

A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à luz da Lei Federal: 13.848/2019: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, com foco no Estado da Bahia.

Autor:
Otacílio Prates Neto

Orientador:
Gustavo Miguel Quadros Vasconcellos Farias

Coletânea de Pós-Graduação
Controle da Desestatização e da Regulação



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE ALTOS ESTUDOS
E COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Ana Carolina Dytz Fagundes de Moraes

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à luz da Lei Federal nº 13.848/2019: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, com foco no Estado da Bahia.

Autor: Otacílio Prates Neto

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista.

Orientador(a):

Prof. Gustavo Miguel Quadros Vasconcellos Farias

Banca examinadora:

Gustavo Miguel Quadros Vasconcellos Farias

Nicola Espinheira da Costa Khouri

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PRATES NETO, Otacílio. **Título: A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à luz da Lei Federal nº 13.848/2019: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, com foco no Estado da Bahia.** 2023. Monografia (Especialização em Avaliação de Políticas Públicas) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 200 fl.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): Otacílio Prates Neto

TÍTULO: A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à luz da Lei Federal nº 13.848/2019: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, com foco no Estado da Bahia.

GRAU/ANO: Especialista/2023

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedido ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso e emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Nome: Otacílio Prates Neto

e-mail: otacilioprates@gmail.com

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a Neto, Otacílio Prates.

A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à luz da Lei Federal nº 13.848/2019: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, com foco no Estado da Bahia/ Otacílio Prates Neto. – Brasília: Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, 2023.

104 fl. – (Coletânea de Pós-Graduação. Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação; v. 1)

Orientador: Gustavo Miguel Quadros Vasconcellos Farias.

Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, 2023.

1. O papel do Estado Regulador e a evolução da Gestão Pública no Brasil; 2. Da atuação das Agências Reguladoras e Tribunais de Contas à luz da Lei Federal nº 13.848/2019 e IN nº TCU nº 81/2019; 3. Influências nas atividades regulatórias e reguladoras pela Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei Federal nº 13.848/2019) e Instrução Normativa do TCU IN nº 081/2019; 4. Da atuação dos Tribunais de Contas e das Agências Reguladoras nas atividades regulatórias no âmbito Estado da Bahia.

I. A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à luz da Lei Federal nº 13.848/2019: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, com foco no Estado da Bahia

CDU 02
CDD 020

A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à luz da Lei Federal nº 13.848/2019: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, com foco no Estado da Bahia.

Autor: Otacílio Prates Neto

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em Avaliação de Políticas Públicas realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista.

Brasília, 25 de maio de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Gustavo Miguel Quadros Vasconcellos Farias
Orientador
Órgão Tribunal de Contas do Estado da Bahia - TCE/BA

Prof. Especialista Nicola Espinheira da Costa Khoury
Avaliador
Órgão Tribunal de Contas da União - TCU

“Quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização”. Gilberto Bercovici

Agradeço à minha filha, pais, familiares e todos aqueles que acreditaram no nosso estudo e nos apoiaram nesta empreitada, agradeço a compreensão dos mais próximos pelos momentos em que estive distante e dedicado a este trabalho com muito amor. Aos companheiros de trabalho e estudos pelo apoio que demonstraram neste período, meu muito obrigado.

Resumo

O estudo busca debater e analisar a competência dos tribunais de contas nas questões regulatórias, supostos conflitos de competências e a importância da atuação das agências reguladoras em setores estratégicos para o desenvolvimento econômico e social do Brasil. Dessa abordagem, é possível estabelecer parâmetros de análise e extrair algumas hipóteses a serem testadas na parte empírica do trabalho. E, nesse contexto, traz breve relato sobre os novos institutos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro ou novas roupagens dadas a institutos já existentes e, as inúmeras atribuições relacionadas à prestação dos serviços públicos pela iniciativa privada no desempenho de atividades de interesse público. Além disso, visa identificar as principais dificuldades enfrentadas pelos Tribunais de Contas e pelas Agências Reguladoras na atuação reguladora de atividades regulatórias, bem como as inovações, instrumentos e ferramentas institucionais implementadas visando superar os desafios enfrentados em processos de desestatização e regulação, principalmente na busca por soluções consensuais e prevenção de conflitos. Em particular, traz breves considerações sobre a trajetória da regulação no cenário nacional e, principalmente na Bahia, dando-se destaque à criação e atuação de suas autarquias especiais.

Palavras-chave: Desestatização; Regulação; Agências Reguladoras; Autarquias Especiais. Tribunal de Contas da União; Controle Externo; Competências; Parcerias Público-Privadas (PPPs); Instrução Normativa TCU nº 81/2018; Lei Federal nº 13.848/2019; Atividades Regulatórias. Estado da Bahia.

Abstract

The study aims to discuss and analyze the competence of the audit courts in regulatory matters, supposed conflicts of competence, and the importance of the actions of regulatory agencies in strategic sectors for the economic and social development of Brazil. From this approach, it is possible to establish parameters of analysis and extract some hypotheses to be tested in the empirical part of the work. In this context, it provides a brief overview of the new institutes inserted in the Brazilian legal system or new garments given to existing institutes, as well as the numerous responsibilities related to the provision of public services by private initiative in performing activities of public interest. Furthermore, it aims to identify the main difficulties faced by the Audit Courts and Regulatory Agencies in supervising regulatory activities, as well as the institutional innovations implemented to overcome the challenges faced in privatization and regulation processes, mainly in the search for consensual solutions and prevention of conflicts. In particular, it briefly discusses the trajectory of regulation in the national scenario and, mainly in Bahia, highlighting the creation and performance of its special autarchies.

Keywords: Privatization. Regulation. Regulatory Agencies. Federal Court of Accounts. External Control. Competences. Public-Private Partnerships (PPPs). Normative Instruction TCU No. 81/2018. Federal Law No. 13,848/2019. Regulatory Activities. State of Bahia.

Lista de figuras

1. Curva de Custo Médio do Monopólio Natural.....	26
2. Lucro do Monopólio Natural.....	27
3. Estágios do Desenvolvimento da Proposta de Investimento de um Projeto.....	37
4. Arranjos, Instrumentos e Ambiente Político-Institucional na Reconfiguração da Ação Estatal em Políticas de Infraestrutura no Brasil.....	39
5. Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura - Modelo de 5 Dimensões.....	40
6. Passo a passo da solução consensual de conflitos no TCU.....	59
7. Demonstrativo de cargos vagos nas agências reguladoras.....	68

Lista de quadros

Quadro 1: Exemplos de modelagens de parcerias público-privadas internacionalmente reconhecidas.....	42
--	-----------

Lista de abreviaturas e siglas

TCU	Tribunal de Contas da União
TCE/BA	Tribunal de Contas do Estado da Bahia
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ANM	Agência Nacional de Mineração
PPPs	Parcerias Público-Privadas
AIR	Análise de Impacto Regulatório
FMI	Fundo Monetário Internacional
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ANM	Agência Nacional de Mineração
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
PIB	Produto Interno Bruto
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SSC	Solicitação de Solução Consensual
SECEXCONSENSO	Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos

Sumário

Introdução.....	15
1. Do Panorama do Ambiente Político-Institucional Brasileiro.....	18
1.1. Contexto histórico e principais desafios para desenvolvimento econômico e social do país.....	18
1.2. A evolução da regulação estatal no Brasil: do Mercado de Monopólio Natural à Gestão de Serviços Públicos e Obras de Infraestrutura.....	25
1.3. Parcerias e novos arranjos institucionais para a provisão de políticas públicas: Inovações, Deficiências e Oportunidades.....	32
2. Da atuação das Agências Reguladoras e Tribunais de Contas à luz da Lei Federal nº 13.848/2019 e IN TCU nº 81/2019.....	44
2.1. Contextualização, características e finalidades das Agências Reguladoras.....	44
2.2. Governança Regulatória no Brasil: Reflexões a partir da Lei Federal nº 13.848/2019.....	53
2.3. Das novas perspectivas da atuação das Agências Reguladoras: Reflexões sobre obstáculos e aprimoramentos.....	61
2.4. Controle externo das agências reguladoras: limites e contornos jurídicos do papel dos Tribunais de Contas.....	70
3. Da atuação dos Tribunais de Contas e dos órgão reguladores nas atividades regulatórias no âmbito Estado da Bahia.....	77
3.1. Da situação da Concessão Rodoviária administrada pela VIABAHIA.....	79
3.2. Dos resultados de auditoria realizada pelo TCE/BA na AGERBA.....	92
3.3. Criação de um núcleo para estudos em regulação no TCE/BA.....	97
Das Considerações Finais.....	98
Referências Bibliográficas.....	101

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo aprofundar a compreensão da atuação dos Tribunais de Contas e das Agências Reguladoras, conhecidas como Autarquias Especiais, na fiscalização e regulação das atividades regulatórias. O estudo foi baseado na Lei Federal nº 13.848/2019 e na Instrução Normativa TCU nº IN 81/2018, com foco no Estado da Bahia.

Desde a concepção inovadora das Agências Reguladoras no Brasil, têm surgido debates acalorados sobre a indispensabilidade e o momento propício para a implementação de uma legislação abrangente e abarcadora, a exemplo da Lei Federal nº 13.848/2019, que aborda de maneira coesa e uniforme os diversos aspectos que permeiam a estruturação, a governança, o processo decisório, a participação social e a fiscalização interna e externa desses órgãos reguladores.

Nesse contexto, desponta uma análise breve e concisa acerca da origem e do desenvolvimento gradual das Agências Reguladoras no país, ressaltando de forma incontestável a importância da promulgação da referida norma geral, cuja abrangência alcança todos os órgãos reguladores, reafirmando, dessa forma, sua pertinência e inquestionável relevância.

Vale ressaltar que a regulação dos setores estratégicos da economia brasileira, como energia elétrica, telecomunicações, transporte, petróleo e gás, envolve uma interação complexa entre o governo, o controle externo e as agências reguladoras, não se podendo perder de vista a liderança indutora governamental no processo de desenvolvimento de políticas públicas em prol da sociedade.

Nesta perspectiva, o presente trabalho aborda questões fundamentais dos processos de desestatização e regulação, englobando aspectos-chave como a importância da gestão governamental, a elaboração criteriosa de políticas públicas, a resolução efetiva de disputas, o controle extrajudicial das atividades regulatórias e a necessidade imperativa de fortalecer o controle social e promover a transparência ativa. O objetivo primordial consiste em proporcionar uma visão abrangente e fundamentada acerca desses temas, a trazer para o debate a necessidade de

implementação de uma regulação mais eficiente e benéfica para a sociedade em seu conjunto.

Com efeito, a presente análise ainda tem como objetivo aprofundar a discussão sobre os novos arranjos institucionais, as implicações normativas e os impactos decorrentes dos modelos emergentes de desestatização, com ênfase nas concessões e parcerias público-privadas (PPPs) celebradas pelo Estado. Ademais, o estudo conferirá especial destaque às formas emergentes de controle adotadas no cenário regulatório, bem como às inovações implementadas pelas Agências Reguladoras e pelos Tribunais de Contas.

Cabe destacar que, embora tenha sido adotado o método dogmático nesta pesquisa, outras abordagens, como a análise empírica, pesquisa bibliográfica e análise comparativa de experiências regulatórias em outros países, também foram úteis e complementares. No entanto, a escolha do método dogmático justifica-se pela necessidade de compreender as bases teóricas e conceituais que orientam a atuação governamental na área de desestatização e regulação, permitindo uma reflexão crítica sobre os limites e possibilidades dessas políticas públicas.

Ademais, o texto ressalta a necessidade de se ampliar os mecanismos de controle social e a transparência ativa a fim de garantir a confiança da sociedade nos processos de desestatização e regulação, bem como ressalta a necessidade dos processos de tomada de decisão terem que ser devidamente fundamentados, com informações disponíveis sobre os critérios utilizados e a evidência em que se baseiam, para que os cidadãos possam compreender sua finalidade, impactos e possíveis benefícios.

Em resumo, o estudo visa promover uma análise sucinta dos mecanismos de controle atualmente em vigor que favorecem a promoção de políticas públicas e que proporcionam benefícios tangíveis aos cidadãos ao impulsionar o desenvolvimento econômico e social do país. Adicionalmente, destaca-se que a resolução eficaz de disputas relacionadas à competência regulatória desempenha um papel fundamental na garantia da estabilidade e segurança jurídica dos processos de desestatização e regulação.

Em suma, a análise corrobora do pensamento da imprescindibilidade de se adotar abordagens reguladoras renovadas, pautadas pela responsividade regulatória e pela utilização de instrumentos de resolução consensual de conflitos. Além disso,

não se pode subestimar a necessidade de fortalecimento do controle social, por meio de processos regulatórios mais transparentes e participativos.

Não se pode perder de vista que a correlação entre legalidade e o princípio da eficiência desempenha um papel fundamental no contexto das desestatizações e regulações, buscando-se garantir processos transparentes, equitativos e eficazes, conforme se buscará demonstrar ao longo do desenvolvimento do trabalho.

Considerando todos os aspectos aqui mencionados, o objetivo central deste estudo reside na análise dos desafios e perspectivas dos novos arranjos institucionais e da regulação no âmbito nacional. Em particular, serão exploradas as formas de interação entre os Tribunais de Contas e as Agências Reguladoras no que diz respeito à fiscalização e regulação das atividades regulatórias, com base na Lei Federal nº 13.848/2019.

Este trabalho está estruturado em três capítulos, além da introdução, conclusão e referências bibliográficas. O Capítulo 1 aborda o panorama do ambiente político-institucional brasileiro. No Capítulo 2, são exploradas as ações das Agências Reguladoras e dos Tribunais de Contas, à luz da Lei Federal nº 13.848/2019 e da instrução normativa do TCU IN nº 81/2019. O Capítulo 3, por sua vez, apresenta análises empíricas por meio da demonstração de atuações regulatórias e fiscalização das atividades relacionadas ao Estado da Bahia.

Em conclusão, evidencia-se a necessidade de adotar abordagens regulatórias renovadas, enfocando a responsividade e o uso de instrumentos consensuais para resolver conflitos. Além disso, é crucial fortalecer o controle social.

1. Do Panorama do Ambiente Político-Institucional Brasileiro

1.1. Contexto histórico e principais desafios para desenvolvimento econômico e social do país

Em um primeiro momento, pode-se dizer que o governo brasileiro adotou o modelo do "*Welfare State*" como formato de gestão pública, podendo também ser definido como o "Estado do Bem Estar Social", ao acrescentar entre as obrigações do Poder Público os deveres relacionados à promoção da saúde, da educação, da previdência, a geração de empregos, além da criação de empresas estatais para promoção de políticas públicas. Todavia, o Estado atuava diretamente na economia, pois não haviam empresas privadas com capacidade financeira e infraestruturas suficientes para promover o desenvolvimento nacional (MENEZES, 2002, p. 50).

No entanto, ao longo dos anos, o modelo do "*Welfare State*" passou por transformações e ajustes de acordo com as demandas e desafios enfrentados pelo país. Com a abertura econômica e a globalização, houve uma crescente participação do setor privado na economia brasileira.

O governo brasileiro buscou promover políticas de privatização e desregulamentação, permitindo que empresas privadas se tornassem mais competitivas e assumissem funções anteriormente desempenhadas pelo Estado. Essa mudança teve como objetivo estimular o crescimento econômico e aumentar a eficiência na prestação de serviços públicos.

Além disso, o governo adotou medidas de incentivo ao empreendedorismo e à criação de empregos, visando fortalecer o setor privado como motor de desenvolvimento econômico. Essas políticas incluíram a simplificação de processos burocráticos, a redução de impostos e a implementação de programas de capacitação e financiamento para pequenas e médias empresas.

No âmbito da saúde, educação e previdência, o governo brasileiro também implementou reformas visando garantir a sustentabilidade desses sistemas. Foram realizadas alterações nas regras de aposentadoria e pensões, buscando equilibrar as contas públicas e garantir a continuidade desses benefícios para as futuras

gerações. Na área da educação, foram implementadas políticas de melhoria da qualidade do ensino e de acesso à educação básica e superior.

Em resumo, o governo brasileiro passou por transformações em relação ao modelo intervencionista, visando aumentar a participação do setor privado na economia e implementar reformas para assegurar a sustentabilidade dos sistemas sociais. O objetivo principal foi impulsionar o desenvolvimento econômico e satisfazer as demandas da população de maneira mais eficaz, através de uma gestão orientada para resultados, ou seja, gestão gerencial.

A partir do contexto descrito, não se pode deixar de mencionar a escassez de recursos públicos e a demanda por manutenção, operação e expansão da infraestrutura levaram o Brasil e outros países a buscarem alternativas para viabilizar o financiamento de projetos estruturais e a prestação de serviços essenciais à população. Como resultado, optou-se pela concessão à iniciativa privada da prestação de serviços e projetos, com o intuito de reduzir a carga fiscal do Estado e aumentar a eficiência na gestão dos investimentos públicos.

Não se pode deixar de mencionar que essa mudança de abordagem não resultou na diminuição do papel do Estado, mas sim em uma nova forma de atuação em que o governo mantinha sua forte presença, porém qualificada, na coordenação e regulação das atividades do setor privado visando garantir o interesse público. Nessa linha, a regulação era realizada por meio da aplicação de instrumentos contratuais estabelecidos entre a Administração Pública e os prestadores de serviços públicos.

A partir da década de 1990, o Brasil adotou o modelo de Estado regulador, em que o governo estabelecia regras para as empresas e garantia a concorrência no mercado. Dessa forma, ocorreu uma transição do modelo de Estado social para uma abordagem que buscava parcerias com o setor privado com o objetivo de melhorar a eficiência e garantir a sustentabilidade financeira dos projetos e serviços públicos.

Atualmente, o Brasil busca soluções mais eficazes para enfrentar os desafios específicos a cada nova situação que destoa no cenário regulatório, passando a envolver diferentes atores na provisão de infraestrutura e serviços públicos. Nesse sentido, os processos de desestatização - transferência de atividades do Estado para o setor privado - foram impulsionados pela necessidade de recursos financeiros para investimentos em áreas prioritárias. O estudo destaca a importância da transparência

ativa e do controle social para garantir que essas iniciativas sejam efetivas e justas, além de descrever a evolução histórica da gestão econômica e social do país em relação aos novos arranjos institucionais implementados pelos governantes brasileiros.

Cabe destacar que na década de 80, o Brasil enfrentou séria crise econômica, estagnação e dificuldades financeiras, com tentativas malsucedidas de reformas e planos econômicos. Essas intervenções estatais na economia refletiram a busca do governo brasileiro por soluções para enfrentar os desafios econômicos do período. No entanto, essas medidas acabaram gerando instabilidade e ineficiências, demonstrando a necessidade de reformas mais estruturais e sustentáveis para promover o desenvolvimento econômico do país.

Mesquita¹ afirma que tal período se trata de uma década perdida, a saber: “... período marcado por fortes e recorrentes intervenções (altamente discricionárias) do estado na economia, nada menos que quatro planos heterodoxos, com congelamento mandatório de preços, e alterações também voluntaristas e unilaterais das regras que regiam a remuneração dos investimentos”.

Já na década de 90, o Brasil passou por transformações políticas, econômicas e sociais buscando superar os problemas econômicos e promover a modernização e democratização da sociedade. A redemocratização e abertura política permitiram a realização de eleições livres, a criação de novos partidos políticos e a participação intensa da sociedade civil na construção de políticas públicas e na formulação de demandas por direitos e justiça social.

No contexto do Estado Gerencial, que emergiu nas últimas décadas, houve uma mudança nas características organizacionais do Estado brasileiro. Inspirado por preceitos gerencialistas, o Estado adotou uma abordagem de burocracia flexível, combinando descentralização e recentralização de poder, bem como relações competitivas e flexibilizadas.

A descentralização foi um dos princípios adotados, visando transferir responsabilidades e autoridade para níveis inferiores da administração pública, como agências e órgãos setoriais. Essa descentralização tinha como objetivo promover uma maior eficiência e agilidade nas tomadas de decisão, permitindo que

1 Mesquita, R. M. (2018). A década perdida. Estudos Avançados, 32(93), 7-14.

essas entidades atuassem de forma mais autônoma e adaptável às necessidades locais.

No entanto, ao mesmo tempo, ocorreu uma recentralização do poder em algumas áreas estratégicas. O governo central procurou manter o controle sobre políticas e diretrizes fundamentais, especialmente em relação a questões econômicas e sociais, buscando garantir uma maior coerência e integração nas ações do Estado.

As relações competitivas também foram incentivadas, buscando criar um ambiente de competição entre órgãos e agências do Estado, bem como entre empresas estatais e privadas. Essa competição tinha como objetivo estimular a eficiência e a busca por melhores resultados, promovendo uma melhoria na prestação de serviços públicos.

Outro aspecto importante foi a flexibilização e dispersão do poder. Isso significava uma maior autonomia para as entidades do Estado, permitindo que elas tomassem decisões de forma ágil e adaptativa, sem depender de autorizações hierárquicas complexas. Essa flexibilidade buscava tornar a administração pública mais ágil e responsiva aos desafios e demandas emergentes.

Essas características do Estado Gerencial foram influenciadas por experiências internacionais, como o modelo adotado no Reino Unido e nos Estados Unidos durante períodos conservadores e de radicalização do liberalismo. O objetivo era buscar uma maior eficiência na gestão pública, adotando práticas e princípios do setor privado para melhorar a qualidade e a efetividade dos serviços públicos.

Em resumo, o Estado Gerencial no Brasil buscou adotar características organizacionais como burocracia flexível, descentralização e recentralização de poder, relações competitivas e flexibilizadas, seguindo preceitos gerencialistas importados do setor privado e inspirados por experiências internacionais.

O processo de desestatização teve início no Brasil com a criação do Programa Nacional de Desestatização e foi intensificado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso com a Lei Federal nº 9.491/1997, visando reduzir a atuação direta do Estado e aumentar a participação do setor privado em áreas monopolizadas pelo governo. O Plano Real, lançado pelo governo de Itamar Franco, controlou a inflação e permitiu a retomada do crescimento econômico nacional. As reformas econômicas e políticas

implementadas, como a criação do MARE e a desregulamentação de setores da economia, modernizaram a gestão pública brasileira. Empresas estatais foram privatizadas em busca de competitividade, e práticas gerenciais eficientes foram adotadas, permitindo a participação do setor privado em áreas antes monopolizadas pelo governo. No entanto, críticos apontam que tal período também gerou aumento na desigualdade social e precarização do trabalho em diversas regiões do país.

Nesse sentido, é pertinente trazer à discussão a argumentação apresentada por Fernando Luiz Abrucio² que destaca:

As reformas econômicas e políticas promovidas pelo governo de Fernando Henrique Cardoso foram controversas e geraram muitas críticas por parte de setores da sociedade que se sentiram prejudicados por elas. No entanto, é inegável que essas reformas tiveram um impacto significativo na modernização da economia e da gestão pública do Brasil, ao promover a abertura econômica, a desregulamentação de setores-chave, a criação de órgãos reguladores e a redução da burocracia estatal." (Abrucio, 2015, p. 78).

É importante ressaltar que durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, as privatizações representaram um marco na história do país. Foram realizados processos significativos de desestatizações, incluindo empresas estatais importantes como a CSN, CVRD, CEMIG, Telebrás e suas subsidiárias, e empresas de setores-chave como petróleo, energia e transporte. Essas medidas visavam reduzir o tamanho do Estado e estimular a competitividade do setor privado.

É relevante mencionar que, a maioria das propostas legislativas criadas para promover um espaço organizado de debate e diálogo com o Poder Executivo por meio da Frente Parlamentar das Agências Reguladoras foi rejeitada à época. Isso ocorreu durante o governo Fernando Henrique Cardoso, quando as discussões em torno das privatizações e das agências reguladoras se intensificaram, e as propostas da Frente Parlamentar foram rejeitadas pelo Congresso Nacional. No entanto, a partir de 2004, as discussões em torno das agências reguladoras se intensificaram novamente, e algumas medidas legislativas foram criadas para garantir a efetividade dessas agências.

Já no governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006 e 2007-2010), houve uma mudança na política econômica, com o fortalecimento do mercado interno e o

² Abrucio, F. L. (2015). Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, 49(1), 67-86.

aumento dos investimentos públicos em áreas estratégicas. Essa estratégia buscou combinar crescimento econômico com distribuição de renda e inclusão social, mas enfrentou desafios como a inflação, a dependência de commodities e a fragilidade das contas externas do país.

No governo de Dilma, nos anos de 2011 a 2015, observa-se uma queda significativa na atividade econômica, o que resultou na deterioração da popularidade e perda de poder político da presidente. Segundo o economista Gustavo Franco, isso se deu principalmente pela falta de manobra política, o que tornou mais grave o quadro de crise econômica no país (REIS, 2016, p.100).

Destaca-se que, a recente proposta de mudança na organização dos ministérios sob a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva tem gerado desconforto entre as agências reguladoras devido à criação de conselhos temáticos para definir as normas em cada área. Isso pode restringir a autonomia dessas agências e prejudicar a elaboração de políticas públicas para o bem-estar da sociedade. A aprovação de emendas também pode agravar essa situação, exigindo uma abordagem cuidadosa e equilibrada na revisão dessas propostas.

A intersecção entre o princípio da legalidade e o princípio da eficiência no contexto das desestatizações e regulações é de extrema importância para garantir processos transparentes, equitativos e eficazes. Enquanto o princípio da legalidade estabelece que todas as ações devem estar em conformidade com a legislação vigente, o princípio da eficiência busca maximizar os resultados alcançados com os recursos disponíveis.

O princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais do Estado de Direito e está previsto na Constituição brasileira, tendo sido consagrado no artigo 5º, inciso II, que estabelece que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

Por outro lado, o princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, que promoveu uma reforma administrativa no âmbito do serviço público. Esse princípio busca garantir que a administração pública seja eficiente em suas ações, buscando a realização dos fins públicos de forma adequada e com o menor dispêndio de recursos.

No âmbito das desestatizações, que envolvem a transferência de empresas estatais para o setor privado, a legalidade é fundamental para assegurar que todo o processo seja realizado dentro dos limites estabelecidos pela lei. Isso garante que a alienação dos ativos estatais ocorra de maneira justa e transparente, respeitando os direitos dos envolvidos. Por sua vez, o princípio da eficiência busca otimizar a gestão desses ativos, visando aumentar a produtividade, promover a concorrência e melhorar a prestação de serviços.

Já no contexto das regulações, o princípio da eficiência busca criar um ambiente econômico eficiente, por meio da definição de normas claras, incentivos adequados e avaliação constante dos resultados. Enquanto isso, a legalidade garante que essas normas sejam estabelecidas de acordo com a legislação em vigor, protegendo os direitos e garantias dos envolvidos.

No entanto, é importante ressaltar que a burocracia legislativa pode se tornar um obstáculo para uma atuação mais célere e eficiente, especialmente em processos de desestatização que podem demandar agilidade para adaptações contratuais. Restrições regulamentares excessivas podem prolongar significativamente esses processos, levando a atrasos de até 35 anos. Nesses casos, é fundamental encontrar um equilíbrio entre a conformidade com a lei e a necessidade de realizar ajustes rápidos e eficientes, a fim de atender às demandas contratuais e alcançar resultados satisfatórios para a sociedade como um todo.

A parceria entre o setor público e privado tem sido um importante instrumento para projetos de infraestrutura e serviços públicos. Os investimentos privados atraem inovação e eficiência, mas as restrições orçamentárias impostas pelo governo às agências reguladoras geram preocupação.

No Brasil, grandes obras de infraestrutura têm sido viabilizadas por meio de parcerias com investimentos privados de grande porte, descentralizando esses projetos em prol de modelos de parcerias com instituições privadas (PPPs), a exemplo do metrô de Salvador (BA), parte do metrô paulistano (SP), a ampliação da rodovia paulista Tamoios (SP), a rodovia mineira MG-050 (MG), o projeto de irrigação do semiárido nordestino em Petrolina (PE) e a Ponte Salvador Itaparica (BA).

No entanto, apesar da participação do setor privado ter se mostrado benéfica em muitos casos, ainda há debate sobre a intervenção governamental e a

manutenção do monopólio natural em determinadas situações, principalmente quando existem falhas de mercado. Ao final, ressalta-se a preocupação da gestão pública em equilibrar o envolvimento do setor privado com a intervenção do governo, a fim de garantir que os serviços públicos sejam prestados com eficiência e eficácia.

1.2. A evolução da regulação estatal no Brasil: do Mercado de Monopólio Natural à Gestão de Serviços Públicos e Obras de Infraestrutura

Inicialmente, destaca-se que as transformações promovidas pelo Estado Gerencial no Brasil trouxeram consigo uma mudança significativa no modo de atuação na economia, por meio da regulação e da prestação de serviços não privatizados. Esse novo paradigma busca equilibrar os interesses dos usuários e consumidores com os do mercado, com foco no interesse público, como estabelecido nos artigos 174 e 175 da Constituição Federal.

Como resultado dessa transformação, surge o Direito Regulatório, que engloba três áreas do direito: Direito Administrativo, Econômico e Constitucional. Essa interseção de disciplinas permite uma abordagem mais abrangente e integrada das questões regulatórias, promovendo a garantia da eficiência, transparência e equidade nas relações entre Estado, empresas e cidadãos.

A mudança na gestão pública brasileira em relação à provisão de serviços e execução de obras de infraestrutura através de parcerias e novos arranjos institucionais pode ser atribuída a fatores diversos, como a crise global, globalização, redemocratização e demanda por transparência e participação social.

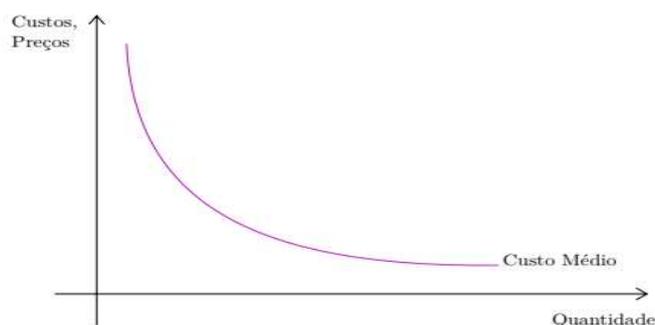
A discussão sobre a atuação do Estado na provisão de serviços públicos é complexa e envolve argumentos tanto em favor da regulação quanto da prestação direta de serviços. De acordo com Giambiagi e Além (2016), a desregulação pode ser defendida com base no argumento da falha de mercado, mas não é o único argumento. Isso se deve ao fato de que os serviços públicos essenciais, como telefonia e energia, são fundamentais para a vida em sociedade e qualquer falha em seu fornecimento pode ter graves consequências. Por essa razão, é importante que o Estado assuma a responsabilidade de garantir a oferta adequada desses serviços à população. (Giambiagi & Além, 2016, p. 426)

A noção de monopólio natural é amplamente discutida no campo da economia, principalmente quando se trata de serviços públicos como água, energia elétrica e transporte. Esses serviços apresentam características específicas, como altos custos fixos de produção e distribuição, além de demandas variáveis ao longo do tempo e em diferentes regiões. Isso cria barreiras à entrada de novas empresas no mercado, tornando-o naturalmente monopolizado por uma única empresa ou entidade.

Em breve resumo, o monopólio natural pode ser caracterizado como uma estrutura de mercado em que uma única empresa consegue produzir e fornecer bens ou serviços de forma mais eficiente do que duas ou mais empresas competindo no mercado. Isso ocorre devido a economias de escala, que tornam o custo médio de produção decrescente para todos os níveis relevantes de produção.

Com efeito, essa estrutura de mercado é considerada monopólio natural porque não é possível haver competição efetiva no mercado sem causar desperdícios e ineficiências, já que a empresa monopolista é capaz de produzir e fornecer o bem ou serviço a um custo menor do que várias empresas competindo entre si. Essa ideia é ilustrada pela figura 1 abaixo, que demonstra uma possível curva de custo médio de oferta de serviços.

Figura 1: Curva de Custo Médio do Monopólio Natural



Fonte: STIGLITZ (2000).

A ideia do monopólio natural tem sido objeto de intensos debates, enquanto alguns autores argumentam que essa estrutura de mercado é fundamental para garantir a eficiência e a estabilidade do setor, como é o caso de Stiglitz (2000), outros criticam a falta de concorrência e a possibilidade de abuso de poder de mercado.

Segundo o doutrinador supracitado, a curva de custo médio de longo prazo apresenta um comportamento decrescente à medida que a quantidade fornecida aumenta, o que significa que a empresa monopolista é capaz de produzir e fornecer o bem ou serviço a um custo menor do que várias empresas competindo entre si, como demonstrado na figura 1.

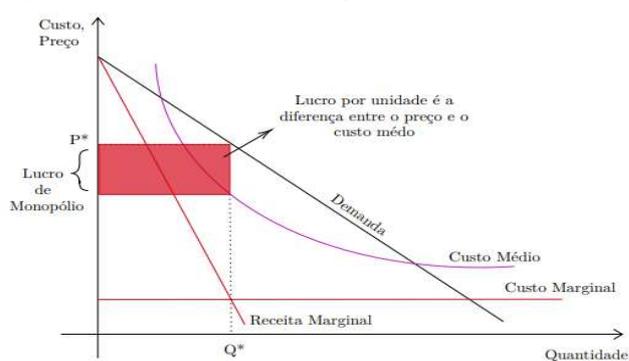
Todavia, a regulação do monopólio natural pode ser justificada pela necessidade de garantir que os preços praticados sejam justos e que os investimentos em expansão e melhoria do serviço sejam realizados. No entanto, há também críticas à atuação reguladora nas situações de monopólios, especificamente por possibilitarem gerar incentivos para acomodação e falta de inovação por parte da empresa monopolista.

Além do exposto, outro fator que contribui para a manutenção do monopólio natural em certos casos é a presença de economias de escala, que se referem aos ganhos de eficiência obtidos à medida que a produção aumenta, e que podem levar a uma redução do custo médio por unidade produzida.

Nesse contexto, como resultado a empresa já estabelecida no mercado pode fornecer o bem ou serviço a um preço mais baixo do que um novo entrante, o que dificulta a entrada de novos concorrentes e reforça a posição dominante da empresa monopolista. Esse conjunto de fatores torna a regulação do setor uma questão delicada e complexa, exigindo análises criteriosas e avaliação de impactos antes de qualquer intervenção regulatória.

Ressalta-se que a presença de apenas uma empresa no mercado minimiza os custos de produção, mas essa empresa pode impor preços de monopólio, gerando um dilema para a sociedade, conforme demonstrado na figura 2 abaixo.

Figura 2: Lucro do Monopólio Natural



Fonte: STIGLITZ (2000).

Na situação de curva de custo médio decrescente e presença de “*sunk cost*” ou “Custo Afundado”, a empresa produz no ponto em que a receita marginal é igual ao custo marginal, o que resulta em um lucro de monopólio. Entretanto, essa situação é considerada ineficiente do ponto de vista social, uma vez que o preço cobrado está acima do custo marginal.

Embora haja demanda adicional pelo produto ou serviço, o monopolista natural opta por não aumentar sua produção, limitando assim a oferta e mantendo preços altos. Essa prática é questionável, já que os consumidores estariam dispostos a pagar por uma produção adicional, mesmo que o preço permanecesse acima do custo marginal. (Stiglitz, 2000; Nicholson e Snyder, 2007)

A partir da análise do gráfico apresentado na figura 3, pode-se concluir que a empresa monopolista não tem motivos para temer a concorrência de potenciais entrantes, uma vez que produz no ponto em que o custo marginal é igual à receita marginal, representado pela quantidade Q^* .

Nessa situação, é importante observar que o monopolista natural tem o poder de influenciar diretamente o preço do bem ou serviço, já que é o único vendedor presente no mercado. Ao produzir Q^* e cobrar o preço P^* , a empresa obtém o lucro de monopólio, representado pela área hachurada. Entretanto, tal prática é questionável do ponto de vista social, já que o preço cobrado está acima do custo marginal e pode gerar ineficiência na alocação de recursos.

No entanto, é importante notar que a desregulamentação de certas indústrias nem sempre resulta em uma diminuição dos monopólios naturais. Em algumas ocasiões, empresas privadas que assumiram o controle desses setores mantiveram uma posição dominante no mercado, especialmente quando havia barreiras significativas à entrada de novos concorrentes, como altos investimentos em infraestrutura ou regulamentações complexas.

Desta feita, a diminuição do monopólio natural foi uma das estratégias adotadas para aumentar a concorrência em setores como telecomunicações, energia elétrica e transporte. O processo de privatização desses setores permitiu a entrada de novos *Players* no mercado, que passaram a disputar espaço com as empresas estatais antes monopolistas.

O Artigo 173 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é permitida em casos específicos, quando necessários à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Essa restrição implica que o Estado não tem o monopólio da exploração econômica, mas pode delegar essa função a empresas privadas por meio de privatizações, atuando, então, como um agente regulador.

No entanto, é importante ressaltar que a interpretação e a aplicação desse dispositivo podem variar ao longo do tempo e em diferentes contextos políticos e econômicos. O Estado pode adotar diferentes estratégias em relação à participação na economia, que vão desde a exploração direta de atividades econômicas até a privatização completa de setores. Essas políticas podem ser influenciadas por fatores como a conjuntura econômica, as necessidades sociais e as ideologias políticas vigentes.

Para discutir formas de melhorar o sistema econômico em relação à exploração direta de atividades pelo Estado, é importante considerar uma série de perspectivas e argumentos. Alguns defensores da participação estatal argumentam que em certos setores estratégicos, como energia, transporte e comunicações, a presença do Estado pode garantir a oferta de serviços essenciais, a regulação adequada e o acesso universal. Por outro lado, críticos argumentam que a intervenção estatal excessiva pode levar a ineficiências, falta de competitividade e menor capacidade de inovação.

Uma abordagem para melhorar o sistema econômico poderia envolver a busca de um equilíbrio entre a participação estatal e a iniciativa privada, levando em consideração as características específicas de cada setor. Isso poderia ser alcançado por meio de uma regulação eficiente, que promova a concorrência justa, estimule a inovação, garanta a transparência e a prestação de contas, e proteja os interesses dos consumidores.

Além disso, é importante promover um ambiente propício para o empreendedorismo e o desenvolvimento de empresas privadas, oferecendo incentivos fiscais, facilitando o acesso a crédito e promovendo a educação empreendedora. Investimentos em infraestrutura, pesquisa e desenvolvimento também podem impulsionar o crescimento econômico e a competitividade do país.

Em resumo, melhorar o sistema econômico em relação à exploração direta de atividade econômica pelo Estado envolve a busca de um equilíbrio entre a participação estatal e a iniciativa privada, considerando as características de cada setor. Uma regulação eficiente, incentivos ao empreendedorismo e investimentos em infraestrutura e inovação são alguns dos caminhos possíveis para promover um ambiente econômico saudável e próspero.

A diferença entre a função reguladora e a atividade regulatória, bem como a função regulamentar e a regulamentação, é importante para compreendermos a ampla gama de ações reguladoras que vão além do simples aspecto normativo. Além de criar regras e normas, a regulação inclui supervisão e fiscalização de atividades econômicas e sociais, bem como a promoção de políticas públicas. É fundamental ter em mente essa distinção ao discutir o papel das agências reguladoras no Brasil.

Para Figueiredo (1999, p.147), o conceito de regulação pode ser definido da seguinte forma:

A atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução.

Não obstante, os esforços das desestatizações no Brasil visarem reduzir a presença do governo na economia e estimular a concorrência em setores monopolistas, como forma de melhorar a eficiência e reduzir os preços para os consumidores. No entanto, esse processo nem sempre resultou em uma diminuição dos monopólios naturais, que ainda persistem em alguns setores essenciais da economia brasileira.

O processo de desestatização pode assumir diferentes formas e objetivos, mas, em geral, envolve a transferência da propriedade e controle das empresas

públicas para o setor privado, visando melhorar a eficiência, a competitividade e a qualidade dos serviços prestados, além de gerar recursos financeiros para o Estado.

No entanto, a alocação de investimentos em infraestrutura é uma decisão complexa, pois tem a dimensão espacial que afeta a escolha de localização dos agentes e pode ter impactos positivos ou negativos na região.

Vale destacar que a distribuição espacial da infraestrutura exerce um impacto significativo na escolha de localização dos agentes, abrangendo questões como migração, estabelecimento de novas empresas e expansão das atividades em diferentes regiões.

Por consequência, a gestão pública ao analisar o impacto da infraestrutura sob a influência da dimensão espacial, deve avaliar caso a caso, levando em consideração seus efeitos de aglomeração e dispersão. As forças de aglomeração derivam de retornos mais elevados em uma região devido ao acesso a mercados mais amplos, mão de obra qualificada, entre outros fatores. Por outro lado, as forças de dispersão surgem a partir do aumento dos custos da mão de obra, dos aluguéis e do custo de vida, resultantes do próprio processo de aglomeração inicial.

Portanto, quando as forças de dispersão predominam sobre as forças de aglomeração, o efeito positivo de atrair capital e trabalhadores para a região por meio de um impulso inicial de investimento em infraestrutura tende a ser mitigado. Por outro lado, quando os efeitos de aglomeração superam os de dispersão, o impulso inicial de infraestrutura pode desencadear um processo cumulativo de atração de capital e trabalho para a região.

Além disso, a alocação territorial de investimentos em infraestrutura pode envolver um *“trade-off”* entre eficiência e equidade, a fim de escolher a opção que maximiza os benefícios e minimiza as desvantagens. Por exemplo, investimentos em rodovias que conectam regiões centrais e periféricas podem facilitar a mobilidade de capital e trabalho em direção à região mais próspera em detrimento da região mais pobre. Esses investimentos podem gerar maior crescimento econômico em termos agregados, mas também aumentar a desigualdade regional. No entanto, se os investimentos em transporte forem direcionados a uma área mais carente, é possível que ocorra uma redução na desigualdade de renda entre essa região e a mais rica, embora o crescimento econômico agregado seja menor.

Em contrapartida, é possível conceber investimentos nos quais tais interdependências contrárias entre equidade e eficiência espacial não se manifestem. Por exemplo, alocar recursos em setores de telecomunicações em áreas geograficamente mais prósperas pode promover a disseminação de inovações para regiões periféricas, resultando em um panorama em que ambas as localidades se beneficiam em termos de progresso econômico, ao mesmo tempo em que a desigualdade regional é reduzida de forma simultânea em situações de ganho mútuo (*win-win situation*).

Com efeito, a desestatização é um processo complexo que envolve diversas questões econômicas, políticas e sociais, e seu impacto pode variar de acordo com o contexto em que é implementado. Por isso, é importante avaliar cuidadosamente os potenciais benefícios e desvantagens de cada caso concreto antes de decidir pela modalidade de desestatização mais adequada a ser adotada pela gestão pública.

No entanto, é importante ressaltar que a descentralização das políticas públicas pode levar a desequilíbrios nos resultados esperados, pois muitas vezes a responsabilidade é transferida para entidades locais que podem não ter as habilidades de gestão e recursos necessários para implementá-las com sucesso. Essa falta de recursos e habilidades pode resultar em desigualdades regionais e comprometer a eficácia das políticas públicas em questão.

Diante do atual panorama das descentralizações no cenário nacional, para garantir o adequado desempenho das empresas parceiras, é imprescindível estabelecer mecanismos de controle direto sobre suas receitas, tarifas, acesso e qualidade dos serviços, bem como implementar barreiras de entrada na indústria. Por isso, a compreensão das desestatizações e regulações no contexto brasileiro exige um entendimento aprofundado da atividade regulatória e da interação entre as agências reguladoras, os tribunais de contas e os setores regulados.

1.3. Parcerias e novos arranjos institucionais para a provisão de políticas públicas: Inovações, Deficiências e Oportunidades

Nos últimos anos, a gestão pública local brasileira passou por uma série de transformações que tiveram um impacto significativo na prestação de serviços e infraestrutura. Com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da população, foram

implementadas medidas de desestatização, tais como privatizações, concessões e parcerias público-privadas (PPPs), que visam descentralizar o controle e gestão de empresas, bens e serviços que anteriormente eram controlados pelo Estado.

A privatização, as concessões e as PPPs representam diferentes modalidades para envolver o setor privado na prestação de bens e serviços públicos. A privatização se refere à venda direta de ativos estatais para o setor privado, enquanto as concessões representam uma transferência temporária da gestão de um serviço ou infraestrutura pública para o setor privado em troca de pagamento. Por sua vez, as PPPs envolvem acordos entre os setores público e privado para realizar projetos de interesse público, sendo que o setor privado assume parte do risco em troca de remuneração.

A legislação federal brasileira estabelece normas para a privatização de empresas estatais federais, bem como para a governança e gestão dessas empresas, incluindo aquelas que foram privatizadas. A lei também regula os procedimentos e regras para concessões e autorizações de serviços públicos, incluindo as características das concessões, critérios para escolha dos concessionários, monitoramento e controle dos serviços, e condições para renovação, rescisão ou extinção dos contratos.

As privatizações têm sido consideradas importantes no Brasil como forma de melhorar a eficiência e competitividade, permitindo que empresas privadas assumam a gestão de setores que antes eram exclusivos do Estado. No entanto, é fundamental formalizar tais operações com transparência e participação social, utilizando critérios claros e objetivos para evitar prejuízos ao interesse público.

As concessões, por sua vez, envolvem a transferência da gestão de serviços públicos para o setor privado por meio de licitação competitiva, com período predeterminado e regulação e monitoramento pelo Estado. Nesse modelo, o concessionário é responsável pela gestão dos serviços, enquanto o Estado regula e monitora a prestação desses serviços.

As PPPs, por fim, podem ser consideradas contratos de concessão administrativa, patrocinada ou administrativa, nos quais o governo subsidia ou contrata o setor privado para projetar, construir e operar infraestrutura pública. O objetivo dessas concessões é promover eficiência na gestão de recursos e garantir a

qualidade dos serviços prestados. Nesse modelo, o Estado regula e monitora a prestação de serviços para garantir o cumprimento das leis e regulamentações.

Em conclusão, no contexto do setor público atual, é essencial distinguir entre concessões e privatizações, uma vez que a primeira envolve a transferência da gestão de serviços públicos para o setor privado por meio de licitação competitiva, com período predeterminado e regulação e monitoramento pelo Estado, enquanto o concessionário é responsável pela gestão dos serviços e o Estado regula e monitora a prestação desses serviços.

De fato, a crescente diversificação e complexidade das agendas governamentais geraram a necessidade de novos arranjos institucionais que se traduzem na criação de nichos específicos para resolver questões técnicas envolvendo setores burocráticos com conhecimento especializado, mas sem uma visão sistêmica adequada. Entretanto, esse movimento de "autarquização" dentro da administração pública, especialmente na área de infraestrutura, não foi acompanhado pelo desenvolvimento de uma capacidade efetiva de uma coordenação centralizada.

Assim, o conceito de arranjos institucionais pode ser empregado para designar as novas articulações administrativas envolvendo burocracia, organizações da administração pública, leis, normas, rotinas, instâncias decisórias e relacionamentos privados, construídos em torno da formulação e implementação dos projetos governamentais.

Ademais, a Lei da Liberdade Econômica, também conhecida como Lei Federal nº 13.874/2019, implementou medidas para simplificar e desburocratizar a abertura e funcionamento de empresas no país, visando estimular a participação do setor privado na economia brasileira.

A comunicação aberta e transparente entre os setores público e privado mostra-se essencial para o sucesso dessas iniciativas. Entretanto, desafios regulatórios precisam ser enfrentados para proteger os interesses da sociedade e dos consumidores.

A Constituição de 1988 transferiu diversas competências de execução de políticas para os municípios, mas concedeu ao Governo Federal a capacidade de legislar em praticamente todas as áreas de políticas públicas. Logo, a

descentralização não significa que o Governo Federal deva renunciar ao seu papel regulatório e coordenador, mas sim que ele precisa se adaptar a um novo contexto, onde a cooperação e a parceria com os entes subnacionais são fundamentais.

A revisão da abordagem do Estado na formulação de políticas públicas pode vir a contribuir para soluções mais eficientes e alinhadas com as necessidades contemporâneas da população. Diante deste quadro, é fundamental avaliar cuidadosamente os impactos dessas políticas na garantia do acesso universal e equitativo a serviços essenciais e na promoção do desenvolvimento sustentável.

Por conseguinte, a gestão pública brasileira está passando por um processo de reconstrução do Estado, que envolve parcerias com a sociedade civil e novos arranjos institucionais. Essas mudanças estão relacionadas à orientação político-ideológica dos governos em relação ao papel do Estado no desenvolvimento e redução das desigualdades.

De acordo com recentes levantamentos do Ministério da Economia³, o Brasil está experimentando um movimento crescente de desestatização, que exige investimentos financeiros da ordem de R\$ 8,6 trilhões até 2050 em diversos setores de infraestrutura. Esse investimento visa garantir a universalização de serviços essenciais à população brasileira, tornando essa iniciativa de extrema importância para o desenvolvimento econômico e social do país. Contudo, necessário se faz o aprimoramento de estudos sobre novos arranjos institucionais para assegurar a eficiência e eficácia na prestação desses serviços e na realização de investimentos em infraestrutura.

O poder público vem promovendo profundas transformações no âmbito das políticas públicas, afetando tanto o tipo quanto o conteúdo das políticas, bem como os processos decisórios e a gestão dessas políticas. Nesse sentido, observa-se uma crescente tendência de valorização do serviço desestatizado e de fomento a políticas inovadoras que buscam atender às demandas de segmentos historicamente marginalizados.

3 Comitê Interministerial de Planejamento da Infraestrutura. Plano Integrado de Longo Prazo da Infraestrutura 2021-2050. Brasília: CIP-Infra, dez. 2021c. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/comite-interministerial-de-planejamento-da-infraestrutura/pilpi.pdf>. Acessado em 03/02/2023.

Essa mudança de paradigma evidencia a necessidade de uma abordagem mais eficiente e eficaz na formulação e implementação de políticas públicas, capaz de alinhar as ações do Estado com as necessidades da sociedade e dos cidadãos.

A atual conjuntura política e social tem gerado um cenário de incertezas e instabilidades, onde a busca por soluções imediatas têm se sobressaído em relação a uma visão estratégica de longo prazo. Esse contexto tem impactado a gestão das políticas públicas, que muitas vezes são implementadas de forma desconexa e sem uma clara coerência estratégica.

É inegável que a ausência de um alinhamento estratégico tem gerado um ambiente caótico e imprevisível, no qual diferentes atores e agências atuam de forma independente e descoordenada. Essa complexidade decorrente da falta de um plano integrado, que englobe todas as iniciativas em curso, tem gerado dificuldades na gestão e compreensão das ações empreendidas. O desafio que se coloca, portanto, é o de adotar uma abordagem mais estratégica e coordenada, que permita lidar de forma efetiva e sustentável com as questões complexas e multifacetadas que emergem na contemporaneidade.

Nesse sentido, faz-se necessário pensar em soluções que ultrapassem as barreiras das políticas de curto prazo e que contemplem a necessidade de planejamento integrado, a fim de garantir o desenvolvimento sustentável em longo prazo. Uma visão holística e estratégica, que possibilite a compreensão da complexidade do sistema e das relações entre os diversos atores envolvidos, pode ser o ponto de partida para a construção de uma sociedade mais equilibrada e justa. Dessa forma, é preciso pensar além das fronteiras dos problemas atuais e buscar soluções que promovam a transformação social em sua totalidade, a fim de construir um futuro mais promissor e sustentável.

De acordo com o Ministério da Economia⁴, as iniciativas de desestatização realizadas entre 2019 e 2022 alcançaram um total de 157, envolvendo privatizações, concessões, arrendamentos e outras formas de transferência de controle para o setor privado.

Vale destacar que cada modalidade de desestatização apresenta vantagens e desafios específicos, e a escolha de uma delas deve ser feita levando em conta o

4 Ministério da Economia. (2022). Desestatização. Recuperado de <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/desestatizacao>. Acesso em 14/03/2023.

contexto econômico e político em que se insere. Em geral, espera-se que a desestatização promova a eficiência, a competição e a inovação no setor privado, além de gerar receitas para o Estado e reduzir sua carga de responsabilidades gerenciais.

Assim, pode-se chegar ao entendimento que a concepção utilizada para definir os novos arranjos institucionais expande o conceito de Gomide e Pires (2014, p. 19-20)⁵, segundo os quais “arranjo institucional é entendido como o conjunto de regras, mecanismos e processo que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica”.

Para uma análise completa do impacto econômico da política fiscal nas desestatizações, é fundamental considerar o volume total de investimentos realizados pelo governo em todas as esferas federativas, bem como nas empresas estatais federais.

Embora a figura 3 abaixo apresente os investimentos públicos federais com base no conceito de aquisição líquida de ativos físicos, é importante reconhecer que esse conceito é limitado e não inclui uma série de subsídios concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) a empresas privadas, nem as capitalizações de empresas estatais, as aquisições de imóveis não relacionadas a obras e as transferências de capital para financiar investimentos de entidades subnacionais.

Figura 3: Arranjos, Instrumentos e Ambiente Político-Institucional na Reconfiguração da Ação Estatal em Políticas de Infraestrutura no Brasil



Fonte: Orair (2016).

5 GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. (Orgs.). Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais e políticas públicas. Brasília: Ipea, 2014.

Ao examinar a Figura 3, torna-se evidente que o governo federal e outros entes federados enfrentam um grande desafio ao tentar promover uma coordenação eficaz entre as ações de planejamento, os arranjos institucionais e as capacidades estatais resultantes.

É necessário, portanto, considerar esses fatores adicionais para uma análise mais abrangente e precisa do impacto econômico das políticas fiscais nas desestatizações.

Essa falta de integração eficiente pode prejudicar a capacidade do Estado de responder adequadamente às demandas da sociedade. Portanto, é necessário encontrar formas mais eficientes de integração entre os diversos elementos envolvidos nos processos de desestatização, a fim de melhorar a capacidade do Estado de atender às necessidades da população de forma mais eficaz.

O desafio de assegurar a prosperidade e o bem-estar sustentável da economia brasileira a longo prazo requer a superação das restrições orçamentárias e das ineficiências históricas dos investimentos públicos.

Nesse contexto, a adoção do inovador e abrangente modelo conhecido como "*Five Case Models*" ou, em português denominado, Modelo de Cinco Dimensões, adaptado pelo renomado Comitê Interministerial de Planejamento da Infraestrutura, surge como uma ferramenta orientadora de grande importância para a gestão pública, embasada em diretrizes objetivas, transparentes e sistemáticas para a estruturação de propostas de investimento em infraestrutura.

Essa metodologia, que se baseia em práticas bem-sucedidas de países como Reino Unido, Austrália e Canadá, complementa o conjunto metodológico já estabelecido pelo governo brasileiro em outras publicações, como os Guias de Avaliação de Políticas Públicas, Análise de Impacto Regulatório e Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura.

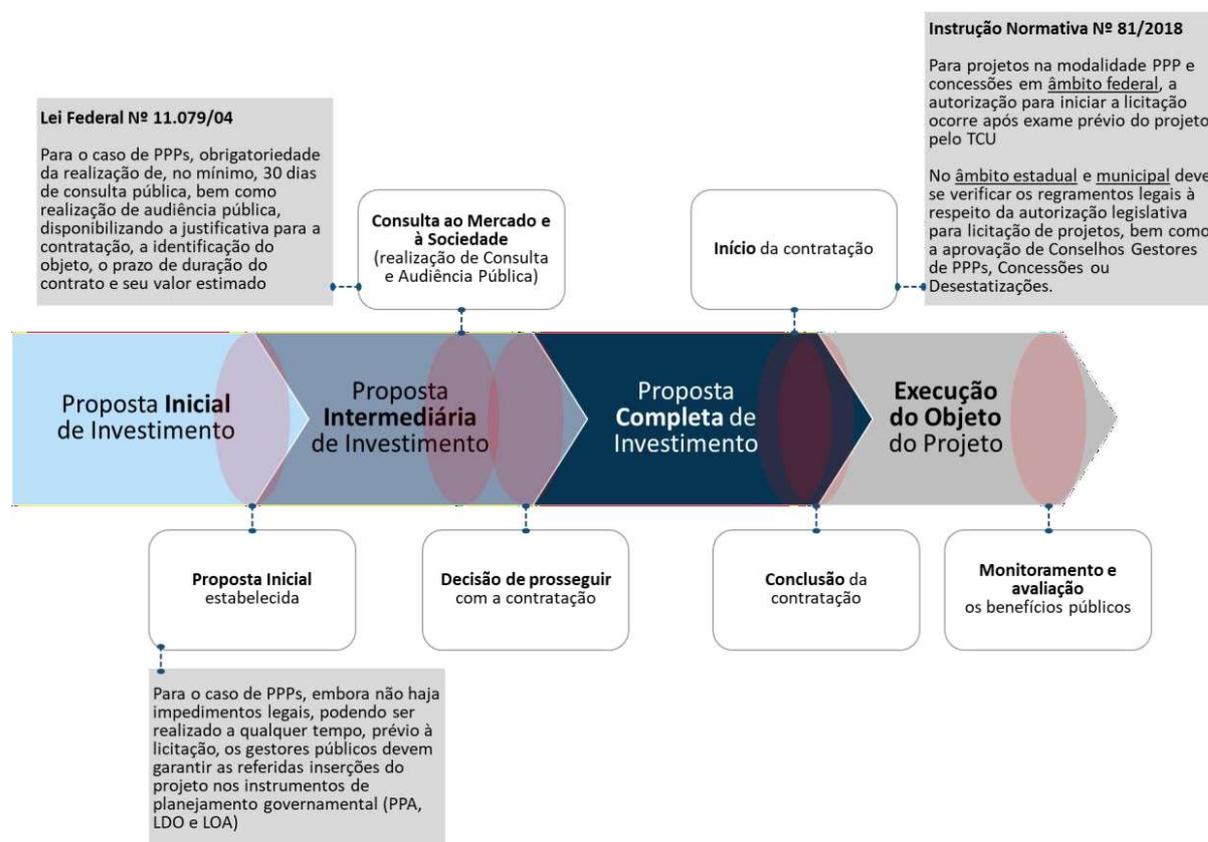
Dessa forma, por meio da aplicação dessas diretrizes, é possível enfrentar os principais desafios no planejamento de qualquer investimento em infraestrutura de interesse público, buscando garantir resultados sustentáveis e mais efetivos no longo prazo.

Assim, ao adaptar essa modelagem ao contexto brasileiro, o Modelo de Cinco Dimensões pode se tornar um novo marco no planejamento de infraestrutura,

introduzindo as modernizações necessárias para o setor, sem desconsiderar o fortalecimento das boas práticas já existentes no Brasil. Nesse sentido, é encorajada a aplicação transversal dessa metodologia em todos os setores e subsetores da infraestrutura.

O "*Five Case Models*" é uma metodologia que busca avaliar de forma completa e integrada a viabilidade de projetos de investimento público em infraestrutura. Essa metodologia é composta por cinco elementos qualitativos: o caso de negócio (*business case*), o caso estratégico (*strategic case*), o caso de sustentabilidade (*sustainability case*), o caso de gerenciamento (*management case*) e o caso de conformidade (*compliance case*).

Figura 4: Estágios do Desenvolvimento da Proposta de Investimento de um Projeto



Fonte: Guia sobre a elaboração de Planos de Negócios - "*Five Case Models*" adaptado para o contexto brasileiro, Ministério da Economia(2020).

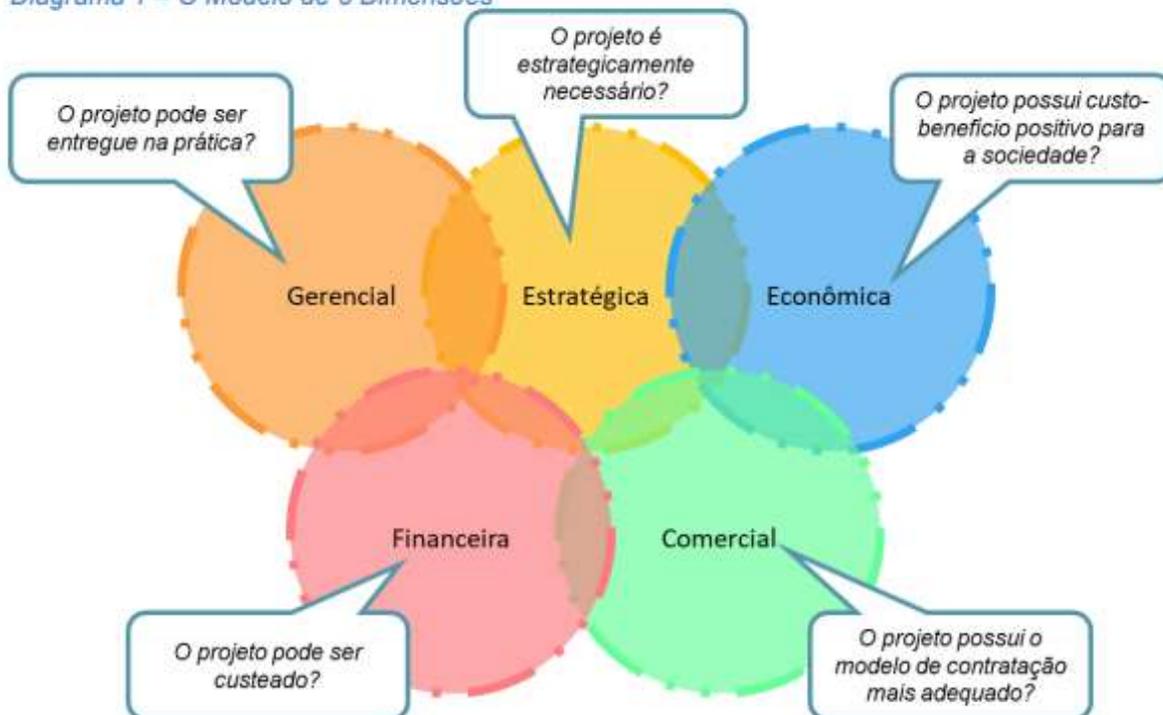
Um dos princípios do Modelo de Cinco Dimensões é tratar todos esses cinco elementos com a mesma profundidade, ou seja, não priorizar apenas um ou dois elementos em detrimento dos demais. Isso porque, para que um projeto seja viável e sustentável a longo prazo, é necessário considerar todos os aspectos envolvidos,

desde a sua viabilidade financeira até o seu impacto social e ambiental. Dessa forma, a metodologia busca garantir que os projetos de investimento público sejam planejados e gerenciados de forma integrada e eficiente, maximizando os benefícios para a sociedade.

Entretanto, nem sempre as operações contemplam os cinco elementos do modelo, pois isso pode depender do contexto específico de cada investimento e das prioridades estabelecidas pelos gestores públicos. Algumas operações podem ter um foco mais específico em uma ou duas dimensões, enquanto outras podem abordar todas as cinco dimensões de forma equilibrada. O importante é que as decisões de investimento sejam baseadas em uma análise cuidadosa e abrangente dos impactos potenciais em cada dimensão, a fim de garantir a efetividade e a sustentabilidade da operação no longo prazo.

Figura 5: Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura - Modelo de 5 Dimensões

Diagrama 1 – O Modelo de 5 Dimensões



Fonte: Guia sobre a elaboração de Planos de Negócios - “Five Case Models” adaptado para o contexto brasileiro, Ministério da Economia(2020).

Para aumentar a qualidade das decisões públicas relacionadas a projetos de infraestrutura, o Ministério da Economia publicou em 2021 o “Guia Geral de Análise

Socioeconômica de Custo-benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura” (Guia ACB)⁶.

A Portaria SEPEC/ME-IPEA nº 188, de 13 de janeiro de 2022, estabeleceu o Guia ACB como referencial metodológico oficial para estimativa de viabilidade socioeconômica de projetos de infraestrutura no país. Embora o Modelo de Cinco Dimensões e o Guia ACB sejam complementares, abordando diferentes aspectos, a ACB preliminar, descrita no Guia, é recomendada nessa fase da Proposta Inicial de Investimento, pois o projeto ainda não possui informações consolidadas para uma análise completa. Enquanto o “*Five Case Models*” trata todos os cinco elementos qualitativos com a mesma profundidade, o Guia ACB adiciona elementos pragmáticos para auxiliar os gestores responsáveis pelas dimensões estratégica e econômica.

Nessa linha, é fundamental que o Gerente de Projeto e sua equipe avaliem cuidadosamente os Fatores Críticos de Sucesso, levando em conta o Plano Plurianual (PPA) em vigor. Isso permitirá que eles determinem se os investimentos em infraestrutura específica são considerados uma prioridade durante o ciclo de planejamento estabelecido neste instrumento.

Para tanto, é preciso identificar a compatibilidade entre as diretrizes, objetivos e metas definidos no PPA que dizem respeito à infraestrutura ou serviços oferecidos que são objeto da Proposta de Investimento a ser desenvolvida. A análise do PPA também se relaciona com as ações na Dimensão Financeira, que serão abordadas posteriormente. Em suma, essa abordagem ajudará a garantir que os recursos e investimentos sejam direcionados para as áreas prioritárias, de acordo com o planejamento estratégico estabelecido pelo governo.

Do exposto, é fundamental avaliar de forma criteriosa os efeitos dessas medidas sobre a garantia do acesso universal e equitativo aos serviços essenciais à população, além da preservação dos interesses nacionais e do fomento ao desenvolvimento sustentável.

A pesquisa realizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em 2014, intitulada “Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária”, aponta para a prática internacional de utilizar siglas em idiomas estrangeiros para

⁶ Disponível em <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/choque-de-investimento-privado/avaliacao-socioeconomica-de-custo-beneficio>.

designar os novos arranjos institucionais que visam promover parcerias público-privadas, representando assim as diversas modelagens adotadas.

Em suma, pode-se afirmar que as PPPs podem ser consideradas na maioria das vezes a modelagem mais adequada para descrever situações em que a concessão de serviços públicos que é precedida pela realização de obras públicas, como determinado pelo artigo 2º, inciso III da Lei Federal nº 8.987/95. Contudo, é importante destacar que, para ser considerada uma PPP, é necessário que não haja contraprestação financeira do parceiro público para o parceiro privado, conforme estipulado pelo artigo 2º, parágrafo 4º da Lei Federal nº 11.079/2004.

O estudo apresenta exemplos de modelagens de parcerias público-privadas bem-sucedidas em outros países, que podem servir como referência para aprimorar os contratos de concessão no Brasil. Entre esses modelos, destacam-se:

Quadro 1 – Exemplos de modelagens de parcerias público-privadas internacionalmente reconhecidas

Nomenclatura	Definição/Conceito
DBFO (Design-Build-Finance-Operate) DBO (Design-Build-Operate)	Quando a entidade privada é responsável pela concepção dos projetos de arquitetura e engenharia, construção, financiamento e prestação de serviços relacionados à PPP (por exemplo, a construção de um hospital com a prestação de serviços clínicos à população).
DBFM (Design-Build-Finance-Maintenance)	Delegação ao setor privado das funções de concepção dos projetos de arquitetura e engenharia, construção, financiamento e prestação de serviços relacionados à manutenção da infraestrutura, conservação, vigilância, limpeza, alimentação (chamados pelos ingleses de “soft services”).
EPC (Engineering, Procurement, Construction)	Projetos nos quais o parceiro privado tem a responsabilidade de desenvolver o planejamento e o projeto, assim como gerenciar a construção do projeto e instalação de equipamentos necessários. Também chamado de “Turn Key”, que significa que o contratado deve entregar o objeto totalmente pronto a operar para o contratante.

<p>DBOT (<i>Design-Build-Operate-Transfer</i>)</p>	<p>O parceiro privado desenha, constrói, opera e transfere a infraestrutura ao final para o poder concedente; e, dentre outros.</p>
<p>BOT (<i>Build-Operate-Transfer</i>) ou BOOT (<i>Build-Own-Operate-Transfer</i>)</p>	<p>Esta nomenclatura é utilizada quando é relevante identificar a propriedade dos ativos construídos. As siglas “BOT” e “BOOT” são utilizadas muitas vezes como sinônimas. A principal diferença entre os projetos Portanto as modelagens referendadas se referem ao momento de transferência ao poder público da propriedade dos ativos vinculados à concessão (“bens reversíveis”). Nos projetos “BOOT”, a transferência dos ativos se dá ao término do contrato, a propriedade da infraestrutura é do privado. Nos projetos “BOT”, a transferência se dá logo após a conclusão da construção, a propriedade da infraestrutura é da Administração.</p>
<p>BOO (<i>Build-Own-Operate</i>)</p>	<p>Após construir e operar a infraestrutura, o privado não a transfere para o poder público.</p>
<p>ROT (<i>Refurbish-Operate-Transfer</i>)</p>	<p>Em qualquer das nomenclaturas acima a construção (“<i>built</i>”) pode ser substituída pela reabilitação ou reforma (“<i>rehabilitate</i>” ou “<i>refurbish</i>”) de bem público previamente existente. Nesse caso, refere-se a projetos com infraestrutura já existente, mas que demanda atualização das instalações para pleno atendimento dos serviços e indicadores de desempenho previstos no contrato.</p>

Fonte: Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária publicado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (2011)⁷. Adaptado e traduzido pelo autor.

É importante destacar que os contratos que envolvem apenas aquisição de equipamentos são regidos pelo normativo de licitação comum, conforme estabelecido pela Lei Federal nº 8.666/1993. Porém, quando há necessidade de investimentos na reforma de um bem público preexistente, como é o caso dos contratos ROT (Reforma, Operação e Transferência), é possível realizar contratos de PPPs com operação e manutenção. Nesses casos, a PPP é uma alternativa viável

⁷ <https://portal.antt.gov.br/documents/363688/389038/Estudo+Internacional+de+Contratos+de+Concess%C3%A3o+de+Rodovias.pdf>. Acesso em 21 Nov. 2022.

para garantir a eficiência na gestão dos recursos públicos, permitindo a participação do setor privado na recuperação do bem e na sua operação e manutenção, garantindo assim a sua sustentabilidade no longo prazo.

Embora a tendência à desestatização tem se mostrado benéfica para a sociedade, permitindo a realização de projetos que seriam inviáveis sem o investimento privado e contribuindo assim para o desenvolvimento econômico do país, entretanto, é preciso avaliar os benefícios diretos oferecidos à população, tais como a melhoria da qualidade dos serviços, redução de custos, aumento da eficiência, geração de empregos, modernização da infraestrutura, fortalecimento dos mecanismos de controle e fiscalização, transparência ativa e participação social.

Para entender a situação atual das desestatizações e regulação no cenário nacional, é fundamental compreender as complexidades da atividade regulatória e do papel das agências reguladoras, assim como a interação entre os Tribunais de Contas, as Autoridades Públicas e os setores regulados. O controle externo tem se mostrado como instrumento de garantia para o cumprimento das leis e a utilização adequada dos recursos públicos. Todavia, o equilíbrio entre a promoção da competição e a preservação do interesse público só será possível por meio de uma abordagem cooperativa e coordenada, impulsionado pela necessidade de recursos financeiros para investimentos prioritários.

Do exposto, é importante destacar que a transparência e o controle social são fundamentais para garantir a eficácia e a equidade dessas iniciativas, permitindo o monitoramento e avaliação das ações realizadas. Somente assim é possível assegurar que as políticas públicas sejam implementadas de forma responsável e democrática, atendendo aos interesses da sociedade como um todo.

2. Da atuação das Agências Reguladoras e Tribunais de Contas à luz da Lei Federal nº 13.848/2019 e IN TCU nº 81/2019

2.1. Contextualização, características e finalidades das Agências Reguladoras

A criação das agências refletiu as mudanças no cenário econômico global a partir da década de 1980, quando muitos países iniciaram processos de

privatização, desregulamentação e abertura comercial, impulsionados por ideias neoliberais e por pressões de organismos multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

No final do século XX, muitos países enfrentaram o desafio de regular setores recém-privatizados, como telecomunicações, energia e transporte. Para lidar com essa demanda, os governos criaram agências reguladoras independentes, especializadas e dotadas de autonomia técnica, administrativa e financeira.

De acordo com Guerra (2017, p. 144), a separação de competências entre a administração pública direta e indireta para a regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas foi fundamental para criar um ambiente propício à segurança jurídica dos contratos com o Estado e atrair capital privado, além de descentralizar a governança estatal sobre temas complexos e preponderantemente técnicos. Todavia, ressalta que o setor privado não deve assumir integralmente o papel do Estado na regulação de setores que, em tempos passados, foram considerados monopólios naturais.

A influência internacional contribuiu para a criação das agências reguladoras no Brasil, com destaque para as experiências dos Estados Unidos e da União Europeia, que consideram a regulação fundamental para garantir qualidade, eficiência, desenvolvimento econômico e social. O modelo americano inspirou a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em 1997, enquanto o formato europeu influenciou a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) em 1999.

Segundo especialistas como Carlos Ari Sundfeld, Luciano Tavares e Fabrício Augusto de Oliveira, as agências reguladoras possuem características específicas que as tornam únicas e que são fundamentais para o seu bom funcionamento. De fato, as agências reguladoras desempenham um papel importante na regulação de setores específicos da economia. A autonomia é uma dessas características-chave, pois ela garante que o governo não possa interferir de forma indevida nos assuntos regulados pelas agências, sendo garantida por lei e abrange diferentes aspectos.

A autonomia técnica permite que as agências tomem decisões com base em critérios técnicos e especializados, levando em consideração as peculiaridades do setor regulado. Essa independência técnica é fundamental para evitar interferências

políticas e garantir que as decisões sejam pautadas por conhecimento especializado.

A autonomia financeira é outra característica importante, pois permite que as agências tenham recursos próprios e não dependam exclusivamente do governo para financiar suas atividades. Isso evita pressões financeiras que possam comprometer a capacidade de atuação das agências e contribui para a sua independência.

Além disso, as agências reguladoras também contam com autonomia administrativa, o que lhes confere flexibilidade para gerir seus próprios recursos humanos, estruturas organizacionais e processos decisórios. Essa autonomia administrativa é essencial para que as agências possam tomar decisões de forma eficiente e ágil, respondendo às demandas do setor regulado.

A especialização é outra vantagem das agências reguladoras. Cada agência é responsável por regular um setor específico da economia, o que lhes permite desenvolver conhecimento técnico aprofundado e expertise na área de atuação. Essa especialização facilita a compreensão das dinâmicas e dos desafios do setor regulado, bem como a formulação de políticas regulatórias mais eficazes.

No entanto, é importante ressaltar que as agências reguladoras também precisam ser objeto de escrutínio e supervisão para garantir que atuem de forma transparente e em consonância com o interesse público. Mecanismos de prestação de contas, como audiências públicas e avaliações periódicas de desempenho, podem contribuir para a transparência e a responsabilidade das agências reguladoras.

Em resumo, as agências reguladoras possuem características específicas, como autonomia técnica, financeira e administrativa, que lhes conferem independência para regular setores específicos da economia. Essa autonomia, aliada à especialização nas áreas de atuação, é fundamental para garantir a eficiência e a imparcialidade na regulação, promovendo o interesse público e contribuindo para o bom funcionamento dos setores regulados.

Dessa maneira, estas devem assegurar a continuidade de suas atividades finalísticas, evitando-se quaisquer interferências políticas indevidas, de forma a garantir a confiança tanto dos agentes regulados quanto dos consumidores.

Nessa esteira, não se pode deixar de mencionar que as Agências Reguladoras têm natureza jurídica de autarquias sob regime especial, definidas inicialmente pelo Decreto-Lei nº 200/1967, caracterizando-as como unidades autônomas, a serem criadas por lei, com personalidades jurídicas distintas, patrimônio e receita próprias, para executar de forma indireta, as atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

De acordo com o artigo 5º, inciso I, do Decreto-lei nº 200, de 1967, as agências reguladoras são definidas como:

O serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Conforme aludido por Sundfeld (2000, p. 19)⁸, as várias agências não seguiram um modelo comum, nem têm competências idênticas, entretanto, mesmo assim há semelhanças gerais, que devem ser consideradas, a saber:

São entidades com tarefas tipicamente de Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas, decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de autonomia em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem ser demitidos livremente pelo Presidente ou Governador; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infraestrutura econômica.

Dessa forma, a autonomia e independência das autarquias especiais possibilita que as agências atuem com maior eficiência na regulação e fiscalização das atividades do setor privado, garantindo que as empresas cumpram as normas e padrões de qualidade estabelecidos pelo Estado e que o interesse público seja preservado.

Nesse sentido, pode-se dizer que a autonomia das agências reguladoras contribui para a estabilidade e a previsibilidade do ambiente regulatório, bem como para atrair investimentos e fomentar o desenvolvimento econômico. Ao garantir que as regras do jogo sejam claras e previsíveis, as agências reguladoras proporcionam

⁸ A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

segurança jurídica tanto para as empresas quanto para os consumidores, aumentando a confiança no mercado e estimulando a inovação e a competitividade.

É importante destacar que a regulação é uma atividade complexa, que envolve não apenas o estabelecimento de normas e padrões, mas também a fiscalização e a punição de eventuais violações. Todavia, as agências reguladoras devem ser capazes de se adaptar rapidamente às mudanças no ambiente regulatório e de inovações tecnológicas, de forma a acompanhar a evolução das relações de mercado e das novas necessidades das atividades regulatórias de setores específicos.

Atualmente, o Brasil conta com 11 Agências Reguladoras. As primeiras a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), em 1997, e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), de 1998⁹.

Posteriormente, no intuito de promover a regulação de outros setores sob o monopólio estatal, surgiram a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Cinema (Ancine), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e, mais recentemente, em 2005, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac).

Em resumo, as Agências Reguladoras são divididas em duas categorias: agências de infraestrutura e agências sociais, denominações amplamente utilizadas em estudos sobre regulação. A diferenciação entre esses dois tipos de autarquias especiais se dá pelos setores que regulam e pelas características das atividades reguladas. No entanto, elas compartilham a missão de buscar o interesse público e promover a regulação adequada nos setores em que atuam.

Vale destacar que a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), organização internacional composta por 38 países, tem como objetivo promover políticas que visam o desenvolvimento econômico e social, bem como elevar o nível de vida das populações de seus países-membros.

Esta organização internacional trabalha na elaboração de padrões e diretrizes para agências reguladoras em todo o mundo, com o intuito de garantir a qualidade dos serviços, proteger os direitos dos consumidores, promover a concorrência e o

⁹ <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1912>.

desenvolvimento dos setores regulados. E, seguindo seus referenciais, as agências reguladoras brasileiras foram classificadas da seguinte maneira:

- Agências de Infraestrutura, quando regulam setores de serviços públicos essenciais para garantir qualidade, eficiência e preços justos, enquanto promovem a concorrência e a inovação;
- Agências Sociais, quando regulam setores que afetam diretamente o bem-estar social, protegendo os direitos dos consumidores e garantindo qualidade, segurança e equidade.

É válido destacar que a regulação de setores desestatizados pode contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, garantindo concorrência justa, proteção dos direitos dos consumidores e eficiência no uso dos recursos naturais, e é essencial que as autarquias especiais tenham sua atuação fortalecida e aprimorada para cumprir adequadamente seu papel regulatório.

De acordo com Marques (2003, p. 12)¹⁰:

[...] é essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada, porquanto mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

Em resumo, as agências reguladoras têm como objetivo garantir a qualidade dos serviços, proteger os consumidores, promover a concorrência e o desenvolvimento dos setores regulados, e possuem poderes para definir normas, fiscalizar e aplicar sanções.

Ressalta-se que, a autonomia desses órgãos é constantemente remodelada através de alterações legislativas e interações com outros órgãos estatais. Em vista

¹⁰ MARQUES, M. O. Conhecimento e modernidade em reconstrução. Ijuí, RS: Ed. da Unijuí, 1993.

disso, necessitam de avaliação e aprimoramento constantemente para manter o funcionamento, apesar dos desafios enfrentados, como falta de recursos e interferência política.

A ação reguladora estatal não se resume apenas à intervenção indireta no domínio econômico, mas também na ordem social, devendo pautar suas ações na negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Desta forma, a imposição da vontade da autoridade estatal dá lugar na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

Dessa maneira, as agências enquanto instituições dotadas de competência quanto ao processo decisório em setores economicamente sensíveis devem ser guiadas pela tecnicidade, de modo que critérios meramente políticos não prejudiquem sua credibilidade, e, por conseguinte, possam atingir o resultado esperado por sua atuação reguladora.

Quanto à independência das agências reguladoras, Aragão (2003, p.9)¹¹ faz o seguinte comentário, *in verbis*:

Entendemos que a independência das Agências Reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, em vez de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva de seus interesses.

No entanto, no caso da ANEEL, o próprio contrato de gestão já dispõe e reafirma que “*a consecução dos objetivos, das metas previstas e os critérios de avaliação periódicos contidos neste contrato está vinculada à autonomia patrimonial, administrativa e financeira da gestão da ANEEL*”.

Segundo Nunes (2011), a autonomia financeira é um elemento fundamental para garantir que os reguladores tenham liberdade de imprimir regras estáveis para o mercado e realizar a sua função de fiscalização. Ademais, a autonomia financeira envolve questões relativas à previsibilidade de recursos orçamentários, condição

11 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

essa que somente pode ser atingida por meio da previsão legal de receitas próprias adequadas e da independência dos reguladores para prover a destinação de suas despesas.

Portanto, para que um ente governamental seja considerado autônomo, é importante que ele tenha a capacidade de determinar seu próprio orçamento e decidir como suas despesas serão alocadas. Quando ocorrem contingenciamentos orçamentários ou outras interferências financeiras, pode haver uma sensação de redução da autonomia dos órgãos reguladores de serviços públicos.

Além do mais, a falta de recursos financeiros e humanos também representa um obstáculo para a atuação eficaz das agências reguladoras. Isso porque essas entidades precisam de recursos adequados para realizar suas atividades de forma eficiente, o que inclui a contratação de pessoal especializado e a realização de pesquisas e estudos técnicos.

Embora a atuação das Agências Reguladoras tenha um impacto significativo na eficiência das atividades exploradas, é importante destacar que a criação de uma governança regulatória não deve se limitar a restringir a atuação arbitrária dos governantes e promoção de interesses de investidores externos.

É de extrema importância que essas autarquias especiais também considerem os aspectos sociais em suas decisões operacionais, a fim de equilibrar os interesses econômicos e sociais envolvidos. Sendo assim, a participação pública deve ser encorajada com mais ênfase, permitindo assim que as vozes dos cidadãos e das comunidades locais afetadas sejam ouvidas no processo regulatório.

Um aspecto central a ser considerado é a necessidade de ampliação e melhoria do acesso à informação em todos os setores da administração. Isso é extremamente importante em democracias modernas, onde a transparência se torna cada vez mais valorizada e é vista como fundamental para a governança democrática e a reforma do serviço público. A eliminação do “segredo” e o acesso amplo à informação são vistos como condições necessárias para prevenir a corrupção e promover a *Accountability*.

Ressalta-se que exigências administrativas onerosas e desnecessárias podem fomentar a corrupção e inibir o empreendedorismo, além de significarem

desperdício de recursos e perda de tempo que poderiam ser alocados para finalidades produtivas e geradoras de riqueza para a sociedade.

Note-se, ainda, que a regulação não acarreta, normalmente, impacto fiscal direto ao governo, mas implica custos reais aos consumidores e aos agentes econômicos. Hahn e Litan (2003, p. 2) ao discutirem a importância da regulação econômica e seu papel na promoção do bem-estar social, argumentam que a regulação adequada pode gerar benefícios significativos para a sociedade, tais como a melhoria da qualidade dos serviços prestados, a proteção dos direitos dos consumidores, a promoção da concorrência e a estimulação do investimento.

No entanto, os supracitados autores também alertam para o fato de que a regulação mal projetada pode levar a custos excessivos, ineficiências e distorções econômicas. Por essa razão, os autores enfatizam a importância de uma abordagem baseada em evidências na tomada de decisões regulatórias, que leve em consideração as necessidades e interesses de todas as partes envolvidas, bem como as consequências de longo prazo das políticas regulatórias implementadas. Por fim, apontam que a regulação relativa à saúde, segurança e meio ambiente custa aos Estados Unidos, anualmente, US\$ 200 bilhões, o que corresponde a 2% do produto interno bruto.

Estudos indicam que a transparência é um “remédio eficiente” para essas necessidades, especialmente quando combinada com a existência de uma democracia eleitoral regular, a publicização adequada das informações e a liberdade de imprensa. Isso reduz as oportunidades de corrupção “*ex ante*” e aumenta a *Accountability* “*ex post*”. (LINDSTEDT e NAURIN, 2006)

Neste sentido, a transparência se apresenta como um elemento indispensável para o bom funcionamento das Agências Reguladoras, uma vez que possibilita à sociedade ter conhecimento sobre as atividades desenvolvidas e, desta forma, favorecer possíveis avaliações sobre as decisões tomadas e se estão em consonância com o interesse público. Portanto, é importante que as informações estejam disponíveis de forma clara e acessível, para que a população possa participar ativamente do processo regulatório.

Do exposto, vale ressaltar que as Agências Reguladoras também são alvo de críticas, uma vez que, em alguns casos, a autonomia conferida a elas pode levar à falta de controle do Estado sobre as atividades reguladas. Além disso, há

questionamentos sobre a efetividade das ações de fiscalização e regulação das Agências, que muitas vezes não conseguem impedir abusos e práticas prejudiciais aos usuários, sendo necessário um constante monitoramento e aprimoramento de suas ações, visando o melhor atendimento aos interesses públicos, conforme trataremos no item seguinte.

Embora a reforma dos marcos regulatórios e a criação das agências reguladoras tenham sido importantes avanços, ainda há muito a ser feito para ampliar a capacidade regulatória dessas entidades. A complexidade do sistema político, a baixa mobilização da sociedade civil, as profundas desigualdades sociais e a tradição patrimonialista da Administração Pública brasileira são alguns dos fatores que dificultam a atuação efetiva das agências reguladoras.

2.2. Governança Regulatória no Brasil: Reflexões a partir da Lei Federal nº 13.848/2019.

A Lei Geral das Agências Reguladoras, também conhecida como Lei Federal nº 13.848/2019, tem como objetivo estabelecer princípios, regras e instrumentos para a regulação das atividades regulatórias. A lei trouxe novas perspectivas regulatórias para os agentes envolvidos, mas também criou diversos desafios que precisam ser abordados com cautela antes da formalização de novos arranjos institucionais.

Os principais benefícios da lei para as agências reguladoras foi a introdução de mandatos fixos e não coincidentes para diretores, processo de seleção formalizado com critérios claros e objetivos, e, a garantia de operação técnica e independente na regulamentação e supervisão dos setores econômicos e sociais em que atuam. Assim, tais inovações legislativas visam proteger os diretores de pressões políticas e interesses privados que possam influenciar suas ações.

No entanto, a nova legislação introduz novas incertezas e desafios que levantam dúvidas sobre a estabilidade e eficácia das agências reguladoras. É essencial expandir o diálogo aberto e transparente com todos os interessados, incluindo agências reguladoras, tribunais de contas, sociedade civil e setor privado, para favorecer a estabilidade e eficácia da regulação.

Nesse sentido alguns especialistas renomados argumentam que a Lei Federal nº 13.848/2019 representa uma ameaça à estabilidade e eficácia das agências

reguladoras, pois pode abrir espaço para interferência política e comprometer a eficácia da regulação em prol do interesse público. Portanto, é fundamental adotar medidas efetivas para minimizar os efeitos negativos da lei, como o fornecimento de mais apoio e recursos às agências reguladoras, permitindo que elas desempenhem suas funções de maneira técnica e imparcial.

Em geral, a Lei Geral das Agências Reguladoras representa um passo importante em direção a uma maior autonomia e independência técnica para as agências reguladoras no Brasil. Sua implementação deve ser cuidadosamente monitorada para garantir que a regulação não seja usada como uma ferramenta para interesses políticos ou econômicos e que as decisões sejam baseadas em evidências objetivas e análises técnicas embasadas.

O autor Alexandre Santos de Aragão (2019) destaca que a Lei Geral das Agências Reguladoras introduz importantes mudanças no regime jurídico das agências, a exemplo: *“da previsão de um processo seletivo para a escolha de seus dirigentes, a ampliação dos poderes de fiscalização e punição das agências, a obrigação de realização de audiências públicas e consultas prévias, a possibilidade de celebração de contratos de gestão com o poder concedente, dentre outras”*.

É importante ressaltar que a nova legislação, Lei Federal nº 13.848/2019, não só permite a celebração de contratos de gestão com o Poder Executivo pelas Agências Reguladoras, mas também enfatiza a transparência e a participação social, obrigando as agências a conduzir audiências públicas e consultas antes de tomar decisões importantes, além de publicar informações e dados relevantes para a sociedade.

Resta evidente que essa normativa representa um marco importante para a regulamentação das Agências Reguladoras, estabelecendo um regime jurídico unificado em sete capítulos que visam aprimorar a administração, organização, processos decisórios e controle social dessas entidades regulatórias.

Ademais, a Lei das Agências Reguladoras prevê a criação de um Conselho de Reguladores, composto pelos presidentes das agências reguladoras, que terá como objetivo promover a integração e a coordenação das atividades regulatórias, elaborando políticas regulatórias e realizando estudos conjuntos, entre outras atribuições.

Ressalta-se ainda que Lei Federal nº 13.848/2019 traduz a importância do controle externo sobre as atividades das Agências reguladoras, a fim de garantir a transparência, eficiência e eficácia na prestação dos serviços regulados. Para isso, a nova legislação estabelece que o Congresso Nacional e os Tribunais de Contas podem atuar em conjunto ou separadamente para elaborar relatórios anuais circunstanciados sobre as atividades das agências reguladoras.

Não resta dúvida de que o controle externo é fundamental para assegurar que as agências reguladoras estejam cumprindo suas atribuições legais e desempenhando seu papel de forma adequada. Além disso, os tribunais de contas são responsáveis pela fiscalização dos recursos públicos e para a transparência das decisões tomadas pelas agências reguladoras.

A nova legislação das Agências reguladoras também prevê a implementação de um plano de comunicação nos moldes dos artigos 14 a 16, a fim de garantir a divulgação das atividades e dos direitos dos usuários. Dessa forma, a população terá mais acesso às informações sobre as atividades das agências reguladoras, o que contribuirá para a transparência e a fiscalização dessas instituições.

Em resumo, o controle externo sobre as atividades das agências reguladoras é uma importante ferramenta para garantir a transparência, eficiência e eficácia na prestação dos serviços regulados, bem como para a fiscalização dos recursos públicos e a proteção dos direitos dos usuários. A nova legislação das Agências reguladoras busca fortalecer esse controle externo, visando uma gestão mais responsável e eficiente dessas instituições.

É preciso destacar que a legislação em destaque, Lei Federal nº 13.848/2019, também consagra de forma expressa o caráter autônomo dos órgãos reguladores, enumerando seus diversos elementos integradores, a exemplo: a autonomia funcional, deliberativa, administrativa e financeira, bem como mandatos com estabilidade predefinida, o que garante a efetividade da regulação e fiscalização dos setores regulados.

Segundo o autor Celso Antônio Bandeira de Mello (2016), a Lei Geral das Agências Reguladoras, não apenas contempla importantes aspectos de organização e funcionamento das agências, mas também traz novas regras para a atuação das mesmas, tais como: *“a criação de um mecanismo de governança, a imposição de obrigações de transparência e participação social, a previsão de medidas de gestão*

de riscos e compliance, e a definição de critérios de avaliação de desempenho das agências”.

É imperioso perceber que a regulação deve ser vista como uma importante ferramenta para equilibrar o desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente e dos direitos do consumidor. Nesse contexto, enfrentar tal desafio não apenas é importante, mas também indispensável para a construção de um futuro mais justo e sustentável.

Indubitavelmente, o momento exige uma postura enérgica e proativa na defesa do papel fundamental desempenhado pelas agências reguladoras na promoção do bem-estar social e do desenvolvimento sustentável do país.

Considerando a importância da preservação dos interesses regulados, tarefa esta complexa e desafiadora, a Lei Federal nº 13.848/2019 reconhece a necessidade de prevenção à corrupção através da implementação de técnicas de *Compliance*, as quais incluem a adoção de disciplinas e práticas que assegurem o cumprimento de normas institucionais e legislações relacionadas.

A nova legislação também incentiva a integração entre reguladores e órgãos antitruste, apresentando-se como peça fundamental para fomentar a concorrência em mercados regulados e garantir um ambiente de negócios mais justo e competitivo.

As agências reguladoras enfrentam desafios gigantescos em sua busca por autonomia e efetividade, tendo em vista o complexo contexto político-institucional em que estão inseridas, a escassez de recursos técnicos, aliada à ausência de uma estrutura institucional forte o suficiente para lidar com as complexidades inerentes às questões regulatórias, sofrendo, por conseguinte, ameaças constantes ao sucesso de suas atuações reguladoras e regulamentares.

Não obstante, a competência de outras instituições em áreas que se sobrepõem às atribuições das agências reguladoras, como a defesa da concorrência e a fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas, podem ocorrer conflitos que prejudicam a eficácia do sistema regulatório como um todo.

Buscando-se dirimir tais desafios, a nova legislação das Agências Reguladoras inova ao estabelecer a ferramenta do Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um instrumento para melhoria da qualidade regulatória, por meio de um

gerenciamento sistemático baseado nas melhores evidências disponíveis, como preconizado no Capítulo I da Lei Federal nº 13.848/19.

De acordo com Magalhães (2019)¹: “... a AIR permite avaliar os possíveis efeitos das regulamentações na economia, sociedade e meio ambiente, além de identificar alternativas menos onerosas e mais eficientes para alcançar objetivos pretendidos”.

Desta forma, a AIR se apresenta como uma importante ferramenta para o desenvolvimento de políticas públicas baseadas em evidências e participação social. A avaliação dos impactos regulatórios permite um processo decisório mais informado e eficiente, contribuindo para a redução dos custos e impactos negativos das regulamentações.

A incorporação de metodologias regulatórias baseadas em incentivos, como a regulação responsiva, nos procedimentos de inspeção das Agências Reguladoras, também tem sido objeto de intenso debate e investigação teórica e empírica, principalmente pela existência de correntes teóricas e práticas que ainda preconizam a adoção de modelos regulatórios tradicionais do tipo “Comando e Controle”, mesmo quando a atuação desse modelo regulatório tem revelado suas limitações, insuficiências e inadequações do próprio desempenho das agências regulatórias, a exemplo da ANATEL.

Nesta senda, mostra-se de grande relevância a adoção de uma abordagem normativa alinhada aos princípios propugnados pelas Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos, em especial aos modernos instrumentos regulatórios propostos pela Teoria da Regulação Responsiva. Pois, tais instrumentos se mostram mais eficazes, eficientes e efetivos na consecução dos objetivos regulatórios, o que é essencial em um contexto de constante mudança e evolução tecnológica.

A implementação de metodologias regulatórias baseadas em incentivos tem se tornado um instrumento proeminente nos procedimentos de inspeção das agências regulatórias, por se mostrar uma metodologia notável que enfatiza a importância das diretrizes da agência e a conformidade das entidades reguladas. Dessa forma, quando a entidade regulada demonstra conformidade com as diretrizes da agência, as medidas de inspeção podem ser mitigadas para promover um comportamento virtuoso.

A doutrinadora Levi-Faur discute a disseminação global do capitalismo regulatório e destaca a importância da regulação responsiva como uma forma de equilibrar a necessidade de regulamentação com a flexibilidade e a adaptação às circunstâncias locais. A autora enfatiza a importância da colaboração e do diálogo entre reguladores e regulados para alcançar a conformidade regulatória e evitar violações.

Em seu artigo traz uma revisão crítica da literatura sobre regulação responsiva e discute seus principais benefícios e desafios, conforme elucidada: “*A regulação responsiva incentiva a colaboração e o diálogo entre os reguladores e os regulados, permitindo que sejam tomadas medidas proativas para evitar violações e promover a conformidade com as normas*” - Levi-Faur, D. (2005)¹².

As propostas de mudança incentivadas na atuação reguladora têm como objetivo incentivar a adoção na Regulação de Inspeção Regulatória de parâmetros mínimos a serem considerados para a geração de um ambiente de confiança, cooperação e diálogo constante entre o regulador e a entidade regulada.

Desta forma, os esforços de inspeção não devem se concentrar apenas na identificação de infrações a serem penalizadas, mas também na busca por um comportamento ilibado e consistente da entidade regulada a ser incorporado em sua estrutura de governança corporativa e no uso de programas de conformidade. Essas medidas podem ajudar a medir a autenticidade do comportamento corporativo e sua capacidade de se tornar estável e propagável ao longo do tempo, enquanto também servem como fator de modificação do próprio mercado.

Nesse sentido, vale destacar que as ações regulatórias devem ser menos custosas tanto para a agência quanto para as entidades reguladas. Isso pode ser alcançado através da adoção de modelos regulatórios que valorizem o comportamento cooperativo das entidades reguladas alinhado com os objetivos primários da regulação.

Conforme informações disponíveis no site oficial do Tribunal de Contas da União (TCU), destaca-se a iniciativa primorosa da instituição em promover uma mudança institucional desde o início de 2023, por meio da implementação de uma nova estratégia de resolução de conflitos.

12 Levi-Faur, D. (2005). The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598(1), 12-32. doi: 10.1177/0002716204272269.

A Solução Consensual e Prevenção de Conflitos tem como objetivo principal promover a resolução de disputas de forma amigável, através do diálogo e do consenso entre as partes envolvidas. Essa metodologia tem sido cada vez mais difundida como um instrumento proeminente nos procedimentos de inspeção das agências regulatórias, uma vez que a regulação responsiva também enfatiza as soluções consensuais e eficazes de conflitos.

A implementação da SecexConsenso marca um avanço significativo no controle externo do Brasil. Essa nova iniciativa permite a resolução de disputas e problemas relevantes de forma consensual, promovendo segurança jurídica e diálogo institucional entre entidades estatais e privadas ligadas ao setor público.

Figura 6: Passo a passo da solução consensual de conflitos no TCU



Fonte: Portal TCU(2023)¹³

A criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) como uma unidade do Tribunal de Contas da União (TCU) tem como objetivo aumentar a eficiência e a economia do Estado

¹³ <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>

por meio de um diálogo aberto e franco entre o setor privado e a administração pública federal.

O presidente do TCU, Ministro Bruno Dantas, acredita que a criação da SecexConsenso só foi possível por meio da criação de uma estrutura sólida de governança, em que todas as partes envolvidas trabalhem de maneira estruturada, com fluxos de trabalho bem estabelecidos e transparência no compartilhamento de informações.

É importante destacar que essa iniciativa do TCU conta com o apoio da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) e segue as melhores práticas internacionais, inspirando-se em modelos já consagrados por outras instituições. Todas as questões relacionadas à jurisdição do TCU podem ser objeto de uma Solicitação de Solução Consensual (SSC), utilizando um instrumento especialmente criado para iniciar o processo de resolução de conflitos de forma consensual dentro do próprio Tribunal.

Desta forma, no processo de solução consensual de conflitos do Tribunal de Contas da União (TCU), o órgão de controle externo pode atuar tanto como mediador como árbitro. O primeiro passo é identificar o conflito, seguido da nomeação de um servidor responsável para conduzir o processo. As partes envolvidas são intimadas a participar e uma audiência de conciliação é realizada para tentar alcançar um acordo. Se houver acordo, um termo é elaborado e assinado por todas as partes e pelo servidor responsável, e o acordo é submetido à homologação do TCU. Se aprovado, ele tem efeito de título executivo extrajudicial, podendo ser executado sem a necessidade de uma ação judicial.

Destaca-se, por fim, que os primeiros casos processados na SecexConsenso foram propostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e envolvem a devolução do trecho ferroviário entre Presidente Prudente (SP) e Presidente Epitácio/SP e a atualização do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista (RMP). Essas propostas discutem a possibilidade de uma solução consensual para problemas relevantes no país, como a melhoria da infraestrutura e o impulsionamento do setor ferroviário. Entretanto, não foi possível trazer os resultados das situações apresentadas, tendo em vista que os processos de solução consensual de conflitos ainda não tinham sido concluídos até o fim da apresentação do presente trabalho.

2.3. Das novas perspectivas da atuação das Agências Reguladoras: Reflexões sobre obstáculos e aprimoramentos

A presente análise tem como objetivo destacar as principais dificuldades enfrentadas pelas Agências Reguladoras na atual conjuntura brasileira, mesmo após a publicação da Lei Federal nº 13.848/2019. Para isso, busca-se apresentar uma discussão concisa e fundamentada no intuito de contextualizar empiricamente estudos realizados sobre o tema. Em outras palavras, o autor pretende fornecer informações concretas e baseadas em evidências que de alguma forma possam refletir as dificuldades que as Agências Reguladoras continuam a enfrentar no cenário regulatório nacional.

O modelo de agências reguladoras no Brasil tem sido alvo de críticas quanto à sua independência e capacidade de atuação. O processo de implementação das agências reguladoras no país tem sido afetado por questões jurídicas e institucionais que geram conflitos entre interesses diversos, como os dos entes regulados, dos consumidores e do Estado. Apesar de serem necessárias para garantir o bom funcionamento da economia e a prestação de serviços públicos em diversos setores, as agências reguladoras foram criadas a partir de dinâmicas setoriais endógenas, sem um movimento coordenado da cúpula do governo no sentido de caminhar na direção de um Estado regulador.

Embora a reforma dos marcos regulatórios e a criação das agências reguladoras tenham sido importantes avanços, ainda há muito a ser feito para ampliar a capacidade regulatória dessas entidades. A complexidade do sistema político, a baixa mobilização da sociedade civil, as profundas desigualdades sociais e a tradição patrimonialista da Administração Pública brasileira são alguns dos fatores que dificultam a atuação efetiva das agências reguladoras.

Nesse sentido, observa-se que a governança regulatória no Brasil enfrenta uma série de desafios que afetam sua eficácia e efetividade. Entre eles, destacam-se a falta de coordenação entre as diferentes agências reguladoras, a interferência política em suas decisões, a dificuldade de acesso à informação e a baixa transparência das atividades regulatórias.

No entanto, é possível apontar alguns avanços recentes na governança regulatória no país. Um deles é a criação do Sistema Nacional de Informações de Regulação (SNIR), que tem como objetivo centralizar as informações e dados sobre

as atividades regulatórias, aumentando a transparência e facilitando o acesso à informação por parte da sociedade e dos diversos setores regulados.

Além disso, tem havido esforços para fortalecer a independência das agências reguladoras, garantindo-lhes maior autonomia e reduzindo a interferência política em suas decisões. Isso pode ser visto, por exemplo, na nomeação de membros das agências reguladoras por meio de critérios técnicos e objetivos, em vez de indicações políticas.

Outro avanço importante é a implementação e o aprimoramento da avaliação de impacto regulatório (AIR), que busca identificar e quantificar os custos e benefícios das regulamentações propostas, garantindo uma tomada de decisão mais informada e embasada em evidências.

Em resumo, embora os desafios ainda sejam muitos, os avanços recentes na governança regulatória no Brasil demonstram uma tendência positiva em direção a uma gestão mais eficiente, transparente e técnica das atividades regulatórias.

Através do Projeto de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação, realizado em parceria pela Controladoria-Geral da União (CGU) e o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos (UNOPS)¹⁴, publicado em maio de 2021, foi possível observar a maturidade do processo regulatório em nível nacional. Para isso, agências reguladoras federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal participaram do processo de diagnóstico apresentado.

O projeto foi composto por oito dimensões de análise: Competência e Efetividade Regulatória, Autonomia Decisória, Autonomia Financeira, Mecanismos de Controle, Fiscalização, Mecanismos de Gestão de Riscos, Análise de Impacto Regulatório e Regulação de Contratos.

Até o momento, as avaliações indicaram que 17 das 23 agências avaliadas estão nos estágios inicial ou básico, 02 em nível intermediário e 04 em estágio aprimorado, considerando as dimensões e aspectos avaliados pelo projeto.

No relatório, ainda são detalhadas as análises para cada uma das dimensões indicadas, bem como as principais boas práticas regulatórias relacionadas a cada uma delas. Como resultado da pesquisa, restou evidenciado ao final que as Agências Regulatórias necessitam fortalecer os esforços para reforçar os

¹⁴ Controladoria-Geral da União (CGU); Escritório das Nações Unidas De Serviços Para Projetos (UNOPS). Projeto de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação. Brasília: CGU, 2021.

Mecanismos de Gestão de Riscos, Análise de Impacto Regulatório, Regulação de Contratos e Autonomia Financeira.

É bem verdade, que os resultados do projeto se mostram bastante preocupantes, indicando a necessidade de aprimoramento da capacidade regulatória das agências e de demais órgãos reguladores, principalmente, em relação à competência e efetividade da regulação e fiscalização das atividades regulatórias, tendo em vista que foram identificadas fragilidades na elaboração e na revisão de normas e na avaliação dos impactos das regulações sobre a economia, a sociedade e o meio ambiente.

Além disso, a autonomia decisória das agências reguladoras também foi questionada, tendo em vista que foram identificadas interferências políticas e pressões externas que comprometeram a capacidade desses órgãos em tomar decisões independentes e baseadas em evidências.

Outra dimensão preocupante foi a autonomia financeira, que se mostrou insuficiente para garantir a independência das agências em relação aos demais poderes e à influência de grupos econômicos e políticos.

Em relação à análise de impacto regulatório (AIR), o projeto destacou a importância dessa ferramenta para a promoção da qualidade regulatória e da transparência na tomada de decisões, e apontou para a necessidade de aprimoramento da capacidade das agências em realizar essa análise de forma sistemática e baseada em evidências.

Nesse sentido, o projeto também destacou pontos fortes sobre a atuação das agências reguladoras, como a existência de novos mecanismos de controle e fiscalização que melhor evidenciam o cumprimento das normas e a transparência na atuação desses órgãos.

A partir dos resultados demonstrados no relatório consolidado pelo Projeto de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação, pode-se constatar que fortalecer a gestão pública é essencial para assegurar a prestação de serviços públicos de qualidade, transparência, eficiência e eficácia na aplicação dos recursos públicos.

Diante da crescente necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão pública, fortalecimento institucional e capacidade de resposta às novas

demandas surgidas na sociedade, é essencial que o Estado desenvolva sistemas regulatórios eficientes, capazes de lidar com os desafios impostos pela complexidade das relações econômicas e sociais contemporâneas. Para tanto, é necessário investir em capacitação técnica, estruturação institucional e autonomia das agências reguladoras, além de promover a transparência, a participação social e a accountability na gestão pública.

As recomendações de revisão interpares do sistema regulatório brasileiro indicadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁵ ressaltam a importância do modelo institucional da gestão da regulação, não apenas para o funcionamento do sistema regulatório em si, mas também para o crescimento econômico sustentável do país.

As agências reguladoras enfrentam diversos problemas, como a captura regulatória, que é a influência indevida de interesses políticos e empresariais sobre a tomada de decisões das agências, comprometendo sua independência e imparcialidade. Além disso, a indicação política dos dirigentes pode gerar instabilidade no mercado e afetar a confiança dos investidores na imparcialidade das decisões das agências reguladoras.

Desta forma, para evitar a captura e politização do processo regulatório, é fundamental fortalecer a transparência, responsabilização, independência, participação e recursos dos reguladores. Pois, esses problemas afetam negativamente a capacidade das agências reguladoras de tomar decisões imparciais e baseadas em evidências técnicas sólidas, o que prejudica o interesse público e a confiança da população nas instituições regulatórias.

Visando garantir a independência das agências reguladoras, o processo de nomeação dos dirigentes deve ser pautado na transparência e abertura ao escrutínio público. Assim, as nomeações deveriam ser feitas por meio de um processo claro e bem definido, com a participação da sociedade civil e a divulgação de critérios objetivos para a seleção dos agentes reguladores.

Diante deste contexto, é importante garantir a independência das Agências Reguladoras para que possam exercer suas funções adequadamente. Isso envolve

15 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Review of Regulatory Reform in Brazil: Ensuring Market Openness through Institutional and Regulatory Reform. Paris: OECD, 2008.

autonomia para tomar decisões técnicas e independentes, sem interferência política ou de grupos econômicos.

Para isso, é necessário assegurar orçamentos adequados, pessoal qualificado e independência financeira, bem como investir em capacitação, tecnologia da informação e mecanismos de avaliação de desempenho para aumentar a capacidade regulatória das agências. Isso permitirá a tomada de decisões imparciais, baseadas em evidências técnicas sólidas, garantindo o interesse público e a confiança da população nas instituições regulatórias.

Além do arcabouço normativo, é importante também ressaltar a importância de existirem guias práticos que possibilitem aos envolvidos na PPP realizarem a divulgação de informações de maneira adequada e tempestiva. Isso porque, segundo Banco Mundial (2017), o maior desafio na transparência em jurisdições que já possuem um arcabouço normativo geral parece ser a falta de definição de processos e guias práticos para divulgação de informações.

A falta de pessoal qualificado pode levar a atrasos na análise de processos, na elaboração de regulamentações e na fiscalização de atividades de risco, o que pode abrir espaço para pressões e interferências de grupos econômicos e políticos sobre as agências, comprometendo a imparcialidade e a independência dessas instituições. Portanto, é fundamental investir na qualificação do pessoal e garantir a autonomia das agências reguladoras para que possam exercer suas funções de forma imparcial e eficiente, em benefício do interesse público.

Um outro ponto que merece atenção, diz respeito à necessidade de investimentos por parte das agências reguladoras para reduzir e até mesmo eliminar o desnível de informações entre os usuários e os agentes regulados no processo de participação na atividade regulatória.

No entanto, ainda há espaço para melhorias nos mecanismos de transparência, apesar do esforço reconhecido na divulgação de suas decisões e atos administrativos. Logo, necessário se faz a criação de instrumentos que permitam uma maior visibilidade e compreensão das ações regulatórias, dada a heterogeneidade existente na sociedade em termos de recursos e conhecimento.

Não se pode deixar de mencionar que a problemática do “viés do otimismo” merece atenção dos agentes reguladores, tendo em vista que a

tendência em superestimar as expectativas favoráveis associadas a uma nova tecnologia, produto ou processo regulatório pode comprometer a tomada de decisão das agências reguladoras. Desta feita, ao promover uma avaliação excessivamente positiva dos riscos, pode resultar na subestimação dos potenciais efeitos negativos e consequências adversas, o que inclui riscos à saúde e segurança pública, dentre outros.

Para alcançar uma regulação efetiva em projetos de grande porte que exigem uma compreensão realista das insuficiências do mercado e ameaças à saúde pública e segurança, é importante lembrar que o otimismo excessivo pode ofuscar a realidade e impedir a adoção de medidas apropriadas. Nesse sentido, as ideias e contribuições do renomado economista ganhador do Prêmio Nobel, Daniel Kahneman, sobre os processos cognitivos que influenciam a tomada de decisão, são inestimáveis.

Em sua obra "*Thinking, Fast and Slow*" (2011), Kahneman explora a distinção entre os dois sistemas cognitivos que governam a tomada de decisão e apresenta uma variedade de heurísticas e vieses cognitivos que moldam nossas escolhas.

Em "*Choices, Values, and Frames*" (2000), ele aborda a teoria da perspectiva, que sugere que as pessoas não avaliam as situações objetivamente, mas em relação a um ponto de referência, o que influencia suas escolhas e preferências. Em resumo, o autor enfatiza a importância de reconhecer as limitações do pensamento humano na tomada de decisão, especialmente em contextos de política e economia, onde as consequências podem ser significativas e duradouras.

Assim, o "viés do otimismo" refere-se à tendência das pessoas de serem excessivamente otimistas em relação ao futuro, superestimando as chances de eventos positivos e subestimando as chances de eventos negativos. Embora possa ser útil em algumas situações, como incentivar a perseverança e a resiliência, também pode levar a decisões imprudentes e a falta de preparação para situações desafiadoras. É importante estar ciente desse viés e buscar um equilíbrio saudável entre otimismo e realismo.

Destaca-se ainda o problema da "deturpação estratégica" que surgiu como um desafio significativo enfrentado pelas agências reguladoras, especialmente quando grupos de interesse ou agentes usam informações ou dados de maneira enganosa para influenciar a tomada de decisão regulatória. Essa prática pode levar

a decisões que favorecem certos grupos em detrimento de outros, ou que não protegem adequadamente a saúde e a segurança pública.

A manipulação seletiva de informações por grupos de interesse com o intuito de alcançar resultados regulatórios favoráveis a seus interesses, mas contrários ao bem-estar da sociedade em geral, é uma prática que merece atenção por parte das agências reguladoras. Segundo Kraft e Furlong (2017)¹⁶, grupos de interesse têm a habilidade de utilizar a apresentação seletiva de informações e a retenção de outras informações para atingir resultados regulatórios que podem estar em seus interesses, mas não no interesse público.

Infelizmente, a “deturpação estratégica” pode assumir muitas formas, incluindo a apresentação de evidências incompletas, a interpretação seletiva de dados e a manipulação dos resultados de estudos. Os agentes que realizam essa prática podem ter motivações financeiras, políticas ou ideológicas que se sobrepõem aos interesses do público e dos regulados.

Não se pode deixar de mencionar a problemática que reside na “Seleção Adversa”, caracterizada por ser uma situação em que a assimetria de informação entre compradores e vendedores leva a um desequilíbrio de poder em um mercado, resultando em produtos de baixa qualidade sendo vendidos.

Tal situação de descompasso, “Seleção Adversa”, ocorre porque os compradores não têm informações completas sobre a qualidade do produto, enquanto os vendedores têm informações completas. Por exemplo, em um mercado de seguros de saúde, a seguradora pode estar em desvantagem quando não tem informações completas sobre a saúde de seus clientes. Uma maneira de lidar com a seleção adversa é criar mecanismos de sinalização para provar a qualidade do produto ou implementar políticas públicas para garantir a transparência e a equidade no mercado.

Segundo o estudo apresentado pelo jornal “O Estadão”¹⁷, um terço dos cargos previstos por lei nas 11 agências reguladoras federais estão vagos, o que equivale a uma taxa impressionante de 32,2%. A situação na Agência Nacional de Mineração (ANM) é ainda mais preocupante, pois é responsável por supervisionar um setor que

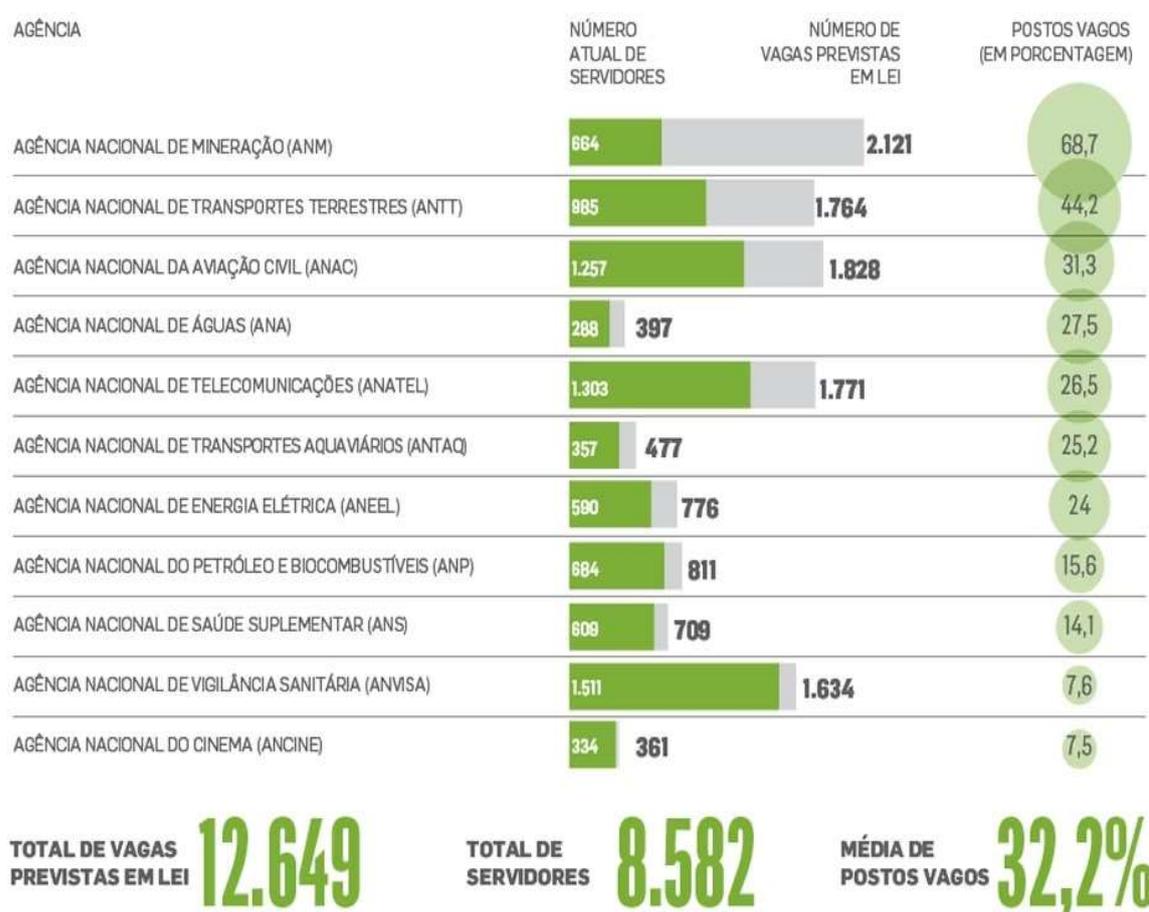
16 KRAFT, M. E.; FURLONG, S. R. Public Policy: Politics, Analysis, and Alternatives. Los Angeles: Sage, 2017.

17 <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2023/01/25/apagao-em-agencias-ameaca-fiscalizacao-em-barragens-e-rodovias.htm?cmpid=copiaecola>

gera uma receita anual de R\$340 bilhões, o equivalente a 4% de todo o PIB do Brasil. E, no entanto, apesar desta enorme responsabilidade, a ANM está atualmente operando com um número bastante reduzido de técnicos especializados, colocando todas as operações de mineração em risco. Sendo que, tal situação deveria alertar qualquer pessoa que tem preocupações com o futuro do Brasil.

Deve-se ressaltar que o número reduzido de servidores em atividade regulatória é alarmante, o que pode comprometer seriamente a qualidade da fiscalização e regulação dos setores que elas monitoram, colocando em risco a segurança e a qualidade dos serviços prestados aos cidadãos. O detalhado realizado pelo jornal “O Jornal Estadão” revelou que a falta de recursos humanos qualificados é ainda mais preocupante do que o se imagina, comprovando a situação calamitosa, conforme demonstrado na figura a seguir:

Figura 7: Demonstrativo de cargos vagos nas agências reguladoras



Fonte: Jornal “Estadão”(2023).

Outra situação que merece destaque, é o fato do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.792/RJ, decidirá se as concessões de obras e serviços públicos podem ser livremente retomadas pelos poderes públicos. Portanto, a Corte e as Agências Reguladoras enfrentam um momento decisivo em relação à segurança jurídica das concessões brasileiras, o que pode gerar insegurança no setor de infraestrutura.

Ressalta-se que essa decisão pode afetar a confiança dos investidores e prejudicar o desenvolvimento das operações de desestatizações relacionadas às obras de infraestrutura nacional ao trazer mais segurança jurídica e desincentivar o mercado, bem como poderá ocasionar um grande impacto negativo na estabilidade e confiabilidade dos marcos regulatórios do país, causando insegurança jurídica nas parcerias com a iniciativa privada.

Considerando as interferências jurisdicionais pelo Poder Judiciário em questões técnicas atinentes aos processos de desestatização e regulação, acarretando prejuízos substanciais à capacidade reguladora dos órgãos competentes, torna-se inquestionável e premente a necessidade imperativa de o Estado adotar um modelo institucional exemplar na gestão da regulação estatal, capacitado a enfrentar os intrincados desafios regulatórios e a promover de maneira eficaz o progresso socioeconômico do país.

As interferências jurisdicionais do Poder Judiciário em questões técnicas relacionadas aos processos de desestatização têm sido um tema de debate e discussão no âmbito do sistema jurídico. A desestatização refere-se ao processo pelo qual o Estado transfere para a iniciativa privada a titularidade e a gestão de empresas e serviços públicos.

O Poder Judiciário, como um dos pilares do sistema democrático, desempenha um papel fundamental na fiscalização e no controle dos atos praticados pelo Estado, inclusive nos processos de desestatização. No entanto, a interferência excessiva do Judiciário em questões técnicas pode gerar consequências indesejáveis e prejudicar o bom andamento desses processos.

Um dos principais pontos de discussão é a competência técnica dos juízes para decidir sobre questões complexas relacionadas à desestatização. Muitas vezes, os processos de desestatização envolvem áreas específicas do conhecimento, como engenharia, economia e finanças, que exigem expertise técnica

e experiência para uma análise adequada. No entanto, nem todos os juízes têm formação nessas áreas e, por vezes, podem tomar decisões baseadas em critérios subjetivos ou insuficientemente embasados.

Além disso, a interferência do Judiciário pode levar a atrasos nos processos de desestatização, o que pode acarretar prejuízos tanto para a administração pública quanto para a iniciativa privada. Decisões judiciais que suspendem ou anulam etapas dos processos de desestatização podem gerar insegurança jurídica e afastar potenciais investidores, prejudicando a eficiência e os resultados esperados com a transferência do controle estatal para a iniciativa privada.

Por outro lado, é importante ressaltar que o Poder Judiciário tem o papel de garantir o cumprimento da lei e a proteção dos direitos dos cidadãos. Em processos de desestatização, é fundamental que os princípios constitucionais sejam observados, como a publicidade, a legalidade, a moralidade e a impessoalidade. O Judiciário também pode atuar para evitar possíveis ilegalidades ou abusos por parte dos agentes públicos envolvidos nos processos de desestatização.

Nesse sentido, é necessário buscar um equilíbrio entre a atuação do Poder Judiciário e a expertise técnica necessária para os processos de desestatização. Uma possível solução seria a criação de órgãos técnicos de assessoria aos juízes, compostos por especialistas das áreas pertinentes, que pudessem auxiliar na análise e na tomada de decisão em questões técnicas complexas.

Em suma, as interferências jurisdicionais do Poder Judiciário em questões técnicas relacionadas aos processos de desestatização são um desafio que deve ser enfrentado de forma equilibrada.

2.4. Controle externo das agências reguladoras: limites e contornos jurídicos do papel dos Tribunais de Contas

A influência dos Tribunais de Contas na atividade regulatória das agências reguladoras tem ganhado destaque desde a publicação da Lei Federal nº 13.848/2019. Essa lei possibilita que os Tribunais de Contas exerçam controles sobre as agências reguladoras, levantando questões sobre os limites e as questões jurídicas envolvidas nesse processo.

Os Tribunais de Contas desempenham um papel de extrema importância na fiscalização das atividades da administração pública, garantindo a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos. No entanto, é fundamental encontrar um equilíbrio entre a supervisão adequada e a autonomia das agências reguladoras para evitar interferências indevidas.

Embora as auditorias regulares realizadas pelos Tribunais de Contas possam suscitar dúvidas sobre a autonomia das agências reguladoras, é importante reconhecer que a supervisão e fiscalização representadas pelo controle externo são fundamentais para garantir transparência e responsabilidade no setor público. O objetivo é evitar o caos e proteger os interesses da sociedade.

A atuação dos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras é um tema relevante, e é essencial destacar os limites e competências estabelecidos pela Constituição e pelas leis. Embora haja críticas sobre a extrapolação das competências dos Tribunais de Contas, é consenso que sua fiscalização é necessária para proteger os interesses da sociedade e do Estado.

É importante ressaltar que os Tribunais de Contas não devem interferir nas decisões técnicas das agências reguladoras, mas sim garantir que essas decisões sejam fundamentadas em critérios técnicos e legais adequados. Além disso, os Tribunais de Contas podem avaliar o cumprimento das metas e a defesa dos interesses dos usuários dos serviços regulados.

Assim, o fato de como ocorre o controle externo pelos tribunais de contas sobre a atividade de regulação estatal merece atenção no presente estudo, para o qual destacamos o artigo **“Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras?”**, elaborado por Eduardo Ferreira Jordão¹⁸, que a partir da adaptação da palestra apresentada em 28/10/2020 no Fórum sobre Concessões e PPPs, organizado pelo Estadão e pelo Grupo Hiriaem, traz os seguintes ensinamentos, *in verbis*:

A resposta mais óbvia a esta pergunta é a seguinte: os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras são, simplesmente, aqueles estabelecidos na Constituição e nas leis.

18 <https://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras>.

Essa resposta pode parecer tão óbvia, quanto banal e desnecessária. Afinal, este é o limite da atuação de quaisquer entidades públicas. Mas o fato é que a realidade e o dia a dia da atuação do TCU revelam a importância desta resposta óbvia, e a necessidade da sua afirmação.

É que, com a exceção dos autores que são membros do próprio TCU, a literatura é unânime em afirmar que a atuação do TCU extrapola inequivocamente e extensamente as competências que a Constituição e as leis preveem para ele. E a literatura é também praticamente unânime em registrar como várias das atividades hoje realizadas corriqueiramente pelo TCU encontram respaldo normativo *único* nas normas infralegais criadas pelo próprio TCU. Ou seja, foi o próprio TCU que criou a base normativa de parte significativa da sua atuação.

Nesse sentido, percebe-se que além das competências constitucionais e privativas relacionadas aos órgãos de controle, dispostas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, outras leis específicas também trazem em seu bojo atribuições legais à sua atuação. Entre estas, destacam-se: a Lei de Responsabilidade Civil (LC nº 101/2001), a Lei de Licitações (Lei federal nº 8.666/1993) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A Lei Federal nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa – classifica como ato de improbidade a omissão ao dever de prestar contas, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Dessa forma, é inegável que a obrigação de prestar contas se estende a toda pessoa física ou jurídica, seja ela pública ou privada, que de alguma forma utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, bem como aqueles pelos quais o Estado seja responsável, incluindo recursos oriundos de convênios e instrumentos similares.

Tal obrigação encontra respaldo no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 93 do Decreto-Lei nº 200/67. A má gestão dos recursos públicos vinculados ao objeto contratado, seja por administradores ou

pela pessoa jurídica de direito privado, deve ser imputada com responsabilização aos agentes responsáveis pelo acompanhamento e monitoramento dos atos de gestão.

A interação entre os órgãos de controle e as agências reguladoras é fundamental para garantir uma fiscalização eficiente e uma regulação transparente. Embora existam desafios e divergências sobre os limites dessa atuação, sendo necessário buscar um equilíbrio que promova a efetividade das políticas públicas e a transparência na gestão dos recursos.

Desta forma, necessário se faz encontrar um equilíbrio entre uma supervisão regulatória eficaz e a necessidade de evitar interferências indevidas nas decisões das agências reguladoras. Além das competências constitucionais e privativas dos órgãos de controle, outras leis específicas atribuem responsabilidades a eles, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Licitações e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Vale ressaltar que os Tribunais de Contas enfrentam severas críticas quanto à extrapolação de suas competências funcionais no controle das atividades regulatórias, ao ponto de interferir na autonomia das agências reguladoras. No entanto, o órgão de controle externo, em especial o TCU, argumenta que sua atuação é essencial para combater a corrupção e melhorar a infraestrutura e a prestação dos serviços à sociedade.

Embora existam divergências sobre o limite dessa atuação, é consenso que a fiscalização pelas Cortes e Contas é necessária para proteger tanto os interesses da sociedade quanto do Estado. A interação entre os órgãos de controle e as agências reguladoras é fundamental para garantir uma fiscalização eficiente e uma regulação transparente.

É inegável que os tribunais de contas tem um papel importante na fiscalização dos gastos públicos e na verificação do cumprimento das obrigações legais e institucionais pelas agências reguladoras. No entanto, é necessário ressaltar que os órgãos de controle externo não possuem autoridade para interferir nas decisões técnicas das autarquias, como exemplo determinar políticas de tarifação ou investimento. Em outras palavras, os Tribunais de Contas não podem se transformar em um ditador dos reguladores.

Por outro lado, é fundamental entender que os objetivos da fiscalização vão muito além dos atos administrativos de despesa e receita, uma vez que o uso adequado dos recursos públicos é um requisito básico para uma gestão pública eficiente. É preciso, portanto, buscar um equilíbrio entre a autonomia das agências reguladoras e o papel do TCU na fiscalização, visando uma colaboração mútua que promova a efetividade das políticas públicas e a transparência na gestão dos recursos. Em resumo, é necessário um trabalho conjunto e harmonioso para que a sociedade possa ter confiança na atuação do Estado.

Em alguns acórdãos, o Tribunal de Contas da União já destacou que as agências reguladoras devem ter autonomia em suas decisões técnicas e que o papel do TCU é garantir que essas decisões estejam fundamentadas em critérios técnicos e legais adequados. Por outro lado, a Corte de Contas também já apontou que as agências reguladoras devem prestar contas de suas atividades e que o órgão de controle externo pode fiscalizar a legalidade e a efetividade de suas ações.

A publicação pelo TCU da Instrução Normativa nº IN 81/2018 representou um papel significativo no aprimoramento dos controles externos sobre as desestatizações, proporcionando diretrizes claras, transparência e eficiência nos processos. Essa instrução estabelece procedimentos e critérios para a análise e fiscalização das privatizações e concessões realizadas pelo poder público.

A principal função da Instrução Normativa nº IN 81/2018 é garantir que os processos de desestatização sejam conduzidos de maneira legal, legítima e economicamente vantajosa para o Estado e para a sociedade. Ela estabelece parâmetros e diretrizes que devem ser seguidos pelos órgãos públicos responsáveis pelas desestatizações, como ministérios, autarquias e empresas estatais.

Uma das principais contribuições do normativo infralegal é a definição de critérios técnicos e metodologias para a avaliação econômico-financeira das empresas estatais que serão objeto de desestatização. Isso inclui a análise de indicadores financeiros, o cálculo do valor econômico das empresas e a definição de diretrizes para a definição dos preços mínimos de venda. Essas diretrizes buscam garantir que o processo de desestatização seja transparente e que os interesses públicos sejam preservados.

Além disso, a instrução normativa também estabelece a obrigatoriedade de realizar estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental, bem como a realização de audiências públicas para a participação da sociedade no processo de decisão. Essas medidas têm como objetivo ampliar a transparência e a participação social nos processos de desestatização, assegurando que as decisões sejam fundamentadas e que os impactos sociais e ambientais sejam adequadamente considerados.

Outro aspecto relevante da IN 81/2018 é a exigência de uma análise detalhada dos riscos envolvidos nos processos de desestatização. Isso inclui a identificação e a mitigação dos riscos jurídicos, financeiros, operacionais e de reputação, associados às privatizações e concessões. Essa abordagem visa proteger os interesses públicos e evitar que a transferência do controle estatal para a iniciativa privada gere prejuízos ao patrimônio público.

É importante ressaltar que a responsabilidade dos Tribunais de Contas, incluindo o TCU, é fiscalizar a administração pública quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de seus atos administrativos. Nesse sentido, a IN 81/2018 fortalece o papel desses tribunais como órgãos de controle externo, fornecendo diretrizes claras e objetivas para a análise e a fiscalização dos processos de desestatização.

No entanto, é necessário garantir um equilíbrio entre a fiscalização e o estímulo ao desenvolvimento econômico do país. O excesso de burocracia e a demora nos processos de análise e aprovação podem prejudicar a eficiência e a agilidade das desestatizações, afastando potenciais investidores.

Algumas análises apontam que as auditorias regulares realizadas pelos Tribunais de Contas podem interferir na autonomia das agências reguladoras, suscitando dúvidas quanto aos limites de sua atuação. Porém, a complexa rede de supervisão e fiscalização representada pela “responsabilidade de segundo grau” é uma ferramenta poderosa de controle externo, capaz de garantir transparência e responsabilidade no setor público.

Desta forma, é importante ressaltar que cada caso concreto deve ser avaliado individualmente e que os limites das competências podem variar de acordo com a situação específica. Por isso, é sempre importante acompanhar as atualizações dos julgados com relação a suas competências sobre as agências reguladoras.

Portanto, entende-se que não se trata do poder do Tribunal, mas de um dever constitucional de fiscalização da execução dos contratos de concessão. É evidente que tal controle não deve importar em sobreposição de atribuições. Nesse sentido, uma análise superficial poderia indicar redundância das esferas de controle e conflito de competências, por sobreposição, uma vez que uma das atribuições das agências é justamente fiscalizar os contratos de concessão e de permissão, bem como os atos de autorização de serviços públicos.

Segundo Gustavo Leonardo Maia Pereira(2018), podemos entender melhor a tradução do contexto acima narrado, ao perceber que, in verbis:

[...]

Dessa forma, considerados os variados mecanismos de controle a que estão sujeitas as agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, tem ganhado enorme importância no cenário político-institucional brasileiro a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Daí a impactante, e talvez até exagerada, afirmação de Mendonça (2017), no sentido de que “a Corte de Contas é o maior regulador brasileiro”, que denota a proeminência que o TCU vem assumindo na conformação das políticas públicas, inclusive regulatórias, fazendo com que a interação entre as agências e o TCU mereça atenciosa observação e reflexão.

Sendo assim, percebe-se que o controle externo da atividade regulatória é um instrumento fundamental da atuação reguladora em atividades regulatórias, que tem o objetivo de assegurar que as agências reguladoras e outros órgãos envolvidos estejam agindo de forma eficiente e eficaz, respeitando as leis e os interesses da sociedade. No entanto, a complexidade e a dinamicidade desses processos geram muitas vezes conflitos de competências entre os órgãos envolvidos, o que pode prejudicar a eficácia do sistema regulatório como um todo.

Para enfrentar esses desafios, a “*Accountability Horizontal*” emerge como uma importante ferramenta de gestão pública. Esse mecanismo se baseia na ideia de que órgãos de poder equivalentes dentro de uma mesma esfera de governo devem se responsabilizar mutuamente pelos resultados obtidos, estabelecendo critérios claros de atuação e responsabilidade. Isso ajuda a evitar conflitos de competência e a promover a eficiência e eficácia do sistema regulatório.

Ademais, a “*Accountability de Segundo Grau*” é um termo utilizado para descrever a responsabilização exercida por instituições ou órgãos que

supervisionam outras instituições ou órgãos públicos. Em outras palavras, é a responsabilidade de um órgão superior de controlar a ação de um órgão inferior e garantir que este esteja atuando de acordo com as normas e regulamentações estabelecidas.

No contexto dos Tribunais de Contas, a "*Accountability de Segundo Grau*" ajuda a garantir a transparência e a prestação de contas no setor público, além de incentivar a melhoria da gestão e o uso adequado dos recursos públicos. Isso significa que os Tribunais de Contas têm o papel de avaliar as ações e atividades desses órgãos públicos, incluindo as agências reguladoras, que possuem autonomia administrativa e financeira e garantir que estejam atuando de forma eficiente, eficaz e em conformidade com a legislação aplicável.

A Lei Federal nº 13.848/2019 e a Instrução Normativa TCU nº 81/2018 desempenham um papel fundamental na garantia da transparência e objetividade do processo regulatório. Essas normas estabelecem critérios claros para a atuação dos órgãos de controle, estabelecendo a necessidade de avaliação periódica dos resultados e a prestação de contas à sociedade.

A implementação da "*Accountability de Segundo Grau*" por parte dos Tribunais de Contas é uma ferramenta essencial de controle externo que visa garantir a eficácia da atuação do controle externo. Esse mecanismo incentiva melhorias na gestão e promove o uso responsável dos recursos públicos. Por meio da prestação de contas, os órgãos reguladores são estimulados a aprimorar suas práticas e tomar medidas corretivas quando necessário, garantindo assim uma gestão mais eficiente e eficaz.

3. Da atuação dos Tribunais de Contas e dos órgão reguladores nas atividades regulatórias no âmbito Estado da Bahia

A Bahia tem um histórico pioneiro na criação de agências reguladoras estaduais no Brasil. Em 1998, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia foi criada, colocando o estado na vanguarda da regulação estadual. A partir daí, outras agências reguladoras foram criadas, como a AGERSA e a AGERBA, ambas com o objetivo de regulamentar e fiscalizar os serviços

públicos concedidos na Bahia, garantindo a qualidade e eficiência dos serviços prestados à população.

A AGERBA é responsável pela regulação e fiscalização dos serviços de transporte intermunicipal de passageiros e cargas, transporte hidroviário de passageiros e pela regulação do serviço de energia elétrica no estado. Já a AGERSA é responsável pela regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico nos municípios do estado. Ambas as agências possuem conselhos consultivos formados por representantes do poder público e da sociedade civil, o que amplia a participação e controle social na regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos.

A atuação dessas agências é fundamental para garantir a qualidade dos serviços e a proteção dos direitos dos usuários. Mesmo com a fusão da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia com a AGERBA, a Bahia tem uma trajetória única na criação de suas agências reguladoras, que foram projetadas para proteger os interesses do público, estabelecer padrões de qualidade e garantir a segurança e a eficiência dos serviços públicos.

Nesse contexto, o governo do Estado da Bahia editou o Decreto Estadual nº 16.522, de 30/12/2015, que “Dispõe sobre a estruturação de projetos no âmbito da Administração Pública, a Manifestação do Interesse da Iniciativa Privada e o Procedimento de Manifestação de Interesse” e delibera, em seus arts. 3º e 4º, sobre a Secretaria Executiva e a BAHIAINVESTES.

A classificação das agências reguladoras baianas como unissetoriais e multissetoriais é importante para entender as atribuições de cada agência, mas não deve ser utilizada como a única forma de caracterizar a atuação das agências. É importante lembrar que as agências reguladoras têm como objetivo garantir a efetivação dos direitos sociais e a proteção dos interesses dos usuários dos serviços regulados.

A AGERBA pode ser caracterizada como uma agência reguladora que atua tanto no campo econômico quanto na infraestrutura, enquanto a AGERSA tem um enfoque mais social.

A instituição de meia passagem estudantil nas travessias marítimas Salvador/Itaparica e Salvador/Vera Cruz pela AGERBA é uma medida importante

para garantir o acesso à educação dos estudantes e tem uma dimensão social relevante. Da mesma forma, a criação da tarifa social no serviço público de transporte hidroviário de navegação marítima ligando o município de Salvador à Ilha de Itaparica e a suspensão do transporte rodoviário intermunicipal com vistas a prevenção da COVID-19 pela AGERBA demonstra a importância da atuação das agências reguladoras para garantir o acesso aos serviços públicos e a proteção da saúde pública.

A pesquisa realizada nesta seara teve como escopo analisar o controle externo das atividades regulatórias na Bahia, com base em diversas fontes, tais como auditorias e decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE/BA), decisões judiciais, estudos técnicos, matérias jornalísticas e uma bibliografia limitada. Essas fontes permitiram uma análise e avaliação do modo como as desestatizações e a regulação são conduzidas no Estado, com um foco específico na ampla operacionalização das Parcerias Público-Privadas (PPPs). A escolha de concentrar-se nas PPPs foi motivada pela complexidade do assunto, que apresenta dificuldades no acesso a recursos acadêmicos que possam abordá-lo de maneira abrangente.

A análise da atuação regulatória foi fundamental para fornecer informações valiosas sobre as melhores práticas associadas à gestão das PPPs, bem como para destacar as principais vulnerabilidades e riscos que são intrínsecos a esses empreendimentos. Como resultado, é possível identificar as medidas necessárias para aprimorar a implementação e execução dessas parcerias, garantindo, assim, que os serviços oferecidos à população sejam de alta qualidade e eficácia.

3.1. Da situação da Concessão Rodoviária administrada pela VIABAHIA

Inicialmente, visando trazer situações empíricas, já conhecidas relacionadas à temática e ao Estado da Bahia, bem como buscando analisar cláusulas editalícias e contratuais voltadas ao aprimoramento da gestão pública de rodovias através de uma perspectiva jurídica sobre possíveis problemas informacionais e assimetria de informações. O estudo traz breve análise da concessão do último lote de rodovias que compôs a 2ª Etapa do Programa Federal de Concessões Rodoviárias - PER, em especial o Edital de Concessão nº 01/2008, Contrato de Concessão, s/n, celebrado

entre a Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT e a VIABAHIA Concessões e Rodovia S.A., em 03 de setembro de 2009, nos moldes do Decreto Federal nº 2.444/1997.

O contrato de concessão celebrado em 2009 envolveu a gestão de 680 quilômetros de rodovias no estado da Bahia por um período de 25 anos. A concessionária passou a ser a responsável pela exploração da BR-324, de Salvador até Feira, da BR-116, de Feira até a divisa de Minas, e alguns trechos das BAs-526 e 528, atravessando 27 municípios, no intuito de contribuir para a melhoria do fluxo de transportes rodoviários e fortalecimento da economia regional.

Em resumo, o objeto do contrato abrange serviços de recuperação, operação, manutenção, conservação, duplicação, terceiras e quartas faixas, além da implementação de melhorias importantes, como passarelas e outras medidas de segurança, no intuito de ampliar a capacidade de sistema rodoviário, incluindo tanto trechos de rodovias federais quanto do Estado da Bahia delegadas ao governo federal.

Vale destacar que o critério de julgamento estabelecido no edital foi a melhor proposta econômica, com a menor TBP a ser cobrada dos usuários. A concessão foi vencida pelo consórcio VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A, em sessão pública no dia 21/01/2009, na sede da BOVESPA (SP), que apresentou uma tarifa de R\$2,21, um deságio de 21% em relação à tarifa-teto de R\$2,80.

A VIABAHIA inicialmente era composta, originalmente, pela empresa espanhola Isolux Infrastructure (com 70%) e a Infravix (30%) – controlada pela Engevix. O segundo envelope foi entregue pelo consórcio Companhia Brasileira de Rodovias, formado por três empresas: Heleno e Fonseca Engenharia; LBR e CRA, no valor de R\$2,51.

Em 03/09/2009, por intermédio da ANTT, foi assinado o contrato entre a União e o consórcio vencedor, mediante assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência, momento em que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) transferiu o sistema rodoviário e o inventário da rodovia à VIABAHIA, efetivando-se em 20/10/2009.

Em 2015, iniciaram-se as negociações entre a Isolux e a PSP Investments, um dos maiores fundos de pensão do Canadá, para aquisição da participação da

Isolux na VIA BAHIA. No mesmo ano, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) aprovaram formalmente a transferência do controle acionário indireto na Companhia, fazendo com que a PSP se tornasse a sócia majoritária da VIABAHIA.

Em 21/10/2016, a ANTT autorizou a proposta de alteração societária, tendo sido constituída a ROADIS Transportation, veículo de investimentos em ativos de concessão rodoviária e ferroviária, controlada integralmente pelo fundo PSP Investments.

Por fim, no mês de abril de 2020, foi celebrado o contrato de compra e venda de ações e outras avenças entre os grupos ROADIS e Engevix, através do qual 100% do capital social da VIABAHIA passou a ser detido pela ROADIS Transportation.

Ressalta-se que, a concessão de rodovias é uma forma de transferir a gestão e a responsabilidade pela manutenção e administração das rodovias para uma empresa privada por um determinado período, mediante o pagamento de tarifas pelos usuários. O modelo tem como objetivo aprimorar a qualidade dos serviços prestados, garantindo a manutenção e o desenvolvimento contínuo das estradas.

No entanto, é imperativo destacar que em contratos envolvendo PPPs sejam estabelecidas cláusulas contratuais e editalícias precisas e abrangentes, a fim de assegurar a integral observância das obrigações por parte da concessionária, a prestação de serviços de alta qualidade e a garantia da sustentabilidade econômica e financeira da concessão ao longo do tempo.

Durante a execução dos contratos, é importante que os parceiros estejam devidamente preparados para lidar com as inevitáveis mudanças. Considerando a natureza complexa e de longa duração dos contratos de Parcerias Público-Privadas (PPPs), sendo essencial a inclusão em contrato de cláusulas flexíveis capazes de se adaptar a essas alterações.

Nesse sentido, é fundamental que os editais de licitação e os contratos de concessão estabeleçam cláusulas que exijam o compartilhamento de informações relevantes, como relatórios de desempenho, investimentos realizados e eventuais problemas identificados. Dessa forma, promove-se uma maior igualdade de condições entre as partes e viabiliza-se uma gestão mais eficiente e transparente.

Dentro deste contexto, a presente análise busca trazer uma abordagem breve para o impasse gerado na relação contratual da concessão, relacionada ao Edital de Concessão nº 01/2008, concedida à VIABAHIA, que vem representando uma situação de desequilíbrio contratual que afeta tanto a concessionária quanto a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e, especialmente os usuários que vêm pagando tarifas altas sem a ocorrência dos respectivos investimentos, em desrespeito às obrigações contratuais e à segurança jurídica.

Nos últimos anos, a VIABAHIA enfrentou diversas questões e críticas em relação à qualidade dos serviços prestados e às condições das rodovias sob sua responsabilidade. Alguns dos problemas relatados pelos usuários e pela população em geral incluem:

- Condições precárias das estradas: Muitos trechos das rodovias administradas pela VIABAHIA apresentam buracos, desníveis e falta de manutenção adequada. Essas condições podem causar acidentes e danos aos veículos.
- Falta de sinalização adequada: A sinalização deficiente em algumas partes das rodovias dificulta a orientação dos motoristas, aumentando os riscos de acidentes e congestionamentos.
- Pedágios elevados: Os valores cobrados nos pedágios são considerados altos por muitos usuários, especialmente levando em conta a qualidade das rodovias. Isso gerou críticas quanto à relação custo-benefício dos serviços prestados pela concessionária.
- Problemas de congestionamento: Alguns trechos das rodovias administradas pela VIABAHIA são conhecidos por apresentarem congestionamentos frequentes, especialmente em períodos de grande movimentação, como feriados e fins de semana.

Em entrevista exclusiva ao jornal “A TARDE”¹⁹, publicado em 06 de dezembro de 2021, o presidente da concessionária Via Bahia, José Bartolomeu, criticou a insegurança jurídica brasileira que afeta o contrato de concessão assinado em 2009 com validade até 2034.

Afirma ainda em seu discurso, que a falta de revisões quinquenais, teria levado a um desequilíbrio econômico e financeiro significativo da concessionária, o que impediu a empresa de investir R\$7 bilhões nas melhorias e obras rodoviárias. Alega ao fim ter efetuado mais de 80% dos gastos previstos em manutenção apenas na BR-324, justificando as despesas extraordinárias em razão

¹⁹ <https://atarde.com.br/bahia/temos-r-7-bi-de-investimentos-represados-pela-falta-de-revisao-do-contrato-diz-presidente-da-via-bahia-1181211>

de problemas com as obras no solo massapé, além de ter realizado mais de 90% do investimento em obras obrigatórias.

Não se pode perder de vista que a situação posta em debate se refere a um contrato de concessão de 680 quilômetros de malha viária, sete praças de pedágio, 15 pontos de atendimento ao usuário, atravessamos 27 municípios, que, no seu total, somam mais ou menos 4,7 milhões de habitantes no entorno da rodovia.

Neste período, entre 2009 a 2021, a VIABAHIA afirma ter investido mais de R\$2 bilhões em obras de infraestrutura rodoviária, alegando ainda ter criado 1.400 postos de trabalho, diretos e indiretos, e geração de mais de R\$ 200 milhões em impostos pagos, principalmente em ISS para os municípios.

A situação de impasse está intrinsecamente relacionada aos investimentos privados não realizados pela VIABAHIA tendo ocasionado a formalização pela concessionária de pedido junto ao governo federal para a promoção da revisão quinquenal, conforme estabelecido no contrato. No entanto, a falta de colaboração da concessionária em realizar os investimentos contratualmente estabelecidos e a falta colaboração com revisão do equilíbrio-econômico do contrato levou a ANTT a aplicar medidas punitivas, como multas e outras penalidades previstas em contrato.

Essas medidas punitivas têm impactado não apenas na segurança jurídica do contrato, mas também na confiança dos usuários e investidores no serviço prestado. A falta de investimentos realizados pela VIABAHIA afeta diretamente a qualidade e a infraestrutura das rodovias concedidas, o que pode comprometer a segurança e a eficiência do transporte, além de prejudicar o desenvolvimento econômico da região atendida.

A concessionária alega que o reajuste tarifário seria necessário para viabilizar os investimentos na requalificação da rodovia. Segundo a VIABAHIA, o valor da tarifa básica seria aumentado de R\$ 5,10 para R\$ 14, representando um aumento de 140% em relação ao valor praticado no pedágio da BR-116.

Esse aumento significativo no valor da tarifa desperta preocupações sobre o impacto nos usuários, especialmente considerando a falta de investimentos realizados até o momento. É essencial que qualquer reajuste tarifário seja cuidadosamente avaliado em termos de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como em relação aos benefícios proporcionados aos usuários das rodovias.

Portanto, a questão do impasse com a concessão da VIABAHIA envolve não apenas a revisão quinquenal e a falta de investimentos privados, mas também a aplicação de medidas punitivas pela ANTT e a proposta de aumento significativo na tarifa básica. É fundamental que todas as partes envolvidas busquem soluções que equilibrem as necessidades de investimento, a segurança jurídica e os interesses dos usuários das rodovias.

Ocorre que, a concessionária atualmente encontra-se com suas obrigações suspensas por decisão judicial, tendo em vista o reconhecimento judicial de que a ANTT não concluiu a revisão quinquenal dos anos de 2014 e 2019, o que provocou o conflito de interesses deflagrado. Ao mesmo tempo em que a concessionária pleiteia que seja realizada a revisão quinquenal em contrapartida da liberação dos investimentos privados, tendo requerido tanto no processo judicial quanto arbitral, promovido perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil - Canadá - CAM-CCBC, Procedimento Arbitral nº 64/2019/SEC7.

Ressalta-se que, a decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acatou por unanimidade os argumentos apresentados pela VIABAHIA em relação à responsabilidade da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) pelas inexecuções das obras previstas em contrato. Essa decisão é definitiva e reconhece o dever e a mora da ANTT em promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É imprescindível ressaltar o impacto significativo e favorável da decisão proferida no agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000, resultante do indeferimento da liminar pleiteada pela VIABAHIA na ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.01.3400. O objetivo dessa ação era afastar a exigibilidade das obrigações não essenciais e as penalidades decorrentes de um eventual descumprimento das obrigações e parâmetros de desempenho estabelecidos no Programa de Exploração de Rodovias - PER, até que a 1ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão fosse concluída.

A relevância dessa decisão reside no fato de que o agravo de instrumento foi provido favoravelmente, ou seja, a VIABAHIA obteve uma vitória no sentido de que suas demandas foram atendidas pelo tribunal competente. Isso implica a suspensão temporária das obrigações não essenciais e das penalidades relacionadas ao

descumprimento dos parâmetros estabelecidos pela ANTT, até que a 1ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão seja finalizada.

Portanto, a decisão do STJ estabelece que a Concessionária não pode sofrer sanções ou consequências devido à não realização das obras, as quais permanecerão suspensas até que a ANTT cumpra sua obrigação de revisar o contrato. Vale ressaltar que essa revisão deveria ter sido feita inicialmente em 2014 e posteriormente em 2019.

Contudo, essa nova decisão embora não aparente ser benéfica aos usuários de um modo geral, reafirma a importância do respeito à segurança jurídica e ao cumprimento do contrato de concessão por parte da ANTT, a fim de viabilizar os investimentos necessários para a comunidade.

De acordo a decisão, a concessionária fica isenta de cumprir a maior parte de suas obrigações contratuais até que a ANTT conclua a revisão quinquenal. No entanto, é importante observar as imprecisões e repetidas alegações apresentadas pela concessionária no processo arbitral, o que tem causado a procrastinação no cumprimento de suas obrigações, respaldada por uma decisão judicial liminar.

Como é de conhecimento geral, o processo de revisão quinquenal da VIABAHIA está em andamento na ANTT, seguindo as diretrizes estabelecidas pela Resolução ANTT nº 5.859/2019. No entanto, a concessionária já expressou em duas ocasiões que não participará desse processo, alegando que a mencionada resolução é a única norma regulatória aplicável e inadequada para conduzir a revisão quinquenal.

A falta de cooperação da concessionária VIABAHIA nesse processo de revisão representa um desafio para a ANTT. No entanto, é fundamental que a agência busque outras fontes de informação para garantir a realização adequada do processo. Além disso, a ANTT deve avaliar a necessidade de aplicar novas medidas punitivas ou buscar soluções consensuais para resolver os conflitos de interesse, se necessário, a fim de assegurar o cumprimento do contrato e a qualidade dos serviços prestados aos usuários.

No entanto, é importante observar as imprecisões e repetidas alegações apresentadas pela concessionária no processo arbitral, o que tem causado a

procrastinação no cumprimento de suas obrigações, respaldada por uma decisão judicial liminar.

Percebe-se que o Edital de Concessão nº 01/2008 adotou um modelo de leilão "fechado de primeiro preço", o que pode gerar assimetria de informações entre os licitantes. Para minimizar essa assimetria, o Edital de Concessão nº 01/2021 poderia ter incluído uma cláusula que limitasse o deságio máximo dos lances em 16,25%. Essa medida demonstraria que o poder concedente elaborou estudos de viabilidade mais consistentes e robustos, capazes de estabelecer um limite para propostas inviáveis. Além disso, a utilização de tal cláusula poderia reduzir o risco de seleção adversa.

Outra questão negativa existente no Edital de Concessão nº 01/2008 foi a inexistência de limite ao deságio máximo que os proponentes poderiam ofertar. Esse edital previa apenas, na cláusula 9.1.3, a possibilidade da Comissão de Outorga realizar diligências que permitissem apurar a viabilidade da execução. Esse fato demonstrava certa assimetria de informações por parte do poder concedente, o que abria espaço para seleção adversa.

Da análise do Edital de Concessão nº 01/2021, percebe-se a utilização de outros mecanismos para reduzir o risco de "seleção adversa", também conhecida como risco moral antes da transação, como por exemplo a exigência de uma garantia de R\$20 milhões para a proposta, que é devolvida após a assinatura do contrato. Tal postura, buscou desencorajar comportamentos oportunistas dos proponentes durante o processo licitatório e evitar que fossem oferecidos lances inviáveis. Também foi requerido, no Anexo 5 do edital, 17 documentos de comprovação de qualificação técnica - CAT, incluindo a comprovação do valor mínimo do patrimônio líquido do proponente, que é de R\$52 milhões. Estes requisitos reforçam a pré-qualificação dos licitantes e contribuem para uma licitação mais eficiente e confiável.

Visando reduzir essa assimetria, no Edital de Concessão nº 01/2021 poderia ter sido incluída cláusula que limitasse o deságio máximo dos lances em 16,25%. Com essa informação, restou evidente que o poder concedente elaborou estudos de viabilidade mais consistentes e robustos, que permitiram estabelecer, "ex ante", o limite do que seria uma proposta inviável, sendo que a análise de viabilidade de execução era realizada apenas "ex post" no edital sob análise. Dessa maneira,

entende-se que a utilização de cláusula de limitação de lances talvez poderia reduzir o risco de seleção adversa.

No entanto, a partir de 2021, o governo passou a adotar um modelo híbrido, como observa-se no Edital de Concessão nº 01/2021 (Sistema Rodoviário Rio de Janeiro (RJ) – Governador Valadares (MG)), em que ocorre inicialmente uma etapa de leilão fechado de primeiro preço, mas com uma segunda etapa de lances em viva-voz, como ocorre no leilão inglês. Esse modelo híbrido reduz a chance de seleção adversa, pois ocorre uma redução de assimetria de informações entre os licitantes, reduzindo também, conseqüentemente, a possibilidade de ocorrência da maldição do vencedor.

Da Análise do contrato e termos aditivos constata-se que o contrato inicialmente assinado foi redigido com base em uma minuta anexada ao Edital já divulgada durante a fase licitatória. Portanto, a análise realizada no contrato assinado leva em consideração esse fato, ou seja, vários mecanismos existentes já na minuta do contrato tinham como objetivo reduzir a assimetria de informações e seleção adversa, ainda que só fosse assinado em momento posterior.

A cláusula 11 do contrato exigia uma garantia de execução R\$150 milhões no primeiro ano de execução do contrato. Essa garantia seria gradualmente reduzida até R\$60 milhões, entre o 11º e 25º anos da concessão. Esse é o primeiro mecanismo que merece destaque no contrato, cujo objetivo era de reduzir o risco de seleção adversa. Cabe ressaltar que o contrato, embora assinado após escolha do vencedor, já era de conhecimento dos licitantes, pois a minuta dele já fazia parte do anexo 18 do edital. Portanto, convém ressaltar que não há contradição em indicar a existência de um mecanismo de redução do risco de seleção adversa no contrato.

A cláusula 16.5 previa a realização de uma revisão quinquenal da TBP. Essa revisão periódica representa a implementação do Princípio da Revelação, pois tinha como intuito reavaliar a concessão em relação à compatibilidade com as reais necessidades do sistema rodoviário e do cenário econômico. Durante essa revisão, ocorreria uma redução da assimetria de informações entre as partes. Para melhor adequação desse mecanismo, foi introduzido também o conceito de “Desconto de Reequilíbrio”, que permitiria a redução da TBP com base em parâmetros de performance.

O mecanismo de Desconto de Reequilíbrio buscou reduzir o problema do Agente Principal. Os parâmetros de performance da concessão foram detalhados no em anexos acostados ao contrato relacionado ao Programa de Exploração Rodoviária (PER). Com esse detalhamento se buscou garantir que a concessionária cumprisse os prazos estabelecidos para execução das obras, mas que esse cumprimento não afetasse, pelo menos de maneira significativa, a qualidade empregada nos materiais e serviços.

Cabe ressaltar que mecanismos de revisão contratual podem, inadvertidamente, introduzir o risco de ocorrência de “espera maliciosa”. Esse contrato, em especial, foi bastante sucinto em descrever o procedimento de execução da revisão quinquenal. Esse fato gerou bastante discussão judicial e arbitral, sendo que essa discussão ainda não foi resolvida definitivamente.

A “espera maliciosa” em concessões refere-se a uma prática em que a concessionária, de forma intencional e deliberada, retarda ou adia a implementação de medidas necessárias ou exigidas pelo contrato de concessão. Essa espera maliciosa pode ocorrer com o intuito de obter benefícios indevidos ou de explorar alguma vantagem estratégica em detrimento dos interesses públicos ou dos usuários dos serviços concedidos.

Essa prática pode ser motivada por diversos fatores, como a busca por ganhos financeiros adicionais, a tentativa de evitar o cumprimento de obrigações contratuais, a espera por melhores condições de mercado ou a intenção de pressionar o poder concedente em negociações futuras.

A espera maliciosa pode resultar em prejuízos para a administração pública, para os usuários do serviço e para a eficiência geral da concessão. Pode impactar negativamente a qualidade dos serviços prestados, causar atrasos na implementação de melhorias necessárias, comprometer a segurança e a manutenção das infraestruturas concedidas, além de gerar insatisfação por parte dos usuários.

Para evitar a espera maliciosa, é essencial que os contratos de concessão estabeleçam cláusulas claras e objetivas, com prazos e metas bem definidos, além de mecanismos de fiscalização e sanções em caso de descumprimento das obrigações contratuais. Também é importante que haja uma supervisão adequada por parte do poder concedente, acompanhando de perto o andamento das

atividades da concessionária e tomando medidas efetivas para garantir o cumprimento do contrato.

A transparência e a comunicação eficiente entre as partes envolvidas também desempenham um papel fundamental na prevenção da espera maliciosa. A divulgação adequada das informações pertinentes ao contrato de concessão e a promoção de um diálogo aberto e frequente entre a administração pública e a concessionária podem contribuir para identificar qualquer tentativa de espera maliciosa e adotar medidas corretivas de forma oportuna.

Em resumo, a espera maliciosa em concessões representa uma conduta prejudicial em que a concessionária atrasa ou retarda a implementação de ações necessárias para a concessão. É importante que os contratos sejam bem estruturados e que haja um acompanhamento rigoroso para evitar essa prática e garantir a eficiência e o cumprimento dos compromissos contratuais.

Ainda em relação ao Princípio da revelação, a solução de conflitos normalmente utilizadas em contratos administrativos, em ordem decrescente de assimetria de informações, é a negociação, a mediação, a arbitragem e a via judicial. O contrato originalmente previa apenas a via judicial. No entanto, por meio do Termo Aditivo nº 003/2018, foi introduzido no contrato o mecanismo da arbitragem (cláusula 33 – Resolução de controvérsias). Portanto, por meio desse termo aditivo, buscou-se garantir que eventuais controvérsias fossem resolvidas com uma menor assimetria de informações, uma vez que o árbitro costuma ser um especialista na área discutida.

Por fim, destaca-se a cláusula 19 do contrato, que apresentou uma matriz de risco razoavelmente detalhada. Essa cláusula previa 20 situações em que o risco estava alocado à parte privada e 7 à parte pública. Cabe ressaltar que uma matriz de risco bem estruturada reduz significativamente o risco de ocorrência de risco moral, em especial o de espera maliciosa.

A partir das informações analisadas, pode-se concluir que os desdobramentos relatados denotam haver uma clara recusa da Concedente em participar do processo de revisão quinquenal, conforme direito que lhe é instituído pela Resolução nº 5.859, de 2019. Ainda que essa recusa não impossibilite a realização da revisão quinquenal, posto que prevista em contrato, ela tem alguns efeitos negativos que foram explicados e detalhados no referido parecer jurídico supracitado, que

precisam de melhor observação por partes dos envolvidos no processo de contratação.

Do exposto, resta esclarecido que existe a decisão judicial proferida em 21/10/2021, que efetivamente impõe à ANTT a realização da 1ª Revisão Quinquenal. Inclusive, o próprio pedido da Concessionária apresentado no bojo do agravo de instrumento 1003068-43.2018.4.01.0000 considera a não realização da 1ª Revisão Quinquenal como seu fundamento, de tal sorte que o provimento jurisdicional correspondente teria transferido à ANTT a responsabilização sobre a liminar deferida, impondo à agência reguladora o ônus de priorização da conclusão do procedimento revisional como forma de resguardar o interesse público. Não poderia ser diferente, afinal, manter, por prazo indeterminado, a cobrança de um valor de tarifa que considera obrigações cujo cumprimento pela concessionária foi suspenso, redundaria em inequívoca violação ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Desta feita, não apenas inexistem óbices para que a ANTT realize as revisões quinquenais, mas há, na realidade, uma urgência para que proceda especificamente à realização da 1ª e 2ª Revisões Quinquenais, consoante suas prerrogativas legais, sob pena de se incentivar e recompensar um comportamento não cooperativo da VIABAHIA, ora concessionária, que se aproveita da manutenção da medida judicial liminar para praticar um valor tarifário inadequado ao serviço prestado ao usuário.

Outra questão que merece destaque é o fato de que, das 83 demandas apresentadas pela VIABAHIA nas duas revisões quinquenais, 56 delas se referem a investimentos. No entanto, nenhuma dessas propostas de investimento foi aprovada pela ANTT, apesar de serem fruto não apenas da iniciativa da concessionária, mas também das populações e usuários, que as apresentaram em duas audiências públicas realizadas em 2017.

É preocupante que tais investimentos necessários para a infraestrutura rodoviária, como passarelas, retornos, marginais, dispositivos de transição em diversos municípios, acesso ao Aeroporto de Vitória da Conquista e duplicação da ponte de acesso do CIA-AEROPORTO, não tenham sido considerados pela ANTT em sua proposta de revisão quinquenal.

E, de maneira diametralmente oposta, a postura da Concessionária deixa assente sua esquiva tentativa de inviabilizar a realização dos investimentos aos

quais se comprometeu em executar, se valendo dos efeitos precários da decisão judicial vigente, aferindo receita notoriamente incompatível com a natureza e qualidade dos serviços disponibilizados aos usuários, sem transparência ativa e desrespeitos aos controles, principalmente social.

Inclusive foi cogitado pela mídia que a concessionária poderia perder a concessão em decorrência da insistência no aumento do valor da tarifa de pedágio. Já segundo a VIABAHIA, o reajuste seria para investir na requalificação da rodovia. Entretanto, o Ministério da Infraestrutura, no entanto, não concordou e alegou que as obras já estão previstas no contrato de concessão.

No entanto, é importante observar as imprecisões e repetidas alegações apresentadas pela concessionária no processo arbitral tem favorecido a procrastinação no cumprimento de suas obrigações, respaldada por uma decisão judicial liminar.

Desta feita, a concessionária continua argumentando que não renuncia ao seu direito de exigir que a ANTT cumpra a obrigação de realizar as revisões quinquenais acordadas, independentemente da realização dos investimentos aos quais se comprometeu. Essa postura da VIABAHIA tem gerado uma prolongada demora no cumprimento de suas obrigações, respaldada por uma decisão judicial liminar, enquanto utiliza o mesmo argumento em repetidas ocasiões.

Em suma, o impasse com a concessão destinada à VIABAHIA representa um desafio tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico. A falta de colaboração da concessionária com o processo de revisão quinquenal e as medidas punitivas impostas pela ANTT afetam a segurança jurídica do contrato e a confiança dos usuários e investidores no serviço prestado.

A concessão da liminar judicial que suspendeu grande parte das obrigações da concessionária levanta questões sobre a cobrança integral das tarifas de pedágio sem o devido cumprimento das obrigações contratuais. A persistência da VIABAHIA em exigir a realização das revisões quinquenais, independentemente dos investimentos comprometidos, prolonga ainda mais a resolução desse impasse.

Do exposto, é fundamental que a ANTT busque alternativas e fontes de informação para garantir a realização adequada do processo de revisão e avalie a necessidade de soluções consensuais ou medidas punitivas adicionais, se

necessário, para garantir o cumprimento do contrato e a qualidade dos serviços prestados.

Em última análise, a resolução desse impasse requer uma abordagem equilibrada e transparente, que considere os interesses das partes envolvidas, a segurança jurídica e a necessidade de melhorias para os usuários das rodovias. A explosividade desse impasse reside na busca por uma solução amigável e célere, a fim de garantir melhorias para os usuários, o Estado da Bahia e a população brasileira como um todo.

3.2. Dos resultados de auditoria realizada pelo TCE/BA na AGERBA

Em consonância com a Resolução no 092/2021, que aprovou o Plano de Diretrizes do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE/BA) para o exercício de 2022, e de acordo com a Ordem de Serviço nº 036/2022, expedida pela 1ª Coordenadoria de Controle Externo, processo nº TCE/001636/2022, concluídos os exames relativos à Prestação de Contas da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (AGERBA)

Durante o processo de auditoria das contas da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (AGERBA) referentes ao exercício encerrado em 31/12/2021, foram conduzidas diligências no intuito de verificar o cumprimento das disposições legais relacionadas às suas atividades essenciais, além da fidedignidade das informações apresentadas no relatório de prestação de contas. Contudo, o objetivo principal dessa auditoria compreendeu uma análise aprofundada para assegurar o devido cumprimento das finalidades atribuídas à agência, conforme estabelecido em sua legislação de criação.

Vale destacar que a equipe técnica auditorial empregou diversos procedimentos para garantir a efetividade dos trabalhos, incluindo o estudo detalhado da legislação, o levantamento de informações sobre os contratos firmados pelo Estado, a análise de achados de auditoria constantes nos relatórios de 2010 a 2021, a coleta de informações e documentos a partir de contatos com as Coordenadorias de Controle Externo do TCE/BA, a identificação de ações e instrumentos utilizados por órgãos públicos estaduais para planejar, acompanhar e

fiscalizar os contratos de PPPs, a realização de entrevistas, a elaboração de matrizes de planejamento e a definição dos programas de auditoria utilizados, com os seus respectivos procedimentos.

Deve-se ressaltar que, embora as contas da AGERBA tenham sido aprovadas pelo Acórdão nº 348/2015, exarado no bojo do Processo nº TCE/000831/2013, referente ao período compreendido entre 01/01 a 31/12/2012, o Tribunal recomendou a adoção de medidas necessárias para a reestruturação da Agência, prevendo-se a fixação de prazo para mandato dos seus dirigentes. A Procuradoria Geral do Estado emitiu o Parecer PCT- NAC-APF-019-2017, que concordou com o entendimento do TCE/BA.

Para tratar do assunto, foi criado um Grupo de Trabalho Interinstitucional, que emitiu um Relatório em 24/08/2020, concluindo pela necessidade de reestruturação da AGERBA do ponto de vista legislativo, para que a Agência venha a ter uma atuação mais independente, com mandato para os seus diretores. A Diretoria Executiva da AGERBA concorda com o Relatório Final do Grupo de Trabalho, o qual promoveu um projeto estruturante que atende aos objetivos iniciais que foram acolhidos pelos Ilustres Representantes da PGE, da SEINFRA e da própria AGERBA. No entanto, até o momento, não há informações sobre a instituição de nova legislação para a reestruturação da AGERBA.

Considerando o escopo definido na etapa de planejamento e os resultados obtidos na etapa de execução, foram constatadas as seguintes situações merecedoras de destaque, a saber:

Das situações de irregularidades apuradas, destacam-se:

● **Como Autarquia sob Regime Especial:**

- a) Ausência de autonomia administrativa e funcional da AGERBA, requisito imprescindível para caracterizar uma autarquia sob regime especial (Item 5.2.1 deste Relatório); e
- b) Ausência de autonomia financeira da AGERBA, requisito imprescindível para caracterizar uma autarquia sob regime especial (Item 5.2.2 deste Relatório).

● **Como Poder Concedente, na delegação dos serviços públicos:**

- a) Ausência de delegação para prestação de serviços públicos de exploração e administração de Terminais Rodoviários (Trs) e não informação para a SIT acerca dos terminais não delegados (Item 5.3.1 deste Relatório);
- b) Manutenção irregular de delegações com “privados”, sem a necessária e prévia licitação (Item 5.3.2 deste Relatório);
- c) Contrato de Cessão de Uso de Bem Público para exploração de terminal rodoviário, sem atender aos requisitos legais (Item 5.3.3 deste Relatório);
- d) Inadequadas medidas adotadas pela AGERBA para o saneamento da concessão de serviços públicos de exploração de terminais rodoviários (Item 5.3.4 deste Relatório); e
- e) Manutenção de Contratos de Concessão de Terminais Aeroviários sem outorga de Poder Concedente pelo Estado (Item 5.3.5 deste Relatório).

● **Como Entidade responsável pelo controle e planejamento dos serviços públicos:**

- a) Ausência de controle sobre as concessões existentes (Item 5.4.1 deste Relatório); e
- b) Não localização e disponibilização de Contratos de Cessão de Uso de Bem Público e de Concessão (Item 5.4.2 deste Relatório).

● **Como Entidade responsável pela regulação dos serviços públicos:**

- a) Ausência de Plano Diretor de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros (Item 5.5.1 deste Relatório);
- b) Ausência de Plano de Combate ao Transporte Irregular de Passageiros (Item 5.5.2 deste Relatório);
- c) Ausência de Plano Diretor de Transporte Hidroviário Intermunicipal de Passageiros (Item 5.5.3 deste Relatório); e
- d) Ausência de Resoluções da AGERBA acerca das matérias elencadas no Decreto Estadual nº 11.832/2009 (Item 5.5.4 deste Relatório).

● **Como Entidade responsável pela fiscalização dos serviços públicos:**

- a) Ausência de arrecadação e cobrança do valor da outorga (Item 5.6.1 deste Relatório);
- b) Ausência de cobrança das taxas estaduais (Item 5.6.2 deste Relatório);

- c) Inexistência de seguro de patrimônio público em desacordo com normativos aplicáveis (Item 5.6.3 deste Relatório);
- d) Inação da AGERBA em relação à não conclusão da duplicação dos trechos referentes aos km 0 e 3, da Rodovia BA-093, em desatendimento ao estipulado em Contrato de Concessão nº 001/2010 (Item 5.6.4.1 deste Relatório);
- e) Inação da AGERBA em relação ao cumprimento de demais cláusulas do Contrato de Concessão nº 001/2010 (Item 5.6.4.2 deste Relatório); e
- f) Ausência de avaliação do Contrato AGERBA nº 03/2008 (Item 5.6.5 deste Relatório).

● **Quanto ao seu desempenho operacional:**

- a) Ausência de correlação entre a execução física e financeira para a Ação “2439 – Fiscalização de Serviço Público Regulado” (Item 5.7.1 deste Relatório).

● **Enquanto unidade subordinada às Leis de acesso à informação e de direito dos usuários, assim como a que estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos ou funções:**

- a) Descumprimento das Leis de Acesso à Informação (Transparência Ativa) (Item 5.8.1 deste Relatório);
- b) Descumprimento da Lei de Direito dos Usuários dos Serviços Públicos (Item 5.8.2 deste Relatório); e
- c) Descumprimento parcial das obrigações fixadas na Lei Federal nº 8.730/1993 (Item 5.8.3 deste Relatório).

● **Como unidade jurisdicionada ao TCE/BA:**

- a) Inadequada formalização da Prestação de Contas (Item 5.1 deste Relatório);
- b) Determinações deixaram de ser atendidas pela AGERBA, conforme Acórdãos/Resoluções expedidas, pelo menos, desde 2015 (Item 5.9 e achados reincidentes deste Relatório).

Dentre os aspectos apontados pela equipe de auditoria, destaca-se as fragilidades associadas ao Regimento Interno da AGERBA, especialmente no que

tange ao seu artigo 7º, § único, o qual apresenta inconsistências no que se refere à autonomia da entidade, uma vez que determinadas deliberações cruciais, como a aprovação do quadro de pessoal, do plano de carreira e do próprio Regimento Interno da AGERBA, são submetidas à decisão final do Governo Estadual. Ademais, o artigo 50 não menciona o prazo do mandato dos Diretores Gerais, comprometendo, assim, a autonomia necessária para o pleno desempenho de suas atribuições.

Em decorrência dos achados da auditoria, a equipe técnica opinou pela desaprovação das contas, recomendando a aplicação de multa aos gestores e sugerindo a responsabilização de agentes públicos envolvidos. Ainda, foram propostas determinações e encaminhamentos de cópia dos autos às Comissões de Infraestrutura, Desenvolvimento Econômico e Turismo e de Regulamentação do Transporte Complementar da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (ALBA), embora o processo ainda não foi julgado pelo Plenário do TCE/BA.

A análise realizada revela que, apesar da Bahia ter sido pioneira na criação de agências reguladoras estaduais no Brasil, ainda há obstáculos a serem superados para assegurar a eficácia da regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos no estado. Um dos principais desafios é a gestão dos conflitos de interesse entre o TCE/BA, as agências reguladoras, os usuários e as empresas reguladas, o que muitas vezes dificulta a tomada de decisões imparciais pelas agências baianas. Ademais, a falta de fiscalização adequada tem levado ao descumprimento de obrigações contratuais e prestação de serviços inadequados, o que impacta diretamente a qualidade de vida da população.

Outro desafio a ser enfrentado pela atividade reguladora e regulatória é aprimorar a transparência na atuação das autarquias especiais baianas, visando garantir a participação e o controle social de forma efetiva. É fundamental que os cidadãos tenham acesso a informações claras e objetivas sobre as decisões das agências, bem como possam participar ativamente do processo de tomada de decisão. A transparência também é essencial para prevenir casos de corrupção e assegurar a responsabilização dos agentes públicos em caso de irregularidades.

Diante das situações contextualizadas, torna-se fundamental enfatizar que as agências reguladoras da Bahia precisam ampliar a contratação de recursos humanos qualificados e implementar uma estrutura organizacional eficiente que

permita o pleno desempenho de suas funções. Além disso, é necessário que as agências possuam autonomia financeira e administrativa para evitar interferências políticas em suas atividades. Com essas medidas, é possível garantir que as agências reguladoras cumpram seu papel de proteger os interesses da população e garantir a qualidade e eficiência dos serviços públicos concedidos na Bahia.

3.3. Criação de um núcleo para estudos em regulação no TCE/BA

A criação de um Núcleo de Estudos em Regulação no TCE/BA pode ser uma iniciativa valiosa para aprimorar a atuação do órgão no controle da atuação das agências reguladoras e atividades regulatórias estaduais. Esse núcleo poderia ter como objetivo aprofundar o conhecimento sobre as questões relativas às operações de desestatização e regulação no Estado da Bahia, as melhores práticas e as experiências bem-sucedidas em outros estados e países.

O núcleo poderia ter uma equipe de especialistas em regulação e controles, com a missão de elaborar relatórios, pareceres e estudos técnicos para subsidiar as atividades de fiscalização do TCE/BA sobre as agências reguladoras. Além disso, o núcleo poderia promover ações de capacitação e treinamento para os servidores do TCE/BA e das agências reguladoras, com o objetivo de aprimorar a atuação dessas entidades.

Outra possibilidade seria estabelecer uma parceria com universidades e centros de pesquisa para a realização de estudos e pesquisas em regulação, com foco nas atividades das agências reguladoras estaduais. Essa parceria poderia resultar em publicações, seminários e eventos para disseminação do conhecimento e compartilhamento de boas práticas.

É importante destacar que o TCE/BA tem buscado constantemente aprimorar suas atividades de controle externo e fiscalização dos recursos públicos, por meio de diversas iniciativas que visam aprofundar o intercâmbio de conhecimentos e informações com outros órgãos e entidade.

Dentre essas iniciativas, destaca-se o convênio institucional de cooperação técnica nº 0002/2022 firmado pelo TCE/BA com o TCU, que tem como objetivo promover o compartilhamento de conhecimentos e bases de dados, bem como o

aprimoramento das atividades de controle externo realizadas por ambas as instituições.

Além do mais, não podemos deixar de mencionar a Rede de Controle, uma iniciativa que reúne diversos órgãos e entidades com o objetivo de intensificar a atuação fiscalizatória e de controle das gestões públicas. Por meio dessa rede, é possível promover ações conjuntas de fiscalização, compartilhar informações e conhecimentos, bem como ampliar a efetividade das atividades de controle externo em todo o país.

Diante desse cenário, é fundamental que os órgãos de controle externo, como o TCE/BA, continuem buscando novas formas de aprimorar suas atividades e fortalecer sua atuação no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos. A cooperação entre os diferentes órgãos e entidades é essencial para garantir a efetividade do controle externo e, conseqüentemente, a promoção da transparência e da *Accountability* na gestão pública.

Cabe destacar que a criação do Núcleo de Estudos em Regulação deve ser precedida de uma análise criteriosa sobre sua viabilidade técnica e orçamentária. Além disso, é importante garantir sua autonomia e independência, para que possa atuar de forma imparcial e técnica, sem interferências políticas ou partidárias.

Em resumo, a criação de um Núcleo de Estudos em Regulação no TCE/BA pode ser uma iniciativa valiosa para aprimorar a atuação do órgão no controle das agências reguladoras estaduais. Essa iniciativa pode contribuir para a formação de uma equipe de especialistas em regulação, capaz de subsidiar as atividades de fiscalização e promover ações de capacitação e treinamento para os servidores das agências reguladoras.

Das Considerações Finais

No atual contexto da gestão pública brasileira, a atuação dos Tribunais de Contas e das Agências Reguladoras desempenha um papel importante na promoção da transparência, efetividade e eficiência. No entanto, ainda existem desafios a serem superados para garantir a harmonia e colaboração entre esses órgãos, além

de assegurar a autonomia técnica e decisória das Agências Reguladoras, evitando interferências indevidas em suas atividades regulatórias.

A Lei Federal nº 13.848/2019 introduziu importantes mudanças na interação entre os órgãos reguladores e as Cortes de Contas, permitindo o exercício do controle externo por meio de auditorias operacionais, solicitação de informações e documentos das autarquias especiais, inspeções e fiscalizações em suas atividades finalísticas. Essas medidas visam avaliar o desempenho das Agências Reguladoras, identificar possíveis falhas ou problemas e propor melhorias para aprimorar sua atuação.

É fundamental que as auditorias, inspeções e fiscalizações realizadas pelos Tribunais de Contas sejam objetivas, imparciais e embasadas em rigor técnico, contribuindo para o fortalecimento do controle externo e o aprimoramento da gestão pública. Além disso, essa interação deve ocorrer de forma harmoniosa e colaborativa, respeitando a autonomia técnica e decisória das Agências Reguladoras.

A Lei Federal nº 13.848/2019 e a Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União (TCU) nº 81/2019 representam avanços significativos na forma como os Tribunais de Contas e as Agências Reguladoras interagem no controle das atividades regulatórias, contribuindo para o aprimoramento da governança pública. No Estado da Bahia, em particular, é essencial que essas interações sejam manejadas adequadamente, buscando garantir maior transparência, efetividade e eficiência na gestão pública.

Para que alcançar esses objetivos, é necessário que os profissionais do setor de desestatização e regulação estejam cientes da importância dessas medidas e atuem de forma colaborativa, visando resultados mais eficientes e efetivos. Além disso, o fortalecimento do controle externo e da regulação, contribui para o aprimoramento da gestão pública no Estado.

No contexto das Parcerias Público-Privadas (PPPs), a transparência desempenha um papel de extrema importância, caracterizando-se como um princípio essencial da democracia moderna e um mecanismo importante para o exercício do controle social. No entanto, a atuação transparente não se resume apenas à divulgação dos atos da administração pública, mas também envolve a

disponibilização dessas informações de forma acessível, compreensível e no momento adequado para permitir o controle social.

As PPPs têm sido cada vez mais utilizadas pelos governos como uma ferramenta de gestão para o desenvolvimento de infraestrutura e prestação de serviços públicos. No entanto, para que essas parcerias sejam legitimadas pela sociedade, necessário se faz que as informações relacionadas a elas sejam transparentes e que seja possibilitado um maior controle social.

Nesse sentido, as soluções consensuais de conflitos tem se mostrado bastante compatíveis com a regulação responsiva, uma vez que ambas enfatizam a importância do diálogo, da participação das partes interessadas e da busca por soluções mutuamente satisfatórias, em vez de adotar uma abordagem punitiva ou litigiosa, a regulação responsiva incentiva a construção de acordos e a resolução colaborativa de divergências.

A utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos no contexto da regulação responsiva pode trazer uma série de benefícios. Primeiramente, esses métodos promovem a eficiência na resolução de disputas, uma vez que permitem que as partes envolvidas encontrem soluções personalizadas e adaptadas às suas necessidades e interesses específicos. Além disso, a utilização dessas abordagens contribui para a redução de litígios e do congestionamento nos Tribunais de Justiça, resultando em uma regulação mais célere e acessível.

Entretanto, é necessário criar um ambiente propício para a negociação e a mediação no contexto da regulação responsiva. Isso inclui a adoção de marcos regulatórios adequados, a capacitação dos envolvidos e o estabelecimento de mecanismos efetivos de supervisão e monitoramento.

Por fim, ressalta-se que a abordagem jurídica deve ser complementada por uma perspectiva multidisciplinar, que envolva também aspectos técnicos, econômicos e sociais. Somente dessa forma é possível compreender integralmente os desafios na busca por soluções efetivas para o aprimoramento da gestão pública em processos de desestatizações e regulação, promovendo assim a implementação de projetos de infraestrutura e prestação de serviços de forma adequada, eficiente e que atenda às necessidades da população.

Referências Bibliográficas

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR ISO 31000 - Gestão de riscos — Princípios e diretrizes. 28 de março de 2018.

ARAGÃO, A. S. (2005). Agências reguladoras e governança no Brasil. In: L. H. Salgado & R. S. Motta (Eds.), Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer (pp.125-161). Rio de Janeiro: Ipea.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "As novas regras para as agências reguladoras na Lei 13.848/2019". Revista do Tribunal de Contas da União, v. 159, p. 83-98, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Lei Geral das Agências Reguladoras: uma análise crítica". Revista de Direito Administrativo, v. 279, p. 23-48, 2019.

ARRETCHE, M. (2010). Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos? Novos estudos - CEBRAP, 28, 139-157.

ARRETCHE, M. (2012). Democracia, federalismo e centralização no Brasil. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, (87), 25-52.

BARCELLOS, Ana Paula de. O controle externo da regulação e a efetividade dos direitos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais e regulação: desafios e perspectivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 427-457.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. São Paulo. Saraiva. 2005.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 14 jan. 2023.

BRASIL. Lei Federal nº 8.987/95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 17 fev. 2023.

BRASIL. O controle externo da regulação de serviços públicos, Brasília, TCU, 2002.

CIRIBELLI, M. C. Como elaborar uma dissertação de mestrado através da pesquisa científica. Rio de Janeiro-RJ: 7Letras, 2003. 222 p.

CUNHA, Bruno Queiroz; PEREIRA, Ana Karine; GOMIDE, Alexandre de Ávila. State capacity and utilities regulation in Brasil: Exploring bureaucracy. Utilities Policy, p. 1-11, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 13. ed. [S. l.]: Editora Forense, 2021. 472 p. ISBN 978-65-596-4223-6.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. "A Regulação do serviço Público Concedido", Porto Alegre, Síntese, 1999.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. A gênese das agências reguladoras de transportes: o institucionalismo histórico aplicado à reforma regulatória brasileira dos anos de 1990. Texto para discussão nº 1764. Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

HAHN, R. W.; LITAN, R. E. *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2003. p. 2.

HOOD, Christopher. Transparency. In: *Encyclopaedia of Democratic Thought*. London: Routledge, 2001, p. 700-704.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Governança de agências reguladoras*. São Paulo: IBGC, 2018. 32 p.

LINDSTETD, Catharina & NAURIN, Daniel. Transparency Against Corruption – A CrossCountry Analysis. Paper presented at the "IPSA 20th World Congress", Fukuoka, Japan, 9-13 July 2006. Disponível em: http://www.qog.pol.gu.se/research/reports/Lindstedt_Naurin.pdf

MAGALHÃES, Leonardo Macedo. *Análise de impacto regulatório no Brasil: avanços e desafios*. Brasília: Ipea, 2019. p. 1)

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal*. In: *Temas de direito regulatório*. Sérgio Guerra (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "A lei das agências reguladoras e a evolução do Estado brasileiro". In: Cunha, Leonardo Carneiro da; Vieira, Luciano Dalvi; Coutinho, Diogo de Figueiredo Moreira (orgs.). *Direito Regulatório e Concorrência: estudos em homenagem a Eduardo Augusto de Oliveira Ramires*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 315-326.

MENEZES, Paulo Roberto. *Manual prático de análise de investimentos*. São Paulo: Atlas, 2002. 256 p. (p. 50).

MESQUITA, Alvaro Augusto Pereira. (Revista de informação legislativa, v. 42, n. 166, p. 23-39, abr./jun. 2005, 04/2005).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito da regulação**, 2002.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. A interação entre as agências reguladoras e o Tribunal de Contas da União no contexto regulatório brasileiro. *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 5, p. 834-851, 2018.

REZENDE, Fernando. A desestatização e suas modalidades: privatização, concessão e PPP. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 60, n. 3, p. 253-276, jul./set. 2009. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/RSP/article/view/651>. Acesso em: 18 abr. 2023.

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

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*, 3rd. New York: W. W.Norton Company, p. 189-213, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Regulação jurídica da infraestrutura no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 433p.

TARTUCE, Flávio. *A metodologia científica trata de método e ciência. Método é o caminho em direção a uma ciência mais rigorosa e confiável. Métodos de pesquisa para o direito*. São Paulo: Método, 2006. p. 7-8.

TAVARES, Luciano Benetti. O papel da regulação na promoção do desenvolvimento econômico: uma análise à luz da experiência brasileira recente. In: FONSECA.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras. In: SEMINÁRIO “O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS”, 2002, Brasília.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável