

MINIPOPULUS: UMA SUGESTÃO PARTICIPATIVA PARA O ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

MINIPOPULUS: A PARTICIPATORY SUGGESTION FOR THE BRAZILIAN ADMINISTRATIVE STATE

Wagner Vinícius de Oliveira¹

RESUMO: esse artigo investiga as possibilidades conciliatórias entre as perspectivas teóricas do Estado administrativo e ao mesmo tempo participativo. O ponto de vista com qual se compromete busca sustentar não apenas a possibilidade, mas a necessidade de conciliação entre a descentralização administrativa do Estado brasileiro e as participações da sociedade civil nesse ambiente. Deparam-se, no entanto, com algumas dificuldades normativas e institucionais. Por meio da investigação bibliográfica em materiais especializados nacionais e estrangeiros realiza-se uma análise exploratória dos conceitos e das teorias para subsidiar a aplicação prática pretendida. Com isso, oferece-se uma contribuição inicial para os percalços da política pública regulatória do transporte rodoviário de cargas. Desse modo, estruturam-se as análises em três tópicos, sendo os dois primeiros teórico-exploratórios sobre o Estado administrativo e as participações sociais, respectivamente; e um terceiro, destinado a aplicação prática. Assim, deparam-se com algumas dificuldades operativas e institucionais que restringem os espaços participativos, fato que permite concluir pela procedência parcial da hipótese inicialmente apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: Estado administrativo brasileiro; políticas públicas setoriais; transporte de carga rodoviária terrestre; regulação de fretes.

ABSTRACT: this paper investigates the conciliatory possibilities between the theoretical perspectives of the administrative and at the same time participatory state. The paper sustains not only the possibility, but also the need for reconciliation between the administrative decentralization of the Brazilian State and the participation of civil society in this environment. There are, however, some normative and institutional difficulties. It conducts an exploratory analysis of the

¹ Doutor em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, professor dos cursos de graduação em direito (Arraias/TO) e de especialização pós-graduação *lato sensu* em direito e processo constitucional (Palmas/TO) ambos da Universidade Federal do Tocantins - UFT.

concepts and theories for practical application based on literature research in specialized national and foreign materials. With this, you have an initial contribution to the mishaps of public regulatory policy for road freight transport. Thus, the structure of this paper has three topics, the first and two being theoretical-exploratory on the administrative state and social participations, respectively; and a third, intended for practical application. Thus, some operational and institutional difficulties restrict participative spaces. This fact, in turn, allows us to conclude that the initial hypothesis has partial validity.

KEYWORDS: Brazilian administrative state; sectorial public policies; inland road freight transportation; freight regulation.

INTRODUÇÃO

No Brasil, em meados da década de 1990, principalmente na área das ciências políticas e sociais, muito já se escreveu sobre as políticas públicas e ainda se escreve a respeito desse tema cujas discussões teóricas e práticas permanecem candentes. Nas mesmas pegadas, muito se tem escrito sobre o direito humano e fundamental à participação na condução da agenda pública previsto em tratados e convenções internacionais e também na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Esse artigo opta por abordar os temas do Estado administrativo (modelo regulatório brasileiro) e da participação social de maneira conjugada e complementar, empreendimento ainda pouco realizado no direito brasileiro sobre o qual se oferece uma contribuição inovativa. Diante da amplitude dos temas abordados, impõe-se a adoção de critérios metodológicos para garantir a exequibilidade do artigo proposto, por isso, no âmbito do direito brasileiro, demonstra-se a existência e a atuação de um Estado administrativo participativo.

Além disso, impõe-se a demarcação conceitual da proposta teórica do *minipopulus* extraída das reflexões do cientista político estadunidense Robert Alan Dahl, realizada por um conjunto heterogêneo formado por cidadãos e cidadãs com o objetivo de realizar a participação, a deliberação e o controle social sobre a agenda pública. Essa teoria fornecerá as bases iniciais para as articulações pretendidas nesse artigo.

Em vista disso, busca-se oferecer algumas respostas conciliatórias para a perspectiva teórica do Estado administrativo moderno e das participações sociais enquanto categoria indispensável para as configurações do Estado democrático de direito. Estabelece-se, portanto, relações teóricas pouco usuais ainda em caráter experimental.

Apesar de não serem temas antagônicos, à primeira vista, investiga-se a possibilidade de aproximação teórica dessas duas temáticas, sem, contudo, incorrer no “sincretismo metodológico” (SILVA, 2005), ou seja, o equívoco de aproximar teorias conflitantes, ignorando a incompatibilidade existente. Por outras palavras,

o elevado grau de especialização das matérias de competência das agências reguladoras afasta, quando não obstaculiza, as participações sociais fato que reforça a problemática analisada e reflete a própria conflituosidade dessas estruturas modernas de regulação.

A lacuna teórica a ser diminuída com a contribuição do *minipopulus*, capaz de justificar o desenvolvimento desse artigo, exige compulsar alguns mecanismos de participação social presentes na recente legislação brasileira que visam produzir a necessária interação entre os agentes reguladores, os setores econômicos, os consumidores e a sociedade civil. Nesse específico particular, a Lei n. 13.848/2019² fornecem algumas estruturas para promover as participações sociais tais como a análise de impacto regulatório (AIR) (art. 6º, *caput*) e as consultas e audiências públicas (art. 6º, § 4º), por exemplo.

Importa acrescentar que as primeiras tratativas para a inserção da AIR no ordenamento jurídico brasileiro são de meados de 2008 e por isso não constituem uma novidade propriamente dita. Buscando avaliar a qualidade do procedimento de AIR nas agências reguladoras federais o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio (IBRAC) realizou em 2019 um estudo empírico cujos resultados demonstram que ainda há muito espaço para realizar aprimoramentos importantes na aplicação da AIR no direito regulatório brasileiro (INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO, 2019, p. 34).

Não apenas em virtude dos relatórios de AIR analisados no período versarem sobre atos normativos, sobre a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos e de prorrogação da vigência de contrato de concessão (INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO, 2019, p. 199), mas, sobretudo, pela subutilização desse mecanismo, em especial pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Aparentemente por terem sido realizadas “apenas ao final do processo de tomada de decisão e apenas como forma de atender a [sic] requisito formal” (INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO, 2019, p. 216).

Por outro lado, impõe-se reconhecer que “os processos de participação social promovidos pela ANTT são [considerados] bastante exitosos” (INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO, 2019, p. 216). Contudo, nas audiências e nas consultas públicas prevalecem o caráter

² Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei n. 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

técnico, campo no qual ocorre o predomínio dos agentes econômicos envolvidos em detrimento de consumidores, interessados e afetados pela regulação.

Nos anos de 2020 e 2021, o mesmo instituto, por meio do seu *Observatório da regulação* realizou uma análise empírica com vistas a avaliar a eficácia da Lei n. 13.848/2019 em doze agências reguladoras federais (ALENCAR; BOTELHO, 2022). A sobredita legislação buscou reforçar a autonomia (funcional, decisória, administrativa e financeira), incorporar as “boas práticas regulatórias” e aprimoramento das regras sobre planejamento, processo decisório, controle e cooperação com outros órgãos e entidades (ALENCAR; BOTELHO, 2022, p. 15).

A ANTT, por exemplo, ocupa o primeiro lugar no índice de qualidade regulatória do observatório da regulação do IBRAC (ALENCAR; BOTELHO, 2022, p. 24).³ No quesito participação popular (audiência, consulta pública e outros) essa agência reguladora obteve reconhecido seu cumprimento parcial, isso se deve especialmente pela não divulgação “do relatório de AIR antes da audiência pública em um dos três processos normativos analisados após a edição da lei de agências” (ALENCAR; BOTELHO, 2022, p. 387). Assim, apesar de reconhecer os avanços oferecidos pela legislação e pelas práticas institucionais ainda se encontra espaço para inserir as contribuições teóricas oferecidas pelo *minipopulus*.

Projeta-se nesse artigo a existência e a atuação de um Estado administrativo brasileiro que seja ao mesmo tempo regulador e participativo. Desse modo, o objetivo central consiste em fornecer a sustentação teórica e prática desse ponto de vista, especificamente em realizar aproximações entre o Estado administrativo e a proposta participativa.

Aliás, as divisões realizadas, seja do ponto de vista teórico, seja na perspectiva prática, tanto do Estado administrativo brasileiro, quanto das participações sociais justificam-se apenas e tão somente por questões de adequações metodológicas. Realizada essa ressalva inicial, cabe reforçar a impropriedade, embora frequente, da separação entre essas categorias como se fossem capazes de atuarem autonomamente e sem estabelecer qualquer área de contato.

Para tanto, elege-se uma investigação bibliográfica nos principais materiais especializados nacionais e estrangeiros para realizar a análise exploratória dos conceitos e das teorias desenvolvidos nesse artigo. Na sequência, busca-se conjugar com a aplicação prática na regulação do transporte de carga rodoviária terrestre realizada por intermédio da Lei n. 13.703 de 08 de agosto de 2018,⁴ regulamentada pela ANTT,⁵ esses atos normativos tiveram sua compatibilidade com a Constituição

³ Cf. capítulo 11. ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres (ALENCAR; BOTELHO, 2022, p. 360-409).

⁴ Institui a política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas.

⁵ Cf. Resolução ANTT n. 5.827/2018, Resolução ANTT n. 5.828/2018, Resolução ANTT n. 5.833/2018, Resolução ANTT n. 5.835/2018 e Resolução ANTT n. 5.839/2019. BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas.

da República de 1988 questionada por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 5.956/DF,⁶ ainda pendente de julgamento.

Nesse caso ilustrativo, as análises permanecerão circunscritas ao art. 6º, da sobredita Lei e nos pareceres emitidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela ANTT na referida ação judicial. Além do registro documental produzido na audiência pública realizada no bojo da sobredita ação judicial. Essa estratégia permitirá, ainda que minimamente, conhecer alguns dos percalços enfrentados por um Estado brasileiro que se pretende administrativo e participativo.

Por certo, não será objeto de análise, para além do estritamente necessário, as controvérsias políticas e jurídicas que integram essa demanda judicial ainda sem decisão final pelas Ministras e pelos Ministros do STF. Para a estruturação desse artigo, excetuada essa parte introdutória, a conclusão e a lista de referências utilizadas, partilham-se as reflexões em três tópicos distintos.

Em primeiro lugar, busca-se descrever e analisar do ponto de vista teórico a delimitação conceitual do Estado administrativo e sua possibilidade de adaptação para a experiência institucional brasileira. Na sequência, ainda na perspectiva teórica, a sugestão participativa do *minipopulus* enquanto instrumento deliberativo para as políticas públicas, isso é, um instrumento de participação social na “ação governamental coordenada e em escala ampla, atuando sobre problemas complexos, a serviço de uma estratégia informada por elementos jurídicos e não jurídicos” (BUCCI, 2019, p. 792).

Assim, busca-se oferecer argumentos para superar a tradicional “queda de braço” entre o Judiciário e o Legislativo que não abrange, dentre outras, as funções do Estado administrativo brasileiro. Portanto, para além da disputa por supremacia entre os departamentos estatais (departamentalismo estadunidense) remete-se à questão sobre o exercício do poder estatal que, por sua vez, encontra-se intimamente ligado aos debates desenvolvidos pela ciência política moderna e contemporânea, por isso esse artigo dialoga direta e frontalmente com os aspectos sócio-políticos na construção de um Estado brasileiro ao mesmo tempo administrativo e participativo.

2. UM ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: APROXIMAÇÕES INICIAIS

Desde os idos do Barão de Montesquieu com sua clássica distinção entre os poderes, passando pelo departamentalismo estadunidense desenhado pelos federalistas sabe-se dos avanços e dos limites de cada uma das funções estatais. Com ênfase no Executivo, dentro do modelo federalista de Estado, desenvolve-se alguns aspectos da proposta de um Estado administrativo, teoria desenvolvida nos Estados Unidos da América que não esteve presente desde “as origens da constituição escrita estadunidense no século XVIII implica que o texto

⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.956/DF. Relator Luiz Fux. Plenário. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, processo pendente de julgamento.

constitucional frequentemente é silente em relação a questões cruciais sobre o Estado administrativo, que é em grande parte uma criação do final dos séculos XIX e XX” (VERMEULE, 2014, p. 163).⁷

Equivale a dizer que esse tema se encontra submetido a uma certa dose de experimentalismo, próprio da tradição constitucional estadunidense, precisamente por isso “o Executivo deve reter uma medida considerável de poder para uma ação rápida e decisiva, especialmente em emergências” (DAHL, 1971, p. 220).⁸ Em linhas gerais, parcela expressiva da autoridade executiva depende disso; no entanto, cabe ponderar que não raro a utilização dessa característica veio acompanhada de facetas autoritárias. Daí a proposta de um Estado administrativo descentralizado enquanto tentativa de mitigação desse aspecto.

No Estado administrativo moderno ou Estado regulador, parte de suas competências está direcionada para suas agências reguladoras com a promessa de garantir a especialização e a eficiência almejadas. Isso é, criam-se “agências reguladoras, com *expertise* técnica, autonomia decisória, capacidade normativa e competência sancionatória para lidar com os mais diversos setores da economia” (ALENCAR; BOTELHO, 2022).⁹ Além disso, são assegurados níveis relativamente altos de independência às agências reguladoras enquanto uma das “precauções contra a corrupção de influências políticas na *expertise* tecnocrática”, mas também há “precauções contra a excessiva autonomia de especialistas” (VERMEULE, 2014, p. 22).¹⁰

Inserese nesse espectro de autonomia a competência para editar atos normativos, para decidir sobre o contencioso administrativo e também para fiscalizar e aplicar as sanções nas hipóteses previstas, “sem dúvidas, nos Estados Unidos [da América], as agências são órgãos que fiscalizam e exercem funções em vários poderes [...] tem, inclusive, poder quase judicial e poder legislativo”.¹¹ Volta e meia aparecem as críticas sobre “a combinação de regulamentação, acusação e decisão nas mãos das mesmas agências administrativas produz uma violação das

⁷ No original: “The eighteenth-century origins of America’s written constitution implies that constitutional text is often silent on crucial questions about the administrative state, which is largely a creation of the late nineteenth and twentieth centuries.” (VERMEULE, 2014, p. 163).

⁸ No original: “[the] executive must retain a considerable measure of power for rapid and decisive action, especially in emergencies.” (DAHL, 1971, p. 220).

⁹ Essa afirmação encontra-se no prefácio da obra escrito por Caio Mário da Silva Pereira Neto.

¹⁰ No original: “Precautions against corrupting political influences on technocratic expertise [...] precautions against the excessive autonomy of experts.” (VERMEULE, 2014, p. 22).

¹¹ Conforme argumentou o Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 2005, p. 327). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.367/DF. Relator Cezar Peluso. Antes disso, a ADI n. 1.668/DF, que ao analisar a lei geral das telecomunicações, Lei n. 9.472/1997, sustentou a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordinadas aos preceitos legais e regulamentares. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.668/DF. Relator Edson Fachin.

normas fundamentais de separação de poderes e, portanto, cria-se um risco inaceitável de ação tendenciosa da agência” (VERMEULE, 2014, p. 62).¹²

Essa dificuldade pode ser contornada, em parte, não pela ideia de separação das funções, mas pelo sistema de freios e contrapesos, no qual compete ao Judiciário a contenção de eventuais excessos no desempenho das outras funções estatais, aliás, sobre o argumento de violação da cláusula de “separação de poderes” por parte das agências reguladoras “a Suprema Corte, entretanto, rejeitou sistematicamente esse tipo de reclamação” (VERMEULE, 2014, p. 62)¹³ por mais de uma vez.¹⁴

Vale dizer que o fato de “muitas agências, de uma forma ou de outra, combinarem os poderes de regulamentação, de investigação e processo e de julgamento” não viola apenas uma cláusula do direito positivo, mas representa “uma violação do cerne do princípio *nemo iudex in sua causa*” (VERMEULE, 2014, p. 119),¹⁵ ou seja, desrespeita a ideia geral da vedação de julgar sua própria causa correspondente na expressão em latim. Contudo, essa é a típica utilização de “um argumento de risco implícito” que, no entendimento de alguns, torna-se superável porque “o Estado administrativo fornece tantos bens de valor que o risco de viés administrativo é um subproduto constitucionalmente tolerável” (VERMEULE, 2014, p. 63).¹⁶

Por outras palavras, a assertividade da especialização das agências reguladoras (competência técnica) somada a possibilidade de correção judicial de eventuais excessos minimizam os custos atrelados à suposta concentração das atividades regulatória, normativa e julgadora dessas instituições que compõem o desenho do Estado administrativo. Tais discussões são desenvolvidas levando em consideração a experiência e a realidade estadunidense que possui uma estruturação institucional bastante distinta da brasileira.

Especificamente no caso brasileiro deparam-se com algumas dificuldades de tradução desse modelo estrangeiro, sobretudo ao considerar a tradição centralizadora que remonta à formação e à atuação do Estado nacional brasileiro. Além disso, esse mesmo Estado, segue assolado pelos ranços do patrimonialismo

¹² No original: “[the] main arguments has been that combining rulemaking, prosecution, and adjudication in the hands of the same administrative agencies effects a violation of core norms of separation of powers, and thus creates an unacceptable risk of biased agency action.” (VERMEULE, 2014, p. 62).

¹³ No original: “The Court, however, has consistently rejected this sort of claim.” (VERMEULE, 2014, p. 62).

¹⁴ *v. Bonds*, 349 U.S. 302 (1955); *FTC v. Cement Inst.*, 333 U.S. 683 (1948), *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950) (VERMEULE, 2014, p. 62, nota de rodapé n. 31).

¹⁵ No original: “[m]any agencies in some way or another combine the powers of rulemaking, investigation and prosecution, and adjudication. [...] a violation of the core of the *nemo iudex* principle.” (VERMEULE, 2014, p. 119).

¹⁶ No original: “This is an implicit jeopardy argument: the administrative state supplies so many valued goods that the risk of administrative bias is a constitutionally tolerable byproduct.” (VERMEULE, 2014, p. 63).

acompanhado com generosas doses de autoritarismos retratados na historiografia oficial.

Note-se, ainda, que não existem estruturas sociais, materiais, financeiras e normativas comparáveis entre esses dois países localizados em pontos distintos do continente americano, por isso, no caso brasileiro, os riscos assumidos são exponencialmente mais elevados e talvez os custos implicados superem as vantagens. Mesmo assim, não é de hoje, que o Estado brasileiro vem incorporando aspectos que aproximam as trajetórias e distanciam outras tantas feições. Ao longo da experiência brasileira, sucessivas reformas administrativas e constitucionais buscaram implementar a descentralização e a eficiência administrativas cada qual ao seu tempo e modo.

Sem ter assegurado primeiro as condições materiais básicas (mínimo existencial)¹⁷ para parcela expressiva da população brasileira, por meio da consolidação de um Estado social de direito, o Estado brasileiro flertou (e ainda flerta) com o neoliberalismo econômico, especialmente durante as privatizações ocorridas em meados da década de 1990; nesse período vieram também as primeiras agências reguladoras, um pouco ao arremedo do modelo estadunidense, com as promessas de modernização e de eficiência dos serviços antes estatais, agora confiados à iniciativa privada, mas acompanhados de perto pelas agências reguladoras.

Nesse mesmo período temporal, “as agências reguladoras se transformaram em um novo *locus* de circulação de poder político”, além disso, esse espaço também adquire a possibilidade de se tornar uma “nova arena política de participação de atores da sociedade civil” (MATTOS, 2004, p. 03) para a elaboração de políticas públicas setoriais. Esse “novo modelo de Estado regulador” ao se comprometer com as consulta e audiência públicas enquanto mecanismos de promoção da necessária participação social passa a ser detentor de “potenciais democráticos” nas palavras do citado autor.

Em que pese o entendimento de que esses mecanismos possuem “um potencial democrático de ampliar a participação de outros atores da sociedade civil na deliberação sobre o conteúdo da regulação”, impõe-se reconhecer o que “as manifestações analisadas em consultas públicas representarem predominantemente a categoria interesse empresarial privado” (MATTOS, 2004, p. 19). Repise-se que esses mecanismos tradicionais da participação deixam descoberto parcela expressiva dos usuários, interessados e afetados pela regulação.

Forçoso reconhecer que algumas dessas políticas registraram determinados avanços, contudo, ainda está longe de realizar tudo aquilo que fora prometido. Mesmo com todas as dificuldades enfrentadas, atualmente o Brasil ostenta uma estrutura consolidada de regulação, que vem funcionando para aproximar aqueles

¹⁷ Em certas situações, é possível verificar que sequer o mínimo vital (ligado as condições elementares de sobrevivência) foi assegurado pelo Estado brasileiro.

objetivos da experiência institucional. Assim, mesmo que não seja comparável com o modelo estadunidense pode-se afirmar que o Brasil possui um Estado administrativo minimamente estruturado e em funcionamento que tenta regulamentar uma série de serviços essenciais à exemplo da área da saúde, água, petróleo, ordem econômica, transportes terrestres, dentre outras.

Recentemente, há uma série de esforços normativos para mensurar e avaliar os resultados da atividade regulatória. Além da referida Lei 13.848/2019, “lei das agências reguladoras”, existe o Decreto Federal n. 10.411, de 30 de junho de 2020,¹⁸ que disciplina a análise de impacto regulatório no âmbito da administração pública federal,¹⁹ bem como as *diretrizes gerais e guia orientativo para a elaboração da AIR* desenvolvida pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (BRASIL, 2018) e a *guia para elaboração da AIR* desenvolvida pela Secretária de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) (BRASIL, 2018b).

Em resumo, a AIR designa “um processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos” (BRASIL, 2018, p. 07). Esses “padrões mínimos” permitem a avaliação de resultado regulatório (ARR) visando estimar o “desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados originalmente pretendidos” (BRASIL, 2018, p. 13). Tais exigências também se inserem num espectro mais amplo disposto em termos conceituais como políticas públicas baseadas em evidências (PPBEs) (PINHEIRO, 2020).

Uma vez que a atividade reguladora pode vir acompanhada de “efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade” tais como o “aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado” (BRASIL, 2018, p. 21-22) é que a participação do maior número de pessoas potencialmente afetadas pela regulação estatal se torna indispensável. Aliás, a interação com a sociedade civil compõe as “boas práticas regulatórias”, nesse particular, operacionalizada por meio da *política nacional de participação social* (PNPS) e do *sistema nacional de participação social* (SNPS).²⁰

Desse modo, os resultados da análise de impacto regulatório e da avaliação de resultado regulatório precisam estar disponíveis e acessíveis, isso é, prontamente localizáveis e compreensíveis tanto para os tomadores de decisão das políticas públicas, quanto para as cidadãs e para os cidadãos. Contudo, essa situação nem

¹⁸ Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019.

¹⁹ Muito embora o art. 3º, § 2º, II do referido Decreto dispense a realização da AIR em atos normativos de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados.

²⁰ Cf. Decreto n. 8.243/2014, que institui a política nacional de participação social - PNPS e o sistema nacional de participação social - SNPS (BRASIL, 2018, p. 32).

sempre pode ser verificada na experiência regulatória brasileira conforme afirmado na parte introdutória desse artigo e será visto no terceiro tópico. Assim, desenvolve-se a dimensão de conflituosidade interna de um Estado que se pretende administrativo e participativo.

Essa relação se torna ainda mais complexa. Porquanto, exista uma aguda demanda por direitos sociais básicos prometidos no texto constitucional de 1988 tais como “educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988) que deveriam se materializar por meio de políticas públicas específicas não se identifica o acompanhamento dos mecanismos de participação social.

Certo, porém, que o descumprimento prolongado dessas promessas constitucionais longe de fazer crescer a “fé no projeto constitucional” - mediante um pacto inter-geracional capaz de resgatar e de cumprir essas e outras promessas constitucionais (BALKIN, 2011) - conduz à deslegitimação social do Estado brasileiro e de suas instituições. De outra sorte, numa perspectiva instrumental sobre a efetividade dos direitos sociais e de suas políticas públicas permitiriam avançar nas conquistas democráticas; já que o acesso aos direitos sociais básicos potencialmente impulsiona a inclusão democrática de pessoas que antes não participavam das deliberações sobre a agenda pública.

No entanto, o mero crescimento do aparato estatal não emula às práticas de participação social no ciclo das políticas públicas. Daí manifestar as discordâncias com as teorias que propõem o alcance ou a ampliação da legitimidade social pela via do procedimento institucionalizado, mesmo porque isso pode conduzir à reserva de competência exclusiva das agências especializadas, enquanto fim em si mesmas. De outra sorte, a participação social, nos termos do *minipopulus*, visa, antes de qualquer coisa, a dimensão participativa da ideia de democracia; embora essa mesma participação seja igualmente apta a contribuir para o aperfeiçoamento de uma atividade reguladora ou do ciclo de uma política pública,²¹ por exemplo.

Para além da notória insuficiência operativa de algumas políticas públicas brasileiras, tanto em termos de elaboração, quanto em termos de realização, percebem-se as dificuldades das participações sociais nesse seguimento. Ao que tudo indica, existe uma concentração estatal na formulação e na adoção de políticas públicas que, por sua vez, reage a estímulos específicos de determinados setores da sociedade civil organizada. Nesse campo, também se depara com dificuldades argumentativas e operativas para a implementação do direito à participação social, esses temas serão abordados no segundo tópico desse artigo.

²¹ O ciclo de política pública pode ser descrito pelas seguintes fases: aplicação da regulação, definição da agência, elaboração da regulação, implementação e monitoramento (BRASIL, 2018b, p. 05).

3. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PÚBLICOS POLITICAMENTE ATIVOS

Destacados os principais elementos do Estado administrativo no tópico antecedente busca-se articular a variável das participações sociais na formulação de políticas públicas regulatórias setoriais. Um campo de atuação bastante restrito que se depara com dificuldades operativas haja vista o elevado grau de especialização técnica das demandas apresentadas por setores específicos. Ademais, existem componentes políticos envolvidos que complexificam ainda mais as questões envolvidas, porém, conforme já se afirmou na parte introdutória desse artigo, as participações sociais são elementos indispensáveis para as instituições que se pretendem minimamente democráticas.

A propósito, os esforços desse tópico estarão reunidos na articulação entre as atrizes e os atores, sociais e estatais para a elaboração dessas políticas públicas. Isso posto, cabe considerar que “geralmente uma política nasce ‘de governo’ e se transforma em ‘de Estado’, à medida em que assume uma institucionalização mais completa passando a depender menos das forças políticas que patrocinaram o seu nascimento” (BUCCI, 2019, p. 806). Em termos de políticas públicas há sempre um componente extrajurídico atrelado, isso potencializa a atuação do Executivo e também facilita a criação de um ambiente social e institucional propício ao desenvolvimento de fenômenos do tipo “supremacia executiva” (BOLONHA, et. al. 2014) ou “hiperpresidencialismo” (BOLONHA, 2015).

Existe até mesmo uma abordagem específica sobre o tema, nomeada *Direito e Políticas Públicas*, cujo objeto consiste na “ação governamental coordenada e em escala ampla, para atuar sobre problemas complexos, em estratégias juridicamente informadas, para estender as conquistas civilizatórias a todas as pessoas” (BUCCI, 2019, p. 809). Essa abordagem, todavia, é corrompida ou contrastada pelo “clientelismo”, por outras palavras, significa dizer que as políticas distributivas em determinadas situações se encontram comprometidas “com o atendimento atomizado de demandas, o que, exatamente pela fragmentação, ocorre sem que se estabeleça confronto direto entre os beneficiários” (BUCCI, 2019, p. 813).

Disso decorre a principal provocação enunciada no subtítulo desse tópico: a existência de políticas públicas para públicos politicamente ativos.²² Posterior a estruturação do Estado administrativo brasileiro - anunciada no primeiro tópico - tornou-se perceptível a necessidade de alguns setores específicos, a exemplo das análises sobre educação, saúde, habitação, mobilidade urbana, cultura, ciência e tecnologia, infraestrutura, transporte, energia, telecomunicações etc. sobre os quais exista pelo menos uma comunidade epistêmica razoavelmente definida ou grupos de especialistas; cada um ciente de questões jurídicas que lhes afetam de maneira particular e suas injunções com aspectos de gestão e financiamento, movimentos sociais, demandas legislativas e políticas e assim por diante (BUCCI, 2019, p. 820).

²² Cujas inspiração se encontra em Dahl (2012).

Em situações concretas, abre-se margem para interpretações antagônicas. Primeiro, porque cogita-se a articulação de uma rede participativa social e epistemologicamente orientada, mas também a existência de capturas e cooptações setoriais por determinados interesses pouco ou quase nada republicanos. Nessa interpretação as pessoas chamadas de “especialistas em políticas públicas” passam a fazer parte daquilo que poderia ser nomeado de “uma ‘elite política’ (uma elite da política externa, por exemplo); o conjunto de diferentes elites das políticas públicas poderia ser denominado ‘elites políticas’” (DAHL, 2012, p. 535).

Precisamente nesses termos, tem-se dificuldades na sustentação de práticas estatais que não concebem a democracia (conhecimento, participação e influência) enquanto incremento próprio da política; em tais situações, as participações sociais passam a ser entendidas como um somenos, um detalhe eventual e dispensável. Noutras palavras, “seu papel nas decisões das políticas públicas seria um assunto de pouca importância para os cidadãos num país democrático avançado, não fora a complexidade crescente das políticas públicas. Essa complexidade ameaça deixar as elites políticas imunes ao controle efetivo pelo *demos*” (DAHL, 2012, p. 535).

Isso se desenvolve dentro de um conjunto mais amplo de ideias, nomeado como o “regime de guardiania”, quer dizer, a pressuposta ideia de completa inaptidão do povo ou *demos* para adotar determinadas decisões; precisando, portanto, ser tutelado pelas guardiãs e pelos guardiões dos seus legítimos interesses. Nessa perspectiva teórica há espaço para regimes de “quase guardiania”, nos quais registra-se relativa abertura à participação social.

Apesar de oferecer um diagnóstico mais ou menos preciso sobre a situação enfrentada, apenas sua constatação revela-se insuficiente; porém, relevante. Diante disso, expõe-se a proposta de criação de um *minipopulus* enquanto tentativa de “estreitar o abismo crescente que separa as elites políticas do *demos*” (DAHL, 2012, p. 541). Essa proposta teórica de participação social encontra-se na obra: “A democracia e seus críticos” e consiste num conjunto heterogêneo de cidadãos e cidadãs com o objetivo de realizar a participação, a deliberação e o controle nas questões públicas, pressupõe algumas condições institucionais e sociais para garantir o funcionamento de sua complexa estrutura.

Desse modo, a “possível solução” apresentada perpassa pela articulação de pelo menos três elementos que compõem a participação social: a informação, a oportunidade e a influência. Assim, a primeira parte busca “garantir que a informação sobre a agenda política, apropriada no nível e na forma e apresentada como um reflexo preciso do melhor conhecimento disponível seja fácil e universalmente acessível a todos os cidadãos” (DAHL, 2012, p. 541). Isso se comunica direta e frontalmente com o dever estatal de transparência horizontal externa, ou seja, quando aquelas e aqueles que não integram as instituições estatais conseguem verificar e compreender aquilo que se passa no interior dessas instituições.

Evidentemente, não se satisfaz essa condição com a mera publicação das informações sobre determinada política pública ou política regulatória, antes, porém, exige-se que esteja disponível e compreensível para que a sociedade civil seja informada sobre os rumos que direcionam a coisa pública. Publicar e informar, portanto, são partes instrumentais de um processo participativo.

Além disso, as instituições e aquelas e aqueles que temporariamente exercem as atividades de governo precisam “criar oportunidades facilmente disponíveis e universalmente acessíveis para [todas as cidadãs e] todos os cidadãos”, esse segundo elemento reflete as informações obtidas na primeira parte, no qual o *demos* passa do conhecimento para o exercício de compor ou contrapor essa política que está sendo gestada. Na verdade, trata-se de um produto da informação e da oportunidade, passa-se a “influenciar os temas sobre os quais a informação acima está disponível; e participar de um modo pertinente das discussões políticas” (DAHL, 2012, p. 541).

Todavia, essas condições idealizadas encontram barreiras operacionais e estruturais para que toda a sociedade civil possa potencialmente lançar mão desses elementos, isso sem falar que determinadas políticas públicas setoriais, bastante específicas, podem não despertar o interesse pela participação social, apesar da informação e da oportunidade o nível da influência (controle social) seria eventual, cujo interesse altera em razão da matéria, do tempo, do espaço, dentre outras variáveis. Essa objeção não invalida os esforços teóricos empreendidos, ao contrário, diante disso cria-se o chamado *minipopulus*, assentado no pressuposto de um “país democrático avançado” (DAHL, 2012, p. 543) no qual todos esses elementos estariam presentes.

Esse órgão temporário social, “composto de mil cidadãos, talvez, selecionados ao acaso no *demos* inteiro. Sua tarefa seria deliberar, talvez durante um ano, a respeito de um tema e então anunciar suas escolhas. Os membros de um *minipopulus* poderiam ‘se reunir’ por meio das telecomunicações” (DAHL, 2012, p. 543). Acumularia ainda o poder de “decidir a agenda das questões, enquanto um outro poderia ocupar-se de uma questão de máxima importância. Dessa forma, poderia existir um *minipopulus* para cada questão de importância vital na agenda” (DAHL, 2012, p. 544).

Registre-se que essa estrutura social “poderia existir em qualquer nível de governo -nacional, estadual ou local” e seria composta por “um comitê consultivo de acadêmicos e especialistas e uma equipe administrativa. O *minipopulus* poderia fazer reuniões, encomendar pesquisas e participar de debates e discussões” (DAHL, 2012, p. 544). Assim, essa proposta teórica colocaria barreiras a seletividade das atrizes e dos atores sociais (públicos ativos ou teoria da captura) que formulam as direções da regulação ou da política pública, cuja inovação não é proporcionada pelos mecanismos tradicionais de participação social.

Nessa ordem de ideia, “o juízo de um *minipopulus* ‘representaria’ o juízo do *demos*” e, portanto, de suas decisões “derivariam sua autoridade da legitimidade

da democracia” (DAHL, 2012, p. 544). Além de uma perspectiva limitada no tempo (1989) e no espaço (Yale), essas proposições atitam diretamente com a estrutura representativa madsoniana e com a estrutura especializada do Estado administrativo, contudo apontam para a principal falha dessas estruturas que ora ignoram, ora relegam ao segundo plano as participações sociais. Deixa em aberto a interação interinstitucional, a exemplo da articulação dessa estrutura social com o parlamento ou com as agências reguladoras competentes, os juízos dos *minipopulus* seriam complementares ou definitivos? Haveria poder de veto de determinada política pública?

Essas e outras questões permanecem sem respostas e também não há preocupações em demonstrar o lastro empírico, ainda que incipiente, para fundamentar sua opinião teórica. Mesmo assim, não subtrai por completo suas potencialidades. De alguma forma, permite a aproximação, em menor escala, com os conselhos previstos nos artigos 89, VII; 198, III; 204, II; 206, VI, todos da CRFB/88, dentre outros exemplos possíveis, assim seria possível sustentar correspondências parciais de um Estado administrativo e participativo brasileiro. Para identificar como a formulação de política pública para o setor de transportes, as agências reguladoras e as participações sociais se articulam na experiência brasileira analisam-se alguns percalços da política pública regulatória do transporte rodoviário de cargas.

4. PERCALÇOS NA POLÍTICA PÚBLICA REGULATÓRIA DOS FRETES RODOVIÁRIOS

A fonte material da política pública regulatória dos fretes rodoviários brasileira remete à sucessivos conflitos sociais. Desde os idos de 2009 até 2015, na contramão da crise econômica mundial o governo federal da época disponibilizou linhas de crédito e de financiamento para o setor de transportes de carga rodoviárias, especialmente para os transportadores autônomos de cargas. Em meados de 2014 registrou-se uma queda significativa no produto interno bruto nacional seguido de retração econômica; via de consequência, houve a diminuição da demanda e o excesso da oferta de fretes rodoviários a consequência direta foi a diminuição no valor do preço do frete rodoviário praticado no mercado de transportes.

Com a elevação dos preços do óleo diesel combustível a situação se tornou ainda mais periclitante. Assim, os transportadores autônomos por meio de uma greve realizada em 2015 pressionaram a ANTT para a implantação do tabelamento do preço mínimo de fretes. Por intermédio de um ato normativo (resolução) essa agência reguladora federal disciplinou a matéria, porém, desprovida de caráter vinculante. Houve o aprofundamento das crises econômica, política e social e esse quadro se agravou. Em 2018 os caminhoneiros autônomos deflagraram uma paralização nacional dos serviços, por cerca de uma semana, provocando uma crise de desabastecimento e a alta generalizada dos preços sem precedentes em toda a história nacional.

O governo federal da época viu-se obrigado a ceder e teve que atender as principais reivindicações do “movimento grevista”,²³ dentre outras providências, editou a Medida Provisória n. 832/2018, que “institui a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas”, posteriormente convertida na Lei n. 13.703/2018 e regulamentada pela ANTT por um conjunto de resoluções dentro de uma série de etapas de implementação.

No geral, a referida lei visa proporcionar a adequada retribuição ao serviço de transporte rodoviário de cargas (art. 2º) remunerando em patamar igual ou superior aos pisos mínimos de frete fixados (art. 4º). A ANTT ficou responsável pela fixação dos custos operacionais totais do transporte (em especial, com o óleo diesel e os pedágios), vedada a celebração de qualquer acordo ou convenção (individual ou coletivo) que permita a prática de preços inferiores ao mínimo estabelecido. A legislação indicou alguns parâmetros para a definição dos pisos mínimos que, dentre outros, deverá observar o eixo carregado, as distâncias percorridas, as especificidades das cargas e a oscilação no preço do óleo diesel (art. 5º) (BRASIL, 2018a).

Para os fins pretendidos nesse artigo, cumpre destacar a metodologia prevista para “o processo de fixação dos pisos mínimos” de caráter técnico, com “ampla publicidade e com a participação dos representantes dos embarcadores, dos contratantes dos fretes, das cooperativas de transporte de cargas, dos sindicatos de empresas de transportes e de transportadores autônomos de cargas”. Além do tabelamento obrigatório - que não deixa margem discricionária para o exercício (ou não) do poder regulamentar pela ANTT - o art. 6º, parágrafo único da sobredita lei estabelece a “participação das diversas partes interessadas no processo de fixação dos pisos mínimos, garantida a participação igualitária de transportadores autônomos e demais setores” (BRASIL, 2018a).

Instituída essa política pública setorial, a atuação da agência pública e as participações dos setores diretamente interessados produziram um complexo arcabouço normativo que foi questionado por três ações diretas de inconstitucionalidade, uma ação principal (ADI n. 5.956/DF) e duas ações conexas (ADI n. 5.959/DF e ADI n. 5.964/DF), todas pendentes de julgamento. Assim, destacam-se as visões antagônicas assumidas nos pareceres do CADE e da ANTT, nos termos da ação principal. Sem dúvidas, revela-se um caso emblemático que congrega vários atores institucionais dentro de uma decisão judicial a ser prolatada e articula parcela das funções do Presidente da República, das agências reguladoras, do Congresso Nacional, do Supremo Tribunal Federal (STF) e das participações sociais.

Em 17/06/2018 o CADE, no bojo da ação judicial principal, manifesta pela impropriedade do tabelamento de preços com fundamento na vedação de práticas

²³ Embora existam suspeitas/denúncias de algumas paralizações das atividades por iniciativa de empresários do setor de transporte rodoviário de cargas, configurando a prática ilícita de *lockout* prevista no art. 17 da Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o exercício do direito de greve.

de cartelização, pois aquilo que outrora se chamou de participações sociais na definição técnica dos preços mínimos foi interpretada como uma espécie de acordo entre os “concorrentes do setor, aumentando, assim, as preocupações de caráter concorrencial derivadas do debate dos custos setoriais comuns pelos concorrentes, pela criação de um ambiente de incentivo ao comportamento cooperativo” (BRASIL, [2023], n.p.). Além disso, desenvolveu sequencialmente seis argumentos que sustentam o entendimento “pró-concorrência”, ou seja, contrário ao “tabelamento dos preços” e, em certo sentido, as participações sociais.

Vale a descrição desse repertório argumentativo contrário à regulação de fretes rodoviários porque implica (i) mitigação da liberdade contratual; (ii) risco de incremento de custo na cadeia de formação de preço de produtos e serviços; (iii) redução da competitividade entre os agentes econômicos concorrentes; (iv) risco de redução de incentivos à inovação de mercado por parte dos concorrentes, pelo congelamento da expectativa de lucro; (v) risco de queda de qualidade do produto e serviço; (vi) risco de desvio de demanda para outros serviços (substituibilidade), por vantagem criada por superprecificação ou subprecificação artificial. Assim, o entendimento consolidado pelo CADE, estável em diversas composições de seu órgão colegiado, indica que o tabelamento de preço constitui uma infração à ordem econômica passível de condenação (BRASIL, [2023], n.p.).

Esse parecer envolve ainda considerações sobre a suposta afronta ao princípio da livre concorrência, cuja interferência estatal, com a criação artificial dos preços praticados torna-se inevitável o desequilíbrio entre a oferta e a demanda. Isso, por sua vez, produz a “diminuição da demanda por produtos finais, o que, por consequência, diminuirá o número de fretes e diminuirá as oportunidades de emprego disponíveis”, esse fenômeno é explicado pela microeconomia sob o argumento da “geração de peso-morto social”, quer dizer, uma “situação na qual há um desequilíbrio em que a demanda consome menos e a oferta contratualiza menos do que seria socialmente desejável e do que ocorreria, normalmente, caso não houvesse intervenção estatal na economia” (BRASIL, [2023], n.p.).

Há, por fim, questões concorrenciais que se relacionam diretamente com os “efeitos deletérios ao consumidor”. Diante de tais considerações, o posicionamento institucional do CADE é no sentido de que o “tabelamento, com o estabelecimento de preços mínimos, não apresenta benefícios ao adequado funcionamento do mercado e ao consumidor final, que arcará com os aumentos de preço decorrentes de tal medida” (BRASIL, [2023], n.p.), ou seja, com argumentos de índole econômica desconsidera todo o percurso trilhado pela política pública.

No outro extremo, em 15/06/2018, a ANTT oferece em seu parecer uma interpretação sistêmica do texto constitucional ressaltando que a aparente “incompatibilidade entre a política de preços mínimos com os princípios constitucionais que regem a ordem econômica” (BRASIL, [2023], n.p.) se resolve pela conjugação entre os princípios constitucionais da livre concorrência “com os

princípios da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho” (BRASIL, [2023], n.p.).

Especificamente sobre as resoluções expedidas, essa agência reguladora considera que o “objetivo dos instrumentos normativos impugnado consiste em promover condições razoáveis à realização de fretes no território nacional” (BRASIL, [2023], n.p.). Sustentou que o objetivo dessa política pública regulatória “para além da promoção da saúde econômica financeira buscou privilegiar questões de segurança da sociedade, a prática de fretes com preços aviltados tem se tornado fator impeditivo para uma adequada manutenção dos veículos” (BRASIL, [2023], n.p.).

Mais uma vez, o processo participativo na definição da política regulatória é ressaltado, quando a ANTT sustenta que “para [a] construção da tabela, realizou a coleta de informações - durou 45 dias, foram mais de mil contribuições de todos os setores -, e agora entra o processo de audiência pública propriamente dito” (BRASIL, [2023], n.p.). Sendo possível realizar alguma aproximação com a proposta do *minipopulus*, apresentada no tópico antecedente.

No entanto, vale observar que o ato regulatório da ANTT, no exercício de sua competência técnica-normativa deriva de uma decisão do Executivo e do Legislativo federal, cujo desenho institucional vem pré-fixado pela Lei n. 13.703/2018. Além disso, conforme já afirmado, não existe a discricionariedade na criação da tabela de preços mínimos, sendo que os atores diretamente envolvidos na sua elaboração estão direta ou indiretamente interessados nos valores mínimos estabelecidos para os fretes. Desse modo, inexistem garantias que tais participações sociais não estejam eivadas de vícios da captura, muito menos que sejam atendidos os requisitos da aleatoriedade e do controle social presentes na teoria do *minipopulus*.

Apesar disso, não se pode desconsiderar os esforços para fomentar as participações sociais. Isso porque em 27 de agosto de 2018, no bojo da ADI 5.956/DF realizou-se a audiência pública n. 24 (*política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas sobre a concorrência*). Oportunidade na qual o Ministro relator, Luiz Fux, sustentou a existência de uma “sociedade participativa” que igualmente atua na “deliberação dos problemas sociais e dos problemas econômicos” (BRASIL, [2023], n.p.).

A Advocacia Geral da União ressalta que a intervenção do Estado no domínio econômico, prevista no art. 174 da Constituição da República de 1988, justifica o estabelecimento dessa política de preço mínimo. Essas medidas legislativas e regulatórias prestam homenagem aos princípios fundamentais da dignidade humana (vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico brasileiro), da valorização social do trabalho e do objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais. No mesmos sentido, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil afirma que essa política pública setorial buscou corrigir distorções na

contratação do frete, principalmente quando se refere ao caminhoneiro autônomo (BRASIL, [2023], n.p.).

Mesmo sem demonstrar os dados, a Confederação Nacional dos Transportadores Autônomos (CNTA) afirma que a oferta de produtos e a constância nos abastecimentos itens básicos no período “pós piso mínimo de frete” não foi impactada negativamente (BRASIL, [2023], n.p.). Demonstrando não apenas a necessidade, mas a adequação das práticas regulatórias. Em igual teor, foi a manifestação do Sindicato dos Transportadores Autônomos de Cargas de Ijuí, no Rio Grande do Sul e da Central Geral dos Trabalhadores do Brasil que também estiveram presentes na audiência pública no STF.

Em sentido diametralmente oposto, tem-se a exposição da Confederação de Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA). Ao afirmar a inconstitucionalidade da política de tabelamento mínimo de fretes rodoviários sustenta que os preços de venda do milho e da soja, por exemplo, muitas das vezes, são formados no exterior, mais especificamente nas bolsas de Chicago, nos Estados Unidos da América. E que o valor praticado no frete rodoviário deriva exclusivamente do excedente de oferta na prestação do serviço, por isso entende que a legislação questionada além de violar a livre iniciativa também cria distorções já que pela tabela atual torna-se mais barato transportar explosivos do que transportar soja, por exemplo (BRASIL, [2023], n.p.).

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) sugere que o tabelamento deve ser abandonado devido a “inviabilidade técnica e operacional” já que “rodar 500 quilômetros no Sudeste do Brasil não é a mesma coisa de rodar 500 quilômetros no Norte ou Nordeste” (BRASIL, [2023], n.p.). Na linha do referido parecer, o CADE reafirma que essa política se revela “danosa ao ambiente concorrencial ao reduzir a competitividade entre concorrentes, por efetuar o mecanismo de equilíbrio de preços e limitar a possibilidade de barganha de forma a prejudicar os consumidores finais” já que apresenta resultados semelhantes ao de uma cartelização (BRASIL, [2023], n.p.).

Criado o impasse entre a formação de um suposto cartel e as participações sociais, cabe retornar ao ponto da “virada institucional” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 921)²⁴ para compreender as razões pelas quais essas legislações possuem interpretações conflituosas capazes de refletirem sobre o mesmo objeto direções completamente antagônicas. Vale acrescentar que as “questões de interpretação jurídica não podem ser resolvidas de forma adequada sem a atenção às questões institucionais” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 948),²⁵ ou seja, potencialmente mais adequado do que indagar sobre qual o sentido da interpretação realizada vale levar em consideração o ator e o interesse institucional daquele que a interpreta. Contíguo a isso, compreender que “as agências estão sujeitas à influência de grupos

²⁴ No original: “institutional turn” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 921).

²⁵ No original: “[i]ssues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional questions.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 948).

privados poderosos” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 950),²⁶ tal qual outros atores institucionais.

Identifica-se, portanto, um conjunto de “interações entre instituições políticas de fundo, agências, especialistas e questões complexas nas fronteiras da ciência e da política”, assim surgem dois riscos políticos de especial interesse: primeiro, a politização da *expertise* e, segundo, o risco da decisão patológica de especialistas” (VERMEULE, 2014, p. 163-165).²⁷ Esse primeiro risco envolve “a utilização estratégica de argumentos científicos e tecnocráticos por grupos de interesse, políticos e nomeados políticos para as agências, a serviço de objetivos ulteriores” (VERMEULE, 2014, p. 164).²⁸

Para contornar esses ricos atrelados ao funcionamento das agências reguladoras capturadas por interesses alheios uma das propostas apresentadas consiste em “exigir que as agências considerem as recomendações de painéis de especialistas independentes” (VERMEULE, 2014, p. 164).²⁹ Mas, isso se aplica no âmbito de atuação interna da agência, no caso em tela, o questionamento da validade dessa política de regulação setorial agora compete às Ministras e aos Ministros do STF, cujas ações judiciais ainda se encontram aguardando julgamento.

Nesse sentido, o relator das ações, Ministro Luiz Fux, considerou tratar-se de “um problema macroeconômico, que veio ao Judiciário por meio de ações de controle concentrado, da compatibilidade do tabelamento com a Constituição Federal” (BRASIL, [2023], n.p.). Desse modo, apesar de todos os esforços empreendidos, essa decisão agora compete ao Judiciário que, por sua vez, deixa transparecer “o problema da capacidade institucional, quer dizer, um dos limites da jurisdição das cortes supremas é a capacidade institucional de entender os problemas que são extrajurídicos, as externalidades às vezes negativas de questões jurídicas colocadas” (BRASIL, [2023], n.p.).

Logo, em que pese os avanços na direção de construção do Estado administrativo e participativo brasileiro, existe toda uma dimensão de conflituosidade interna que subjaz as teorias apresentadas nos tópicos anteriores, que essa situação concreta coloca à lume. Mas, conforme afirmado, essa questão permanece em aberto e precisa aguardar a definição da postura judicial para identificar os próximos passos.

²⁶ No original: “[a]gencies are subject to the influence of powerful private groups [...]” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 950).

²⁷ No original: “[i]nteraction - among background political institutions, agencies, experts, and complex issues at the frontiers of science and policy - creates two political risks of special interest here. [...] The first such risk is the politicization of expertise [...] the risk of pathological decision making by experts.” (VERMEULE, 2014, p. 163-165).

²⁸ No original: “[the] strategic use of scientific and technocratic arguments by interest groups, politicians, and political appointees to agencies, in the service of ulterior aims.” (VERMEULE, 2014, p. 164).

²⁹ No original: “[to] require agencies to consider the recommendations of independent expert panels.” (VERMEULE, 2014, p. 164).

5. CONCLUSÃO

Em vista do questionamento sobre as possibilidades teóricas e práticas de um Estado administrativo e participativo brasileiro procedeu-se a investigação da resposta conciliatória entre essas características (*minipopulus*). Ao final, além da confirmação parcial da hipótese apresentada percebeu-se alguns dificultadores do ponto de vista normativo e institucional. Essa pesquisa aplicada desenvolveu-se em dois níveis: um teórico e normativo para a demonstração das bases conceituais que margeiam os temas e outro prático aplicado a uma política pública de regulação setorial.

Desse modo, vale repisar os pontos centrais que justificam esses resultados apresentados. Nessa tônica, a tarefa primeira empreendida foi a reconstrução teórica daquilo que se entende por Estado administrativo, cujas origens remetem às experiências estadunidenses registradas no final dos séculos XIX e XX, forjadas no experimentalismo e em condições institucionais bastantes distintas das registradas no Brasil. Mesmo assim, houve progressivas incorporações de algumas medidas descentralizadoras em busca da especialização e da eficiência, com isso, apesar das dificuldades foi possível sustentar a existência e o funcionamento de um Estado administrativo brasileiro.

Na sequência, enveredou-se em identificar se seria possível acrescentar outro adjetivo ao Estado administrativo: o participativo. Diante das preocupações com o planejamento e a implementação das políticas públicas, em sentido amplo, identificou-se relativa frequência das participações sociais nesse ambiente, contudo, na elaboração de políticas públicas, enquanto regra, leva-se em conta os públicos politicamente ativos. Isso, sem dúvidas, torna essa relação problemática em pelo menos dois sentidos: (i) compromete os direcionamentos dessas políticas e (ii) implica decréscimo da legitimidade democrática, no sentido objetivo de participações sociais (conhecimento, participação e influência).

Na gramática da ciência política, examinou-se a proposta participativa do *minipopulus*, que encontra relativa correspondência na estrutura institucional, pelo menos em termos de composição social dessas estruturas. Mais uma vez, em que pese as dificuldades enfrentadas foi possível sustentar a existência e o funcionamento de um Estado administrativo e participativo brasileiro, pelo menos do ponto de vista teórico.

Ao final, por intermédio da reconstrução social e normativa da política pública regulatória dos fretes rodoviários, estabelecida pela Lei n. 13.703/2018 e disciplinada por um conjunto de resoluções da ANTT, buscou-se compreender seu funcionamento prático. Estabelecida a regulação do mercado de fretes rodoviários, surgiram questionamentos judiciais quanto a sua constitucionalidade, cujas ações ainda estão pendentes de julgamento. No entanto, restou evidenciada que as participações dos setores interessados na formulação do tabelamento dos preços foram interpretadas em pelo menos duas possibilidades: (i) cartelização e (ii)

participação social, cuja definição do sentido empregado competirá às Ministras e aos Ministros do STF em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Letícia Lins de; BOTELHO, Ricardo (Orgs.). **Observatório da regulação**: uma análise empírica do passado e presente das agências reguladoras à luz da Lei Federal n. 13.848/ 2019. São Paulo: IBRAC, 2022.

BALKIN, Jack M. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

BOLONHA, Carlos; ASSAD, Letícia; BARROS, Breno; CARLOS, Allan; LAZARI, Igor de. NÁTALY, Patrícia; PATTITUCCI, Lucas. **Aspectos da supremacia executiva**. In: MARQUES, Gabriel Lima; VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas. (Orgs.). **Democracia e suas instituições**: fórum de grupos de pesquisa em direito constitucional e teoria do direito. Rio de Janeiro: Imo's, 2014, p. 69-78.

BOLONHA, Carlos; CORRÊA, Flávio; RANGEL, Henrique. Hiperpresidencialismo na América Latina. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 02, maio/ago. 2015, p. 115-140.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas**. Brasília, 31 dez. 2022. Disponível em: <http://antt-prd.antt.gov.br>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022 [atualizada até a EC n. 125/2022]. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)** [Subchefia de análise e acompanhamento de políticas governamentais]. Brasília: Presidência da República, 2018.

BRASIL. Lei n. 13.703 de 08 de agosto de 2018. Institui a política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 2018a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Secretária de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE). **Guia para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)**. Brasília, 27 set. 2018b [Ministério da Economia]. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view Acesso em: 28 mar. 2023.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.668/DF. Relator Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 mar. 2021. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.367/DF. Relator Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 abr. 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.956/DF. Relator Luiz Fux. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, processo pendente de julgamento [2023]. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 03, set./dez. 2019, p. 791-832.

DAHL, Robert Alan. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012 (Biblioteca jurídica WMF).

DAHL, Robert Alan. **Polyarchy: participation and opposition**. Yale: Yale University Press, 1971.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL (IBRAC). **Institucionalização e prática da análise de impacto regulatório no Brasil**. São Paulo: IBRAC, 2019.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *In: Regulação econômica e social e participação pública no Brasil*. In. IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, n. 02, 05 nov. 2004, p. 01-22.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **Políticas públicas baseadas em evidências (PPBEs): delimitando o problema conceitual [texto para discussão]**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, n. 2.554, abr. 2020, p. 01-44.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Michigan, vol. 101, n. 04, Feb. 2003, p. 885-951.

VERMEULE, Adrian. **The constitution of risk**. New York: Cambridge University Press, 2014.