

DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL: A CAPTURA DO MECANISMO DE CONSULTA PÚBLICA

DEMOCRATIC DEFICIT IN THE NATIONAL CIVIL AVIATION AGENCY: THE CAPTURE OF THE PUBLIC CONSULTATION MECHANISM

Eduardo Henrique de Carvalho Franklin¹

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar

RESUMO: O artigo tem como objetivo discutir a existência de um déficit democrático na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), considerando a apropriação do mecanismo de consulta pública por entes regulados ou associação de entes regulados. A metodologia de pesquisa consiste na aplicação de um indicador desenvolvido pelos autores, denominado proporção de contribuições de entes regulados. Analisadas as contribuições apresentadas nas consultas públicas conduzidas pela ANAC, verifica-se que o mecanismo de participação popular foi apropriado pelo mercado, com pouca ou nenhuma representatividade de outros setores da sociedade.

Palavras-chave: Regulação, consulta pública, participação popular.

ABSTRACT: *The article aims to discuss the existence of a democratic deficit in the Brazilian Civil Aviation Agency (ANAC), considering the appropriation of the public consultation mechanism by regulated entities or an association of regulated entities. The research methodology consists of the application of an indicator devel-*

¹ Ressalta-se, por razões de ética na pesquisa, que o autor deste artigo ocupa o cargo efetivo de Especialista em Regulação de Saúde Suplementar. Entretanto, o presente trabalho não reflete necessariamente a opinião da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

oped by the authors, called proportion of contributions from regulated entities. Analyzing the contributions presented in the public consultations conducted by ANAC, it appears that the popular participation mechanism was appropriated by the market, with little or no representation from other sectors of society.

Keywords: Regulation. Public consultation. Public participation.

INTRODUÇÃO

A participação popular é – ou deveria ser – o instrumento basilar da legitimidade democrática do Estado Regulador. No Brasil, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado já reconhecia, como contrapartida à redução do papel do Estado na execução e prestação direta de serviços, a busca pelo controle social direto e pela participação da sociedade (BRASIL, 1995). Para Gustavo Binenbojm, é fundamental que as agências realizem investimentos na divulgação de seu papel institucional e dos seus mecanismos de participação social, de forma que o seu processo deliberativo seja o mais aberto, informado e transparente possível (BINENBOJM, 2005, p. 147-167). Finalmente, na Lei Nº 13.848/2019, restou estabelecido no art. 6º, § 4º, que na adoção e nas propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, deverá ser realizada pelas agências reguladoras consulta ou audiência pública. Tudo para concretizar a ordem constitucional já esculpida no art.º 1, parágrafo único, da Carta Magna, que determina que o povo exercerá o poder por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.

A doutrina, entretanto, tem alertado para graves falhas cometidas pelas agências reguladoras brasileiras na utilizando dos mecanismos de participação popular. Rodrigo Pagani de Souza destaca a gravidade da situação, indicando que a agência, como ente integrante do Estado, tenderá a atender em maior medida os interesses daqueles que tiverem condições de dialogar, de negociar com ela, enfim, de pressioná-la para qualquer fim, em detrimento dos interesses daqueles pouco organizados para influenciá-la (SOUZA, 2002, p. 7). Para Pablo Leurquin e Renato Manacés, a existência de influências políticas mais fortes de um determinado grupo econômico pode inviabilizar o alcance democrático dos mecanismos de participação popular (LEURQUIN; MANACÉS, 2020, p. 167). Finalmente, Maria Tereza Fonseca Dias, Helena Colodetti Gonçalves Silveira e Marcela Pinto Ribeiro indicam que, em que pese a Administração Pública ter demonstrado certo interesse na promoção de mecanismos democráticos de participação e deliberação, essa iniciativa precisa

ser ampliada na busca da efetivação do Estado Democrático de Direito (DIAS; SILVEIRA; RIBEIRO, 2018, p. 762).

Este estudo tem por objetivo verificar a existência de um déficit democrático na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) especificamente no tocante à captura do mecanismo de consulta pública pelos entes regulados. Para tanto, buscou-se realizar uma análise tanto da quantidade de contribuições realizadas, quanto da proporção de contribuições realizadas por entes regulados.

Este documento está dividido em cinco itens, sendo o primeiro esta introdução com a descrição do problema da pesquisa e da relevância do tema, bem como os objetivos deste texto. O item dois busca discutir brevemente as relações entre Estado, regulação e democracia. O item três apresenta a metodologia da pesquisa realizada. É apresentada a ficha técnica do indicador proporção de contribuições de entes regulados, que será utilizado para verificar se há uma efetiva participação de diversos setores da sociedade. O item quatro apresenta os resultados da aplicação desta metodologia à ANAC. O item cinco traz as conclusões finais e as perspectivas de trabalhos futuros.

1. ESTADO, REGULAÇÃO E DEMOCRACIA

O modelo de Estado Regulador trouxe consigo a necessidade de reflexão sobre sua compatibilização com o princípio da legalidade. Trata-se do processo de deslegalização. O cerne da discussão é o reconhecimento de um processo de difusão normativa, no qual a Administração Pública passa a apresentar um disciplinamento jurídico técnico e eficiente diante dos contornos legais de leis-quadro. A doutrina - nesse sentido é a contribuição de Gustavo Just em Brandão, Cavalcanti e Adeodato (2009, p. 245) - tem ponderado quanto aos limites da transferência normativa em favor da Administração Pública, por meio da utilização pelo legislador de contornos excessivamente genéricos. De outra volta, as normas legais fixadoras de competência não podem ser densas ao ponto de engessar a atuação do ente regulador. Nas palavras de Cavalcanti (1999):

O princípio da legalidade apresenta-se, por vezes, quando não devidamente compatibilizado, como um dos “entraves” ao adequado funcionamento dessas entidades. É relevante destacar que ao se falar em adequação do princípio da legalidade o que se

deve entender é da construção de normas legais que sejam fixadoras de competência, indicadoras do conteúdo de direito material, mas não suficientemente densas a limitar em excesso essa produção normativa, secundária, que deve ser mais dinâmica. Sem dúvida, foi necessário que se desenvolvesse a ideia de desregulação pelos entes políticos para que se pudessem desenvolver as normatizações secundárias, setoriais, especializadas, por entes reguladores autônomos, em processo também chamado de deslegalização. (CAVALCANTI, 1999, p. 30)

A tese de Cavalcanti representa, em seu núcleo argumentativo, uma busca pela preservação do princípio da legalidade diante dos emergentes atos regulatórios. A preocupação com a legalidade dos atos normativos das agências reguladoras, bem como os limites de sua atuação, expandiu-se na doutrina administrativa brasileira. Cite-se Peci (1999), Barroso (2002), Di Pietro (2004), Binenbojm (2005), Moreira e Caggiano (2013), dentre muitos outros.

Em relação à observância ao regime democrático no processo de descentralização da organização administrativa, em particular na criação das agências reguladoras, Edilson Pereira Nobre Júnior destaca:

Então, o decisivo, para salvaguarda do princípio democrático, centra-se no modo do Parlamento em exercitar sua competência no que concerne ao estatuto dos reguladores, de sorte a, quando da disciplina da sua autonomia, e, especialmente quanto à estabilidade dos seus dirigentes, preservar sua independência em relação ao Poder Executivo, sem, contudo, fazê-lo de maneira tão ampla que enverede por torná-los irresponsáveis. (NOBRE JÚNIOR, 2021, p. 89)

De fato, a garantia da observância ao princípio democrático ainda é um desafio para a organização administrativa brasileira, inclusive no exercício de competências regulatórias. A análise de existência de déficit democrático abrange desde o processo de descentralização, com a observância da reserva de densificação normativa, até os atos regulatórios propriamente ditos, no exercício do poder normativo e fiscalizatório.

A busca pelo aperfeiçoamento do processo decisório das agências reguladoras possui fundamento constitucional, em observâncias aos princípios que regem a

Administração Pública, bem como pela necessidade de concretização de diretrizes democráticas. Notadamente, o princípio da impessoalidade expresso no art. 37 da Constituição Federal de 1988 reflete na necessidade de um processo decisório que tenha como finalidade a satisfação do interesse público. Em outros termos, as ações dos órgãos reguladores não devem ter por finalidade a satisfação de interesses institucionais, ou ainda de setores específicos da sociedade. Ao contrário, devem atender ao interesse público, consideradas as particularidades técnicas do setor regulado.

Nesse sentido, a atuação das agências reguladoras foi objetivo de regramento infraconstitucional, através da Lei Nº 13.848/2019, que dispõe sobre gestão, organização, processo decisório e controle social. Conforme sua exposição de motivos, a norma foi elaborada sob o argumento de que, passados quinze anos, as regras de funcionamento das agências reguladoras, entidades típicas de Estado, precisavam ser aperfeiçoadas, tanto para preservar sua autonomia e independência, imprescindíveis aos seu bom funcionamento, quanto para suprir lacunas e corrigir problemas evidenciados ao longo da primeira década de existência. O texto menciona ainda os órgãos reguladores não devem se tornar inoperantes por desídia de seus diretores em dar plena e boa execução aos mandatos que lhe foram conferidos.

Ainda no tocante aos processos decisórios das agências reguladoras, destaca-se a importante fase de participação social. Nos termos do art. 9º da Lei Nº 13.848/2019, serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Trata-se de importante dispositivo para assegurar a legitimidade do ato normativo regulatório.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA

Este estudo consiste em um levantamento das contribuições realizadas nas consultas públicas conduzidas pela ANAC. Foi selecionado como universo de pesquisa as cinco últimas consultas públicas encerradas pela agência reguladora, considerada a data de consulta em 01 de agosto de 2022. Todas as informações utilizadas são públicas e encontram-se disponíveis para amplo acesso no portal do órgão regulador.

Após a obtenção dos dados, iniciou-se a fase de identificação dos contribuintes. Nos casos em que as contribuições são apresentadas de forma anônima, ou que apenas parte das contribuições tem origem identificável, considerou-se que há dados insuficientes (D.I.) para o prosseguimento da análise. Por outro lado, sendo possível a identificação dos contribuintes, foi realizada a classificação da contribuição em dois grupos, quais sejam: a) Contribuição realizada por ente regulado/associação de entes regulados, e; b) Demais contribuições.

A partir da classificação dos dados, essa pesquisa apresenta um indicador denominado proporção de contribuições de entes regulados, elaborado para medir a predominância de contribuições apresentadas por ente regulado/associação de entes regulados. A finalidade desta ferramenta é avaliar o nível de captura da consulta pública, isto é, em que grau a discussão apresentada nos mecanismos de participação popular é apropriada por agentes econômicos submetidos à regulação, em detrimento de demais setores da sociedade (consumidores, usuários, instituições de ensino e pesquisa, órgãos governamentais, advogados e consultores, entre outros contribuintes). A Tabela 1 apresenta a ficha técnica do indicador:

Tabela 1 – Ficha técnica do indicador proporção de contribuições de entes regulados.

Conceituação	Percentual de contribuições realizadas por ente regulado ou associação de entes regulados em relação ao total de contribuições.
Método de cálculo	$(N^{\circ} \text{ contribuições realizadas por ente regulado ou associação de entes regulados} / N^{\circ} \text{ de contribuições realizadas}) \times 100$
Interpretação do indicador	Possibilidade de indicar situações de captura da discussão por agentes regulados, capazes de influenciar a regulação em interesse próprio.
Usos	Identificar falhas regulatórias na promoção de participação social. Identificar possíveis variações e tendências que demandem a implementação de ações para a ampliação da participação social nas agências reguladoras. Subsidiar ações de controle social da administração pública.
Meta	A meta é atingir um resultado menor ou igual a 50% de contribuições realizadas por ente regulado ou associação de entes regulados com relação ao total de contribuições realizadas, no período considerado.
Pontuação	Para resultado do indicador ≤ 50 , nota 1 Para $50 < \text{resultado do indicador} \leq 100$, nota $(100 - \text{resultado do indicador})/50$
Crítérios de aplicabilidade	O indicador se aplica a consultas públicas com número de contribuições realizadas maior que zero e cujos contribuintes são identificáveis.
Limitações e vieses	Nos casos em que há realização de contribuição por pessoa física, em nome próprio, em favor de entes regulados, a influência destes não é identificada pelo indicador.

Fonte: Elaboração própria.

Foi calculada a média das pontuações do indicador em cada uma das consultas públicas analisadas. O resultado revela se há uma apropriação persistente, pelos agentes econômicos do mercado regulado, das discussões postas em consulta pública. Em outras palavras, a média da pontuação do indicador representa evidência de captura consistente dos mecanismos de consulta pública pelo mercado regulado.

3. ANÁLISE DAS CONSULTAS PÚBLICAS DA ANAC

A ANAC foi criada pela Lei Nº 11.182/2005, com competência para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Em seu sítio eletrônico, a agência reguladora afirma:

Consultas Públicas são um importante mecanismo de participação social no processo normativo da ANAC. Por meio desse instrumento, a agência visa a ampliar a transparência de suas ações e a apoiar seu processo decisório. A ANAC realiza consultas públicas para ouvir a opinião da sociedade e dos agentes regulados sobre assuntos importantes para a regulação do setor aéreo (ANAC, 2022).²

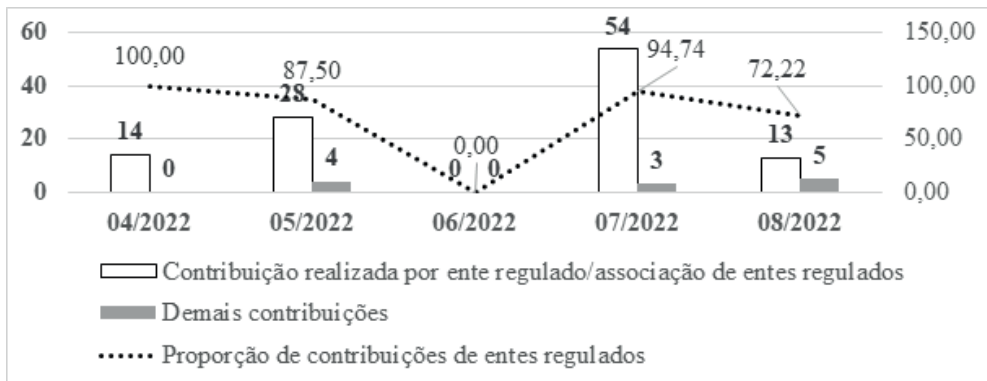
Neste estudo, foram analisadas as seguintes consultas públicas realizadas pela ANAC: 1) Consulta Pública nº 04/2022, que apresenta propostas de resolução que estabelece a Política de Proteção de Dados e Informações de Segurança Operacional no âmbito da ANAC, e de resolução que aprova o Programa de Notificação de Desvios, no âmbito de competência da ANAC; 2) Consulta Pública nº 05/2022, que apresenta propostas de resolução que estabelece os critérios específicos para operações de aplicação de agrotóxicos e afins, adjuvantes, fertilizantes, inoculantes, corretivos e sementes com aeronaves remotamente pilotadas (Remotely Piloted Aircraft - RPA) Classe 2, e de portaria que estabelece os meios aceitáveis para o seu cumprimento; 3) Consulta Pública nº 06/2022, que apresenta proposta de emenda ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil - RBAC nº 135, intitulado “Operações de transporte aéreo público com aviões com configuração máxima certificada de assentos para passageiros de até 19 assentos e capacidade máxima de carga paga de até 3.400 kg (7.500 lb), ou helicópteros”; 4) Consulta Pública nº 07/2022, que

² Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas>. Acesso em: 26 jul. 2022.

apresenta proposta de emenda ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil - RBAC nº 153, intitulado “Aeródromos - operação, manutenção e resposta à emergência”, de edição e revisão de Instruções Suplementares - IS relacionadas e de edição de portaria que disciplina a definição de tipo de uso para aeródromos de uso privativo e de uso público; 5) Consulta Pública nº 08/2022, que altera a Resolução nº 528, de 28 de agosto de 2019, para alterar as taxas de desconto a serem utilizadas nos fluxos de caixa marginais para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para os contratos de concessão dos Aeroportos Internacionais de Brasília (DF), Campinas (SP) e Guarulhos (SP) e dos Aeroportos Internacionais de Fortaleza (CE), Florianópolis (SC), Salvador (BA) e Porto Alegre (RS).

O Gráfico 1 apresenta o número de contribuições em cada uma das consultas, conforme dados públicos disponíveis no sítio eletrônico do órgão regulador³. Para cada consulta pública, foram identificadas as contribuições realizadas por ente regulado ou associação de ente regulados. Em seguida, foi calculada a proporção de contribuições de entes regulados.

Gráfico 1 – Análise das consultas públicas realizadas pela ANAC.



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados disponíveis no portal da ANAC.

A análise revela um cenário bastante negativo, que põe em xeque a efetividade da participação social na agência reguladora. Inicialmente, verifica-se que na consulta pública nº 06/2022 não houve uma contribuição sequer. Neste contexto, é possível que o mecanismo de consulta pública esteja sendo utilizado como um

³ Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/consultas-publicas-encerradas-de-2022>. Acesso em: 01 ago. 2022.

mero formalismo, com a função de validar a proposta apresentada. Ademais, é questionável a eficiência no uso de recursos públicos, tecnológicos e de pessoal em processos de consulta pública que não obtenham nenhuma participação social.

Nas consultas públicas 05/2022 e 07/2022, verificou-se uma proporção de contribuições de entes regulados de 87,50% e 94,74%, respectivamente. A situação é mais grave na consulta pública 04/2022, cujas contribuições foram oferecidas apenas por entes regulados ou associação de entes regulados. Os dados sugerem que as discussões apresentadas nas consultas públicas da ANAC são apropriadas pelo mercado, com pouca ou nenhuma representatividade de outros setores da sociedade.

A consulta pública 08/2022 apresentou uma proporção de contribuições de entes regulados de 72,22%. Em que pese se tratar do melhor resultado da série histórica analisa, ainda remete a uma forte predominância de contribuições realizadas por entes regulados. Saliente-se ainda que, nesta iniciativa, a agência reguladora optou por reunir os resultados da consulta pública com as contribuições orais oferecidas em audiências públicas. Para compatibilização com a metodologia, considerou-se cada manifestação oral como uma contribuição. Vale salientar ainda que foram classificadas como “Demais contribuições” as manifestações de uma organização bancária, uma associação de empresas rodoviárias e uma associação de empresas ferroviárias. Assim, em que pese tais contribuintes não serem considerados como agentes regulados deste mercado setorial, pode-se inferir que seus propósitos são de defesa de interesses econômicos, ainda que em mercados diferentes.

Finalmente, o cálculo da média das pontuações do indicador deve ser obtido considerando os resultados das consultas públicas 04, 05, 07 e 08/2022, uma vez que a consulta pública 06/2022 não recebeu contribuições. Assim, chega-se a uma média de 88,61, o que representa um processo consistente de apropriação dos debates postos em consultas públicas por entes regulados.

CONCLUSÕES E TRABALHOS FUTUROS

Em síntese conclusiva, o artigo propôs uma metodologia para verificação de captura do mecanismo de consulta pública por agentes regulados. Foi desenvolvido um indicador denominado proporção de contribuições de entes regulados, cuja ficha técnica apresenta conceituação, método de cálculo, interpretação, usos, meta, pontuação, critérios de aplicabilidade, além de limitações e vieses. O indicador foi

aplicado a um universo de pesquisa às cinco últimas consultas públicas encerradas pela agência reguladora. Verificou-se que uma das consultas não obteve qualquer contribuição. Finalmente, os resultados indicam um processo consistente de apropriação dos debates postos em consultas públicas por entes regulados.

Como trabalhos futuros, serão realizadas análises das consultas públicas realizadas pelas demais agências reguladoras federais, utilizando-se os mesmos parâmetros e critérios temporais. Pretende-se, ao fim, tecer considerações a respeito das relações entre regulação e democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 147-167, 2005.

BRASIL. Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. **Cadernos Mare**, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório. Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DIAS, M. T. F.; SILVEIRA, H. C. G.; RIBEIRO, M. P. O déficit de legitimidade democrática na atividade normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio de consultas públicas (2001-2017). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38.2, jul./dez. 2018.

LEURQUIN, Pablo; MANACÉS, Renato. A Participação popular no processo decisório da Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Revista Jurídica da UFERSA**, v. 4, n. 8, p. 149-170, 2020.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF—mutação constitucional do princípio da legalidade. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 43, p. 35-57, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

PECI, Alketa. Novo marco regulatório para o Brasil da pós-privatização: o papel das agências reguladoras em questão. **Brazilian Journal of Public Administration**, v. 33, n. 4, p. 121-135, 1999.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte americana. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 16, 2002.