jul. 2022). A captura do regulador pode gerar a edição de normas com os denominados efeitos expropriatórios, em que determinado agente econômico influencia, por exemplo, o regulador para a edição de um ato que restrinja o direito de propriedade de um concorrente, sem o pagamento de qualquer indenização. Sobre o conceito de expropriações regulatórias, Rafael Vêras de Freitas aduz o seguinte: “a expropriação regulatória é a falha do processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inc. XXXIV, da CRFB), resultando na responsabilização do Estado por ato lícito, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais”. (FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 143).

⁴⁸² PEREZ, Marcos Augusto. Artigo 28. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 41.

muitas vezes ocorre na prática é que, apesar de o Poder Público receber as manifestações dos interessados, ele não responde os pleitos ante a ausência de uma norma universalmente aplicável que dispõe sobre o *dever* de a Administração considerar a consulta como parte do procedimento de expedição do ato normativo. Logo, na maioria das vezes, as manifestações não são levadas em consideração pelas agências. Elas meramente colhem as “contribuições” dos interessados e proferem suas decisões, independentemente da efetiva análise de tais manifestações.⁴⁸³

No texto original do Projeto de Lei que originou a Lei nº 13.655/2018 o objetivo da proposta era tornar a realização de consultas públicas como um requisito de condição de *validade* do ato administrativo. No entanto, o dispositivo foi alterado ao longo do trâmite legislativo: o vocábulo “será” foi suprimido e deu lugar ao vocábulo “poderá”. Apesar da alteração, defende-se que a inserção da norma na LINDB, com aplicação para *todas* as autoridades públicas, de *todas* as esferas da Federação, possui o objetivo de impactar na cultura jurídica e estimular uma maior participação dos cidadãos na elaboração de atos normativos pelo Poder Público. Destarte, a despeito do vocábulo “poderá” no texto do artigo 29 – que expressa uma faculdade concedida ao Poder Público –,⁴⁸⁴ a LINDB pode contribuir na flexibilização dos efeitos da edição de alterações

⁴⁸³ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁴⁸⁴ No Projeto de Lei, o dispositivo possuía a seguinte redação em seu *caput*: “em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, *será* precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão”. A alteração de redação do dispositivo também recebeu a atenção de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Segundo os mencionados autores: “ainda a propósito do referido dispositivo, é de se destacar que ele prescreve que tais atos normativos ‘poderão’ ser precedidos de consultas públicas. Tal faculdade resultou da alteração, pelo Congresso Nacional, do texto original do dispositivo (...). Malgrado tal alteração, temos que deverá ser mantida a interpretação de que se trata de um poder-dever. Isso porque, como bem ressaltado por Vera Monteiro: (i) só faria sentido haver uma exceção se houvesse um dever, de modo que a ressalva feita aos atos ‘de mera organização interna’ fortalece o dever de realização de consulta pública prévia relativamente aos atos administrativos normativos; e (ii) a LINDB trouxe uma única regra de transição, prevista no seu art. 2º, segundo a qual a vigência do art. 29 só se dará após decorridos 6 meses de sua publicação (realizada em 25 de abril de 2018). Nesse sentido, só seria possível para a postergação da vigência do art. 29: se a realização de consulta pública para a publicação de atos normativos fosse obrigatória”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018...*, p. 154). Por outro lado, Thiago Marrara, sobre o dispositivo em análise, salienta que “apesar dessa inegável relevância, afirmo que não houve grande avanço por parte da LINDB na disciplina das consultas por comparar o seu conteúdo com o que já havia no Brasil e, principalmente, por quatro problemas centrais da redação do texto legal em comento, quais sejam: (i) a previsão da consulta pública como faculdade; (ii) a restrição ao uso para certos atos; (iii) a menção aos interessados e a confusão desse conceito com o de participante, bem como (iv) o infeliz veto do § 2º pela Presidência. Esses problemas revelam que o texto da LINDB é relevante no conteúdo, mas não inovador na matéria, o que abre espaço para discussões sobre como reformar seus comandos no futuro”. (MARRARA, Thiago. *Consultas públicas: o que mudou com a LINDB?*. In.: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança*,

normativas nos setores de logística, pois, ao abrir a possibilidade de interessados se manifestarem, evita a surpresa de todos os agentes envolvidos que poderão se antecipar às mudanças e, inclusive, ofertar sugestões ao Poder Público; possibilita que o ideal de calculabilidade do princípio da segurança jurídica seja respeitado. Também permite que as alterações excessivas das normas regulatórias sejam limitadas, evitando-se a frustração e melhorando o cenário de confiabilidade no ambiente regulatório, tendo em vista que o Poder Público estará vinculado às manifestações dos interessados em todas as mudanças que pretender realizar. Além disso, em relação ao problema de cognoscibilidade do processo regulatório, ao permitir a consulta pública, abre-se espaço para que os particulares ofereçam propostas que afastem os problemas de indeterminação e excessiva complexidade dos atos normativos, evitando a confusão por parte dos destinatários da norma expedida.⁴⁸⁵

Finalmente, o *caput* do artigo 30 da LINDB dispõe que: “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.⁴⁸⁶ O referido dispositivo consolida, em síntese, o *dever de segurança jurídica* que é imposto ao Estado brasileiro por meio da edição da Lei nº 13.655/2018.⁴⁸⁷ Este dever, que decorre do princípio constitucional da segurança jurídica, incide em relação a *todas* as autoridades administrativas do Estado brasileiro, em todas as esferas da Federação, e exige a adoção de condutas que contribuam para a existência de um estado de confiabilidade e de calculabilidade (dimensão dinâmica do princípio), com base na cognoscibilidade (dimensão estática). O artigo 30 da LINDB, enfim, trata propriamente da materialização do referido princípio no Direito Administrativo brasileiro.

consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 164-165).

⁴⁸⁵ Em relação ao tema das consultas públicas no âmbito dos atos normativos expedidos pelas agências, o tópico destinado ao marco federal das agências reguladoras neste capítulo também cuida sobre o assunto.

⁴⁸⁶ LINDB. Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

⁴⁸⁷ Como lembra Carlos Ari Sundfeld: “por força da nova LINDB, agora é do Estado, e não dos destinatários, o ônus de obter segurança e certeza quanto ao conteúdo e efeitos das leis no campo público”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo...*, p. 57). Já Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, ao tecer comentários sobre o dispositivo em questão, destacam a consolidação dos precedentes no Direito Administrativo pátrio com o art. 30 da LINDB e salientam que “cuida-se da consagração normativa do viés pragmático que deve nortear a interpretação de todos os dispositivos incluídos pela Lei nº 13.655/2018”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018...*, p. 161).

A Lei nº 13.655/2018 foi pensada e elaborada, sobretudo, com o objetivo de trazer um *impacto cultural* para as relações de Direito Público.⁴⁸⁸ Como lembra Edilson Pereira Nobre Júnior, possibilitar uma mudança de cultura na análise da atividade da Administração Pública já é mais do que suficiente para justificar a edição das regras previstas pela Lei nº 13.655/2018.⁴⁸⁹ Assim, a principal novidade da LINDB, com a edição da Lei nº 13.655/2018, consiste em chamar a atenção para os impasses da descoordenação e da insegurança jurídica, e conceder uma maior relevância à temática na seara do Direito Público brasileiro, consolidando, em texto de lei (sobretudo na LINDB, uma lei de alcance nacional), algumas das principais preocupações em relação à insegurança no cenário nacional.

A Lei nº 13.655/2018, ao consolidar padrões normativos e se preocupar com a agenda hermenêutica do século XXI, coloca a insegurança jurídica em verdadeiro xeque e este é seu grande mérito.⁴⁹⁰ Trata-se, portanto, de uma das principais tendências do Direito brasileiro em favor de um cenário de maior coordenação administrativa e segurança jurídica.

4.5 A Lei nº 13.848/2019: o marco regulatório das agências reguladoras

Como dito no primeiro capítulo do trabalho, a Lei nº 13.848/2019 consiste no marco regulatório das agências federais no Direito brasileiro e desponta como uma proposta destinada a mitigar, sobretudo, os problemas que comprometem a independência e a segurança jurídica na atuação das agências reguladoras. Leila Cuéllar, nesse passo, destaca que a instituição de uma

⁴⁸⁸ Conforme destacam Carlos Ari Sunfeld e Alice Voronoff ao realizarem comentários em relação ao art. 27 da LINDB: “a constatação geral é que ele não tem propriamente caráter revolucionário, pois suas soluções se vinculam a valores e regras cuja recepção já é forte no direito público. Mas seu impacto pode ser relevante. Sendo norma geral para o direito público processual de todas as esferas (judicial, administrativa e colaboradora), e estando inserido em lei de alto simbolismo, o art. 27 pode colocar fim à inércia que vem permitindo um uso cada vez mais distorcido dos processos. Ao dar destaque e maior clareza ao regime jurídico da responsabilidade processual, ele combate sua parcial ineficácia, além de suprir lacunas pontuais nas regras e facilitar procedimentos que podem prevenir ou garantir a responsabilização efetiva, o que não é pouco”. (SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 173).

⁴⁸⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro...*, p. 31.

⁴⁹⁰ VALIATI, Thiago Priess. *Segurança Jurídica e Infraestrutura...*, p. 196-197.

norma geral para as agências reguladoras federais, como a Lei nº 13.848/2019, além de contribuir no sentido de trazer um tratamento uniforme, também pode impedir alguns abusos, estabelecendo requisitos mais rígidos, por exemplo, para a criação de agências reguladoras.⁴⁹¹

Anteriormente à edição da Lei nº 13.848/2019, houve variadas tentativas no Direito brasileiro de edição de um marco regulatório para as agências reguladoras federais, com o objetivo de trazer maior segurança jurídica para a atuação destas entidades. É dizer, desde a criação das primeiras agências na década de 1990, discute-se a necessidade e oportunidade da edição de um marco regulatório que trate, de modo uniforme, de elementos relativos à organização, governança, processo decisório, participação social e controle interno e externo das referidas entidades.⁴⁹² O Projeto de Lei nº 3.337/2004, por exemplo, de autoria do Poder Executivo Federal, possuía a pretensão de uniformizar na legislação o que as agências reguladoras federais possuem em comum, sem deixar, no entanto, de se atentar às especificidades de cada setor.⁴⁹³ Por outro lado, o projeto aumentava, também, como se denota a partir da sua própria exposição de motivos, o controle da agenda regulatória pelos Ministérios. Com a alegação de mudanças de diretrizes pelo governo federal, o projeto foi arquivado pela então Presidente Dilma Rousseff em 2013.⁴⁹⁴

Ainda no ano de 2013, o Senador Eunício Oliveira apresentou o Projeto de Lei nº 52/2013, que contou com alterações pontuais em relação ao Projeto de Lei nº 3.337/2004, voltando, assim, o debate no Congresso Nacional em torno da edição de um marco regulatório para as agências reguladoras. Entre 2013 e 2016, o PLS nº 52/2013 foi demasiadamente debatido no Congresso, o que propiciou a construção de um texto alternativo para o Projeto. Assim, na Comissão de

⁴⁹¹ CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 137. Leila Cuéllar, nesse particular, cita o Projeto de Lei-Quadro apresentado em Portugal pelo Professor Vital Moreira, salientando que “além de representar uma necessidade, no intuito de uniformizar o tratamento dispensado às agências reguladoras brasileiras, dispendo acerca das formas de criação, natureza jurídica, dentro outros aspectos, pode servir para coibir abusos e eventuais inconstitucionalidades”. (CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras...*, p. 137).

⁴⁹² GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 85-115, jul./set. 2020, p. 85.

⁴⁹³ “Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de jun. de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências”.

⁴⁹⁴ “Parlamentares criticam retirada de projeto sobre Agências Reguladoras”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/437842-PARLAMENTARES-CRITICAM-RETIRADA-DE-PROJETO-SOBRE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>> Acesso em: 05 maio. 2022.

Constituição e Justiça, sob relatoria do Senador Walter Pinheiro, consolidou-se um texto alternativo ao Projeto, que tratou de relevantes avanços institucionais com vistas à maior autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras. Foi este substitutivo, aliás, que sugeriu, por exemplo, a adoção de lista tríplice para a escolha dos dirigentes das agências, a criação de listas provisórias de substituição, com a finalidade de combater o impacto da paralisia decisória na Administração Pública. Em seguida, na Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional, a relatoria coube à Senadora Simone Tebet, que aprimorou o substitutivo com ajustes pontuais, e retirou do texto as alterações que pretendiam transferir das agências para os Ministérios o poder de outorga sobre concessões, permissões e autorizações. Assim, o PLS nº 52/2013 foi aprovado no Senado e encaminhado para a Câmara dos Deputados em dezembro de 2016. Por sua vez, na Câmara, o Projeto tornou-se o Projeto de Lei nº 6.621/2016. Após longa discussão, o substitutivo da Câmara dos Deputados retornou ao Senado e precisou ser levado ao Plenário. Com efeito, o Senado aprovou, em 29 de maio de 2019, o texto final do marco regulatório das agências federais, enviando-o à sanção da Presidência. Assim, em 25 de junho de 2019, após quase dezesseis anos desde o início do debate relacionado à necessidade de uma lei uniforme para as agências reguladoras, a Presidência da República sancionou e publicou a Lei nº 13.848/2019, com vetos parciais ao texto.⁴⁹⁵

Com efeito, a Lei nº 13.848/2019 possui o objetivo de unificar as regras sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências e busca garantir a autonomia das entidades, ao mesmo tempo em que pretender fornecer maior transparência à atividade regulatória. Com a finalidade de garantir a autonomia e afastar as ingerências do Poder Político, por exemplo, a lei prevê em seu artigo 3º a “ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos”. O dispositivo, assim, ao garantir a desvinculação hierárquica, procura enfrentar a questão dos famigerados recursos hierárquicos, que além de grande insegurança jurídica, subordinavam as decisões das agências reguladoras à eventual revisão dos Ministérios. Dessa forma, a lei consolida, de forma, expressa, a ausência de tutela e de hierarquia entre as agências e os respectivos Ministérios, afastando qualquer possibilidade de recurso hierárquico aos Ministros de Estado. Afasta-se, portanto, aquela conclusão exarada no manifestado no famigerado

⁴⁹⁵

GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras..., p. 91-93.

Parecer nº 51/2006, da AGU. Isto é, a lei garante que a última instância recursal dos processos administrativos no âmbito das agências consistem nos seus conselhos diretores ou diretorias colegiadas.⁴⁹⁶

Todavia, o diploma legislativo sofreu diversos vetos da Presidência da República que prejudicaram a consagração definitiva da autonomia das agências reguladoras. Um dos principais vetos consiste no dispositivo que instituía lista tríplice para seleção de integrantes das agências. Os dispositivos vetados acerca do tema estavam previstos nos parágrafos 1º a 4º do artigo 5º da lei, e estabeleciam que a escolha de diretor de agência seria precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice, que deveria ser formulada em até cento e vinte (120) dias antes da vacância do cargo decorrente de término de mandato, ou em até sessenta (60) dias depois da vacância do cargo nas demais hipóteses. Assim, buscando uma maior autonomia em relação ao núcleo do Poder Executivo, o processo público de pré-seleção, para composição da lista tríplice, seria conduzido por um comitê de busca, resguardando a regulamentação, isto é, a Decreto Federal a competência para dispor sobre a sua composição e procedimento a ser adotado. Após a formação da lista tríplice, como resultado do processo de pré-seleção, caberia ao Presidente da República fazer a indicação do nome a ser submetido à apreciação pelo Senado. Logo, com o veto presidencial, os nomeados para esses cargos continuarão sendo indicados diretamente pelo Presidente da República, sem a necessidade de escrutínio prévio verdadeiramente assecuratório da aptidão técnica, como seria possível com o processo de pré-seleção.⁴⁹⁷ Vetou-se, portanto, ponto relevante que possuía a pretensão de aumentar a autonomia das agências e impactar positivamente nos setores de logística. Defende-se, assim, que o aprimoramento da lei-quadro das agências, com a reintrodução das previsões expurgadas pelos vetos presidenciais, pode contribuir com o reforço do desenho institucional das agências, evitando problemas como a subordinação destas entidades ao núcleo do Poder Executivo e ao controle externo realizado pelo TCU.⁴⁹⁸ É dizer, que seja conferida uma

⁴⁹⁶ GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras..., p. 96.

⁴⁹⁷ Outros vetos relevantes foram: a previsão do comparecimento anual obrigatório de diretores de agências no Senado para a prestação de contas, o dispositivo que determinava aos indicados para direção das agências quarentena de doze meses sem vínculo com o mercado e a possibilidade de uma única recondução dos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada.

⁴⁹⁸ No mesmo sentido, Luis Gustavo Faria Guimarães salienta que: “o dispositivo que prevê a lista tríplice não viola a separação de poderes, uma vez que resta assegurado ao Presidente, a prerrogativa de fazer a indicação dos nomes dos diretores, resguardando-se ao Congresso Nacional o direito de estabelecer o procedimento para que se dê a referida escolha, a partir de critérios técnicos e objetivos, e de um processo seletivo público e transparente, à luz dos princípios da eficiência, publicidade, impessoalidade e moralidade, que igualmente regem a administração pública.

autonomia também *de fato* às agências reguladoras, a fim de contribuir com uma atuação *verdadeiramente autônoma e técnica* destas entidades nos setores de logística, e não apenas de cunho formal, mascarando os efeitos da interferência da cúpula do Poder Executivo sobre a atividade regulatória.

Além disso, um dos grandes aspectos da Lei nº 13.848/2019 consiste na preocupação dedicada na lei ao *processo decisório* das agências, tendo recebido um capítulo próprio dentro da redação legal (Capítulo I – Do processo decisório das agências reguladoras). Juliana Bonacorsi de Palma, nesse sentido, em estudo anterior à edição do marco regulatório, defende que o estabelecimento de processos regulatórios propicia previsibilidade às atividades das agências, possibilitando um contexto regulatório com segurança jurídica. Além disso, a previsão destes processos corrobora à legitimação do exercício da competência regulatória por parte das agências.⁴⁹⁹

O artigo 4º da lei, nesse cenário, dispõe que as agências reguladoras devem observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. Além disso, o artigo 5º prevê que a agência deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive – e este aspecto é deveras relevante – em relação à edição ou não de atos normativos.

Em que pese a argumentação jurídica do poder Executivo, não restam maiores dúvidas de que o referido veto foi feito por motivação iminentemente política, por descontentamento do Presidente da República diante da aparente diminuição de seu poder discricionário para escolha dos dirigentes. O referido veto representa, na realidade, uma enorme oportunidade perdida, em que se tinha a chance de conferir, de forma inédita no âmbito da administração pública federal, um processo aberto e transparente de escolha dos dirigentes das agências, levando em consideração fatores objetivos tais como a análise do currículo, o conhecimento técnico e a experiência profissional dos candidatos, reduzindo, de forma significativa, as chances de aparelhamento ideológico, político e partidário das agências”. (GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras..., p. 112).

⁴⁹⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. São Paulo, 2010. 332f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 184. A autora complementa, ainda, salientando que: “dessa forma, os regulamentos processuais das agências reguladoras ganham destaque na afirmação do modelo de agências, sendo sua definição objeto de cautelosos processos normativos, muitos deles abertos à participação administrativa mediante estabelecimento de audiências e consultas públicas”. (DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual...*, p. 184).

A Lei nº 13.848/2019, em seu artigo 7º, uniformiza, para todas as agências, o caráter colegiado do processo de tomada de decisões. O parágrafo primeiro do referido dispositivo estabelece que quaisquer deliberações do conselho diretor ou diretoria colegiada somente poderão ser tomadas por meio de aprovação de maioria absoluta de seus membros, incluindo, entre eles, o voto do diretor-presidente, diretor-geral ou presidente, conforme definido no regimento interno. A lei faculta, ainda, no parágrafo segundo do artigo 7º, a possibilidade de delegação interna das decisões das agências, sendo assegurado o direito de reexame ao conselho diretor ou à diretoria colegiada. A lei, assim, ao evidenciar que as decisões monocráticas são excepcionais e consagrar o direito de reexame ao órgão colegiado, garante um cenário de maior segurança jurídica, uniformidade e previsibilidade em relação ao processo de tomada de decisões e à atuação regulatória das agências.⁵⁰⁰

O artigo 6º da Lei nº 13.848/2019 prevê, de forma expressa, a AIR no Direito brasileiro. Com efeito, Patrícia Pessoa Valente, em estudo anterior à previsão explícita da AIR no ordenamento jurídico pátrio a despeito da existência de institutos precursores (como os estudos de impacto ambiental e relatórios de impacto ambiental – EIA/RIMA), lembra que este instrumento, como espécie de procedimento administrativo, é mais adequado que o monitoramento das atividades da agência. Segundo a autora, “além de a análise ser elaborada pela própria agência, reduzindo os custos do monitoramento pelo principal, ela permite que informação abundante sobre o mercado regulado chegue até o principal para que a partir daí exerça um controle mais efetivo do agente via eleitores”.⁵⁰¹ Assim, considerando a tensão agente-principal, a cúpula do Poder Executivo poderá utilizar o procedimento administrativo como instrumento de controle a fim de assegurar a aderência do agente aos seus objetivos políticos.⁵⁰² Já Rafael Carvalho Rezende Oliveira defende que “a AIR pode ser considerada importante ferramenta na formulação, execução e controle das políticas regulatórias atuais, especialmente por efetivar os ideais de eficiência, do pluralismo e da legitimidade democrática”.⁵⁰³

⁵⁰⁰ GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras..., p. 97-98.

⁵⁰¹ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 146.

⁵⁰² VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Análise de impacto regulatório...*, p. 146.

⁵⁰³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal...*, p. 309.

A AIR, para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), consiste em uma das mais importantes ferramentas regulatórias disponíveis para o Poder Público e sua utilização é fundamental para os denominados programas de melhora regulatória (“*better regulation*”). Ela configura tanto uma ferramenta como um processo de decisão com a finalidade de informar os tomadores de decisão sobre se e como devem regular para atingir os objetivos das políticas públicas. O objetivo essencial da AIR é incrementar a elaboração de regulações auxiliando as autoridades a identificar e levar em consideração as opções regulatórias mais eficientes e efetivas, incluindo as alternativas não regulatórias, antes da efetiva tomada de decisão.⁵⁰⁴

Apesar de ter destinado somente um dispositivo da lei para sua disciplina, e ter conferido à regulamento dispor de forma detalhada sobre seu conteúdo e metodologia, assim como a delimitação dos requisitos mínimos a serem objeto de exame (é o Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020 que regulamenta a AIR), a Lei nº 13.848/2019 confere alguns aspectos relevantes para a efetiva internalização desse instrumento no processo decisório das agências. Assim, a lei prevê o momento em que a AIR deverá ser realizada: no momento anterior à adoção ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários, nos termos do *caput* do artigo 6º da lei. Em relação aos objetivos da AIR, a Lei nº 13.848/2019 deixa evidente que se trata de mecanismo necessário para coleta de informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo a ser editado pelas agências, isto é, verificar as possíveis consequências práticas do ato normativo regulatório. Por sua vez, o marco legal delega às próprias agências competência para tratar, em seus regimentos internos, da operacionalização da AIR em seu âmbito de atuação.

Todavia, a despeito da relevante previsão na lei geral de forma explícita, a adoção da AIR não é obrigatória por parte das agências, tendo em vista que o parágrafo primeiro do artigo 6º dispõe que compete ao regulamento tratar sobre os casos em que será obrigatória realização e aqueles em que poderá ser dispensada. Nesse sentido, o Decreto nº 10.411/2020 prevê que a edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários será precedida de AIR. Mas o Decreto faz a ressalva de que essa regra geral não se aplica

⁵⁰⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

aos seguintes atos normativos: i) de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade; ii) de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados; iii) que disponham sobre execução orçamentária e financeira; iv) que disponham estritamente sobre política cambial e monetária; v) que disponham sobre segurança nacional; e vi) que visem a consolidar outras normas sobre matérias específicas, sem alteração de mérito. Além disso, o Decreto também prevê que a AIR poderá ser dispensada, mas nestes casos desde que ocorra decisão fundamentada, nas seguintes hipóteses: i) urgência; ii) ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; iii) ato normativo considerado de baixo impacto; iv) ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; v) ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou hígidez dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar, dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio, ou dos sistemas de pagamentos; vi) ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; vii) ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e, por fim, viii) ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente.

Leonardo Coelho Ribeiro e Rafael Vêras de Freitas destacam que a AIR vem sendo desenvolvida no país basicamente a partir de consultas e audiências públicas, como tentativa de conferir subsídio às alterações regulatórias que gerem impactos econômicos no setor regulado. Entrementes, isto ainda é pouco, e somente um verdadeiro incremento quantitativo e qualitativo do ferramental de análise de impactos regulatórios poderia gerar um ambiente negocial mais desenvolvido no país.⁵⁰⁵

Luis Gustavo Faria Guimarães, em estudo específico sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras, enfatiza que o marco legal possui um impacto positivo e é fruto de um longo e rico

⁵⁰⁵ RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In: CÔRREA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 401.

debate, envolvendo técnicos do governo, representantes das agências, a Academia, o Poder Legislativo e os setores regulados, e defende que a lei tratou de consolidar os melhores mecanismos de governança, funcionamento e operacionalização dentro dos nossos órgãos reguladores. Segundo o autor, “ao institucionalizar, de forma mais precisa no processo de tomada de decisões, os mecanismos de participação social e de interação entre as agências e os setores regulados, a Lei Geral também tratou de aprimorar a qualidade da nossa regulação, agregando, com isso, maior segurança jurídica e previsibilidade acerca das decisões a serem tomadas”.⁵⁰⁶

Assim, a despeito da falta de obrigatoriedade para vários casos, fato é que a edição do marco legal, com preocupações em relação ao processo decisório e ao impacto das decisões regulatórias sobre os setores regulados constitui uma clara preocupação da lei em prol da segurança jurídica para todos os envolvidos e sujeitos afetados pelas decisões regulatórias. Como dito, nem sempre a atuação regulatória conduzirá a escolhas que agradem à população em geral. Se a ausência de vinculação direta à vontade popular pode possibilitar decisões consideradas antipáticas à população por partes das agências, instrumentos como a AIR afiguram-se essenciais para garantir que atividade regulatória seja pautada por critérios eminentemente técnicos a fim de realizar os objetivos relevantes pautados nas políticas públicas previamente estruturadas pelo Estado.

Finalmente, para os fins que aqui se propõe, a Lei nº 13.848/2019 cuida, em capítulo próprio (Capítulo IV – Da *articulação* entre agências reguladoras), de relevante tema na regulação dos setores de logística, é dizer, sobre a relação entre as próprias agências reguladoras federais, quando o objeto de regulação for complexo e envolver questões de múltiplas agências ao mesmo tempo. O artigo 29 da lei prevê, assim, que no exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial. A lei prevê que tais instrumentos deverão ser aprovados pelos órgãos máximos de deliberação de todas as agências reguladoras envolvidas, por procedimento idêntico ao de aprovação dos atos

⁵⁰⁶ Todavia, o autor faz a ressalva de que outras iniciativas positivas poderiam ter sido incorporadas na Lei nº 13.848/2019, como a proposta que restringia de forma mais clara o controle do TCU sobre as decisões regulatórias tomadas pelas agências. Além disso, também é de se lamentar alguns dos vetos presidenciais, como o que retirou da redação final o processo seletivo de escolha dos dirigentes por meio de lista tríplice. (GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras..., p. 113-114).

normativos isolados. Ademais, nos termos do parágrafo segundo do artigo 29, os atos normativos conjuntos devem conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever instrumentos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas. Trata-se, como se vê, de uma clara preocupação do marco regulatório em relação ao problema da falta de coordenação administrativa.

Além disso, o artigo 30 da Lei nº 13.848/2019 cria a possibilidade de instituição de comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre as agências reguladoras, ou entre as agências e os órgãos de defesa da concorrência, com a finalidade de se estabelecer orientações e procedimentos comuns para a atividade regulatória.

Enfim, a edição da Lei nº 13.848/2019, com atribuições e regras uniformizadoras para a atuação de todas as agências reguladoras e ao cuidar de temas como a autonomia, processo decisório e a AIR no âmbito das agências federais, constitui também uma tendência do Direito Administrativo brasileiro em prol de um cenário de maior coordenação administrativa e segurança jurídica.

4.6 A Lei nº 14.210/2021: a instituição da decisão coordenada no âmbito da Administração Pública brasileira

Como dito anteriormente, a Lei nº 14.210/2021 instituiu a denominada *decisão coordenada* no âmbito da Administração Pública federal, acrescentando os artigos 49-A a 49-G (Capítulo XI-A) na Lei nº 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo Federal. Assim, quando diferentes setores, órgãos ou entidades da Administração Pública federal tiverem de decidir em relação a um mesmo problema, o rito e a instrução poderão ser unificados, a fim de se conduzir a uma desejável *decisão conjunta*.

Como visto, o anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública previa a figura da conferência de serviço em seu artigo 43 e possuía o objetivo de conferir espaço para a participação de distintos órgãos e entidades, com competências variadas, para o fim de alcançar uma decisão democrática e concertada. O anteprojeto acabou não avançando no Congresso Nacional, mas

influenciou a edição da Lei nº 14.210/2021 em relação à previsão da instituição da decisão coordenada no âmbito da Lei de Processo Administrativo federal.

A proposta normativa da decisão coordenada foi influenciada por propostas do Direito estrangeiro (experiências italiana e portuguesa). Inclusive a própria justificativa do Projeto de Lei nº 9.341/2017,⁵⁰⁷ que originou a lei, cita a experiência italiana da *conferenza di servizi*, prevista no artigo 14 da Lei Italiana nº 241, de 7 de agosto de 1990 (Lei do Processo Administrativo), como influência direta da edição da Lei nº 14.210/2021.⁵⁰⁸

O modelo italiano da *conferenza di servizi*, portanto, consiste na principal influência da instituição da decisão coordenada do Direito Administrativo brasileiro. Apesar do caráter geral instituído pela Lei do Processo Administrativo italiana, o legislador estrangeiro continuou realizando alterações específicas no instituto da *conferenza di servizi* até resultar nas modificações instituídas pela Lei nº 340, de 24 de novembro de 2000, a denominada Lei de Simplificação Administrativa, e na Lei nº 15, de 11 de fevereiro de 2005, que trouxe inovações na modalidade decisória (*conferenza decisoria*) da conferência de serviços italiana.

Com efeito, a *conferenza di servizi* configura-se como um procedimento de *consensualização* e *simplificação* da atividade administrativa, destinada, entre outros objetivos, para adquirir autorizações, atos, licenças e permissões, por meio da convocação de um colegiado

⁵⁰⁷ Além disso, durante a tramitação do processo legislativo que originou a Lei nº 14.210/2021 (PL nº 9.431/2017), houve apresentação de Parecer do Relator (Deputado Tiago Mitraud – NOVO/MG) da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, que destacou que a decisão coordenada surge como “uma importante instância de *consensualização*, e ajusta-se como mecanismo de governança, por elevar a transparência e garantir a gestão compartilhada, fornecendo o necessário *accountability*. Flui em duas vias: como canal instrutivo e como distribuidora de responsabilidades, formando um campo de composição de forças argumentativas e simbólicas de atores diversos, imbuídos da necessidade de construção de consensos decisórios. O amoldamento da Conferência aos pressupostos de governança democrática amplia a discursividade em torno de seu objeto e retroalimenta o processo decisório”. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator, Dep. Tiago Mitraud (NOVO-MG), pela aprovação*. Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2167093&filename=PRL+1+CTASP+%3D%3E+PL+2063/2021>. Acesso em: 26 jul. 2022).

⁵⁰⁸ Alessandra Margherini, sobre o instituto da *conferenza di servizi* na Lei Italiana nº 241, de 7 de agosto de 1990, aduz que: “*la conferenza di servizi è, dunque, un strumento utile per favorire la contestualità delle decisioni, mediante l’apporto contemporaneo delle singole Amministrazioni, a distinti titoli competenti, senza superare peraltro la distribuzione delle competenze fra le stesse*”. (MARGHERINI, Alessandra. *La conferenza dei servizi dopo la l. 24/11/2000 n. 340*. 2002. Disponível em: <<http://www.diritto.it/amministrativo/margherini.html#>>. Acesso em: 01 jun. 2022).

especial.⁵⁰⁹ Nesse sentido, Massimo Ragazzo ensina que a *conferenza di servizi* consiste em instrumento destinado à simplificação dos procedimentos administrativos, como forma de coordenação para a finalidade de agregar a diversidade de interesses e competências envolvidos em determinado contexto.⁵¹⁰

Nesse particular, a Lei do Processo Administrativo italiana prevê três modalidades do instrumento da *conferenza di servizi*: a *conferenza istruttoria* (investigativa), a *conferenza predecisoria* (preparatória) e a *conferenza decisoria* (decisória). Embora todas as modalidades possuam o objetivo de maior celeridade e coordenação na atividade administrativa relacionada à Administração Pública italiana, elas apresentam especificidades.⁵¹¹ Assim, a *conferenza istruttoria* (investigativa) é destinada para reunir fatos e interesses públicos mediante a participação da Administração titular, responsável pelo exercício da atividade pública. A principal característica desta modalidade é que suas conclusões não acarretam efeitos jurídicos sobre a decisão final da conferência de serviços. Já a *conferenza predecisoria*, por sua vez, é destinada aos projetos de elevada complexidade, que demandam análise de condicionantes para obtenção dos atos de consentimentos necessários; as conclusões obtidas com a realização da conferência, assim, serão apresentadas como recomendações ou exigências necessárias para a realização do projeto. Com a apresentação do projeto final, deve ser atendido o conteúdo, reforçado por acordo prévio alcançado na conferência preliminar. Finalmente, a *conferenza decisoria* possibilita a decisão conjunta de

⁵⁰⁹ PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros; CARDOSO, José Luiz Ferreira. *Conferência de Serviços: Reflexões e perspectivas para a construção de um novo instrumento de governança democrática*. In: V Congresso Consad de Gestão Pública, 2012, Brasília. Anais... Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração, 2012, p. 9.

⁵¹⁰ Segundo Massimo Ragazzo: “*l'utilità della conferenza di servizi risiede nella possibilità di concentrare in un unico contesto logistico e temporale le valutazioni e le posizioni delle singole amministrazioni portatrici degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, al fine di consentire il coordinamento tra le amministrazioni coinvolte e di favorire l'intervento di accordi tra le stesse, ai sensi dell'art. 15 della Legge 241*”. (RAGAZZO, Massimo. La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali. In: LexItalia.it – *Rivista Internet di Diritto Pubblico*, n. 3-2002. Disponível em: <http://www.lexitalia.it/articoli/radazzo_conferenza.htm>. Acesso em: 01 jun. 2022).

⁵¹¹ A respeito da *conferenza di servizi*, Emanuele Traversa também defende que o instrumento afigura-se como essencial para a simplificação administrativa, à luz da eficiência e da eficácia, indispensáveis para a efetivação de uma Administração Pública Moderna. Nas palavras do referido autor: “*in tale contesto si pone il superamento del modulo organizzativo della gerarchia sicché, sviluppandosi i rapporti intersoggettivi ed interorganici prevalentemente attraverso moduli improntati alla direzione ed alla equiordinazione, sempre più spesso il procedimento amministrativo giunge a conclusione attraverso l'esperimento di attività di concertazione, impronata al coordinamento amministrativo*”. (TRAVERSA, Emanuele. La Conferenze dei servizi: Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione. In: *Overlex Portale Giuridico*. Disponível em: <<http://www.overlex.com>>. Acesso em: 01 jun. 2022).

diversas entidades públicas envolvidas, e concretiza-se em uma manifestação plural final que substitui as decisões individuais das entidades. A responsabilidade pela convocação da conferência decisória consiste na Administração, e cabe aos agentes privados interessados a solicitação acerca da realização da conferência. Após o texto originário da Lei do Processo Administrativo italiana ter sofrido alterações, a *conferenza decisoria* passou a ser obrigatória para a Administração Pública.⁵¹²

Em Portugal, por sua vez, o Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro) prevê a chamada *conferência procedimental*, prevista em seu artigo 77º, nº 1, que possui a seguinte redação: “as conferências procedimentais destinam-se ao exercício em comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da Administração Pública, no sentido de promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da atividade administrativa”. O artigo 77º, nº 2, por sua vez, dispõe que as conferências procedimentais podem consistir em um único procedimento ou a vários procedimentos conexos, e dirigir-se à tomada de uma única decisão ou à diversas decisões conjugadas. O dispositivo, ainda, elenca as modalidades do instrumento, que pode assumir a feição de *conferência deliberativa* ou *conferência de coordenação*, esta que não encontra correspondência no modelo italiano, que não possui uma modalidade de conferência que seja destinada à prática simultânea de atos jurídicos autônomos.⁵¹³ A *conferência deliberativa*, assim, é destinada ao exercício conjunto das variadas competências decisórias dos órgãos participantes, por meio de um único ato de conteúdo complexo, que substitui a prática, por cada um deles, de atos administrativos autônomos. Como destaca Tiago Serrão, em estudo específico sobre o instituto da *conferência procedimental*, a modalidade da *conferência deliberativa* aproxima-se da *conferenza decisoria* do modelo italiano.⁵¹⁴ Já a *conferência de coordenação* é

⁵¹² PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros; CARDOSO, José Luiz Ferreira. *Conferência de Serviços...*, p. 9-12.

⁵¹³ Segundo Sérvulo Correia, “a criação dos tipos gerais alternativos da *conferência deliberativa* e da *conferência de coordenação* constitui uma solução original do legislador português. Ela não se encontra no modelo italiano, que não configura hoje em dia uma modalidade de conferência destinada à prática simultânea de atos jurídicos autônomos. E também (quanto saibamos) a doutrina não havia proposto até agora quem à conferência visando a prática de um só ato final conclusivo ainda que complexo (é esse o modelo da ‘conferência decisória’ italiana) se contrapusesse alternativamente um modelo assente na prática concertada dos diversos atos próprios de competências distintas, necessários à conformação administrativa de uma mesma situação concreta da vida”. (CORREIA, José Manuel Sérvulo. A conferência procedimental: fontes e opções. In.: SOUSA, Marcelo Rebelo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Coord.). *Liber Amicorum* – Fausto de Quadros. Volume II. Coimbra: Almedina, p. 25).

⁵¹⁴ “Na conferência deliberativa, verifica-se uma integração – no fundo, uma união – do exercício das competências decisórias dos diversos órgãos participantes, sendo expressão de um fenómeno de centralização

destinada ao exercício individualizado, mas simultâneo, das competências dos órgãos participantes, por meio da prática, por cada um deles, de atos administrativos autônomos.⁵¹⁵ A classificação da conferência procedimental portuguesa, assim, atenta ao caráter unitário ou plural das decisões emitidas no âmbito da conferência e ao exercício conjunto ou meramente conjugado das competências envolvidas.⁵¹⁶

Sobre o instituto da *conferência procedimental* no Direito português, Sérvulo Correia defende que a contribuição específica do instituto “não é tanto a tomada da ou das decisões (a qual teria em princípio lugar no âmbito do ou dos processos originários), mas o exercício em comum ou conjugado das competências”.⁵¹⁷ O autor destaca, ainda, que “trata-se, pois, da utilização de uma técnica procedimental para organizar o exercício das competências de diversos órgãos da Administração Pública quando as respetivas fusão ou conjugação se mostrem necessárias para o efeito da conformação integrada de uma mesma situação concreta complexa”.⁵¹⁸ Por sua vez, Tiago Serrão defende que, seja a conferência deliberativa, seja a conferência de coordenação, o mecanismo da *conferência procedimental* possui a finalidade precípua de promoção da celeridade, da eficácia e da economicidade da atividade administrativa, configurando um instrumento de promoção da boa administração em um contexto de maior simplificação e rapidez procedimental.⁵¹⁹

procedimental de natureza decisória. A par do objectivo ora assinalado, de centralização decisória, constata-se, também, um clarividente efeito de substituição: a multiplicidade de decisões administrativas, que seriam tomadas isoladamente pelos diversos intervenientes, dá lugar à prática de um único acto, a saber, um acto complexo. A conferência deliberativa ou decisória distingue-se da chamada conferência instrutória – que não encontra respaldo no Código – pela qual se procede a uma simples audição e apreciação, sem conteúdo decisório, dos diversos interesses abrangidos”. (SERRÃO, Tiago. A conferência procedimental no novo Código do Procedimento Administrativo: primeira aproximação. In.: CARVALHO, Ana Celeste (Org.). *O Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <<https://www.stimpostos.pt/wp-content/uploads/2017/10/20161010-o-novo-codigo-do-procedimento-administrativo-conferencias-do-cej-2014-2015-outubro-2016-cej.pdf>>. p. 129-130).

⁵¹⁵ Segundo o artigo 77º, nº 3 Código de Procedimento Administrativo português, “as conferências procedimentais relativas a vários procedimentos conexos ou a um único procedimento complexo, em que há lugar à tomada de diferentes decisões por diferentes órgãos, podem assumir uma das seguintes modalidades: a) Conferência deliberativa, destinada ao exercício conjunto das competências decisórias dos órgãos participantes através de um único ato de conteúdo complexo, que substitui a prática, por cada um deles, de atos administrativos autônomos; b) Conferência de coordenação, destinada ao exercício individualizado, mas simultâneo, das competências dos órgãos participantes, através da prática, por cada um deles, de atos administrativos autônomos”.

⁵¹⁶ CORREIA, José Manuel Sérvulo. A conferência procedimental..., p. 25.

⁵¹⁷ CORREIA, José Manuel Sérvulo. A conferência procedimental..., p. 23.

⁵¹⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. A conferência procedimental..., p. 23.

⁵¹⁹ SERRÃO, Tiago. A conferência procedimental no novo Código do Procedimento Administrativo..., p. 130-131.

Mas o Projeto de Lei nº 9.341/2017, que gerou a Lei nº 14.210/2021, assenta que, apesar da influência direta no Direito estrangeiro, sobretudo o italiano, e do termo não corresponder à tradução literal da *conferenza di servizi*, prefere-se a utilização do termo “decisão coordenada”, pois dá uma noção mais exata do procedimento instituído no Direito nacional.⁵²⁰

A inspiração da decisão coordenada na Lei nº 14.210/2021 também provém das experiências verificadas nos Estados de Minas Gerais e da Bahia que, por sua vez, instituíram o instituto sob a denominação “conferência de serviço”, como no anteprojeto de uma lei orgânica já debatido. O Estado de Minas Gerais, no âmbito do movimento de modernização da gestão pública, editou a Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011 – que trata sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado –, em que se prevê o instituto da conferência de serviço no âmbito daquele Estado. O artigo 5º, parágrafo segundo, da lei traz o conceito da conferência de serviços para fins da referida lei: consiste na instância de decisão compartilhada de caráter interinstitucional ou intersetorial que simplifica a processualidade administrativa mediante participação concomitante de todos os agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente. O instituto, ademais, foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 45.757/2011, que estabelece, em seu artigo 4º, as possibilidades para convocação: a existência de discordância entre diferentes órgãos e a ocorrência de questões de relevância, que extrapolam os limites internos ao órgão.⁵²¹

⁵²⁰ Conforme a justificativa do Projeto de Lei, a instituição da decisão coordenada na Administração Pública federal “promoverá importantes avanços nos processos administrativos federais, que certamente serão simplificados com a superação do modelo organizacional da hierarquia pelo estreitamento das relações entre os órgãos e entidades envolvidos na tomada de decisão. Será um importante instrumento para o consenso, em substituição à burocracia que tanto dificulta o progresso do nosso País”.

⁵²¹ Sobre o instituto da conferência de serviços, como previsto no Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública Federal, Caroline Stéphanie Francis dos Santos destaca que o instrumento “vai ao encontro da tendência geral do Anteprojeto de organizar a administração pública em múltiplos centros decisórios, em contraposição à abordagem tipicamente centralizadora da máquina estatal brasileira. Com essa configuração, criam-se espaços de autonomia, transparência e de gestão compartilhada, na medida em que se amplia a discussão em torno do objeto e que se retroalimenta o processo decisório. Trata-se, portanto, de uma ferramenta própria para o exercício do contraditório entre as entidades administrativas. Além de propiciar a coordenação, sua maior vantagem é concentrar em um único contexto as diversas instâncias decisórias, para que se alcance uma deliberação conjunta, articulada, célere e simplificada, compatível com o ritmo de atuação da administração pública”. (MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Articulação administrativa...*, p. 218).

Sobre a experiência da conferência de serviço prevista pela Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, do Estado de Minas Gerais, Maria Coeli Simões Pires, Mila Batista Leite Corrêa da Costa, Caio Barros Cordeiro e José Luiz Ferreira Cardoso em artigo inovador sobre o tema, destacam que o instrumento mineiro permite a “construção da discursividade técnica-institucional, capaz de integrar fragmentos típicos do processo decisório, não se destinando a substituir, contudo, a vontade discursiva individualmente considerada, na medida em que cada ator envolvido continua a decidir sob o seu feixe de competência”.⁵²² Cria-se, assim, uma instância própria capaz de pautar o processo decisório geral pela formação de costuras de individualidades concertadas por meio do instrumento da conferência de serviço.

Já no âmbito do Estado da Bahia, a Lei Estadual nº 12.209, de 20 de abril de 2011 – que trata sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado – prevê o instituto em seu artigo 28, que dispõe que “o exame de matéria que envolva diferentes interesses setoriais, o Chefe do Executivo poderá convocar *conferência de serviço*, reunindo os órgãos e entidades competentes, a fim de emitir decisão célere”. A lei estadual prevê ainda que a conferência de serviço será realizada, sempre que possível, em sessão única. Ademais, em casos de urgência, o Chefe do Executivo poderá estabelecer prazo máximo para a decisão de cada órgão ou entidade, sob pena de responsabilização funcional das autoridades que se omitirem. No caso de ser ultrapassado o prazo e caso a demora possa causar prejuízos graves ao interesse público, o Chefe do Executivo poderá avocar a competência de órgão da Administração direta hierarquicamente vinculado.

Nesse contexto, Rafael Wallbach Schwind, sobre o instituto da conferência de serviço, leciona que ele “consiste em um mecanismo destinado à resolução de divergências administrativas, tratando-se de um procedimento em que se busca o consenso no encontro entre os representantes dos vários órgãos ou entes envolvidos”.⁵²³ Dessa forma, soluciona-se, como visto, *de forma consensual*, uma controvérsia administrativa no âmbito interno da própria Administração

⁵²² PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros; CARDOSO, José Luiz Ferreira. *Conferência de Serviços...*, p. 17.

⁵²³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas: elementos para a instituição da “conferência de serviço” no Direito Brasileiro. In.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. (Coord.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, p. 831-845.

Pública.⁵²⁴ Propicia, pois, a *coordenação administrativa* e um contexto de *maior segurança jurídica* nas relações que envolvem o Poder Público ao abrir espaço para uma decisão conjunta, célere e concertada, que admite, em um mesmo espaço, *o envolvimento de todas as competências distintas envolvidas*.

Destarte, diante das influências do Direito estrangeiro, da tentativa de previsão do instituto da conferência de serviço em uma lei orgânica para a Administração Pública federal brasileira e das experiências estaduais dos Estados de Minas Gerais e da Bahia, a Lei nº 14.210/2021, em uma trajetória de maior coordenação administrativa e segurança jurídica do Direito Administrativo brasileiro, instituiu a denominada *decisão coordenada* na Lei de Processo Administrativo federal.

O artigo 49-A da Lei nº 9.784/1999 dispõe que as decisões administrativas que exijam a participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades⁵²⁵ poderão ser tomadas mediante *decisão coordenada*, sempre que for justificável pela *relevância da matéria* e houver *discordância* que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório. Logo, no caso de existência de conflito entre atores estatais, e no caso de a matéria sob conflito ser relevante, a decisão coordenada permite uma solução dialogal entre as diferentes autoridades envolvidas (no mínimo de três), a fim de evitar a morosidade que a discordância entre as posições intersubjetivas pode apresentar.

O instituto, portanto, pode vir a ter relevante utilidade nos casos relacionados aos problemas de falta de coordenação na regulação dos setores de logística nas hipóteses em que diferentes órgãos e entidades apresentem discordância, por exemplo, sobre aspectos essenciais da estruturação de projetos (como no caso de conflitos entre Ministérios, Infra S.A. e agências reguladoras). Trata-se, pois, de hipótese que cumpre, de forma manifesta, o requisito legal da “relevância da matéria”. No entanto, a exigência da lei de se exigir o mínimo de três participantes na decisão coordenada diminui o alcance do instrumento legislativo, pois em muitos casos a descoordenação pode decorrer da atuação de apenas duas entidades (como no caso de conflitos entre Ministério e agências).

⁵²⁴ SCHWIND, Rafeaç Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas..., p. 831-845.

⁵²⁵ Ou seja, o conflito pode ocorrer tanto no âmbito interno das pessoas jurídicas (como em diferentes secretarias que compõe os Ministérios), como no caso de envolver pessoas jurídicas com personalidades distintas (Ministério, Infra S.A. e agências reguladoras).

No caso do setor portuário, por exemplo, os atos que envolvem competências técnicas e políticas, como a exemplo da abertura de processo de chamamento público para a outorga das autorizações regulatórias, poderiam ser objeto de decisão coordenada, entre a Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários e a ANTAQ, a fim de que fossem compatibilizadas as diretrizes políticas estabelecidas pelo órgão de governo e as competências técnicas, pela agência, que envolvem a elaboração deste processo seletivo simplificado, e não como uma *determinação*, conforme previsto no artigo 10 da Lei nº 12.815/2013.⁵²⁶

O parágrafo primeiro do dispositivo traz o conceito de decisão coordenada para os fins da lei: a instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.

O parágrafo quarto do artigo 49-A prevê que a decisão coordenada não exclui a responsabilidade originária de cada órgão ou autoridade envolvida. Já o parágrafo quinto do dispositivo dispõe que a decisão coordenada deverá obedecer aos princípios da legalidade, da eficiência e da transparência, com utilização, sempre que necessário, da *simplificação do procedimento* e da *concentração das instâncias decisórias*. Nesse passo, em consonância com a Lei nº 14.210/2021, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017 também trata sobre o tema da simplificação administrativa como diretriz relevante da governança pública na Administração Pública federal.⁵²⁷

⁵²⁶ GUERRA, Sergio; FREITAS, Rafael Vêras de. O modelo institucional do setor portuário: os institutos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) e da conferência de serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 446. O artigo 10 da Lei nº 12.815/2013 prevê que “o poder concedente poderá *determinar* à Antaq, a qualquer momento e em consonância com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, a abertura de processo de chamada pública para identificar a existência de interessados na obtenção de autorização de instalação portuária, na forma do regulamento e observado o prazo previsto no inciso II do § 1º do art. 9º.

⁵²⁷ Sobre simplificação administrativa, ver: ROBERTO, Luiz Fernando. *Simplificação administrativa: o Standard Cost Model aplicado ao Brasil*. São Paulo, 2018. 171f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.

O parágrafo sexto do artigo 49-A é relevante pois prevê os casos em que a decisão coordenada *não se aplica*: aos processos administrativos envolvendo licitação, aos processos administrativos relacionados ao poder sancionador e nos casos em que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos. Aqui se faz uma crítica em relação ao dispositivo e às exceções da lei, pois a descoordenação administrativa, nos setores de logística, também ocorre – por evidente – no âmbito de processos licitatórios, como nos casos em que ocorre falta de articulação entre Ministério e agências que atuam como poder concedente (a despeito de o grande foco da descoordenação, nos setores em questão, estar atrelada à fase anterior à abertura dos certames, em que a decisão coordenada, como dito, pode vir a ter utilidade).

Além disso, a exceção legal em relação aos casos em que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos também retira o alcance de aplicação da lei nos setores de logística, pois os problemas relacionados à descoordenação também podem envolver a relação entre agências reguladoras e atores de Poderes diferentes. Isto é, a despeito de inexistir a possibilidade no novo diploma legal, conforme a proibição prevista no referido dispositivo, seria possível levantar o debate em relação à possível aplicação e pretensa utilidade da decisão coordenada nas hipóteses – e somente nestas hipóteses – em que o TCU transborda de sua atuação como órgão de controle externo como forma de amenizar a descoordenação administrativa que pode ser gerada em tais hipóteses (é dizer, nos casos em que o TCU atua, na prática administrativa, na estruturação prévia dos editais de licitação). Já nos casos em que o TCU atua regularmente (e dentro do quadrante constitucional e legal) como órgão de controle externo, afasta-se, definitivamente, a pretensa utilização da decisão coordenada, pois, como dito, não há descoordenação nas relações entre controlador e controlado.

O artigo 49-B, por seu turno, prevê que poderão ser habilitados para participar da decisão coordenada, na qualidade de ouvintes, os interessados indicados no artigo 9º da lei, isto é, todos aqueles considerados como legitimados para atuar como interessados no processo administrativo: i) pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; ii) aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; iii) as organizações e

associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; e iv) as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos. Além do mais, a participação na reunião, que poderá incluir direito a voz, será deferida por decisão irrecorrível da autoridade responsável pela convocação da decisão coordenada.

O artigo 49-D prevê que todos os participantes da decisão coordenada devem ser intimados, nos termos da lei. Além disso, cada órgão ou entidade participante é responsável pela elaboração de documento específico sobre o tema relacionado à respectiva competência, a fim de subsidiar os trabalhos e integrar o processo da decisão coordenada, e englobando, também, eventuais precedentes. Ainda, eventual divergência na solução do objeto da decisão deverá ser manifestada durante as reuniões, de modo fundamentado, acompanhado das propostas de solução e de alteração necessárias para a resolução da questão, não sendo possível a arguição de matéria estranha ao objeto da convocação.

O artigo 49-G da Lei dispõe que a conclusão dos trabalhos da decisão coordenada será consolidada em ata, que conterá como informações: i) relato sobre os itens da pauta; ii) síntese dos fundamentos indicados; iii) síntese das teses pertinentes ao objeto da convocação; iv) registro das orientações, das diretrizes, das soluções ou das propostas de atos governamentais relativos ao objeto da convocação; v) posicionamento dos participantes para subsidiar futura ação do governo em matéria idêntica ou similar; e vi) decisão de cada órgão ou entidade relacionada à matéria sujeita à sua competência. A lei também prevê que até a assinatura desta ata – que deverá ser publicada por extrato no Diário Oficial da União –, poderá ser complementada a fundamentação da decisão da autoridade ou do agente em relação à matéria de competência do órgão ou da entidade representada.

Como destaca Egon Bockmann Moreira sobre a decisão coordenada instituída pela Lei nº 14.210/2021, a conclusão mais importante da previsão legal talvez esteja na natureza e no regime jurídico do ato administrativo que decorre desse processo decisório: consiste, pois, em um ato jurídico unitário, e não um feixe de vários atos (como no instrumento do Direito português da conferência procedimental por coordenação), mas de conteúdo complexo. Mas, frise-se, consiste em ato complexo quanto à autoria, vez que é conjuntamente imputado à totalidade dos órgãos e

entidades que participam do processo.⁵²⁸ Aproxima-se, assim, das modalidades da conferência procedimental em sua modalidade deliberativa, como prevista no Código de Procedimento Administrativo português (Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro), e da *conferenza di servizi*, em sua modalidade decisória, como previsto na Lei Italiana nº 241, de 7 de agosto de 1990 (Lei do Processo Administrativo).

O referido autor aduz, ainda, em relação à decisão coordenada, que ela possui “a finalidade de permitir a participação/integração de todos os interessados/legitimados na futura decisão administrativa, a fim de acelerar e conferir unidade a processos decisórios complexos, que digam respeito a mais de um órgão ou entidade administrativa federal”. Além disso, a decisão coordenada “incrementa o diálogo e a participação democrática na formação dos atos administrativos; por outro, diminui os conflitos (e respectivos custos), harmonizando perspectivas e *soluções consensuais*”.⁵²⁹

Gustavo Binbenojm, todavia, critica a edição e o alcance da Lei nº 14.210/2021 e afirma que ela é demasiadamente tímida pois foi mutilada por alguns vetos presidenciais (o §3º do artigo 49-A; o *caput* e o §1º do artigo 49-C; o §2º do artigo 49-C; e o §2º do artigo 49-A e do artigo 49-G). Segundo o referido autor, os vetos não foram irrelevantes pois no texto final da lei restou ausente previsão, por exemplo, acerca das formas de convocação do procedimento de coordenação – nem de ofício, nem por provocação dos interessados.⁵³⁰ Outro veto significativo consistiu no que retirou o caráter vinculante da decisão coordenada, abrindo uma brecha para seu possível questionamento quando conveniente, o que pode gerar insegurança jurídica.⁵³¹

⁵²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a ‘decisão coordenada’. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/breves-notas-sobre-a-decisao-coordenada-04102021>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁵²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a ‘decisão coordenada’. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/breves-notas-sobre-a-decisao-coordenada-04102021>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁵³⁰ Algumas soluções, segundo o referido autor, por sua vez, podem evitar o efeito de “sino sem badalo”, como, por exemplo a de que a convocação do procedimento da decisão coordenada pode ser restabelecida em regulamento, pois há na lei *resquícios* alusivos a ela, nos arts. 49-F e G. Segundo Binbenojm, “a interpretação finalística será a ponte entre os ideais abstratos do legislador e a realização de objetivos concretos”. (BINENBOJM, Gustavo. A Lei 14.210/21 e as decisões coordenadas. *Publicistas*. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-lei-14-210-21-e-as-decisoes-coordenadas-24052022>>. Acesso em: 14 jun. 2022).

⁵³¹ A razão para o veto foi justificada da seguinte forma pela Presidência da República: “a proposição legislativa estabelece que a conclusão dos trabalhos da decisão coordenada seria consolidada em ata, a qual teria efeito vinculante entre os órgãos e as entidades participantes da decisão coordenada no que tange a matérias idênticas ou repetitivas,

Sergio Guerra e Rafael Vêras de Freitas defendiam já, desde 2014, a utilização do instituto da conferência de serviços no ordenamento jurídico nacional. Os autores salientam que o instituto pode contribuir na compatibilização das diretrizes políticas que são estabelecidas pelos órgãos de governo com as atividades técnicas desenvolvidas pelas agências reguladoras.⁵³² Ademais, a utilização da conferência de serviços atende o princípio da segurança jurídica, pois permite que as entidades administrativas travem diálogo cooperativo e que propicia uma convergência institucional, de forma a se evitar posturas contraditórias da Administração Pública.⁵³³

Com efeito, a edição da Lei nº 14.210/2021, que institui a *decisão coordenada* no âmbito da Administração Pública federal, influenciada pelo Direito estrangeiro, sobretudo pela experiência italiana, da tentativa de previsão do instituto da conferência de serviço em uma lei orgânica para a Administração Pública federal brasileira e das experiências estaduais do mecanismo nos Estados de Minas Gerais e da Bahia, apesar das críticas que podem ser realizadas em seu texto e que afastam um alcance efetivo na direção de problemas que impactam nos setores de logística, configura um dos exemplos mais notáveis das tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol de um cenário de maior coordenação administrativa. A inclusão de um capítulo próprio na Lei de Processo Administrativo federal constitui, pois, uma clara preocupação do Poder Público brasileiro em mitigar os problemas e impactos relacionados à falta de articulação entre órgãos e entidades da

observadas as peculiaridades de cada processo, e equivaleria a acordo formal. Entretanto, em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa incorre em óbice jurídico, na medida em que, ao fazer referência à expressão ‘matérias idênticas’, gera uma multiplicidade de interpretações a depender do contexto fático-jurídico do caso e deixa dúvidas se o instituto da decisão coordenada teria o poder de prejudicar ou mesmo de substituir eventuais decisões recursais. Desse modo, considerando que as decisões coordenadas seriam tomadas em deliberações colegiadas exaradas pelas autoridades que eventualmente fruissem de legitimidade adequada para celebrar acordos e tomar decisões com caráter vinculante para o órgão ou para a entidade representada, geraria dúvida quanto à possível supressão de instâncias recursais na via administrativa, o que viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, nos termos do disposto no inciso LV do *caput* do art. 5º da Constituição, combinado com o art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999. Ademais, a proposição contraria interesse público tendo em vista que, ao tornar obrigatório tal efeito vinculante, limita a atuação dos órgãos e das entidades. Nesse sentido, observa-se que já há instrumentos por meio dos quais os órgãos podem aumentar a segurança jurídica, tais como: os regulamentos, as súmulas administrativas e as respostas a consultas, conforme previsto no art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Por fim, as autoridades participantes podem, a seu critério, utilizar de um dos referidos instrumentos, razão pela qual não há necessidade de tornar vinculante o efeito de todo e qualquer assunto que seja deliberado e decidido por meio do procedimento da decisão coordenada disposto nesta proposição legislativa”.

⁵³² GUERRA, Sergio; FREITAS, Rafael Vêras de. O modelo institucional do setor portuário..., p. 442.

⁵³³ GUERRA, Sergio; FREITAS, Rafael Vêras de. O modelo institucional do setor portuário..., p. 443.

Administração Pública. A edição da lei é deveras relevante para este cenário, mas defende-se o aprimoramento de seu texto, a fim de que o alcance da norma e sua efetividade sejam garantidas.

4.7 Consenso e coordenação administrativa: as tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol da coordenação administrativa

Como dito no início deste capítulo, apesar de, por um lado, o arcabouço legislativo brasileiro ter possibilitado um cenário de descoordenação, *o Direito Administrativo, como reação aos impactos gerados pela falta de coordenação, vem apresentando tendências em prol de um contexto de maior coordenação*, diante de variadas concretizações legais no ordenamento jurídico.

Trata-se, como visto, de uma suposta contradição, pois é justamente *em reação* a um contexto normativo de descoordenação que o próprio legislador visa, por meio de várias tendências normativas, afastar este cenário de desarmonia e garantir um *novo ambiente*, de harmonia e consenso, entre as variadas autoridades públicas e atores privados que se envolvem com o Poder Público.

Com efeito, estas tendências do Direito Administrativo brasileiro em favor da coordenação adaptam-se perfeitamente a uma *atuação consensual do Poder Público*, evidenciada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que destaca que “é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, *tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público*”.⁵³⁴ O autor chama atenção para uma profusão de novas relações negociadas admitidas, em que nelas se privilegia o *consenso* como método adequado para se atingir de modo mais fácil, célere e menos dispendioso o alcance do interesse público. Esta abertura em prol da *consensualidade* tem-se dado em amplo espaço de atuação, englobando desde a colaboração no planejamento, tomada de decisão, execução, ao controle e, ainda, à solução dos conflitos, com a difusão da adoção dos meios de conciliação, da conciliação e da arbitragem. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma, assim, que “a consensualidade se vem sobressaindo como uma válida

⁵³⁴ 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, p. 13-37, jul./set. 2011, p. 32.

alternativa para incrementar, através da negociação, a eficiência administrativa, plenamente suportada, assim, no art. 37, *caput*, da Constituição”.⁵³⁵ Princípio da eficiência administrativa que, como visto, foi incluído no texto constitucional por meio da EC nº 19/1998, justamente uma materialização em prol de um cenário de maior coordenação no Direito Administrativo brasileiro. *Consensualidade e coordenação, portanto, andam juntas e de mãos dadas.*

Por seu turno, Floriano de Azevedo Marques Neto salienta que uma das principais características da nova regulação estatal consiste na substituição da autoridade estatal unilateral para uma autoridade negocial, permanentemente desenvolvida e baseada no *consenso*. Dessa forma, a legitimação desta autoridade se dá menos pela posição de superioridade do Estado e a presunção de inoponibilidade estatal (que configuram características de um Direito Administrativo autoritário e ultrapassado), e mais pelo consenso, por meio do respeito às regras do jogo e à segurança jurídica, pela clareza dos objetivos estabelecidos em cada setor da economia, pela transparência de todo o processo regulatório, pela capacidade de interlocução com todos os agentes regulatórios envolvidos e pela detenção do conhecimento técnico aplicável ao setor.⁵³⁶ O referido autor destaca, assim, que o novo modelo de atuação estatal passa por um processo de fortalecimento dos instrumentos consensuais que demandam, necessariamente, pela revisão do velho paradigma do Direito Administrativo (pautado na bipolaridade autoridade/liberdade). Segundo o autor, “o cidadão deixa de cumprir um papel passivo em face do Estado-administração (como ‘administrado’, ‘beneficiário’ ou ‘súdito’) e passa a ser agente ativo da postulação dos seus direitos subjetivos públicos e partícipe da atuação administrativa”.⁵³⁷

⁵³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI..., p. 32-33. O referido autor destaca, ainda, que as ideias de participação e consensualidade contribuem para aprimorar a governabilidade, propiciam freios contra o abuso do poder, garantem a atenção de todos os interesses, possibilitam uma decisão mais prudente, desenvolvem a responsabilidade dos indivíduos e, finalmente, tornam os comandos do Estado mais aceitáveis. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41). O autor, assim, evidencia que: “a consensualidade é um enriquecimento do Direito Administrativo que a ele se incorpora permanentemente”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo...*, p. 48). Odete Medauar, também nesse contexto, ao discorrer sobre a evolução do Direito Administrativo, destaca que o tema da *consensualidade* na Administração vem sendo tratada sob os nomes “Administração consensual, direito administrativo do consenso e transigibilidade”. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 352). E destaca que “práticas consensuais geram, nos cidadãos, a sensação de confiabilidade, credibilidade e boa fé na Administração e levam à adesão às medidas projetadas”. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução...*, p. 355).

⁵³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 91-92.

⁵³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, p. 343.

Juliana Bonacorsi de Palma, por sua vez, aduz que existem basicamente dois critérios no Direito Administrativo brasileiro para caracterizar a consensualidade: a consensualidade como acordo de vontades (tomada em sentido amplo) e a consensualidade como técnica de gestão administrativa (sentido restrito), “por meio da qual acordos são firmados entre Administração e administrado com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas)”.⁵³⁸

Nesse contexto, a atuação consensual do Poder Público, em sentido amplo, reflete-se e gera, também, tendências do Direito Administrativo pátrio em prol de um cenário de maior *coordenação*. É dizer, *o consenso na Administração culmina na coordenação administrativa. Consenso entre todos os atores envolvidos nos setores de logística, sejam as autoridades da própria Administração, sejam atores privados que atuam na exploração da logística nacional*. E a abertura à consensualidade envolve tanto a participação dos potenciais impactados (como variadas previsões normativas caminham nesse sentido, vide os dispositivos da Lei nº 13.655/2018 e da Lei nº 13.848/2019), quanto a possibilidade de decisões conjuntas entre diferentes autoridades no caso de divergência sobre a matéria (como os dispositivos incluídos pela Lei nº 14.210/2021).⁵³⁹

Como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é na “cooperação o tipo de relacionamento que possibilita a coordenação de diversas expressões de poder para o atingimento de fins comuns, desenvolvendo virtudes sociais como a tolerância e a confiança, possibilitando a concertação de vontades e o surgimento do consenso”.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Juliana Bonacorsi de Palma, ademais, salienta que “em sentido amplíssimo, a atuação consensual também é verificada nos casos em que a Administração abre o seu procedimento para que o administrado participe, como nas hipóteses de instrumentos participativos a exemplo das audiências e consultas públicas”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual...*, p. 127-128). Eurico Bitencourt Neto, por seu turno, em estudo detalhado sobre a concertação administrativa interorgânica, destaca que “no âmbito do Direito Administrativo, a expressão Administração concertada tem sido utilizada para caracterizar um modo de atuação por meio do consenso e da produção de acordos”. (BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no Século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 191).

⁵³⁹ Como lembra Eurico Bitencourt Neto, “a concertação é relevante instrumento de Administração participada, mas não conduz à superação do Estado como fonte maior institucionalizada de legitimidade democrática”. (BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica...*, p. 194).

⁵⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, 231: p. 129-156, jan./mar. 2003, p. 132.

Consenso, segundo Sérgio Sérulo da Cunha, consiste no “acordo ou entendimento dos membros de um grupo quanto a fatos, ideias, propostas ou soluções”.⁵⁴¹ E *cooperação*, para o mesmo autor, no “ato ou efeito de agir com outrem pelo mesmo objetivo”.⁵⁴²

Isto é, *o consenso é, assim, premissa para um ambiente de coordenação*. O consenso entre os diversos órgãos e entidades da Administração Pública, e entre estes e os agentes privados, sempre à luz do objetivo primordial do desenvolvimento nacional disposto no artigo 3º do texto constitucional, possibilita uma maior coordenação entre os diversos atores estatais na regulação dos setores de logística. E esta tendência por uma *atuação consensual do Poder Público* abriu portas para as diversas manifestações do Direito Administrativo brasileiro em favor de um ambiente de coordenação administrativa.

Segundo Maria Coeli Simões Pires, também à luz deste paradigma da consensualidade, o conceito de articulação administrativa, em sentido restrito, consiste na “técnica relacional de núcleos de competências ou de agentes dos processos decisórios ou executivos da ação pública, que permite racionalidade de esforços e de utilização dos meios, ambiente de consensualidade e legitimação, consecução de resultados e compartilhamento de responsabilidades”.⁵⁴³ Logo, a utilização de ações de articulação e coordenação na atuação do Poder Público envolve uma mudança do método de tomada de decisões, inserindo os diversos núcleos decisórios ou agentes competentes para uma determinada ação estatal em específico. Caroline Stéphanie Francis dos Santos, nesse passo, aduz que este ideal de articulação administrativa está em consonância com o paradigma da administração pública gerencial, que é orientado para resultados, para as necessidades dos cidadãos, na perspectiva política, e dos consumidores, na visão econômica.⁵⁴⁴

É o caso, como visto ao longo deste capítulo, da edição de várias leis que favorecem e evidenciam o tema da coordenação e da segurança jurídica, como a EC nº 19/1998, a Lei nº 13.334/2016, a Lei nº 13.655/2018, a Lei nº 13.848/2019 e a Lei nº 14.210/2021, além do anteprojeto da lei orgânica para a Administração Pública Federal instituída pela Portaria nº 426, de

⁵⁴¹ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

⁵⁴² CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do Direito...*, p. 74.

⁵⁴³ PIRES, Maria Coeli Simões. *Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil...*, p. 186.

⁵⁴⁴ MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Articulação administrativa...*, p. 205.

6 de dezembro de 2007.⁵⁴⁵ Todos estes reflexos do Direito brasileiro, inclusive, estão dentro do contexto de uma Administração Pública consensual, entre todos os atores envolvidos na exploração da infraestrutura nacional, sejam atores públicos, sejam atores privados.

Como lembra Marcos Augusto Perez, é essencial que o “o Direito Administrativo brasileiro tente se transformar em um terreno de maior segurança jurídica, de maior coerência, de maior sistematicidade e, conseqüentemente, de melhor utilização prática (...)”.⁵⁴⁶

Inicialmente, a EC nº 19/1998 começa uma tendência do Direito brasileiro em prol da coordenação administrativa na Administração Pública nacional. Como destacado neste capítulo, os reflexos legais posteriores originaram-se a partir da EC nº 19/1998, que inicia a tentativa de colocar em xeque a organização administrativa pátria. Foi por meio dela que se abriu espaço para a discussão acerca da reforma sobre a organização administrativa brasileira e que geraram os debates relacionados a anteprojeto de uma lei orgânica para a Administração Pública Federal.

A Lei nº 13.334/2016, por sua vez, trata sobre a instituição do PPI no âmbito da infraestrutura federal. A referida lei consiste em uma das principais tendências recentes do Direito Administrativo nacional a favor da efetivação de um cenário de coordenação e segurança jurídica ao se preocupar com que ele seja garantido *a todos os atores envolvidos com os setores de logística*, consistindo, inclusive, em um princípio nos termos da lei.

⁵⁴⁵ Rodrigo Pagani de Souza defende uma “administração pública de resultados” e que “nas várias frentes da administração pública, em que o compromisso com resultados se faça manifestar, o que se requer, antes de tudo, *são normas que promovam segurança jurídica*”. (PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados..., p. 59). Os vetores de diálogo, participação, transparência, intensificação do controle, valorização de processos decisórios, incremento de parcerias são parte de um mesmo movimento transformador que aproxima sociedade, mercado e Estado. Esse movimento rompe com o muro que isolava esses atores e busca por meio da interação regulada a concretização dos objetivos constitucionais.

⁵⁴⁶ PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu..., p. 867. Ademais, em trabalho recente acerca dos desafios e atrativos para a realização de investimento privado na infraestrutura nacional, defendeu-se que “a dogmática jurídica precisa caminhar no sentido de efetivar novos instrumentos jurídicos que confirmem, sobretudo, maior segurança jurídica para a efetivação de investimentos privados, além de uma necessária sistematização e maior coerência dos instrumentos regulatórios existentes”. (VALIATI, Thiago Priess; SOUZA, Pablo Ademir de. Os principais desafios e eventuais atrativos para o investimento privado nos setores de infraestrutura no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, p. 163-195, jan./mar. 2021, p. 190).

A Lei nº 13.655/2018 acrescentou novos dispositivos de Direito Público na LINDB, diploma legal que, tradicionalmente, era encarado como restrito ao Direito Privado. Os novos dispositivos visam, sobretudo, trazer maior segurança jurídica para as relações envolvendo o Poder Público e consolidam, em suma, o *dever de segurança jurídica*, que decorre do princípio constitucional da segurança jurídica e é imposto à integralidade do Estado brasileiro, isto é, para *todas as autoridades administrativas*. Os artigos 20, 21, 22, 28, 29 e 30, sobretudo, possuem o objetivo de impor parâmetros mais concretos para a aplicação da decisão pública e proporcionar um estado de maior coordenação e segurança. O artigo 30 da LINDB, em síntese, trata da concretização do referido princípio no Direito Administrativo brasileiro. Trata-se, pois, do principal reflexo do Direito brasileiro em prol da segurança jurídica.

Já a Lei nº 13.848/2019 consiste no marco regulatório federal das agências reguladoras e possui, dentre os seus principais objetivos, combater os problemas que comprometem a independência e a segurança jurídica na atuação das agências. Ao dispor sobre temas como a autonomia, o processo decisório e a instituição da AIR no âmbito das agências, o diploma legal configura mais uma evidência tendência do Direito Administrativo brasileiro em favor de um cenário de coordenação administrativa e segurança jurídica.

E, finalmente, a Lei nº 14.210/2021, que instituiu, como visto, a *decisão coordenada* no Direito Administrativo brasileiro e acrescentou os artigos 49-A a 49-G na Lei nº 9.784/1999 – a inspiração da decisão coordenada sobreveio, sobretudo, da experiência italiana da *conferenza di servizi*. Com efeito, apesar da discussão relativa à instituição da decisão coordenada ser debatida há algum tempo em território nacional, como da tentativa de previsão do instituto da conferência de serviço em uma lei orgânica para a Administração Pública federal e das experiências estaduais vivenciadas nos Estados de Minas Gerais e da Bahia, ante o fato da edição da lei ser muito recente, ainda não se tem notícia de casos concretos e julgados relativos à aplicação da decisão coordenada em âmbito nacional. Fato é que, apesar das críticas em relação ao seu texto e potencial alcance, ela configura um dos exemplos mais notáveis (e o mais direto) das tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol de um cenário de maior coordenação administrativa.

Trata-se das *principais* tendências do Direito Administrativo brasileiro a favor da coordenação administrativa. Outras, evidentemente, poderiam ser indicadas, de forma pontual. Por exemplo, a edição recente da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, traz importantes dispositivos normativos que atualizam a sistemática dos contratos e licitações públicas no âmbito federal. A Lei nº 14.133/2021, que busca superar o regime considerado ultrapassado da Lei nº 8.666/1993, marcado por um modelo de evidência desequilibrada na autoridade estatal unilateral, consolida as disposições da LINDB em favor da segurança jurídica. Em seu artigo 5º, ao tratar sobre os princípios que norteiam a aplicação do diploma legal (como o princípio da segurança jurídica), a lei prevê expressamente que as disposições da LINDB devem ser observadas na aplicação da Lei nº 14.133/2021 e, assim, guiar a execução das licitações e dos contratos administrativos.⁵⁴⁷

Ainda, a edição do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Nos termos do referido Decreto, a governança pública consiste no conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. Em seu artigo 3º, o Decreto prevê que consistem em princípios da governança pública a capacidade de resposta, a integridade, a confiabilidade, a melhoria regulatória, a prestação de contas e responsabilidade e a transparência. Ademais, o artigo 4º destaca que consistem em diretrizes da governança pública, entre outras, a articulação das instituições e coordenação dos processos para melhora da integração entre os diferentes níveis e esferas do setor público, com vistas a gerar, preservar e entregar valor público e a definição formal das funções, competências e responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 tratou da temática da coordenação em algumas passagens. É dizer, a própria Constituição, por exemplo, em relação à necessidade de ação

⁵⁴⁷ Lei nº 14.133/2021. Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, *assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)*.

integrada com os entes subnacionais, previu a necessidade de arranjos de cooperação entre os entes federados, conforme estabelece o seu artigo 23, parágrafo único.⁵⁴⁸ Um desses instrumentos consiste nos consórcios públicos, instrumento previsto no artigo 241 e instituído pela Lei nº 11.107/2005, diploma legal que poderia ser também citado em um contexto macro de tendência na direção da coordenação.⁵⁴⁹ Com efeito, por meio dos consórcios, busca-se promover a gestão associada de serviços públicos, em conformidade com o princípio da eficiência administrativa. A redação do referido dispositivo constitucional, aliás, foi conferida pela EC nº 19/1998, abordada neste capítulo. Além do mais, artigo 21, inciso XXI, da Constituição prevê que compete à União estabelecer princípios e diretrizes para o denominado sistema nacional de viação. À luz deste dispositivo constitucional, foram editadas a Lei nº 10.233/2001, que reorganizou o gerenciamento do Sistema Federal de Viação (SFV), e a Lei nº 12.379/2011, que dispõe sobre a composição, objetivo e critérios para implantação do SNV.

Como dito neste capítulo, é fato que *apenas* alterações nas normas não são suficientes para a realização de grandes mudanças estruturais, institucionais e culturais na Administração Pública brasileira, tendo em vista que a falta de coordenação, como visto, também decorre da realidade prática nacional. Mas é fato também que as alterações normativas *contribuem* a favor de um caminho de *maior* coordenação e *maior* segurança. Para além da edição de normas que se materializam em tendências e podem contribuir com a mudança deste cenário, reformas setoriais específicas, evidentemente, também se fazem necessárias, a fim de evitar problemas nos setores,⁵⁵⁰ como a definição específica dos papéis de cada autoridade na Lei nº 13.844/2019, que trata sobre a organização básica dos órgãos da Presidência e dos Ministérios que compõem a estrutura da Administração Pública Direta em âmbito federal.

⁵⁴⁸ Constituição Federal. Art. 23 (...) Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

⁵⁴⁹ Constituição Federal. Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

⁵⁵⁰ O Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017 prevê, ademais, que consiste em diretriz relevante da governança pública a edição e revisão dos atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente.

Ainda, além das mudanças legislativas, vários estudos empíricos, preocupados também com a realidade prática, têm sido realizados com a finalidade de colocar os impactos da descoordenação administrativa em xeque, inclusive com participação do Poder Público em vários destes trabalhos. Percebe-se, assim, uma necessidade recente em mitigar o problema da insegurança jurídica e da descoordenação, a fim de viabilizar parcerias com o setor privado e incrementar a infraestrutura de transportes no país, favorecendo o desenvolvimento socioeconômico.

As referidas pesquisas (SAE, Insper, ABCR e KPMG/EPL) consistem em estudos empíricos e foram todos desenvolvidos recentemente, entre os anos de 2018 e 2019. O estudo da EPL/KPMG chama atenção, por exemplo, para a importância de sistematizar a comunicação entre os diferentes órgãos e entidades e estabelecer padrões de prazos coerentes e que “a inexistência de pontos de contato definidos entre as diferentes entidades, em que, eventualmente, não se encontra uma comunicação interinstitucional padronizada ou sistematizada, pode interferir negativamente no processo”.⁵⁵¹ A propósito, no caso do material elaborado pela SAE, a própria idealização de um relatório desta espécie (formulado para melhorar o ambiente para investimentos privados em infraestrutura no Brasil), por um órgão vinculado diretamente à Presidência da República, constitui um retrato significativo e representativo desta tendência em prol de um maior favorecimento do tema da coordenação administrativa no contexto nacional.

Para além dos trabalhos indicados nesta tese, em âmbito internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) possui princípios para o aumento da qualidade e da performance regulatória dos seus países-membros.⁵⁵² Nesse sentido, a Organização

⁵⁵¹ EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019, p. 110.

⁵⁵² A OCDE foi criada em 1961 com a finalidade precípua de incentivar o crescimento econômico sustentável, a empregabilidade, o equilíbrio fiscal, assim como melhorar a qualidade de vida de seus países-membros, além de auxiliar o desenvolvimento de outras nações. A OCDE possibilita um ambiente no qual os governos podem comparar experiências políticas, encontrar respostas a problemas comuns, identificar boas práticas e trabalhar no sentido de coordenar as políticas nacionais e internacionais. Os países membros da OCDE são: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, México, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polónia, Portugal, República Eslovaca, Eslovénia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos da América. A União Europeia participa dos trabalhos da OCDE.

fixou sete diretivas, entre as quais está a adoção de programas de melhora regulatória (“*better regulation*”) que estabeleçam objetivos claros e diretrizes para a sua implementação.⁵⁵³

Além disso, a OCDE desenvolveu variados documentos normativos sobre política regulatória e boas práticas, sob a forma de recomendações as quais, todavia, não possuem força vinculante. Apesar de formalmente não constituírem instrumentos legais compulsórios, a sistemática de avaliação pelos pares da OCDE gera pressão (*peer pressure*) para a observância dessas recomendações pelos países-membros.⁵⁵⁴ Assim, para a OCDE, a regulação, em sentido amplo, consiste em um dos temas mais importantes para realização de seus objetivos institucionais, atrelado às boas práticas, ao desenvolvimento socioeconômico e à promoção do modelo político democrático liberal. Nesse particular, a ideia de coerência regulatória consiste em conceito demasiadamente relevante para a OCDE, isto é, de não contradição entre as partes que constituem uma mesma unidade sistêmica. Segundo a OCDE, existem instrumentos para garantir a coerência regulatória entre os níveis do governo e entre agências que estão situados no mesmo nível, como aqueles que, nas federações, promovem a coordenação entre governos nacionais e subnacionais, a fim de evitar conflitos ou duplicação de regulamentos, critérios de desempenho (*performance benchmarking*) e relatórios de boas práticas.⁵⁵⁵

⁵⁵³ Segundo a OCDE, “*good regulation should: (i) serve clearly identified policy goals, and be effective in achieving those goals; (ii) have a sound legal and empirical basis; (iii) produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental and social effects into account; (iv) minimise costs and market distortions; (v) promote innovation through market incentives and goal-based approaches; (vi) be clear, simple, and practical for users; (vii) be consistent with other regulations and policies; and (viii) be compatible as far as possible with competition, trade and investment-facilitating principles at domestic and international levels*”. (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *OECD guiding principles for regulatory quality and performance*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2023).

⁵⁵⁴ As recomendações da OCDE consistem em instrumentos jurídicos que não são juridicamente vinculativos, mas cuja prática lhes confere grande força moral como representando a vontade política dos seus aderentes. Ou seja, há uma expectativa de que os aderentes farão o possível para implementar plenamente uma recomendação.

⁵⁵⁵ “Coerência deve ser compreendida como a ausência de conflitos entre os elementos componentes de um sistema. Quando considerado ordenamento jurídico de um Estado, a coerência é buscada, por exemplo, por meio de regras (postas ou doutrinárias) de solução de antinomias. No arcabouço regulatório, que consiste, na maioria dos países, em parte importante do ordenamento jurídico, a coerência deve ser buscada mais detalhadamente, por meio da coordenação de trabalhos entre agências reguladoras e mediante supervisão de autoridade metarreguladora. A busca por coerência demanda trabalho direcionado para o futuro (para o processo de criação de nova regulação) e para o passado, por meio da administração do estoque regulatório”. (THORSTENSEN, Vera; ARIMA JÚNIOR, Mauro Kiithi. *Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE*. Working Paper 527, CCGI n° 22, maio de 2020. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas FGV EESP).

A OCDE, assim, possui várias recomendações sobre boas práticas regulatórias relacionadas à coordenação,⁵⁵⁶ como a Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança (*Recommendation of the Council of the OECD on Regulatory Policy and Governance*), de 2012, que contém algumas disposições específicas em relação à coerência regulatória e articulação entre órgãos governamentais, notadamente quanto à tomada de decisões. Nesse sentido, é previsto no item 10 da Recomendação o seguinte mandamento: “promover sempre que necessário a coerência regulatória através de mecanismos de coordenação entre os níveis supranacional, nacional e subnacional do governo. Identificar questões regulatórias transversais em todos os níveis do governo, para promover a coerência entre as abordagens regulatórias e evitar a duplicação ou conflito de normas”. E no item 10.1 a seguinte prescrição: “projetar mecanismos de coordenação adequados para desenvolver políticas e práticas regulatórias para todos os níveis de governo, incluindo, eventualmente, o uso de medidas de harmonização, ou a utilização de acordos de reconhecimento mútuo”. Assim, segundo a OCDE, o envolvimento dos governos subnacionais na tomada de decisões leva tempo, porém os benefícios a médio e longo prazo compensam os custos da falta de coordenação. É dizer, os países que alcançam com sucesso a reforma regulatória por esse meio podem ter expectativas para colher os benefícios de produtividade, por meio do redesenho do processo regulatório, da eliminação de custos regulatórios e de melhor coordenação de ações.⁵⁵⁷

Além disso, a OCDE possui a *Recomendação do Conselho em matéria de Governança das Infraestruturas*, de 2020, que também preocupa-se com o tema da coordenação, ao prever, por exemplo, que os países-membros devem coordenar a política de infraestruturas em todos os níveis de governo “adotando instrumentos eficazes de coordenação entre níveis de governos nacionais e

⁵⁵⁶ Outras recomendações produzidas pela OCDE sobre política regulatória consistem nas seguintes: Recomendação do Conselho sobre a melhoria da qualidade da regulamentação governamental (*Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*, 1995), Relatório aos Ministros, com estabelecimento de plano abrangente de ação para a Reforma Regulatória (*Report to Ministers, which set up a comprehensive plan for action on Regulatory Reform*, 1997), Recomendação do Conselho relativa a uma ação eficaz contra os cartéis (*Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, 1998), Lista de verificação integrada APEC-OCDE sobre reforma regulatória (*APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform*, 2005) e Princípios orientadores para qualidade e desempenho regulamentares (*Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, 2005).

⁵⁵⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

infranacionais”, tais como processos formais de consulta, agências ou representantes nacionais, trabalho conjunto com áreas infranacionais, ou outras formas de diálogo e cooperação intergovernamental regular, além de promover um quadro regulamentar coerente, previsível e eficiente “apoiando a coordenação entre os quadros regulamentares supranacionais, nacionais e infranacionais”.⁵⁵⁸ Logo, o tema da coordenação administrativa, para além de constituir uma preocupação do Direito Administrativo brasileiro, também configura uma tendência em âmbito internacional, sendo alvo de foco de algumas recomendações da OCDE.

Ao longo da maioria do percurso desta tese, a grande preocupação consistiu no tema da falta de coordenação administrativa nos setores de logística. A descoordenação administrativa (originada a partir do arcabouço normativo e da prática do Direito Administrativo nacional) gera impactos aos diversos atores atuantes nos setores de logística – sejam agentes privados, sejam gestores públicos). A falta de coordenação gera, essencialmente, como impactos *principais*, a *insegurança jurídica*, como contexto macro, *conflitos regulatórios* e a *paralisia decisória*. Estes impactos, como consequências da descoordenação administrativa nos setores de logística, suscitam prejuízos à realização de investimentos na infraestrutura de transportes nacional e, por consequência, ao desenvolvimento socioeconômico do país.

A despeito de um histórico de normas jurídicas que possibilitaram um cenário relacionado à descoordenação conjugado com a realidade prática nacional, *o Direito Administrativo nacional caminha em prol de um cenário de coordenação administrativa*, a partir das várias materializações indicadas no ordenamento jurídico nacional. As referidas leis, que configuram uma tendência, possuem a pretensão de combater o problema da descoordenação administrativa nos setores de logística.

⁵⁵⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Recomendação do Conselho em matéria de Governança das Infraestruturas*. 2020. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

CONCLUSÃO

As ideias fundamentais que sustentam esta tese de doutorado e que permitem suas conclusões podem ser sintetizadas nas proposições expostas adiante, que, essencialmente, buscam tratar sobre dois temas essenciais: a falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística e, de outra volta e como reação, as diversas tendências do Direito Administrativo brasileiro em favor da coordenação e da segurança jurídica. Ao longo de todo este trabalho, procurou-se utilizar um viés crítico, a fim de que o estudo aqui produzido entregue transformações efetivas à dogmática nacional e, principalmente, à realidade social, abordagem que se impõe pelo fato de que a pesquisa desenvolvida no âmbito de uma Universidade Pública deve sempre estar relacionada à promoção de uma sociedade justa e democrática.

Desse modo, alcança-se o momento de relembrar as questões levantadas na introdução do trabalho antes de trazer suas conclusões, quais sejam: *quais os impactos da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística? A despeito destes impactos, há uma tendência por uma maior coordenação administrativa nos setores de logística no Brasil?*

Para responder tais questões, o trabalho partiu das seguintes afirmações, sistematizadas e indicadas abaixo:

1. A década de 1990 marca o aumento da participação dos agentes privados em projetos de infraestrutura no país por meio da retirada do Estado do desempenho direto das atividades econômicas. O Estado, assim, assume a função de organizador das relações sociais e econômicas, em prol do desenvolvimento socioeconômico. Com a retirada da intervenção direta do Estado, aumenta a regulação do Poder Público sobre os agentes econômicos. É nesse contexto que surgem, então, as agências reguladoras, como meios de intervenção indireta estatal no domínio econômico.

2. Regulação é o processo contínuo de gerenciamento de interesses por intermédio, especialmente, da edição frequente de normas regulatórias, pela aplicação concreta e posterior destas normas, englobando também atos de controle prévio por parte das entidades administrativas. Às agências reguladoras cabe a busca do equilíbrio entre os vários interesses envolvidos (poder

concedente, concessionário, usuários e interesses mais gerais e difusos, como a defesa do meio ambiente ou inclusão social). A regulação atinge tanto os agentes que atuam no setor privado da economia (as atividades econômicas em sentido estrito) como os agentes que operam em áreas de reserva estatal (como a prestação de serviços públicos).

3. O trabalho tratou da regulação dos setores de logística, quais sejam: infraestrutura rodoviária, ferroviária, aquaviária e aeroviária. Tais setores consistem nos modais de transportes englobados pelo Sistema Nacional de Viação (SNV), regido por duas leis fundamentais: a Lei nº 10.233/2001 e a Lei nº 12.379/2011, que cuida acerca da composição, objetivo e critérios para implantação do SNV.

4. O marco regulatório do setor de infraestrutura rodoviária consiste na Lei nº 10.233/2001; a referida lei criou a ANTT, agência reguladora que cuida da regulação do setor, nos termos do artigo 20, inciso II, artigo 21, *caput* e do artigo 22, inciso V, do diploma legislativo. O instrumento contratual para exploração do setor de rodovias por agentes privados consiste, por excelência, na concessão de serviço público. Além disso, com a Lei nº 11.079/2004, a delegação das rodovias passou a ter numa nova possibilidade: a concessão patrocinada. No entanto, nenhuma concessão do Procofe configurou, até hoje, um contrato de PPP; todos os contratos celebrados configuram concessões comuns, com fulcro no regime da Lei nº 8.987/1995, a Lei Geral de Concessões.

5. A Lei nº 10.233/2001 também cuida do setor de infraestrutura ferroviária. A ANTT também consiste na agência responsável pelo referido setor, nos termos do artigo 20, inciso II, artigo 21, *caput* e do artigo 22, inciso II, da mencionada lei. Por sua vez, a Lei nº 14.273/2021, novo marco regulatório do setor, inovou completamente e revogou vários dispositivos da Lei nº 10.233/2001 e da Lei nº 12.379/2011. O novo marco regulatório prevê que a exploração das ferrovias se classifica, quanto ao regime de execução, em regime de Direito Público e de Direito Privado. O artigo 7º da lei dispõe que a exploração do setor será executada pelo Poder Público de forma direta, ou de forma indireta, por meio dos instrumentos de autorização ou concessão. O novo marco regulatório, pois, confere à autorização um lugar de destaque no setor de ferrovias e consistiu na grande novidade da Lei nº 14.273/2021.

6. O setor de infraestrutura aquaviária engloba a exploração dos portos brasileiros. A Lei nº 10.233/2001 também criou a ANTAQ, responsável pela regulação do setor. Com a Lei nº 8.630/1993, a exploração da infraestrutura portuária concretizou-se por instrumentos de Direito Público, como os contratos de concessão e os arrendamentos das instalações portuárias, e por atos de outorga de consentimento de polícia administrativa para a exploração dos Terminais Privativos. A Lei nº 12.815/2013, por sua vez, consiste no atual marco regulatório do setor e dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Com a edição da Lei nº 12.815/2013, o setor também adota uma configuração diferenciada das autorizações em relação à caracterização tradicional do instituto, a fim de estimular a concorrência dos portos nacionais.

7. Finalmente, sobre o setor de aeroportos, a Constituição em seu artigo 21, inciso XII, alínea “c”, prevê que compete à União explorar, diretamente ou por meio de autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária. Em nível infraconstitucional, o marco regulatório do setor consiste na Lei nº 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica. O artigo 36 da lei, trata sobre a exploração dos aeródromos públicos, que serão mantidos e explorados por meio das seguintes hipóteses: diretamente, pela União; por empresas especializadas da Administração Federal indireta ou suas subsidiárias; por meio de convênio com os Estados ou Municípios; e por concessão ou autorização. Assim, a Constituição apenas consolidou as previsões do CBA, ao indicar a infraestrutura aeroportuária como serviço público de competência material da União, podendo ser explorado de forma direta ou delegado a agentes privados. Posteriormente, foi editada a Lei nº 11.182/2005, que criou a ANAC, agência responsável, a partir de então, pela regulação do setor. Com a criação da ANAC e diante da necessidade crescente de investimentos, a exploração dos aeroportos começou a ser repassada aos particulares por meio de concessões iniciadas em 2010, em oposição ao modelo de prestação direta via empresa estatal (Infraero).

8. Todos os setores de logística (rodovias, ferrovias, portos e aeroportos) são primordiais para o desenvolvimento socioeconômico do Estado brasileiro. Trata-se de objetivo essencial do Sistema Nacional de Viação (SNV), à luz do artigo 4º, inciso III, da Lei nº 10.233/2001. Nesse passo, a infraestrutura é encarada como um dos requisitos essenciais para a consecução do

desenvolvimento. Isto é, a infraestrutura não é concebida como um fim, mas em um meio; consiste em uma atividade acessória para a consecução de algum objetivo por parte do Estado, diretamente relacionada às políticas públicas de desenvolvimento. Destarte, as ações no campo da infraestrutura dos setores de logística, sejam realizadas diretamente pelo Estado, sejam delegadas aos particulares, possuem como objetivo primordial o atendimento de necessidades relevantes à realização das atividades econômicas. Apesar de investimentos privados consistirem em indispensáveis para o desenvolvimento, o país precisa, ainda, de mais aporte nos referidos setores. Logo, muito emprego de capital ainda precisa ser realizado, a fim de solucionar os “gargalos” existentes. Defende-se, assim, que o investimento público deve ser complementado com o privado, perfectibilizado, essencialmente, por meio instrumentos de parceria com os sujeitos particulares.

9. O segundo capítulo da tese cuidou sobre a distribuição de competências entre as autoridades públicas envolvidas nos setores de logística. São diversas as entidades e órgãos que possuem competências nos setores de logística, como o Ministério dos Transportes, o Ministério de Portos e Aeroportos, a Infra S.A., o Conselho e a Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, as agências respectivas (ANTT, ANTAQ e ANAC), além do Tribunal de Contas da União – TCU, que exerce o controle externo sobre todos os órgãos e entidades mencionados.

10. O Ministério dos Transportes e o Ministério de Portos e Aeroportos, órgãos da cúpula do Poder Executivo federal, são responsáveis pelo planejamento e elaboração das políticas públicas dos setores de logística. As áreas de competência dos Ministérios estão previstas, respectivamente, nos artigos 47 e 41 da MP nº 1.154/2023 e consistem em um extenso rol de atribuições; trata-se, pois, de variadas competências relacionadas ao plano de desenho e elaboração das políticas públicas de todos os setores de logística, inclusive a responsabilidade pela articulação intermodal entre eles.

11. A Infra S.A. consiste em importante ator no âmbito dos setores de logística, sendo responsável pelo planejamento integrado do transporte no Brasil. A empresa é resultado do processo de incorporação da EPL pela Valec S.A., previsto no Decreto nº 11.081, de maio de 2022. A Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), por sua vez, teve a sua criação autorizada,

inicialmente, pela Lei nº 12.404/2011. A Lei nº 12.743/2012, por sua vez, ampliou as suas competências, que estão previstas em seu artigo 5º. Com a edição do novo diploma legal, a EPL efetivamente começou a subsidiar a regulação e atuar nos mais diversos setores. A Infra S.A., assim, é hoje uma das autoridades responsáveis por auxiliar na estruturação dos editais de outorga dos setores de logística, que são submetidos, posteriormente, para à aprovação do Ministério dos Transportes. Na sequência, este encaminha os estudos para as agências reguladoras para a realização de ajustes, celebração do contrato e condução da licitação.

12. O Programa de Parceria de Investimentos – PPI consiste em um programa do governo federal instituído pela Medida Provisória nº 727/2016 (convertida na Lei nº 13.334/2016) e criado com o objetivo de ampliar e fortalecer a interação entre o Poder Público e o setor privado mediante a celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização. Com a criação do PPI, foram instituídos o Conselho do PPI (CPPI), com competências previstas no artigo 7º da Lei nº 13.334/2016, e a Secretaria (SPPI), com atribuições mais operacionais, elencadas no seu artigo 8º-A da lei. Não se trata, portanto, de uma autoridade nova, mas de um programa da União que tem a finalidade de alcançar uma maior articulação e fortalecimento de projetos de infraestrutura considerados prioritários pelo Estado.

13. As agências reguladoras dos setores de logística abordados consistem na ANTT, na ANTAQ e na ANAC. Trata-se de autarquias federais independentes, vinculadas aos respectivos Ministérios. As agências são responsáveis pelo plano da implementação/execução indireta das políticas públicas (a denominada política regulatória). Com efeito, a política regulatória engloba a formulação de diretrizes técnicas sobre cada setor, no âmbito da competência das agências, que pautarão a atividade regulatória a ser exercida pela autoridade de regulação.

14. No caso dos setores de rodovias e ferrovias, a ANTT, criada pela Lei nº 10.233/2001, consiste na entidade reguladora responsável pela regulação dos referidos setores. A Lei nº 10.233/2001, em seu artigo 20, inciso I, prevê entre os objetivos da agência o de implementar as políticas públicas estruturadas pelo CONIT (cujas atribuições foram incorporadas pelo CPPI) e pelo Ministério dos Transportes. No artigo 24 da Lei nº 10.233/2001, por seu turno, estão previstas

todas as atribuições gerais da ANTT. Além disso, os artigos 25 e 26 da lei tratam das atribuições específicas da agência nos setores, respectivamente, de ferrovias e rodovias. A Lei nº 10.233/2001 também criou a ANTAQ, agência responsável pela regulação do setor dos portos, nos termos do artigo 20, inciso II e artigo 23 da lei. A Lei nº 10.233/2001 não faz distinção entre atribuições gerais e específicas da ANTAQ, pois ela, diferentemente da ANTT, possui somente o setor portuário como de sua responsabilidade. Assim, é o artigo 27 da lei que prevê todas as competências da agência no setor dos portos. Em relação ao setor de aeroportos, a Lei nº 11.182/2005 criou a agência responsável pela regulação do setor, a ANAC. As competências da ANAC estão elencadas no artigo 8º da referida lei.

15. O TCU possui protagonismo na regulação dos setores de logística e sua atuação acaba por transbordar, na prática administrativa, do controle externo das políticas públicas. As principais competências da Corte de Contas estão previstas na Constituição em seu artigo 71. Além disso, a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), a Lei Complementar nº 101/2000 (a Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei nº 4.320/1964 e o ordenamento de licitações e contratos (anteriormente, a Lei nº 8.666/1993 e, agora, a Lei nº 14.133/2021) também preveem competências do TCU. O órgão possui atuação significativa no auxílio à estruturação das outorgas dos respectivos setores, mas, como dito, a atuação acaba por ir além das competências previstas no ordenamento nacional, gerando um ator institucional que, embora configure um órgão de controle externo vinculado ao Poder Legislativo, não detém competência constitucional e legislativa (explícita e implícita) para atuar em meio a este processo.

16. A partir da exposição da distribuição de competências entre as autoridades públicas dos setores de logística e da realidade prática nacional, constata-se a falta de coordenação administrativa. Há uma articulação frágil entre as autoridades públicas envolvidas. Há muitas autoridades, com múltiplas atribuições dispersas e sobrepostas, e com indeterminação sobre a quem compete o quê (a distribuição de competências é *excessiva* e *confusa*). A descoordenação administrativa entre as autoridades públicas possui duas causas essenciais: i) a existência de instrumentos normativos excessivos, frágeis e transitórios e, ii) a prática administrativa nacional.

17. Em relação à diversidade de instrumentos normativos, há muitas autoridades envolvidas na atuação dos setores de logística, sejam órgãos, sejam entidades. A diversidade de normas gera uma miríade de atores estatais envolvidos em todo o processo. Para além dos marcos regulatórios setoriais que preveem atribuições das agências – como, por exemplo, a Lei nº 10.233/2001, a Lei nº 11.182/2005 e a Lei nº 12.815/2013 – há, por evidente, a Constituição Federal, e diversas leis e decretos que tratam de competências de diferentes autoridades nos setores de logística. No trabalho, indicou-se as competências das principais autoridades (Ministérios, Infra S.A., PPI, agências reguladoras respectivas e TCU), mas, evidentemente, existem ainda diversas outras autoridades envolvidas na atuação destes setores. É natural que existam muitas normas e atores envolvidos, especialmente em setores que demandam atuação técnica e demasiadamente complexa como a logística nacional, mas é necessário, também, que desta multiplicidade de autoridades públicas decorra uma efetiva coordenação entre elas.

18. Além disso, a fragmentação competências é confusa, o que também decorre da existência de múltiplas normas e que são alteradas frequentemente pelo Poder Público. Diante desta confusão normativa, não é possível ter certeza sobre o espaço de atuação específico de cada autoridade. A demonstração do histórico normativo, por meio de vários decretos, das atribuições do Ministério dos Transportes e do Ministério de Portos e Aeroportos, por exemplo, evidencia que as alterações normativas criam uma verdadeira confusão em relação aos limites do escopo de elaboração/implementação das políticas públicas. No caso do setor de rodovias, há uma indeterminação normativa em relação a quem, efetivamente, deve ser responsável pela elaboração dos planos de outorgas, já que ao Ministério dos Transportes cabe, nos termos do artigo 47, IV da MP nº 1.154/2023, a “*elaboração ou aprovação dos planos de outorga*”, enquanto à ANTT, por sua vez, segundo o artigo 24, III, da Lei nº 10.233/2001, cabe a atribuição de *propor* ao Ministério os planos de outorga.

19. A descoordenação administrativa também possui como causa a práxis administrativa nacional. Isso se verifica, sobretudo, no caso da atuação do TCU nos referidos setores que excede sua competência constitucional, que, como visto, possui a atribuição para exercer tão somente o controle externo (e não atividade de regulação e estruturação de políticas públicas). É dizer, a Constituição e a legislação ordinária não concederam competência normativa à Corte de Contas

federal para atuação na fase interna da licitação (não há nem competência explícita e nem implícita relacionada a um suposto poder geral de cautela). A despeito disso, a prática administrativa (isto é, o plano prático) demonstra que a atuação do TCU é frequente e de protagonismo nessa fase, interferindo nas políticas públicas estruturadas pelo Poder Executivo, e exercendo também, na prática, verdadeira função relacionada à atividade regulatória. Não se nega o papel relevante do TCU *como órgão de controle externo* dos setores de logística, pois o Tribunal, nesta hipótese, exerce sua função constitucional de controlador (nestes casos, não há descoordenação administrativa – a relação é entre controlador e controlado). O objeto e foco da descoordenação administrativa reside nos casos em que determinada autoridade transborda de suas competências constitucionais e legais. É preciso, portanto, ter cuidado com a atuação da Corte de Contas que transborda dos limites constitucionais e legais e que invade a esfera de atuação de outras autoridades públicas, atreladas ao plano da política regulatória. Para além da atuação do TCU, tem-se que existe no Direito Administrativo nacional uma verdadeira questão cultural, isto é, a *cultura da descoordenação*. A falta de coordenação é gerada, em muitos casos, pelo próprio ordenamento jurídico (como nos sobreditos casos de instrumentos normativos frágeis, excessivos e transitórios). Por seu turno, em outros casos, o plano normativo não é aplicado como deveria ser, denotando-se uma falta de efetividade na aplicação dos instrumentos normativos (como exemplo, a interferência política indevida que sofrem as agências reguladoras pelo jogo político).

20. O terceiro capítulo do trabalho tratou da demonstração dos impactos e prejuízos para a regulação dos setores de logística. A falta de coordenação gera, principalmente, como impactos principais (isto é, como repercussão, efeito, implicação ou resultado da conjuntura existente de descoordenação administrativa) a insegurança jurídica, conflitos regulatórios e a paralisia decisória. E os impactos, como efeitos e consequências da descoordenação administrativa, geram prejuízos à realização de investimentos e ao desenvolvimento socioeconômico. Os impactos elencados, por sua vez, não se esgotam na análise aqui realizada, pois a abordagem debruçou-se sobre os principais, dentro de um contexto macro de insegurança jurídica.

21. O primeiro impacto da falta de coordenação administrativa consiste na insegurança jurídica. A falta de coordenação ofende o ideal de cognoscibilidade, pois compromete a capacidade de compreensão do ordenamento jurídico, gerando confusão e engano para os receptores das

normas, sejam agentes públicos, sejam agentes privados. O cidadão não detém a certeza, assim, de quais as entidades e órgãos que são competentes para realizar determinada atribuição, já que ocorre uma confusão/indeterminação na fragmentação das competências. Ademais, a falta de coordenação ofende os ideais de confiabilidade e calculabilidade, pois causa a frustração e a surpresa nos destinatários das normas. Há falta de confiança em relação à vigência do ordenamento que delimita atribuições nos setores de logística. É dizer, para além do grande número de autoridades, as alterações normativas foram tantas, mormente no sentido de esvaziar as competências das agências e fortalecer as atribuições do Ministério, que denotam um verdadeiro desprestígio das entidades reguladoras. As agências reguladoras, por sua vez, não podem ser encaradas como um obstáculo à possibilidade de os governantes implementarem as suas pautas políticas, pois a atividade regulatória permite um ganho de eficácia e de efetividade na atuação do Estado, em prol do desenvolvimento. A política regulatória, com efeito, favorece o planejamento, incrementa a estabilidade e a institucionalidade das políticas públicas e confere consistência à mudança.

22. A falta de coordenação administrativa nos setores de logística origina conflitos regulatórios. Estes, na realidade, estão diretamente relacionados ao cenário macro de insegurança jurídica: não se tratam, assim, de impactos totalmente desvinculados, pois o contexto de insegurança abarca a existência dos conflitos regulatórios. Trata-se das situações em que decisões são compartilhadas, na prática ou em decorrência da distribuição de competências, por mais de uma autoridade, gerando a indeterminação de atribuições no processo regulatório. Com efeito, os Ministérios, que devem tão somente fixar as políticas públicas da infraestrutura de transportes, vão além e traçam aspectos relevantes do plano da política regulatória. Já as agências reguladoras, que devem efetivamente regular o setor e realizar a denominada regulação por agência (política regulatória), também atuam como poder concedente, isto é, como entes contratantes dos contratos de concessão e autorização. E o TCU, que deve realizar o controle externo de todo o processo, também atua como verdadeiro co-gestor, substituindo-se, muitas vezes, o gestor e o regulador, na análise prévia dos atos de outorga dos setores de logística.

23. Ademais, a falta de coordenação administrativa gera a paralisia decisória da Administração Pública, fenômeno também denominado de “apagão das canetas”, cenário em que o gestor público não age ante o receio de uma sanção dos órgãos de controle. O agente público,

assim, adota uma postura estritamente burocrática e não inovadora, restrito a rito e cautelas que permitem um contexto de engessamento da Administração Pública brasileira.

24. Os impactos abordados na tese causam prejuízos à realização de parcerias com particulares e, por consequência, ao desenvolvimento socioeconômico do Estado brasileiro. Os agentes privados consistem em parceiros essenciais para o incremento da infraestrutura de transportes e, por consequência, para o alcance do desenvolvimento, que se caracteriza como um verdadeiro direito fundamental, à luz do artigo 3º, inciso II, da Constituição. Entretanto, a infraestrutura de transportes ainda é considerada incipiente e uma maior participação dos agentes privados afigura-se como essencial para o alcance do desenvolvimento nacional. Destarte, consistindo em um direito fundamental, o desenvolvimento justifica a obrigação do Estado em estabelecer políticas públicas voltadas para a sua concretização e o gasto em infraestrutura, a fim de trazer melhorias para a sociedade.

25. O derradeiro e quarto capítulo da tese demonstrou que, apesar de um histórico de normas jurídicas combinado com a práxis administrativa nacional que possibilitaram um cenário de descoordenação administrativa, *o Direito Administrativo nacional caminha em prol de um contexto e apresenta tendências e favor da coordenação*, a partir de materializações recentes no ordenamento jurídico brasileiro. É o caso da edição de várias leis que favorecem os temas da coordenação administrativa e da segurança jurídica, como a EC nº 19/1998, a Lei nº 13.334/2016 (Lei do PPI), a Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB), a Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e a Lei nº 14.210/2021 (Lei da Decisão Coordenada), além do anteprojeto da lei orgânica para a Administração Pública Federal que foi instituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007. Estas tendências do Direito Administrativo brasileiro em favor da coordenação estão dentro do contexto de uma atuação consensual do Poder Público. Os diversos reflexos legais em prol da coordenação administrativa são influenciados pela atuação de uma Administração negocial, pautada no *consenso*. Assim, *o consenso na Administração Pública culmina no contexto de coordenação administrativa. Consenso entre todos os atores envolvidos nos setores de logística, sejam as autoridades públicas, sejam atores privados que atuam na exploração da logística nacional*.

26. A EC nº 19/1998 inicia uma verdadeira tendência do Direito Administrativo brasileiro em prol da coordenação administrativa na Administração Pública. Por meio da referida emenda constitucional, a implantação da “administração gerencial”, pautada, sobretudo, pelo valor da eficiência, configurou um dos seus principais objetivos. As tendências posteriores originaram-se a partir da EC nº 19/1998, que inicia um movimento de colocar em xeque a organização administrativa do país. Como visto, foi por meio da EC nº 19 que se abriu espaço para a discussão a respeito da reforma sobre a organização administrativa brasileira e que geraram os debates que culminaram no anteprojeto de uma lei orgânica para a Administração Pública Federal. Porém, a falta de vontade e apoio políticos não levou à aprovação do anteprojeto em lei. Apesar disso, ele também abriu caminho para a edição de outras leis que trataram sobre o tema, ainda que não de forma tão completa e específica em relação à organização administrativa.

27. A Lei nº 13.334/2016 dispõe sobre a instituição do PPI e trata sobre a celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização. A lei consiste em uma das principais tendências do Direito Administrativo nacional a favor da efetivação de um cenário de coordenação e segurança jurídica ao se preocupar com que ele seja garantido a todos os atores institucionais dos setores de logística, consistindo, inclusive, em um princípio nos termos da lei (artigo 3º, inciso III). O artigo 17 da Lei do PPI, ademais, admitiu expressamente a ideia de coordenação administrativa ao prever que os órgãos e entidades da Administração atuem conjuntamente e com eficiência, vale dizer, de modo efetivamente coordenado.

28. A Lei nº 13.655/2018, por sua vez, acrescentou dez novos dispositivos de Direito Público na LINDB, que possuem o objetivo, principalmente, de trazer maior segurança jurídica para as relações jurídicas envolvendo o Poder Público. A Nova LINDB consolida, em síntese, o dever de segurança jurídica, que decorre do princípio constitucional da segurança jurídica e é imposto à integralidade do Estado brasileiro, isto é, para todas as autoridades públicas. Logo, todas os atores institucionais envolvidos na regulação dos setores de logística estão submetidos à LINDB e seus parâmetros decisórios. O artigo 30 da lei trata da concretização do princípio no Direito Administrativo brasileiro. A Lei nº 13.655/2018 consiste na principal resposta do Direito brasileiro em relação ao problema da insegurança jurídica nos setores de infraestrutura.

29. A Lei nº 13.848/2019 institui o marco regulatório federal das agências reguladoras no Direito brasileiro. A lei possui, dentre os seus principais objetivos, combater os problemas que comprometem a independência e a segurança jurídica na atuação das agências reguladoras, a fim de conferir previsibilidade na atividade regulatória. Ao dispor sobre temas como a autonomia, o processo decisório e a instituição da AIR no âmbito das agências, a Lei nº 13.848/2019 constitui mais uma evidência tendência do Direito Administrativo brasileiro em prol de um cenário de coordenação administrativa e segurança jurídica.

30. A Lei nº 14.210/2021 instituiu a decisão coordenada no Direito Administrativo nacional e acrescentou os artigos 49-A a 49-G na Lei nº 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo federal. A inspiração sobreveio, especialmente, da experiência italiana do instituto da *conferenza di servizi*, da tentativa de previsão do instituto da conferência de serviço no anteprojeto da lei orgânica para a Administração Pública federal e das experiências estaduais do instrumento nos Estados de Minas Gerais (Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011) e da Bahia (Lei Estadual nº 12.209, de 20 de abril de 2011). A decisão coordenada possibilita, pois, a coordenação administrativa e um contexto de maior segurança jurídica nas relações que envolvem o Poder Público ao abrir espaço para uma decisão conjunta e concertada, admitindo, em um mesmo espaço decisório, o envolvimento de todas as autoridades públicas com competências distintas envolvidas. A lei que institui a decisão coordenada consiste em um dos exemplos mais notáveis (e o mais direto para o problema específica da descoordenação) das tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol de um cenário de maior coordenação administrativa.

Dessa forma, expostas as principais ideais desenvolvidas ao longo do trabalho, alcança-se o momento de responder as questões centrais indicadas. Com efeito, o problema da falta de coordenação administrativa na regulação dos setores de logística sempre esteve em pauta ao longo desta pesquisa. Trata-se, pois, de uma preocupação antiga do Direito Administrativo brasileiro. E a descoordenação administrativa gera impactos sobre os setores de logística. A presente tese abordou os principais; *insegurança jurídica*, *conflitos regulatórios* e a *paralisia decisória*. Todos os setores de logística abordados possuem a participação significativa de particulares na exploração das respectivas infraestruturas, seja por meio de concessão, seja por meio do instrumento contratual

da autorização regulatória. No entanto, a infraestrutura de transportes do país é ainda considerada incipiente e possui “gargalos” que prejudicam o desenvolvimento nacional, e uma das principais razões consiste nos referidos impactos estudados ao longo do trabalho. É dizer, os impactos provocam prejuízos e restringem o aumento de investimentos nos setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.

Diante deste histórico de descoordenação, o Direito Administrativo brasileiro, como resposta ao problema, iniciou uma grande reviravolta a favor da coordenação administrativa. Do mesmo modo que se aduziu que a insegurança jurídica é o impacto que decorre da descoordenação administrativa, segurança jurídica, como fato, é resultado direto de um contexto de coordenação. Com efeito, *um cenário de coordenação administrativa consolida a segurança jurídica; é dizer, um contexto de maior coordenação administrativa propicia o ambiente de segurança, necessárias, ambas, para o desenvolvimento nacional. Coordenação e segurança jurídica, pois, andam lado a lado.* As diversas leis tratadas, aliás, muitas vezes, tratam os temas (coordenação e segurança jurídica) de forma conjunta, configurando preocupações evidentes e assuntos relevantes do Direito Administrativo brasileiro – *o Direito Administrativo da coordenação administrativa e da segurança jurídica.*

Dessa forma, como sustentado ao longo desta tese, embora o ordenamento jurídico nacional associado à realidade prática nacional tenha propiciado, por um lado, o contexto da falta de coordenação, *o Direito Administrativo, como reação, caminha em prol de um cenário de coordenação administrativa e de segurança jurídica*, a partir da edição de instrumentos normativos que concretizam tendências e favorecem os temas em questão. É o caso, por exemplo, da EC nº 19/1998, da Lei nº 13.334/2016 (Lei do PPI), da Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB), da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e da Lei nº 14.210/2021 (Lei da Decisão Coordenada), além do anteprojeto da lei orgânica para a Administração Pública Federal que foi instituída pela Portaria nº 426/2007. Trata-se das *principais* tendências do Direito Administrativo brasileiro em prol da coordenação e da segurança. Todas as normas indicadas possuem, como objetivos primordiais, combater os problemas da descoordenação administrativa e da insegurança jurídica, cada qual com instrumentos específicos para os problemas abordados.

É fato que *tão somente* alterações normativas não são suficientes para mudanças estruturais, institucionais e culturais, vez que a falta de coordenação também possui como causa a realidade prática nacional. Mas é fato que as inovações normativas *contribuem* a favor de um caminho de *maior* coordenação administrativa e *maior* segurança jurídica. Impacto pode ser compreendido como “*efeito que, por sua força, acarreta mudanças*”; e foi justamente diante dos impactos gerados pela descoordenação (insegurança jurídica, conflitos regulatórios e paralisia decisória) que despontaram as tendências do Direito Administrativo em prol da coordenação e da segurança. É dizer, os impactos e a *cultura da descoordenação* acarretaram o surgimento de *mudanças e tendências* do ordenamento jurídico para mitigar os efeitos gerados pela falta de coordenação. Mudanças e tendências em prol de um cenário em que o *mínimo* de descoordenação e insegurança possam ser considerados aceitáveis, para o alcance do desenvolvimento.

Ademais, além da edição de normas que se materializam em tendências e podem contribuir com a mudança do cenário, reformas setoriais específicas (em harmonia com as diretrizes de governança pública instituídas pelo Decreto nº 9.203/2017), evidentemente, se fazem necessárias, a fim de evitar problemas nos setores, como a definição específica dos papéis de cada autoridade no diploma legal que trata acerca das competências dos Ministérios. Com efeito, a revisão dos atos normativos deve se pautar pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico, com a realização de consultas públicas sempre que conveniente.

Espera-se, pois, que esta reviravolta recente do Direito Administrativo brasileiro tenha aplicação direta, sobretudo, para os setores de logística e permita o desenvolvimento nacional, objetivo da República Federativa do Brasil. *O futuro do Direito Administrativo brasileiro é a caminho da coordenação.* A dogmática jurídica precisa, sempre, caminhar no sentido de efetivar novos instrumentos jurídicos que confirmam, sobretudo, maior coordenação e segurança jurídica, a fim de permitir que o Brasil tenha infraestrutura de transportes de qualidade.

REFERÊNCIAS

- “Apagão das canetas’ trava infraestrutura”. *Valor Econômico*. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5691757/apagao-das-canetas-trava-infraestrutura>>. Acesso em: 9 maio 2022.
- “Divergências entre órgãos reguladores causam insegurança”. *Estadão*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,divergencias-entre-orgaos-reguladores-causam-inseguranca,70001900637>>. Acesso em: 04 dez. 2021.
- “Governo adia concessão e Paraná ficará um ano sem pedágios: contratos em vigor expiram em novembro; novos devem ser assinados apenas no fim de 2022”. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/11/governo-adia-concessao-e-parana-ficara-um-ano-sem-pedagios.shtml>>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- “Governo de SP publica Edital para Concessão do RODOANEL Norte e adia prazo de conclusão das obras para agosto de 2025”. *G1 GLOBO*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/28/governo-de-sp-publica-edital-para-concessao-do-rodoanel-norte-e-adia-prazo-de-conclusao-das-obras-para-agosto-de-2025.ghtml>>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- “Governo manterá fusão de EPL e Valec, diz ministro dos Transportes”. *Agência INFRA*. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/governo-mantera-fusao-de-epl-e-valec-diz-ministro-dos-transportes/>>. Acesso em: 12 jan. 2023.
- “Não tramitou na calada da noite”. *Estadão*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nao-tramitou-na-calada-da-noite/>>. Acesso em: 30 maio 2022.
- “O lugar do *free flow* no futuro das rodovias brasileiras: líderes discutem as oportunidades para o novo modelo de pedágio”. *Grihub*. 16 nov. 2021. Disponível em: <https://www.griclub.org/news/infrastructure/o-lugar-do-free-flow-no-futuro-das-rodovias-brasileiras_1662>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- “O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública”. *O Globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>>. Acesso em: 9 abr. 2022.
- “Parlamentares criticam retirada de projeto sobre Agências Reguladoras”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/437842-PARLAMENTARES-CRITICAM-RETIRADA-DE-PROJETO-SOBRE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>> Acesso em: 05 maio. 2022.
- “PPI perde autonomia no Ministério da Economia, dizem especialistas”. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/02/ppi-perde-autonomia-no-ministerio-da-economia-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em: 10 abril 2022.

“Privatizações de aeroportos fracassam e devem virar dívida para governo”. *Brasil de Fato*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/03/07/privatizacoes-de-aeroportos-fracassam-e-devem- virar-divida-para-governo>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

Pesquisa CNT Rodovias, editada em 2021. Disponível em: <<https://pesquisarodovias.cnt.org.br/relatorio-gerencial>>. Acesso em: 31 jan. 2022.

“Veja como vai funcionar a operação do Estado nas rodovias que tinham praças de pedágio”. *Governo do Estado do Paraná*. Disponível em: <<https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Veja-como-vai-funcionar-operacao-do-Estado-nas-rodovias-que-tinham-pracas-de-pedagio#:~:text=A%20partir%20do%20dia%202028,mais%20baixas%20que%20as%20atuais>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

ALBERTO, Marco Antônio Moraes. MENDES, Conrado Hübner. Por que uma lei contra o arbítrio estatal? *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contra-o-arbitrio-estatal-12042018>>. Acesso em 15 abr. 2022.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. Quartier Latin, 2012, p. 262.

_____. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTT. *Novos Projetos Ferroviários*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/2433614>. Acesso em: 15 abr. 2022.

_____. *Rodovias*. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/rodovias>>. Acesso em: 22 junho 2021.

_____. *Rodovias Integradas Do Paraná*. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/rodovias-integradas-do-parana>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O marco regulatório dos serviços públicos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 27, set. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=50327>>. Acesso em: 19 maio 2022.

ASCHAUER, David Alan. Why is infrastructure important? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34, June 1990, p. 22. Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 mar. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil*. São Paulo: ABCR, 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR); EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). (Org.). *Workshop de projetos de concessões de rodovias: síntese dos resultados*. 2. ed., 2021. Disponível em: <<https://abcr.org.br>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE (ABDIB). *Livro Azul da Infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil*. Disponível em: <<https://www.abdib.org.br/livro-azul-da-infraestrutura/>> Acesso em: 18 de fev. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBO, André Roriz de Castro et al.; A evolução da regulação nas rodovias federais concedidas. *Revista ANTT*. v. 2, n.2, nov. 2010, n.p. Disponível em: <http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed3/_asp/ed3-artigosEvolucao.asp>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Infraestrutura e desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

_____. O Estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. *Boletim de Ciências Econômicas XLVII* (2004), pp. 149-180.

BERNARDO, Paulo. Apresentação. In.: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. A Lei 14.210/21 e as decisões coordenadas. *Publicistas. Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-lei-14-210-21-e-as-decisoes-coordenadas-24052022>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no Século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

BOGOSSIAN, André. Introdução ao Acórdão nº 1.096/2019. In. DANTAS, Bruno; GUERRA, Sergio (Coord.). *Direito da Infraestrutura: regulação e controle do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BNDES: Hub de projetos. Portal BNDES, 2022. Nossos Projetos: Rodovias Federais – 1646 km (Greenfield). Disponível em: <<https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/projetos/Rodovias-Federais-1646-Km-Greenfield/c71ae3df-1adf-11ec-bf1b-0242ac11002b>>. Acesso em: 13 abr 2022.

BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-727-16.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator, Dep. Tiago Mitraud (NOVO-MG), pela aprovação*. Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2167093&filename=PR+1+CTASP+%3D%3E+PL+2063/2021>. Acesso em: 26 jul. 2022.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 34/2016, da Comissão Mista destinada a proferir parecer à MP nº 746, de 2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1512545&filename=EMC+34/2016+MPV74616+%3D%3E+MPV+746/2016>. Acesso em: 26 jul. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In.: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O risco do revisionismo das concessões. *Publicistas. Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-risco-do-revisionismo-das-concessoes-07062022?utm_source=pocket_mylist>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências entre Administração Direta e Agência Reguladora: o caso da aviação civil. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 159-170, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54855>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CLARK, G; SOUZA, L.N. Parceria Público-Privada e eficiência: um estudo de caso da Rodovia MG-050. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n.2, p. 325-354, jul/dez. 2015, p. 326. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/9e3e354d0920dc155fd0f31db761c48d.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. A conferência procedimental: fontes e opções. In.: SOUSA, Marcelo Rebelo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Coord.). *Liber Amicorum – Fausto de Quadros*. Volume II. Coimbra: Almedina, p. 25.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

DA SILVA, Danilo Tavares. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão. In.: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora contracorrente, 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

DANTAS, Bruno; GUERRA, Sergio. *Direito da Infraestrutura: regulação e controle do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aspectos legais da concessão de serviços públicos. In: *Concessões de serviços públicos e regulamentação*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1999.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012.

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL). *EPL apresenta nova metodologia para tornar projetos de infraestrutura mais competitivos*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/epl-lanca-nova-metodologia-para-tornar-projetos-de-infraestrutura-mais-competitivos>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

_____. *EPL assina acordo para desenvolver metodologia para estruturação de projetos de infraestrutura no Brasil*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/epl-assina-acordo-para-desenvolver-metodologia-para-estruturacao-de-projetos-de-infraestrutura-no-brasil>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

_____. *Metodologia de Estruturação de Projetos de Infraestrutura – MEPI*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/metodologia-de-estruturacao-de-projetos-de-infraestrutura-mepi>>. Acesso em: 10 maio 2022.

_____. *Metodologia propõe novas formas de estruturação de projetos ao poder público*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/metodologia-propoe-novas-formas-de-estruturacao-de-projetos-ao-poder-publico>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

_____. *Plano Nacional de Logística – PNL*. Disponível em: <<https://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-pnl>>. Acesso em: 9 agosto 2022.

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. (EPL); KPMG. “Produto 1 - Relatório de Mapeamento das Entidades”, 2019.

FAJARDO, Gabriel. A modelagem do Rodoanel Metropolitano de Belo Horizonte. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/modelagem-rodoanel-metropolitano-belo-horizonte-28012022>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>>. Acesso em: 5 maio 2022.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. O “populismo rodoviário”: o caso da concessão da linha amarela. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/opiniaio-populismo-rodoviario-concessao-linha-amarela>>. Acesso em: 22 maio 2022.

FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública: conceitos, importância e intervenção. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e o mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97- 124, jul./set. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014.

GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). *Estudos de Regulação Pública*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. *Observatório do TCU: julgamentos de maio e junho de 2018*. São Paulo, SP, 2018. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>>. Acesso em: 12 agosto 2022.

GUERRA, Sérgio. Controle das Agências Reguladoras por meio de supervisão ministerial. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=30047>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

_____. *Discrecionabilidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUERRA, Sergio; FREITAS, Rafael Vêras de. O modelo institucional do setor portuário: os institutos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) e da conferência de serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Agências reguladoras e indicações políticas: uma mistura nociva. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/agencias-reguladoras-e-indicacoes-politicas-uma-mistura-nociva-7uvw41pevyo8zo1s5lh2wrupm>>. Acesso em: 5 maio 2022.

_____. A LINDB e os pressupostos de controle em uma Administração complexa. In.: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019,

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que a greve dos caminhoneiros ensina sobre a infraestrutura do país. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-que-a-greve-dos-caminhoneiros-ensina-sobre-a-infraestrutura-do-pais-6nrlezm0563gshf2liuoitjd/>>. Acesso em: 5 abr. 2022.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 31 maio 2022.

GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 85-115, jul./set. 2020.

HEINEN, Juliano. A formação do *consensus* a partir das bases normativas do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In.: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

HYMAN, David A.; KOVACIC, William E.. Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer? (February 20, 2013). Illinois Program in Law, *Behavior and Social Science Paper No. LE12-14*; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-70; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-70.

IMPACTO. In.: *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Versão Digital. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/impacto/>>. Acesso em: 15 maio 2022.

_____. In.: *Dicionário de Sinônimos*. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/impacto/>>. Acesso em: 15 maio 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015.

_____. Demagogia regulatória e regulação demagógica: os riscos da eliminação da neutralidade das agências reguladoras. Publicistas. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/demagogia-regulatoria-e-regulacao-demagogica-10052022>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

_____. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 1, 2017.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies, *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1993*. Washington, D.C.: The World Bank, 1994.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Hiperativismo do controle versus inércia administrativa. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>>. Acesso em: 5 maio 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *OECD guiding principles for regulatory quality and performance*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. *Recomendação do Conselho em matéria de Governança das Infraestruturas*. 2020. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

_____. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

_____. *The OECD report on regulatory reform: synthesis*. Paris, 1997, p. 6. Disponível em: <<https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986 – Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986*. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-dtodesenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil: novas perspectivas com ênfase em resultados. In: MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo. (Orgs.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. 1ed. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. (Orgs.). *Controle da administração pública*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PAGANI DE SOUZA, Rodrigo; ALENCAR, Leticia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PALMA, Juliana Bonarcosi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. São Paulo, 2010. 332f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PEREIRA, Cesar. O marco regulatório do setor portuário brasileiro. *Direito Portuário Brasileiro*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A crise do Estado: ensaios sobre a economia brasileira*. São Paulo: Nobel, 1992.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. Artigo 28. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

_____. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do Direito Administrativo. In: Arnaldo Wald; Marçal Justen Filho; Cesar Augusto Guimarães Pereira. (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. 1ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2017, v. 1.

_____. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual. In: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler. *O caso da anulação dos aditivos de 2006 pela ARTESP: seria diferente à luz da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro?* Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/o-caso-da-anulacao-dos-aditivos-de-2006-pela-artesp-seria-diferente-a-luz-da-nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemaantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros; CARDOSO, José Luiz Ferreira. *Conferência de Serviços: Reflexões e perspectivas para a construção de um novo instrumento de governança democrática*. In: V Congresso Consad de Gestão Pública, 2012, Brasília. Anais... Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração, 2012.

PORTUGAL, André; KLEIN, Érico. A anti-teoria consequencialista como fundamento da Nova LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Articulação administrativa: por uma reforma cultural da administração pública. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2021.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB?. In.: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Oficial, 1995.

MARGHERINI, Alessandra. *La conferenza dei servizi dopo la l. 24/11/2000 n. 340. 2002*. Disponível em: <<http://www.dirito.it/amministrativo/margherini.html#>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, 228, abr./jun. 2002.

_____. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Inflação, eleição e regulação: clima ruim, solução péssima. *Publicistas. Jota*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/inflacao-eleicao-e-regulacao-riima-ruim-solucao-pessima-31052022>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

_____. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In.: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Humberto Falcão; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da Administração Pública brasileira. In.: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei Para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). ANASTASIA, Antonio Augusto Junho (Apresentação). *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Disponível em: <<http://antonioaugustoanastia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil*. São Paulo: Insper, 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura*. Curitiba, 2014. 363f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. *Novas Outorgas*. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-terrestre_antigo/rodovias-federais/concessoes-de-rodovias/novas-outorgas>. Acesso em: 1º jun. 2022.

MODESTO, Paulo. Anteprojeto de nova lei de organização administrativa: síntese e contexto. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, a. 9, n. 34, p. 195-209, jul./set. 2011. Versão Digital.

_____. (Coord.). Exposição de motivos do anteprojeto. In.: *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In.: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MONTEIRO, Conrado Gama. Planejamento do setor portuário brasileiro e os impactos decorrentes das alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In.: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12726>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

_____. Breves notas sobre a ‘decisão coordenada’. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/breves-notas-sobre-a-decisao-coordenada-04102021>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

_____. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: Thiago Marrara. (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina Brasil, 2014, p. 503-515.

_____. O fim das certezas. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das-certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>>. Acesso em: 10 maio 2022.

_____. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. PPP MAIS: seis pontos-chave para dar início ao debate. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann->

moreira/ppp-mais-seis-pontos-chave-para-dar-inicio-ao-debate-6qt61z58aek1hpm2s2d138sm8>. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, 231: p. 129-156, jan./mar. 2003

_____. 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, p. 13-37, jul./set. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MUNNELL, Alicia Haydock. How does public infrastructure affect regional economic performance? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34. June 1990, p. 94. Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 mar. 2022.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Infraestrutura de transportes*. Curitiba: Juruá, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão n.º 3.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019,

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

_____. *LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Hermenêutica e Novos Parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

_____. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 101-132, out./dez. 2011.

RAGAZZO, Massimo. La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali. In: LexItalia.it – *Rivista Internet di Diritto Pubblico*, n. 3-2002. Disponível em: <http://www.lexitalia.it/articoli/radazzo_conferenza.htm>. Acesso em: 01 jun. 2022.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2009.

REGO, Anna Lygia Costa Rego. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. São Paulo, 2010. 351f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, p. 197.

RENZETTI, Bruno Polonio. *Infraestrutura e concorrência: concessão de aeroportos no Brasil*. Lumen Juris, 2019.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Vetos à LINDB, o TCU e o erro grosseiro dão boas-vindas ao "administrador médium". *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/leonardo-coelho-vetos-lindb-tcu-erro-grosseiro>>. Acesso em: 5 maio 2022.

RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In: CÔRREA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Comentários às Diretrizes Recentemente Publicadas do Novo Programa de Investimentos em Infraestrutura do Governo Federal: as medidas que precisam ser adotadas não foram sequer mencionadas*. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/comentarios-as-diretrizes-recentemente-publicadas-do-novo-programa-de-investimentos-em-infraestrutura-do-governo-federal/>>. Acesso em: 10 junho 2022.

ROBERTO, Luiz Fernando. *Simplificação administrativa: o Standard Cost Model aplicado ao Brasil*. São Paulo, 2018. 171f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SAADI, Mário. Diálogo institucional para aprimoramento da agenda pública de infraestrutura: proposta que PPI e TCU poderiam tentar. *Revista Colunistas de Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mario-saadi/dialogo-institucional-para->

aprimoramento-da-agenda-publica-de-infraestrutura-proposta-que-ppi-e-tcu-poderiam-tentar>. Acesso em: 21 junho 2021.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Curitiba, 2010. 345f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTIAGO, Priscila Braga. *Infraestrutura: experiência na América Latina. Textos para Discussão CEPAL-IPEA*. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011.

SANTOS, Rodrigo Valga dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/assuntos/assuntos-estrategicos/conheca-a-sae>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

_____. *Desafios ao aumento do investimento privado em infraestrutura no Brasil – Relatório de Conjuntura nº 5*. Brasília: Imprensa Nacional. 2018.

SERRÃO, Tiago. A conferência procedimental no novo Código do Procedimento Administrativo: primeira aproximação. In.: CARVALHO, Ana Celeste (Org.). *O Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <<https://www.stimpostos.pt/wp-content/uploads/2017/10/20161010-o-novo-codigo-do-procedimento-administrativo-conferencias-do-cej-2014-2015-outubro-2016-cej.pdf>>.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

_____. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHAWAB, Klaus. *The Global Competitiveness Report 2019*. World Economic Forum.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas: elementos para a instituição da “conferência de serviço” no Direito Brasileiro. In.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia;

MARRARA, Thiago. (Coord.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, p. 831-845.

SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais. In.: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (Coord.). *Direito e Infraestrutura: rodovias e ferrovias. 20 anos da Lei nº 10.233/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SHIMA, Walter Tadahiro; FIGUEIREDO, Mario João; KARAM, Rejane. Embate político em torno da regulação e entraves ao desenvolvimento rodoviário: o anel de integração do Paraná. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54853>>. Acesso em: 1º abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição Brasileira. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: IPEA, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 216: 125-163, abr./jun., 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

_____. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

_____. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar?. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In.: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. Belo Horizonte, Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Concessão de rodovias e desenvolvimento: a inconsistência jurídica dos programas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 152, ago. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica: das decisões públicas e de seu controle. In.: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. Belo Horizonte: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

THORSTENSEN, Vera; ARIMA JÚNIOR, Mauro Kiithi. *Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE*. Working Paper 527, CCGI nº 22, maio de 2020. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas FGV EESP).

TRAVERSA, Emanuele. La Conferenze dei servizi: Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione. In: *Overlex Portale Giuridico*. Disponível em: <<http://www.overlex.com>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. São Paulo, 2015. 311f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.

VALIATI, Thiago Priess. Covid-19: um grande teste de fogo para a aplicação da LINDB. *Direito do Estado*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/covid-19-um-grande-teste-de-fogo-para-a-aplicacao-da-lindb>>. Acesso em: 9 jun. 2022.

_____. *Segurança jurídica e infraestrutura: a segurança como dever dos poderes públicos e como direito dos agentes econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto. Do antídoto ao veneno: restrições à aplicação desmedida da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In.: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Annis.*, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, v.16, n.62, jul./set. 2018.

VALIATI, Thiago Priess; SOUZA, Pablo Ademir de. Os principais desafios e eventuais atrativos para o investimento privado nos setores de infraestrutura no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, p. 163-195, jan./mar. 2021.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALLE, Vivian Lima López. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. 4. ed. Coimbra Editora, 1998.

VIANNA, Mariana. Sobreposição regulatória: os riscos na aplicação do critério da especialidade. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet. *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VINCENT-JONES, Peter. *New public contracting*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonarcosi de. Política, pedágio e segurança dos contratos: o caso das concessões rodoviárias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78085>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ZARDO, Francisco. O impacto do art. 28 da Lei de Introdução sobre a modalidade culposa de improbidade administrativa. In.: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

