

Conflito regulatório entre o TCU e a ANTAQ: análise do caso de afretamento de embarcações estrangeiras por empresas brasileiras de navegação à luz da Teoria Processual Administrativa

Regulatory conflict between TCU and ANTAQ: Analysis of the case of chartering of foreign vessels by Brazilian shipping companies in the light of the Administrative Procedural Theory

Submetido(submitted): 13/05/21

Parecer(revised): 21/05/21

Aceito(accepted): 13/06/21

Wagner Leandro Rabello

Junior*

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

ORCID: 0000-0001-5712-9831

Abstract

[Purpose] The article analyzes the regulatory conflict between The Federal Court of Account (TCU) and the National Waterway Transport Agency (ANTAQ), under the perspective of Administrative Procedural Theory, based on a complaint that generated representation pointing out that the Agency exceeded its regulatory power and violated the constitutional postulate of free competition by limiting the chartering of foreign vessels by Empresa Brasileira de Navegação (EBN) for cabotage transportation.

[Methodology/approach/design] Based on Steven Croley's Administrative Procedural Theory, which has among its objectives the procedural aspects necessary for the protection of the public interest, the procedure to make the regulatory standard will be analyzed, taking into account not only the sanctioning content of the judgment, but also the ANTAQ's arguments in defense of the questioned rule in order to verify whether the TCU could have replaced the regulator.

[Findings] Limits were found for the regulatory review of the final activity of the Agency by the TCU, as no deficiencies were found in the process of making the regulatory standard.

[Practical implications] Contributing to the establishment of limits to TCU's performance in view of the final activities of regulatory agencies.

*Pós Graduado (Especialização) em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Especialização em Direito Eleitoral pela UCAM; Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (Unigranrio); Bacharel em Biblioteconomia pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR); Professor de Direito Administrativo e Administração Pública; Assessor Parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ). Advogado e Presidente do Escritório Rabello Advocacia, com atuação nas áreas de Direito Administrativo, ênfase em Licitações e Regulação, Direito Eleitoral, Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro. E-mail: rabello_jr@yahoo.com.br

RABELLO JUNIOR, W. L. *Conflito regulatório entre o TCU e a ANTAQ: análise do caso de afretamento de embarcações estrangeiras por empresas brasileiras de navegação à luz da Teoria Processual Administrativa*. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 7 n° 2, p. 203-218, outubro 2021.

[Originality/value] *Research on the regulatory conflict between TCU and Regulatory Agencies is not new. However, the approach carried out here is relevant because it is the analysis of a recent decision whose content is still absolutely unstable in the legal community.*

Keywords: *Regulation. Competition. Cabotage. Administrative procedural theory. Regulatory conflict.*

Resumo

[Propósito] O artigo analisa conflito regulatório entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), sob a perspectiva da Teoria Processual Administrativa, instalado a partir de denúncia que gerou representação apontando que a Agência extrapolou seu poder regulamentar e violou o postulado constitucional da livre concorrência ao limitar o afretamento de embarcações estrangeiras por Empresa Brasileira de Navegação (EBN) para o transporte de cabotagem.

[Metodologia/abordagem/design] Com base na Teoria Processual Administrativa de Steven Croley, que tem entre seus objetivos aspectos procedimentais necessários à proteção do interesse público, será analisado o procedimento de elaboração da Norma regulatória, levando-se em consideração não somente o teor sancionatório do acórdão, mas também os argumentos da ANTAQ em defesa da Norma questionada afim de se verificar se o TCU poderia ter substituído o regulador.

[Resultados] Foram encontrados limites para a revisão regulatória de atividade finalística da Agência por parte do TCU, pois não foram constatadas deficiências no processo de elaboração da Norma regulatória.

[Implicações práticas] Contribuir para o estabelecimento de limites à atuação do TCU em face das atividades finalísticas das Agências reguladoras.

[Originalidade/relevância do texto] Pesquisas acerca do conflito regulatório entre o TCU e Agências Reguladoras não são inéditas. Entretanto, a abordagem aqui efetuada possui relevância por se tratar de análise de decisão recente e cujo conteúdo ainda é absolutamente instável na comunidade jurídica.

Palavras-chave: Regulação. Concorrência. Cabotagem. Teoria processual administrativa. Conflito regulatório

INTRODUÇÃO

Agências Reguladoras são instituições públicas criadas por lei, dotadas de autonomia administrativa, funcional, decisória, financeira e de ausência de subordinação hierárquica perante outros atores estatais, situação que lhe garante atuação independente, especialmente em suas atividades finalísticas.

Parcela significativa dos estudos sobre conflitos regulatórios entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e as atividades finalísticas das Agências

reguladoras giram em torno, exclusivamente, da dogmática Normativa que envolve o tema, razão pela qual o presente artigo, cujo marco teórico é uma teoria procedimental, tem justificável relevância.

Inicialmente será elaborada uma síntese sobre os pressupostos essenciais do Estado Regulador e das Agências Reguladoras, incluindo análise específica sobre a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) que está no epicentro do conflito regulatório investigado; em seguida será demonstrado o que é e como funciona o mercado regulado; logo depois será resumido o processo referente ao caso analisado; adiante, será verificada as nuances da Teoria Processual Administrativa.

Por fim, será realizado um cotejo analítico entre o julgamento realizado pelo TCU e a Teoria Processual Administrativa para que seja verificada a hipótese de que a decisão do Órgão de Contas não poderia ter sobrepujado a da Agência reguladora.

O ESTADO REGULADOR E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A complexa trajetória de formação dos Estados Nacionais é tema de inegável relevância, tanto no que diz respeito à forma do Estado (absolutista, liberal, de bem-estar social ou desenvolvimentista e regulador) quanto ao desenvolvimento das atividades administrativas, legiferantes e judicantes. Daí que:

“A grande novidade da teoria administrativista do século XX está justamente na identificação da administração estatal como algo distinto das funções executivas presidenciais de comando supremo das forças armadas e aplicação das leis. O Estado Administrativo expressa uma função separada das demais – a administração das leis – como uma atividade intermediária entre as funções clássicas executivas, legislativas e jurisdicionais: um “reino de expertise” imune à influência política direta. (ARANHA, 2015, p. 24)

O Estado Liberal surgido no bojo das revoluções ocorridas na França e nos Estados Unidos do século XVIII, contrapondo-se ao Estado Absolutista, caracterizava-se pela liberdade e crença de que o mercado era autorregulável e que, portanto, deveria ser concedida ampla margem de liberdade de atuação aos particulares, limitando-se os Estados, basicamente, à garantia dos contratos, da propriedade, da segurança e da soberania.

O Estado de Bem-estar Social ou Desenvolvimentista decorre da insuficiência do modelo liberal em virtude do surgimento de demandas sociais cada vez maiores, com relevo para as áreas de saúde, educação e previdência social, decorrentes em grande medida da revolução industrial, caracterizando-se, sobremaneira, pela produção de bens públicos aos que dele necessitam.

Em sua vertente desenvolvimentista se revela pela intervenção do estado na economia a partir de investimentos em infraestrutura e, no caso do Brasil, pela criação de grandes empresas estatais, a exemplo da Petrobrás e da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), na primeira metade do século XX.

Ocorreu de o modelo nacional desenvolvimentista também se esgotar, haja vista o crescimento do Estado sem o atendimento correspondente e proporcional às necessidades sociais. Em decorrência disso, inspirado nas reformas ocorridas no Reino Unido no final da década de 70 e nos Estados Unidos no início da década de 80, aplumou-se no Brasil o Estado Regulador, de característica neoliberal, cujos traços mais marcantes são a transferência (privatização) de atividades então desempenhadas pelo Estado, a exemplo dos setores de energia elétrica e telecomunicações. Nessa perspectiva:

“As Agências reguladoras encarnam, na tradição do Estado Administrativo estadunidense, a afirmação de uma estrutura estatal responsável pela administração das leis como algo essencialmente distinto da formulação das leis e, por isso, definida por exclusão, ou seja, trata-se da regulação entendida como a administração das leis que não se confunde com a formulação da política pública correspondente, o que não significa dizer que a administração das leis estaria despida de conteúdo Normativo.” (ARANHA, 2015)

Desse modo, o Estado Regulador pode ser compreendido como uma arena de atuação institucional dominada pela técnica, notadamente através das Agências Reguladoras, cuja “legitimidade da produção Normativa” busca harmonizar o constante duelo entre “mercado e Estado com vistas a proteção dos direitos fundamentais”. (MEDEIROS, 2016)

O Estado Regulador brasileiro criou, dentre outras, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), classificada pela Lei Ordinária nº 10.233/2001 como uma autarquia em regime especial, integrante da Administração Federal Indireta, tendo sede no Distrito Federal e unidades regionais por diversos estados da federação, com atuação no setor de navegação e portuário e competências para regulação, outorga e fiscalização das atividades do setor.

No âmbito regulatório a Agência tem competência para emitir regras e fomentar a competição no setor de transportes aquaviários, com relevo para o presente estudo a competência para atuar no transporte de cabotagem regulando

os diversos tipos de afretamento¹, circunstância que lhe confere a prerrogativa de elaboração de Normas, como portarias e resoluções.

O MERCADO REGULADO: TRANSPORTE DE CABOTAGEM

A cabotagem, modal de transporte aquaviário entre portos ou pontos de um mesmo país, a despeito de representar apenas algo em torno de 10% (dez por cento) do transporte de cargas no Brasil, vem demonstrando crescimento constante no cenário da matriz logística brasileira, notadamente se comparado ao modal mais utilizado, o rodoviário, em função de uma gama de fatores, como o menor custo de frete e seguro, reduzido impacto ambiental e segurança da carga, circunstâncias que elevam o setor à condição de um dos pilares da economia nacional.

Segundo dados contidos na página da ANTAQ, a despeito de eventuais crises financeiras em escala mundial, o transporte de carga por cabotagem no Brasil encontra-se em crescimento contínuo ao longo dos últimos 10 (dez) anos. Porém, o setor é dominado por apenas 6 (seis) empresas estrangeiras, cujas movimentações de carga equivalem a mais de 98% (noventa e oito por cento) do total gerido no mercado.

Essa é uma das justificativas pelas quais tramita no Congresso Nacional um novo marco regulatório do setor, em complemento à Lei nº 9.432/1997, que estabelece o Programa de Estímulo ao Transporte de Cabotagem (BR do MAR), reconhecido no âmbito do Programa de Parcerias de Investimento (PPI)² como fundamental para o desenvolvimento econômico e social do país, e que está sendo delineado pelo Projeto de Lei 4199/2020 (PL 4199), já aprovado na Câmara dos Deputados e encontrando-se, atualmente, em análise no Senado Federal.

¹Conforme o disposto na Lei 9.432/97 e nas Resoluções nº 191, 192, 193 e 195, as modalidades de afretamento são: afretamento a casco nu, por tempo, viagem e por espaço. O afretamento a casco nu é o contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação. O afretamento por tempo é o contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado. O afretamento por viagem é definido como o contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, a disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens. Já o afretamento por espaço equivale ao contrato de afretamento por viagem no qual somente uma parte da embarcação é afretada, obedecendo, porém, a todas as disposições legais do afretamento por viagem. Disponível em: www.web.antaq.gov.br

²Fonte Times New Roman, 10, espaçamento de caracteres de escala 90%. Parágrafo justificado. Recuo (esquerdo 0", direito 0", especial nenhum. Espaçamento (antes 0", depois 0", espaçamento entre linhas Exatamente 10 pt).

De modo similar ao caso analisado no presente artigo, um dos pontos de maior atrito nas discussões do PL nº 4199 diz respeito, justamente, ao fato de o projeto retroalimentar, em duvidosa constitucionalidade, a manutenção do monopólio do setor por empresas estrangeiras e, conseqüentemente, consolidar a ausência de concorrência entre estas e as Empresas Brasileiras de Navegação (EBN), configurando uma assimetria regulatória entre os *players*, que também será analisada no presente artigo.

A Associação Brasileira de Armadores de Cabotagem (ABAC), em artigo publicado em sua página na internet, argumenta que o PL 4199, ao contrário de suas pressuposições iniciais, não protege a indústria nacional, não atrai novas empresas e torna o país dependente do mercado internacional de afretamento de embarcações, uma vez que cria restrições ao afretamento de embarcações estrangeiras, para fins de cabotagem, por EBN.

O CASO EM ANÁLISE: O AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÕES ESTRANGEIRAS POR EMPRESAS BRASILEIRAS DE NAVEGAÇÃO E O PROCESSO TC 003.667/2018-9, NO TCU

O caso analisado é oriundo de denúncia encaminhada ao TCU por sociedade empresarial classificada como Empresa Brasileira de Navegação (EBN), atuante no transporte de cabotagem, que gerou representação da Secretaria de Infraestrutura de Portos e Ferrovias (SeinfraPortoFerrovia) da Corte de Contas, autuada como processo TC 003.667/2018-9, apontando indícios de irregularidades por extrapolação do poder regulamentar da ANTAQ no bojo da Resolução Normativa nº01/2015.

Como o regimento interno do TCU não prevê o processamento de denúncia decorrente de sociedade empresarial, a Unidade Técnica SeinfraPortoFerrovia utilizou o expediente e formulou representação junto ao próprio Tribunal.

Segundo consta do relatório elaborado para análise de medida cautelar visando suspensão imediata de trechos da assinalada Norma Regulatória, a representação sustenta, com base na denúncia, que a Resolução Normativa nº01/2015, da ANTAQ teria positivado “exigências de requisitos não previstos na Lei 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário nacional, o que estaria violando a livre concorrência do setor”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 380/2018*).

A Lei Ordinária nº 9.432/1997, tida como violada, no ponto, tem a seguinte redação:

‘Art. 9º O afretamento de embarcação estrangeira por viagem ou por tempo, para operar na navegação interior de percurso nacional ou no transporte de mercadorias na navegação de cabotagem ou nas

navegações de apoio portuário e marítimo, bem como a casco nu na navegação de apoio portuário, depende de autorização do órgão competente e só poderá ocorrer nos seguintes casos:

I - quando verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendido;

II - quando verificado interesse público, devidamente justificado;

III - quando em substituição a embarcações em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, por período máximo de trinta e seis meses, até o limite:

a) da tonelagem de porte bruto contratada, para embarcações de carga;

b) da arqueação bruta contratada, para embarcações destinadas ao apoio.

Parágrafo único. A autorização de que trata este artigo também se aplica ao caso de afretamento de embarcação estrangeira para a navegação de longo curso ou interior de percurso internacional, quando o mesmo se realizar em virtude da aplicação do art. 5º, § 3º.

Já a Resolução Normativa nº01/2015, da ANTAQ, foi analisada como Norma violadora da Lei nº 9.432/1997, no seguinte ponto:

Art. 5º Nos afretamentos de embarcação estrangeira que dependem de autorização da ANTAQ, a empresa brasileira de navegação só poderá obtê-la nos seguintes casos:

(...)

III - na navegação de cabotagem, nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, por espaço, por tempo ou por viagem, quando:

a) verificada, mediante circularização, inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados, nos prazos consultados, admitindo-se o bloqueio parcial, nas modalidades por espaço, por tempo em uma única viagem ou por viagem, cuja autorização será limitada ao quádruplo da tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora, a qual também deverá ser proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida;

O cerne da questão posta é que a Norma Primária, a Lei nº 9.432/1997, não fixou qualquer limite para que uma EBN afretasse navio estrangeiro quando não houvesse, ou não tivesse disponível, embarcação brasileira para realizar o transporte e, ainda, não há exigência na Lei Ordinária para que “a afretadora fosse proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 380/2018*).

Diante desse quadro, a denunciante pleiteou ao TCU a concessão de medida acautelatória para que este determinasse à ANTAQ a suspensão da aplicabilidade do art. 5º, III, *a*, da Resolução Normativa nº01/2015 posto que, ademais, “as empresas brasileiras de navegação de pequeno porte estariam sendo impedidas de exercer suas atividades comerciais”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 380/2018*).

No exame de admissibilidade da Representação o TCU entendeu que os fatos apresentados eram significativos - pois tratavam de possível extrapolação do poder regulamentar da Agência e prejuízo à livre concorrência no setor - e que havia indícios suficientes de ilegalidade hábeis a demonstrar o interesse público que deve ser protegido pela Corte de Contas, em clara demonstração de que o Órgão entende que tem o poder-dever de se imiscuir nas atividades finalísticas das Agências reguladoras, mormente com fulcro na Súmula nº347, do Supremo Tribunal Federal (STF)³.

Relevante destacar, ainda, que entre a data de publicação da Norma Secundária, então contestada, e a Representação decorreram 3 (três) anos, circunstância que, inclusive, foi levantada pelo SeinfraPortoFerrovia ao opinar pela ausência de perigo da demora hábil a sustentar a concessão de medida cautelar pleiteada pela denunciante.

Em prosseguimento, mas antes da análise da medida cautelar requerida, o relator determinou que a ANTAQ fosse notificada para se manifestar nos autos acerca do processo administrativo que resultou na emissão da Resolução Normativa nº01/2015 e encaminhar documentação, estudos, pareceres técnicos, jurídicos e de impacto regulatório, além das contribuições recebidas em eventual audiência pública.

A Agência Reguladora então enviou o Ofício nº 63/2018/DG-Antaq e a Nota Técnica nº 8/2018/GRM/SRG à Corte de Contas sustentando no ofício que; a) liminares concedidas na Justiça Federal com o objetivo de afastar a aplicação da Norma reguladora haviam sido revogadas; b) que a lei de criação

³Súmula nº 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

(...)

Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, (...). É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. [MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, *DJE* 18 de 1º-2-2018.]

da Agência (Lei nº 10.233/2001) lhe conferia prerrogativas para elaborar e editar Normas sobre afretamento de embarcações; c) citou diversos precedentes no sentido de que a competência regulamentar das Agências reguladoras ultrapassa a mera reprodução de textos de Normas primárias, razão pela qual não haveria que se falar em extrapolação dos limites Normativos.

A Nota Técnica, da qual se extrai relevantes considerações pertinentes ao marco teórico do presente artigo, a Teoria Processual Administrativa, informa que: a) a política pública de desenvolvimento da frota nacional, refletida pela Lei nº 9.432/1997, engloba a proteção ao transporte de cabotagem em face de competidores internacionais; b) a receita de uma empresa do setor decorre dos fretes de suas embarcações e que uma EBN necessita, segundo exige a Agência, possuir ao menos uma embarcação própria ou afretada a casco nu; c) determinadas empresas buscam autorização para atuar como EBNs mas não possuem embarcações apropriadas, limitando suas atividades e receitas à contratação de embarcações estrangeiras, com custos menores do que o de embarcações nacionais, sendo tais práticas conhecidas como “venda de bandeira”, gerando assimetrias contra as quais a Agência busca defender através de suas Normas regulamentadoras; d) o artigo 4º, III, da Resolução Normativa nº01/2015, regulamentando o art. 10, da Lei nº 9.432/1997 assegura o afretamento de embarcações estrangeiras até mesmo sem autorização da ANTAQ, conquanto haja investimento na construção naval em estaleiro nacional, afim de contribuir com a frota nacional; e) a limitação contida na Norma combatida, referente a tonelagem e semelhança, tem por objetivo evitar que empresas possuam embarcações de baixo custo somente para ser classificada como EBN e afretem embarcações estrangeiras a um custo menor; f) o procedimento para elaboração da Norma Regulamentadora “cumprir todos os ritos processuais obrigatórios, inclusive de audiência pública presencial”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 380/2018*).

Em seguida foi juntada ao processo a Nota Técnica nº 9/2018/DEE/CADE acerca dos efeitos da Resolução Normativa nº 01/2015 na esfera concorrencial concluindo que a Norma regulatória imporia obstáculos competitivos às pequenas empresas de navegação.

Diante da defesa apresentada pela ANTAQ, a Unidade Técnica do TCU (SeinfraPortoFerrovia) retifica sua representação, manifestando-se contra a cautelar proposta e acolhendo a tese de que o poder Normativo da Agência, sob a égide da Lei nº 10.233/2001, permite a imposição de restrições e/ou condições para além da Norma primária, especialmente tendo em conta a complexidade, o conhecimento exigido na regulação setorial, o interesse público e que:

“Pressupõe-se que uma Agência Reguladora, ao editar Resolução a partir do processo interno que recebeu contribuições da sociedade e opiniões de setores técnicos e jurídicos especializados, persegue justamente o interesse público e

a harmonização de interesses dos usuários e das empresas que atuam no setor, equilibrando motivadamente interesses e valores.”⁴

Para além de questões de hermenêutica jurídica, a defesa da Agência e o novo parecer da SeinfraPortoFerrovia, este último em sentido contrário ao Relator e ao Plenário do TCU, alinham-se à ideia apresentada por Aranha, no sentido de que:

“A política pública setorial depende, portanto, do conhecimento setorial para produzir regramentos viáveis. Ela depende de acompanhamento do desenvolvimento tecnológico para orientar eventuais desígnios utilitaristas de mercado (ou dos atores do mercado) na direção do interesse público.” (ARANHA, 2015, p. 183)

Sob outra perspectiva, o relator inicia seu voto assegurando a competência do TCU para apreciação do caso e estabelece como pontos nodais do processo: 1) a análise de eventual extrapolação do art. 5º, III, *a*, da Resolução Normativa nº 01/2015, da ANTAQ, em face da Lei nº 9.432/1997 (reserva legal), por conta da criação de novas condicionantes à cabotagem e; 2) pela análise da legitimidade das ações e motivos adotados pela ANTAQ para a imposição das restrições contidas na Norma reguladora.

Invocando o art. 178 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e o art. 9º, da Lei nº 9.432/1997, o relator estabelece que somente à lei (Norma primária) caberia a imposição de condicionantes ao afretamento de embarcações estrangeiras e que, portanto, a Agência reguladora teria violado o princípio da reserva legal.

O relator fundamenta seu voto⁵, ainda, em trechos de colaborações de empresas do mercado de navegação contrárias à Norma em manifestações ocorridas em consultas públicas realizadas pela ANTAQ e que, a despeito da observância dos procedimentos obrigatórios para elaboração da Norma, a Agência não seguiu as manifestações dos *players*.

Quanto aos motivos determinantes para a elaboração da Norma (legitimidade), com fundamento na Nota Técnica 9/2018/DEE/CADE, o relator assevera que a Resolução Normativa nº 01/2015 tem efeito negativo sobre o mercado de navegação de cabotagem, pois, a despeito da suposta relevância, não restou evidenciada a proteção da indústria nacional, mas, sim, restrição à competitividade e à livre iniciativa, circunstância que favoreceria empresas de grande porte e a concentração de mercado.

Diante dessas circunstâncias, considerando estarem presentes o perigo da demora e a fumaça do bom direito, o plenário do TCU acompanhou o voto

⁴BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 380/2018*.

⁵Há trechos no voto, não relevantes para o presente artigo, que cuidam de possível improbidade administrativa por parte de alguns servidores da Agência.

do relator, proferiu medida cautelar e determinou à ANTAQ que se abstenha de aplicar o art. 5º, III, *a*, da Resolução Normativa nº 01/2015, ao menos até o julgamento do mérito da representação.

Inconformada diante da medida cautelar, a ANTAQ interpôs agravo argumentando que: a) o parágrafo único, do art. 178, da CRFB/1988 é oriundo da Emenda Constitucional nº7/1995, ano em que sequer existia qualquer Agência reguladora no Brasil; b) as Agências reguladoras foram criadas, a primeira delas (Agência Nacional de Energia Elétrica) somente em 1996, para exercerem a regulamentação e fiscalização dos mercados e que, “assim, o poder Normativo está na essência do nascedouro das Agências Reguladoras” (BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 380/2018*); c) os precedentes judiciais em ações que buscavam conspurcar os mesmos dispositivos legais concluíram pela legalidade/constitucionalidade da Norma reguladora; d) a doutrina acoberta a tese de que as Agências reguladoras detêm poder regulamentar para além da mera reprodução de Normas primárias; e) o próprio TCU possui precedentes no sentido de autocontenção em face das atividades finalísticas das Agências reguladoras; f) que procedimentos instaurados no Ministério Público Federal (MPF), por si só, não tem o condão de revelar a fumaça do bom direito, pois foram distribuídos para averiguar possíveis desvios de condutas no interior da ANTAQ e que tal procedimento é de praxe em função de denúncia de empresa do mercado, inclusive porque conclusões preliminares revelaram ausência de indícios de ilícitos; g) que no mesmo sentido do MPF a corregedoria da ANTAQ investigou e arquivou representação contra servidores e, quanto aos diretores, o ministério supervisor (Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil) ainda não concluíra os trabalhos; h) parecer de outros órgãos em matéria de competência da Agência não são vinculantes; i) a medida cautelar proferida contraria decisão anterior do próprio TCU; j) as intervenções dos *players* durante a audiência pública que subsidiou a elaboração da Norma combatida foram devidamente consideradas e praticamente metade das contribuições foram incorporadas à Resolução, o que demonstraria efetividade da participação e lisura do procedimento, e que as rejeitadas foram motivadas; k) a Norma estava em vigor há mais de 3 (três) anos, razão pela qual não haveria que se falar em perigo da demora hábil a justificar a concessão da medida cautelar. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 775/2018*.)

A Corte de Contas decide, em relação ao agravo, com divergências, pela manutenção da medida cautelar concedida tanto diante da ocorrência do perigo da demora, quanto da fumaça do bom direito, tudo reiterando fundamentos já expendidos alhures.

No julgamento do mérito, cuja sessão ocorreu em 01/07/2020, o plenário do TCU manteve, com divergências, integralmente a medida cautelar concedida

determinando que a ANTAQ se abstenha, definitivamente, de exigir dos regulados as limitações impostas pelo art. 5º, III, *a*, da Resolução Normativa nº 01/2015. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1693/2020*.)

MARCO TEÓRICO: TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA

A Teoria Processual Administrativa formulada por Steven P. Croley, partindo de uma concepção eminentemente técnica, tem como pressuposto central o procedimento racional de tomada de decisão no âmbito das Agências Reguladoras e sua capacidade de levar o fenômeno regulatório ao alcance do interesse público.

Entende o teórico que o estabelecimento de um procedimento objetivo e técnico é fundamental para a eficiência, transparência e atendimento ao interesse público, afastando o processo decisório dos grupos de interesse e, conseqüentemente, das capturas das Agências pelo poder político e/ou econômico. Nesse sentido, a Teoria Processual Administrativa é vista como um contraponto à Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*) cuja característica central é, justamente, a formulação de políticas públicas de acordo com interesses específicos de determinados atores.

O procedimento administrativo elaborado por Croley, segundo Chaves, envolve: 1) notificação da proposta regulatória pela agência; 2) divulgação dos fundamentos que ensejaram a proposta regulatória; 3) oportunidade de participação dos interessados através de consulta pública; 4) tomada de decisão racionalmente fundamentada pela Agência; e 5) publicidade da decisão e dos seus fundamentos.

Assim, a perspectiva da Teoria Processual Administrativa é observada no caso em análise, pois a ANTAQ demonstrou que a elaboração da Norma contestada ocorreu conforme a legislação de regência e foi construída a partir de um procedimento que compreendeu *expertise* técnica e participação do mercado regulado, através, por exemplo, da realização de Consulta Pública, análise de equipe técnica, estudos e processo de Análise de Impacto Regulatório (AIR), circunstância que, ao menos em tese, afastou o risco de captura da Agência.

A captura das Agências Reguladoras pelo poder político e/ou econômico ocorre a partir de diversos mecanismos de controle:

“Os mecanismos de controle político dos reguladores permitem que os legisladores satisfaçam as demandas regulatórias dos grupos de interesse induzindo as Agências, consideradas a base do sistema de regulação, a tomarem as decisões regulatórias favoráveis aos grupos de interesses – caso as Agências não estejam inclinadas a fazer isso por si mesmas. A obtenção de tratamento orçamentário e estatutário favorável por parte dos legisladores motiva as Agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os

grupos de interesses ficam satisfeitos em prover recursos eleitorais para os legisladores, que por sua vez podem inspirar as Agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os legisladores, no intuito de assegurar recursos eleitorais necessários, são motivados a garantir que as Agências forneçam a regulação que o grupo de interesse apoiador procura. Dessa forma, constitui-se o chamado “triângulo de ferro” ou, colocado de forma menos sombria, a “rede temática” de relacionamento entre grupos, legisladores, e Agências administrativas, que tipicamente caracteriza a concepção de regulação da Public Choice.”(CROLEY, 2008)

Por essa razão, Croley entende que o interesse público regulado a partir da Teoria Processual Administrativa é mais eficiente e essa circunstância fica demonstrada quando, ao menos, sua utilização empata com a regulação realizada a partir do interesse de determinados grupos. Essa equação econômica é juridicamente revelada por meio de princípios constitucionais administrativos, como os da eficiência e supremacia do interesse público. (ARANHA, 2015)

Considerando uma teoria de viés procedimental, Aranha analisa que a Teoria Processual Administrativa é uma espécie de Teoria Jurídico-Processual da Regulação que se preocupa com a “dimensão processual do fenômeno regulatório” em função de sua autonomia decisória em contraposição ao “fundamento básico da teoria da *public choice*, qual seja, a dependência da tríade congressistas – grupos de interesse – regulador”. (ARANHA, 2015)

No conflito regulatório setorial analisado verifica-se que a ANTAQ, no âmbito de sua autonomia decisória, ateu-se ao escopo procedimental e técnico para a elaboração da Norma questionada, não tendo se submetido a qualquer outro interesse

CONCLUSÃO: A DECISÃO DO TCU DIANTE DA TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA

Conforme demonstrado, um dos mecanismos utilizados pelo Estado Regulador é o poder Normativo, como atividade finalística, conferido às Agências Reguladoras para além da mera replicação de Normas primárias.

Ademais, o ordenamento jurídico não confere ao TCU poderio amplo e irrestrito sobre todas as atividades das Agências Reguladoras, mormente quando não houver flagrante inconstitucionalidade, não sendo crível que possa se substituir ao regulador quando este, seguindo a trilha que lhe é imposta pela constituição e pelas leis, atua em atividade finalística.

Nesse sentido, o TCU adentrou em seara reservada à atividade finalística da Agência, tendo substituído uma decisão lastreada em expertise técnica, com a participação dos regulados, pela decisão do plenário cuja origem foi denúncia formulada por um ator do mercado.

No caso analisado a Agência demonstrou, e a Corte de Contas sequer refutou, que todos os estudos, análises técnicas e audiências públicas exigidas pela legislação de regência foram observados por ocasião da elaboração da Resolução Normativa nº01/2015. Além disso, a própria área técnica do Tribunal não viu ilegalidade no dispositivo e, por conseguinte, posicionou-se opostamente ao que decidido pelo Órgão.

Verificou-se que a Norma da ANTAQ não atentava contra o princípio da livre concorrência, pois baseou-se no seu poder regulatório de mitigar falhas de mercado e assimetrias em prol do interesse público, tudo dentro de suas competências constitucionais e legais.

Assim, com base na Teoria Processual Administrativa de Steven Croley, que tem entre seus objetivos aspectos procedimentais necessários à proteção do interesse público, foram encontrados limites para a revisão regulatória de atividade finalística da Agência por parte do TCU, pois não foram constatadas deficiências no processo de elaboração da Norma regulatória, o que nos leva à conclusão de que, ao menos nesse caso, a decisão do Órgão de Contas não poderia se sobrepor à atividade finalística da ANTAQ.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório*. 3. ed. Londres: Laccademia, 2015.
- ARANHA, M. I.; LOPES, O. A. *Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos*. Brasília: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB, 2019.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração pública burocrática à gerencial*. In: Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 237-270
- CHAVES, M. C. S. O Conselho de Aviação Civil e a Teoria Processual Administrativa da Regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, nº2, p. 1-20, outubro 2020
- CROLEY, S. P. *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- COUTINHO, R. L. Participação e expertise técnica nas Agências Reguladoras: a regulação deve se submeter à vontade da maioria? **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 1–20, 2018.

FALCÃO, J.; GUERRA, S.; ALMEIDA, R. (Org.) **Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

FERNANDES, V. O. Os desafios do Antitruste no Setor Portuário Brasileiro: as inovações da Lei nº 12.815/13 e seus reflexos concorrenciais. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 161–210, 2020.

GASPAROTO TONIN, M. A coexistência e os conflitos entre o Estado Regulador e o Estado Empresário no Brasil: O caso da prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica da Eletrobras. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 21–44, 2020.

GOMES, G. M. C. LIMITES AO CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: CASOS SELECIONADOS EM 2018. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 109–128, 2019.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

LOPES, O. A. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Editor Processo, 2018.

LUHMANN, NIKLAS. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora UnB, 1980.

MAZZUCATO, M. **O Estado Empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014.

MEDEIROS, G. J. M. de. O Estado Regulador e o Estado Administrativo: A Expertise Política e o Governo dos Técnicos. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 381–393, 2016.

MOREIRA DA SILVA JUNIOR, F. A (Sobre)Regulação do Tribunal de Contas da União - TCU sobre Atividades-fim das Agências Reguladoras: análise do julgamento das Bandeiras Tarifárias À luz do Trilema Regulatório. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 21–49, 2020.

NETO, E. B. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Ed. Almedina, 2017.

NETO, F. A. M.; PALMA, J. B. Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista**

Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 120, pp. 203-236. jan./jun. 2020

OSBORNE, D.; GAEBLER, T. *Reinventado o governo*: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Brasília: MH Comunicação, 1998.

PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W. (Coord.) *Direito Portuário Brasileiro.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

RODRIGUES, E. H. K. Uma análise jurídico-institucional do processo decisório do CADE: superando a racionalidade regulatória econômica. *Journal of Law and Regulation*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 103–118, 2018.

SILVEIRA JR. A. *Cabotagem brasileira*: uma abordagem multicritério. Curitiba: Appris Editora, 2018.

WILLEMANN, F. A. Tribunais de Contas e Agências Reguladoras: um diálogo possível para o fortalecimento da Justiça Administrativa à luz da Lei Federal nº 13.848/2019. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 286-310, Setembro-Dezembro, 2020.

Normas e Julgados

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 380/2018.* Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 775/2018.* Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1693/2020.* Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsrr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>

RABELLO JUNIOR, W. L. *Conflito regulatório entre o TCU e a ANTAQ: análise do caso de afretamento de embarcações estrangeiras por empresas brasileiras de navegação à luz da Teoria Processual Administrativa.* *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 7 nº 2, p. 203-218, outubro 2021.