

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Alessandro Geremia

**CARACTERÍSTICAS DA REGULAÇÃO ESTATAL E AS TRANSFORMAÇÕES
NO MODELO DE CONCESSÕES FERROVIÁRIAS**

**Porto Alegre
2013**

ALESSANDRO GEREMIA

**CARACTERÍSTICAS DA REGULAÇÃO ESTATAL E AS TRANSFORMAÇÕES
NO MODELO DE CONCESSÕES FERROVIÁRIAS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
Público e Filosofia do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.**

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

**Porto Alegre
2013**

Para minha mulher Andressa, meu filho Eduardo.

AGRADECIMENTOS

Meus mais especiais agradecimentos ao Professor Juarez Freitas, pelo ensinamento, estímulo, paciência e, sobretudo, por descortinar os melhores aspectos da regulação.

À minha mãe Dinacir e ao meu pai Aristides, por todo o carinho e exemplos de caráter e retidão.

Ao meu irmão Jean pela amizade e companheirismo.

Finalmente à Andressa e ao Eduardo, pela compreensão e por todo carinho e apoio.

RESUMO

Esse trabalho sistematiza e analisa as principais características do novo modelo de concessão ferroviária, sob a ótica regulatória, com ênfase no seu elemento fundamental: a separação vertical (*unbundling*) entre atividades monopolísticas e concorrenciais. Para tanto, a partir de revisão bibliográfica, é apresentado um amplo e profundo estudo sobre a regulação, albergando, além dos conceitos básicos, seus fundamentos, finalidades, estratégias e características. Também são apresentados os antecedentes que alçaram a regulação a um novo patamar de importância, evidenciado pelo fato dela predicar um novo tipo de Estado, o Regulador. Além disso, para a compreensão adequada dos pressupostos do novo marco regulatório é necessária à caracterização do panorama atual do setor. Por essa razão, são analisados os aspectos históricos, institucionais e jurídicos do sistema ferroviário brasileiro.

Conclui-se que o novo modelo de concessões é apropriado para atingir o seu objetivo, carecendo apenas de pequenos aprimoramentos.

Palavras chaves: Ferrovias. Regulação.

ABSTRACT

This paper systematizes and analyzes the main characteristics of the new model of railway concession, according to regulations, with emphasis on its fundamental element: unbundling between monopolistic and competitive activities.

To do so, from bibliographic review, a wide and deep study on regulation is presented, containing, besides basic concepts, its fundamentals, aims, strategies and characteristics. Also, the antecedents which have brought regulation to a new level of importance, made evident by the fact that it proclaims a new type of State, the Regulatory. Moreover, to the proper understanding of the assumptions of the new regulatory framework, the characterization of the current panorama of the sector is necessary. For this reason, the historical, institutional and legal aspects are analysed.

It is concluded that the new concession model is appropriate to reach its goal, lacking only a few improvements.

Key-words: Railways. Regulation.

SÍMBOLOS, ABREVIATURAS, SIGLAS E CONVENÇÕES

AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTF	Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANUT	Associação Nacional dos Usuários do Transportes de Cargas
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CBTU	Cia Brasileira de Trens Urbanos
CONIT	Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
DNIT	Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes
EPL	Empresa Brasileira de Planejamento e Logística S.A.
ETAV	Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A
GEIPOT	Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes
ILOS	Instituto de Logística e Supply Chain
PIL	Programa de Investimentos em Logística
PNLT	Plano Nacional de Logística e Transporte
RFFSA	Rede Ferroviária Federal S/A.
TDCO	Tarifa pela Disponibilidade da Capacidade Operacional
TIR	Taxa Interna de Retorno

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA	14
1.1 A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA	14
1.2 FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA	15
1.3 ESTADO REGULADOR	19
CAPÍTULO 2 – REGULAÇÃO	23
2.1 CONCEITOS BÁSICOS	23
2.1.1 <i>Regulação</i>	23
2.1.2 <i>Regulamentação</i>	26
2.1.3 <i>Regulação pública não estatal</i>	28
2.1.4 <i>Auto-regulação</i>	28
2.1.5 <i>Desregulação</i>	29
2.1.6 <i>Re-regulação</i>	30
2.2 FINALIDADE DA REGULAÇÃO	31
2.3 FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO	33
2.3.1 <i>Monopólios naturais</i>	34
2.3.2 <i>Essential facilities</i>	34
2.4 ESTRATÉGIAS DE REGULAÇÃO	35
2.5 CARACTERÍSTICAS DA “NOVA REGULAÇÃO” ESTATAL	39
CAPÍTULO 3 – SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO	60
3.1 QUADRO ATUAL	60
3.1.1 <i>Aspectos históricos</i>	60
3.1.2 <i>Aspectos jurídicos/regulatórios</i>	61
3.1.3 <i>Aspectos institucionais</i>	63
3.2. O NOVO MARCO REGULATÓRIO FERROVIÁRIO	66
3.2.1 <i>Modelos de configuração dos sistemas ferroviários</i>	66
3.2.2 <i>O Modelo de Segregação Vertical</i>	68
3.2.3 <i>Análise novo marco regulatório ferroviário</i>	71
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm como condição necessária, embora sabidamente não suficiente, o desenvolvimento econômico sustentável nacional e regional. Neste contexto, a provisão de infraestrutura econômica¹ adequada é relevante para a geração de um ambiente propício ao desenvolvimento econômico e a redução da pobreza e da desigualdade social.

A prestação eficiente de serviços públicos de infraestrutura condiciona a produtividade e a competitividade do sistema econômico e propicia o bem-estar social. Desta forma, a disponibilidade de infraestrutura eleva a competitividade sistêmica da economia, ao melhorar as condições de transporte, de comunicação e de fornecimento de energia, produzindo, de forma indireta, efeitos multiplicadores e dinamizadores nos demais setores. Diante disso, conclui-se que a infraestrutura tem o potencial de tornar mais rentáveis e atraentes os investimentos produtivos, proporcionando maior eficiência ao sistema econômico.²

O setor de transportes ocupa papel de destaque dentre os diversos componentes da infraestrutura econômica, pois influencia e potencializa a competitividade dos outros setores da economia. Considerando as dimensões continentais do Brasil e por consequência as longas distâncias a serem percorridas pelos insumos e bens finais dentro da cadeia produtiva, o setor de transportes, no nosso país, tem sua importância içada a um nível superior como mecanismo indutor do crescimento. Além disso, uma melhor infraestrutura de transportes gera, ainda, impactos positivos para o comércio internacional, pois permite uma redução dos preços referentes à produção, trazendo ganhos de competitividade aos nossos produtos e, por fim, diminuindo o chamado “Custo Brasil”.

Em uma breve análise na matriz de transportes no Brasil constata-se um desequilíbrio entre os diversos modais, em decorrência da predominância do meio rodoviário em detrimento dos modais ferroviário e aquaviário. Em 2010, 25% da

¹ O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) define infraestrutura como “o conjunto de estruturas de engenharia e instalações geralmente de longa vida útil – que constituem a base sobre a qual são prestados os serviços considerados necessários para o desenvolvimento produtivo, político social e pessoal”. (SÁNCHEZ, R. J. (Coord.). **Redes infraestructurales en América Latina**. Cepal: Santiago do Chile, 2009.)

² CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva e MOURA, Fernanda Senra de. Investimentos na Infraestrutura Econômica: Avaliação do desempenho recente. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**, Brasília, IPEA, v. 18, p. 9-20, 02/2012.

carga nacional era transportada por meio de ferrovias, enquanto as rodovias respondem por 58%; o modal aquaviário é responsável por somente 13% e o restante provém dos modais dutoviário e aeroviário³.

O desbalanceamento da matriz de transporte se mostra evidente quando a cotejamos com os dados de outros países de dimensões semelhantes. Apenas para exemplificar, enquanto no Brasil o modal ferroviário representa 25% da produção de transportes, na Austrália e nos EUA esse percentual alcança 43%, no Canadá 46% e na Rússia 81%.

Conforme estudos⁴, o modal ferroviário possui vantagens econômicas para o transporte de grandes volumes em distâncias longas (acima de 300km). Além disso, e não menos importante, sob o aspecto ambiental, o transporte por ferrovias se mostra mais adequado por possuir maior eficiência energética, por emitir significativamente menos CO₂⁵ e também, porque a implantação de uma ferrovia ocupa menor área quando comparada com a de uma rodovia.

Diante desses fatos e a necessidade premente de alterar profundamente esse quadro, foi elaborado, em 2007, o Plano Nacional de Logística e Transporte – PNLT. Este plano estima que, em 2025, o modal ferroviário será responsável por 35% da produção de transportes; o rodoviário, por 30%; e o aquaviário, por 29%. Com o objetivo de viabilizar o PNLT, foi lançado, em 15 de agosto de 2012, o Plano de Investimentos em Logística – PIL, que prevê uma alta soma de investimento para a construção e melhoramentos de 11.000 km de linhas férreas, importando um alta soma de investimentos de R\$ 91 bilhões em 25 anos, sendo que destes, 56 bilhões nos primeiros 5 anos.

O PIL também trouxe uma inovação importante para o setor ferroviário que foi a substituição do modelo de concessão adotado na reforma do setor na década de 90 quando da privatização da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA). De forma bastante sintética, haja vista que o assunto será visto com a devida percuciência ao longo deste trabalho, o modelo existente previa que o explorador da infraestrutura

³ Dados retirados do Plano Nacional de Logística e Transporte (PNLT).

⁴ CNT – Confederação Nacional dos Transportes. **O sistema ferroviário brasileiro**, Brasília: CNT, 2013.

⁵ Sobre isso ver POMPERMAYER, Fabiano Mezadre. Transporte Regional Sustentável: Alavancas para a redução das suas emissões de CO₂. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**, Brasília, IPEA, v. 18, p. 21-26, 02/2012. O autor conclui que o modal rodoviário é responsável por mais de 90% das emissões de CO₂ produzidos pelo transporte regional de cargas.

deteria também o monopólio pela prestação do serviço de transporte ferroviário naquele trecho. O novo modelo proposto, que conta com algumas experiências internacionais e tem por objetivo proporcionar maior competitividade na prestação de serviços, prevê a dissociação entre atividades monopolizadas e concorrenciais (*unbundling*), dispondo que o concessionário responsável pela implantação e manutenção da infraestrutura não prestará os serviços ferroviários, que ficarão a cargo de outros operadores, em sistema concorrencial, para promover a desejada competição.

Conforme mencionado acima, o setor ferroviário nacional foi alvo de uma profunda reforma na década de 90. Da década de 50 até meados dos anos 90 havia a estatização das atividades econômicas do transporte ferroviário, onde o Estado, por meio da RFFSA, prestava diretamente e de forma monopolística, os serviços referentes ao transporte ferroviário. A partir de 1996, com as concessões das malhas ferroviárias para investidores privados, o Estado brasileiro deixou de intervir diretamente no setor, passando a atuar de forma indireta, regulando o setor.

Deve-se anotar que mesmo o Estado não atuando de forma direta nas atividades concedidas, ele não deixa de ter importante participação no processo de prestação de serviço. Expressando este entendimento, Floriano de Azevedo Marques Neto⁶ afirma que:

(...) a retirada do Estado do exercício de uma atividade econômica não significa, nem pode significar, uma redução do intervencionismo estatal. Muito ao revés. Tanto entre nós como em vários exemplos que podemos colher da experiência europeia, nota-se que à retirada do Estado do exercício direto da atividade econômica correspondeu um crescimento da intervenção (indireta) estatal sobre esta atividade específica.

Neste panorama surge a figura do Estado Regulador, auferindo preeminência o instituto da regulação, que passa a representar um elemento estruturador do sistema, desempenhando um papel basilar para o sucesso (ou não) das concessões de serviço público.

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 74.

Assim, podemos adotar as conclusões a que, em relação a regulação, chegou Elvia Fadul⁷:

Um sistema regulatório é, sem dúvida, um instrumental técnico construído para exercer o controle sobre as concessionárias, mas é, também, ou antes de tudo, um compromisso social e político, que se consolida através de instituições e regras para articular os interesses das esferas produtivas com os dos cidadãos, ou seja, para conciliar objetivos sociais com economia de mercado. Nesses termos, o processo de regulação vai se colocar em um plano muito mais amplo, que é o de desenvolver a responsabilização (*accountability*), definindo padrões de transparência, de ampla publicidade das normas pertinentes ao ente regulador, se seus procedimentos, decisões e de seus relatórios de atividade.

Diante do exposto, este trabalho se propõe a identificar, sistematizar e analisar - sob a ótica regulatória - as principais características do novo modelo de concessão de ferrovias, com ênfase nas questões atinentes ao elemento central, que é a separação vertical (*unbundling*) entre as atividades monopolísticas e as concorrenciais.

Como objetivos específicos, propomos:

- a. caracterizar o Estado Regulador;
- b. apresentar uma ampla revisão e propor uma sistematização dos conceitos fundamentais de regulação, especialmente aqueles aplicados ao setor de transportes ferroviários;
- c. apresentar e analisar os principais aspectos históricos, institucionais, jurídicos e regulatórios do transporte ferroviário no Brasil; e

Considerando os objetivos acima elencados, o presente trabalho foi organizado em três partes, além desta introdução e das considerações finais. Assim, em sequência a esta primeira parte introdutória, propõe-se, no primeiro capítulo, a apresentação, de forma sucinta, das premissas preconizadas pela Constituição Federal de 1988 no que tange ao ordenamento econômico, passando pela explanação das reformas ocorridas no final do século passado que marcaram a passagem do Estado Empresário para o Estado Regulador, com a caracterização deste último.

Em seguida, é feito um estudo, por meio de ampla revisão bibliográfica, dos conceitos correlatos à regulação procurando destacar os aspectos atuais e que ainda estão sendo objeto de construção doutrinária.

⁷ FADUL, Elvia. Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos. In: PECCI, Alketa (Org.).

Por fim, no capítulo 3 são apresentados os principais aspectos históricos, institucionais e jurídicos do transporte ferroviário no Brasil e é analisado o novo modelo de concessão de ferrovias, sob o enfoque regulatório.

CAPÍTULO 1 – Organização Econômica Brasileira

1.1 A disciplina constitucional da atividade econômica

No dizer de Sérgio Guerra⁸ “As formas e o grau de participação do Estado na dinâmica econômica de um país dependem fundamentalmente do tipo de organização expresso na Constituição Econômica, na qual se encontra a determinação do regime básico de ordenação dos fatores de produção, bem como seus princípios regedores e objetivos almejados.”.

A Constituição Federal de 1988 reservou um título inteiro para tratar exclusivamente da ordem econômica e financeira nacional⁹. Em seu art. 170, *caput*, estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Logo é forçoso concluir que o constituinte originário adotou o modelo capitalista, porém, não com o intuito de formar um Estado absenteísta nos moldes do liberalismo oitocentista, haja vista a finalidade da ordem econômica exposta acima.

A seu turno, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 173, atribui, por regra, a exploração da atividade econômica aos particulares, sendo permitida a exploração direta pelo Estado, ressalvados os casos previstos na própria Constituição, apenas quando for estritamente necessária em vista dos imperativos de segurança nacional ou devido a relevante interesse coletivo. Nesta toada, o art. 174 prevê que o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A propósito, Marçal Justen Filho¹⁰, ao analisar a disposição constitucional, conclui:

⁸ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 91.

⁹ Merece registro a crítica enfática do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao tratamento dispensado à ordem econômica pelas Constituições brasileiras: “A resistência dos interesses e dos poderosos, de um lado, a demagogia e a leviandade, de outro, fazem da ordem econômica nas Constituições brasileiras um indigesto complexo de princípios vagos e de preceitos inaplicáveis. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 373).

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 308.

A Constituição de 1988 consagrou o princípio da subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico. Estabeleceu sistema capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na restrição da intervenção do Estado no domínio econômico. Incumbe ao Estado disciplinar o exercício da atividade econômica privada, admitindo-se excepcionalmente que desempenhe diretamente atividades econômicas, respeitados determinados princípios.

Em sentido análogo, pronunciou-se Sérgio Guerra¹¹:

Portanto, a Constituição determina que, como regra geral, o Estado se abstenha de exercer diretamente atividade econômica. Para que possa desempenhá-la, faz-se necessário que exista previsão constitucional ou lei que determine haver relevante interesse coletivo ou necessidade relacionada aos imperativos da segurança nacional.

O princípio da subsidiariedade, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e o dever de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou autorreguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.

1.2 Formas de intervenção estatal na atividade econômica

Antes de adentrarmos no estudo da regulação e do Estado Regulador, faz-se necessário, de forma introdutória, distinguir os dois tipos básicos de intervenção estatal no domínio econômico.

De um lado, temos a *intervenção direta* que, sucintamente, se caracteriza pela assunção de atividades econômicas pelo Estado, por outro, temos a *intervenção indireta* onde as atividades econômicas são desenvolvidas, preponderantemente, pelos particulares, cabendo ao Estado à regulação da atuação privada¹².

¹¹ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 92.

¹² Nesse sentido, o jurista português Luis Cabral de Moncada ensina “De produtor directo o Estado passa a garante de um quadro normativo capaz de augurar a satisfação adequada de necessidades básicas a preços acessíveis nos domínio da água, transportes públicos colectivos, electricidade, telefones fixos, gás, etc.[...] De produtor o Estado para regulador da atividade privada.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 4ª ed., Coimbra, 2003. p. 44.)

De forma didática Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³ distingue e conceitua os dois tipos básicos de intervenção do Estado no domínio econômico. Para a autora a intervenção direta

[...] ocorre quando o próprio Estado, por meio de suas empresas, exerce a atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja em competição com a iniciativa privada; é o tipo de atividade referida nos artigos 173 e 177 da Constituição Federal. Do primeiro dispositivo resulta que a atividade econômica compete preferencialmente ao particular e que o Estado só poderá exercê-la por motivo de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. No segundo dispositivo, são referidas as atividades que constituem monopólio da União.

Na intervenção indireta, o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular, estabelecendo regras; fiscalizando, reprimindo, ou, em suma, *regulando*. É o papel do Estado definido no artigo 174 da Constituição, que fala em "agente normativo e regulador da atividade econômica", atribuindo-lhe as "funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Combinando-se os dois dispositivos, verifica-se que o papel do Estado regulador não é incompatível com o papel do Estado produtor de bens e serviços, mas este último somente será assumido por motivo de segurança nacional ou interesse coletivo definido em lei¹⁴.

Luis Roberto Barroso¹⁵ relaciona, a partir da experiência internacional, as duas formas básicas de intervenção estatal nos serviços de utilidade pública. Assim, o autor denomina "modelo norte-americano", para aquele que conta com a presença de empresas privadas sob o manto de algum tipo de controle por parte do Estado; e o outro, denominado "modelo europeu", onde aqueles serviços são fornecidos diretamente pelo Estado ou empresas estatais, com a mínima participação de capital privado, e enfatiza, que neste modelo, não há mecanismos formais de controle.

Então, resulta nítido, entre nós, que o tipo de intervenção direta, com a prestação das utilidades públicas pelo próprio ente público se coaduna com o *Estado de Bem-Estar Social* ou *Estado Intervencionista*¹⁶, enquanto o tipo de

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In _____ (Org.). **Direito Regulatório**: Temas polêmicos. Belo Horizonte: Atlas, 2003. p. 31.

¹⁴ Na esteira de Maria Sylvia Di Pietro, Marçal Justen Filho também defende que o Estado deve atuar diretamente nas atividades econômicas de forma subsidiária, tendo sempre por fundamento a garantia dos valores fundamentais constitucionais: "Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a atuação da iniciativa privada, orientada à acumulação egoística de riqueza, coloca em risco valores coletivos ou for insuficientes para propiciar sua plena realização. O Estado deve manter a participação no âmbito da segurança, da educação e da seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 640).

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**, São Paulo: Atlas, 2002. p. 114.

¹⁶ Vemos uma diversidade de denominações ao tipo de Estado que se caracteriza pela intervenção estatal direta. O grande teórico do Estado Regulador, Giandomenico Majone, o denomina "*Estado Positivo*". (MAJONE,

intervenção indireta, onde os particulares produzem os bens e serviços, harmoniza-se com o chamado *Estado Regulador*¹⁷ e que será adiante delineado.

Devemos deixar claro que, de forma diversa do que alguns pensam, no modo de intervenção indireta, não há uma diminuição da responsabilidade do Estado¹⁸ no desenvolvimento da atividade econômica. O que ocorre, a bem da verdade, é uma alteração no papel a ser desempenhado. Torna-se imperioso esclarecer que, com a assunção da produção de utilidades públicas por particulares, o Estado não deve se ausentar desse processo, mas sim exercer o seu controle mediante os diversos instrumentos inerentes aos poderes do Estado.

Corroborando com essa afirmação, Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁹ afirma:

A distinção entre intervencionismo direto e indireto é útil para fixarmos uma primeira mensagem: a retirada do Estado do exercício de uma atividade econômica não significa, nem pode significar, uma redução do intervencionismo estatal. Muito ao revés. Tanto entre nós como em vários exemplos que podemos colher da experiência europeia, nota-se que à retirada do Estado do exercício direto da atividade econômica correspondeu um crescimento da intervenção (indireta) estatal sobre esta atividade específica.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho²⁰ - transcrevendo os ensinamentos de Paolo Lazzara -, assevera que a diminuição da produção direta de bens e serviços pelo Estado, deve ter como contrapartida um aumento diretamente proporcional das tarefas de garantia e de regulação. Em suma, “[...] quanto mais o Estado se afasta dos fatores da produção, tanto mais deve reforçar as funções orientadas a suprir a

Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, Paulo. **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. São Paulo: Editora Singular, 2006.). Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto utiliza a expressão “*Estado empresário*”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 314).

¹⁷ Nesse momento faz-se importante a advertência de Marçal Justen Filho: “A alusão a “Estado Regulador” não pode ser interpretada no sentido da existência de uma configuração padronizada e unitária. Fala-se muito mais de um “modelo regulador” de Estado para indicar uma situação variável e heterogênea, que se concretiza de diversos modos.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 25)

¹⁸ Nesse sentido, pondera Luis Roberto Barroso: “Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidade e deveres em relação a sua prestação adequada”. (BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**, São Paulo: Atlas, 2002. p. 116.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 74.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 23.

supressão das garantias legais inerentes ao sistema de produção pública de bens e serviços".

No Brasil esse movimento de substituição da intervenção direta do Estado nas atividades econômicas, pela intervenção indireta, se deu a partir da década de 80, atingido seu ápice nos anos 90. As causas desse movimento são variadas²¹. Alexandre Santos de Aragão²² elenca uma série de razões, não sem antes advertir que se trata de uma relação não exaustiva. Segundo o autor, a inversão no tipo de intervenção estatal se deu por: (a) mudanças no sistema de produção, com a valorização de setores técnico-especializados; (b) desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o que ocasionou o fim de alguns monopólios naturais; (c) a globalização da economia que mitigou os empecilhos para as trocas internacionais e inter-regionais; (d) mudanças na sociedade pluriclasse (e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, no campo externo, para entidades internacionais e poderosas organizações econômicas transnacionais, como no plano interno, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem determinado importante mudança na teoria das fontes do direito e, por esses motivos, (f) a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu*.

Por derradeiro cabe transcrever a lição de Marçal Justen Filho²³ sobre a natureza instrumental da intervenção direta do Estado:

A intervenção direta do Estado no domínio econômico não foi, não é nem pode ser prezada como um valor em si mesmo. Essa é uma concepção instrumental: o Estado intervém na ordem econômica para realizar de modo mais adequado e eficiente os valores fundamentais da Nação brasileira. Se

²¹ Ana Maria de Oliveira Nusdeo destaca como causa principal desta inversão “[...] a incapacidade de investimento do Estado para a expansão, universalização e modernização dos serviços [...]”. Além disso, a autora aponta para “[...] o movimento de privatização de setores econômicos anteriormente desenvolvidos tão-somente pelo Poder Público, no mundo todo, insere-se numa rediscussão dos limites da atuação do Estado na atividade econômica e até na prestação de serviços públicos. Existe, atualmente, um certo consenso com relação à eficiência de alguns mecanismos e atributos do mercado e a conveniência de implantá-los em setores antes submetidos exclusivamente ao monopólio estatal”. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 160). Por seu turno, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO aponta que essa alteração de paradigma é “Fruto de uma série de fatores históricos, que se iniciam com o esgotamento do padrão de financiamento do setor público, passam pelo esgarçamento do modelo de bem-estar social e atingem o ápice do novo perfil de organização da produção capitalista (cuja faceta internacionalizada da globalização é apenas o mais visível indicador) [...]”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 73)

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.4-5.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 319.

a intervenção direta não se revelar como forma mais apropriada para realização dos valores fundamentais, será vedada sua implementação pelo Estado.

Em síntese, o movimento que se intensifica a partir da década de 90, com a privatização e as concessões de serviços públicos, demonstra a eleição da intervenção indireta para a produção de bens e serviços. Isso vai demandar um crescimento das atividades estatais de controle (regulação). Assim, há a passagem do Estado de Bem Estar Social para o Estado Regulador.

1.3 Estado Regulador

Uma advertência preliminar é recomendável ao tratamos desse assunto. Quando falamos em advento do “Estado Regulador”, não devemos concluir, em contrário senso, que anteriormente não existia regulação alguma da atividade econômica, numa espécie de regime de *laissez-faire* puro.²⁴ O que alterou foi o modo e o nível de regulação, bem como o aumento da importância dessas políticas regulatórias, quando cotejadas com outras funções governamentais.²⁵

Esse processo se consolidou e ganhou corpo a partir da década de 90 com a profusão de concessões de serviços públicos e a privatização de empresas estatais. Ademais, cabe anotar que essa reformulação do paradigma de intervenção estatal nas atividades econômicas, não é casuística ou fruto de bandeiras ideológicas, haja vista que vem se mantendo ao longo do tempo e às mudanças de governo. Como exemplo, citamos o caso do Programa de Concessões de Rodovias Federais, que na segunda metade da década de 90 concedeu à iniciativa privada 1.482,4km de rodovias federais, desde 2008 já foram concedidos mais 3.757,3km, e atualmente, há previsão, no Plano de Investimentos em Logística – PIL, de conceder mais 7.000km, sendo que alguns trechos já tiveram seus leilões realizados e outros se encontram em outras fases da licitação.

²⁴ Nesse sentido: “Embora a atividade regulatória seja inerente ao exercício da atividade estatal, e a função regulação seja tão antiga quanto a própria formação do Estado brasileiro, o processo de reforma regulatória no Brasil somente ganhou destaque com o programa de desestatização iniciado em 1990.” (SANTOS, Luiz Alberto dos. *Desafios da Governança Regulatória no Brasil*. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006.

²⁵ MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11, jan./abr. 2013.

Floriano de Azevedo Marques Neto²⁶ alude que essa transformação do Estado desponta entre duas vertentes complementares:

A primeira, já referida, cuida do crescimento da atividade regulatória estatal ditada pela separação entre o provedor dos serviços essenciais (produto de utilidades públicas) e os agentes encarregados da regulação desta atividade. [...]. Nesta primeira vertente a regulação desloca-se da produção do bem ou serviço para órgãos reguladores autônomos e independentes.

A segunda vertente cuida do advento de novos espaços regulatórios estatais, com a emergência de órgãos e entidades voltados a regular atividades econômicas ou interesses específicos, dantes relegados exclusivamente ao devir do mercado, submetidos a instrumentos jurídicos lassos e inadequados.

Sérgio Guerra²⁷, por sua vez, afirma que nesse novo modelo de intervenção estatal, “[...] o protagonismo do Poder Executivo, o conhecido intervencionismo exacerbado no campo econômico, cede lugar à atuação estatal regulatória, com desafios atinentes à alta complexidade cotidiana e questões sociais que demandam novas soluções para atingir o bem-estar do cidadão.”

Como registra Marçal Justen Filho²⁸ “[...] o Estado de Bem-Estar Social evoluiu para transformar-se num Estado Regulador. Os poderes regulatórios externam não apenas mera circunstância da existência do Estado como instituição política mas lhe asseguram natureza própria e inconfundível”.

Diante do exposto, devemos sublinhar que o ideário da promoção do bem-estar das pessoas permanece vigente no Estado Regulador. Não é imaginável, dentro do Estado Constitucional contemporâneo, um retrocesso nas garantias fundamentais conquistadas, o que se altera são os instrumentos para a concretização desses valores.

Um dos grandes teóricos do Estado Regulador é o italiano Giandomenico Majone²⁹, que o caracteriza “[...] pelo pluralismo, pela difusão do poder e por extensa

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 78.

²⁷ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 25.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 640.

²⁹ MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. *In*: MATTOS, Paulo. **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 76.

delegação de tarefas a instituições não majoritárias, como as agências ou as comissões independentes.”.

Com propriedade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁰ apresenta o conceito de *Estado Pluriclasse* para o fenômeno em que o Estado “[...] transforma-se em *instrumento*, em vez de *mentor* da sociedade.”. Prosseguindo, o autor expõe os princípios decorrentes desse fenômeno:

Esse movimento fez despontar certos *princípios* que passaram a atuar com reitores dos câmbios deflagrados: como o da *subsidiariedade*, em lugar da hipertrofia dos entes centrais; o da *coordenação*, em lugar da exclusividade de atuação; o da *privatização*, quando a execução do interesse público pudesse ser melhor realizada pelos meios privados; o da *publicização*, atuando ao revés, retirando o Estado do setor privado e reforçando seus instrumentos regulatórios das atividades delegadas, e o da *consensualidade* [...].

Segundo Marcos Juruena Villela Souto³¹, “O surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo - do conceito de *atividade administrativa* em função do *princípio da subsidiariedade* e da crise do Estado do bem-estar, incapaz de produzir o bem de *todos* com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade.”.

Também Marçal Justen Filho³² destaca a incorporação do princípio da subsidiariedade³³ no conceito de Estado Regulador:

A concepção regulatória retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico. Ainda que seja impossível estabelecer um padrão predeterminado, a regulação incorpora a concepção de subsidiariedade. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39-40.

³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 34.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

³³ Sobre o princípio da subsidiariedade é obrigatória a transcrição, na íntegra, da lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: A subsidiariedade é um conceito em alta, originado na prática federal suíça; exaltado no magistério pontifício na Encíclica *Quadragesimo Anno*, publicada em 15 de maio de 1931, na qual o Papa Pio XI ofereceu um enunciado; apontado como inspirador da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e aplicado explicitamente pelo Tratado de Maastricht; ó documento maior da União Européia.

O núcleo deste princípio consiste em reconhecer a prioridade da atuação dos corpos sociais sobre os corpos políticos no atendimento de interesses gerais; só passando cometimentos a estes depois que a sociedade; em seus diversos níveis de organização, demandar sua atuação subsidiária. Este princípio aponta, assim, para a delegação social como forma de devolver à sociedade organizada todas as atividades que, não obstante serem de definido interesse público, não necessitem de tratamento político-burocrático, nem exijam ordinariamente o emprego do aparelho coercitivo estatal. Pode-se afirmar que, pela delegação social, o Poder Público retrai-se a uma atuação subsidiária da atividade gestora das entidades privadas. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 204-205).

regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais.

Por outro lado, Alexandre Santos de Aragão³⁴, indica outra característica do Estado Regulador, que é “A mudança do foco do Direito Público do Poder Legislativo para a Administração Pública é fenômeno amplamente reconhecido, característica mesmo do modelo democrático de direito e de Estado.”.

Uma constatação merece ser repisada: como consequência da aclarada mudança no Estado, tem de haver uma transformação na Administração Pública de forma a amoldar-se a essa situação. Assim, devem surgir instrumentos para viabilizar o exercício regulatório. Nisto reside a justificativa para a criação de novos entes reguladores³⁵.

Por todo o exposto neste capítulo, podemos inferir que a opção de intervenção estatal indireta, consagra o princípio da subsidiariedade, priorizando a livre iniciativa da sociedade, cabendo ao Estado atuar de forma subsidiária. Eis a gênese do Estado Regulador. Assim, com essa mudança de enfoque, o fenômeno da regulação estatal ganha relevância, sendo o tema do próximo capítulo.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 98.

³⁵ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma: “A Administração Pública deve mudar porque o Estado está se transformando, por sua vez, pressionado pelas mudanças na sociedade. [...] Isso ocorre no Brasil e no mundo; o fenômeno é global.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 37). Floriano de Azevedo Marques Neto também aborda o fenômeno apresentando um componente histórico: “O crescimento da intervenção estatal direta na economia (mediante a assunção da exploração de atividade econômica diretamente) levou ao surgimento e desenvolvimento de institutos jurídicos moldados a esse tipo de intervenção (as sociedades de economia mista são bom exemplo), muitos dos quais rompendo inclusive com alguns paradigmas do direito administrativo de antanho (como por exemplo um ente estatal constituído sob a égide de uma empresa privada). De igual modo, a introdução de uma nova forma de intervenção do Estado sobre a ordem econômica e a noção de moderna regulação econômica, tal como visto acima, demandam também o surgimento de instrumentos aptos para o exercício regulatório. É neste contexto que deve ser avaliado o surgimento das agências regulatórias. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 43).

CAPÍTULO 2 – REGULAÇÃO.

2.1 Conceitos básicos

Para o entendimento da temática aqui focalizada, é necessário definir alguns conceitos fundamentais, o que fazemos por meio de uma revisão bibliográfica.

Tratando da matéria, Alexandre Santos de Aragão³⁶ denotou algumas possibilidades para a regulação *lato sensu* da economia: (a) a regulação estatal; (b) a regulação pública não estatal; (c) autorregulação; e (d) a desregulação. Deste modo, apresentaremos as definições comumente utilizadas para esses termos e também para regulamentação e re-regulação geram algum tipo de discussão na doutrina.

2.1.1 Regulação

Preliminarmente, cumpre destacar a dificuldade existente para definir o termo “regulação”. Nesse sentido, Elvia Fadul³⁷ observa que o problema em conceituar esse termo se dá pela complexidade contida nele mesmo, haja vista “[...] constituir-se em um conjunto de dispositivos que se interligam e determinam uma pluralidade de atos diversos e sucessivos sobre um objeto ou um fenômeno com vistas ao seu ajustamento, faz da *regulação* uma idéia fluida, oscilante, quase utópica.”

Vemo-nos diante de um instituto multifacetário e heterogêneo, que não é estático e evoluiu ao longo do tempo, de forma a se amoldar ao contexto político e social e que continua em construção, não possuindo, por certo, um caráter definitivo.

Marçal Justen Filho³⁸ ao sistematizar, em linhas gerais, a evolução da regulação, identifica duas “*ondas regulatórias*”: uma primeira, com enfoque puramente econômico, caracterizada pela intervenção estatal destinada exclusivamente a suprir as deficiências do mercado; e uma segunda “*onda regulatória*”, denominada regulação social, que surge a partir da constatação de que mesmo o mercado funcionando de forma perfeita, existiria certos fins, de natureza

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 35.

³⁷ FADUL, Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos. In: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 658/660.

sociopolítica, que poderiam não ser realizados em função da premissa puramente econômica. Como exemplo, o autor cita a necessidade inegável de proteger o meio ambiente, que poderia não ser alcançada já que a “racionalidade econômica imediatista” poderia conduzir ao sentido oposto.

Existem autores que adotam uma acepção restritiva do termo regulação, geralmente adjetivada com o termo “econômica”, e que teria como função primordial a substituição do mercado, ou então, a correção das falhas do mercado. Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saadi³⁹, que tecem algumas ponderações acerca da concepção histórica de regulação. Apontam, que originalmente, “[...] a regulação era vista essencialmente como a substituição do mercado, vale dizer, da competição, pelo comando estatal, como principal mecanismo para garantir um bom desempenho da economia.”. Atualmente, a regulação estaria influenciando, mas sem o poder de determinar com precisão o comportamento dos diversos agentes econômicos. Prosseguem os autores no sentido de que:

A regulação consiste, portanto, do conjunto de normas, regulamentos e procedimentos, em geral oriundos do Poder Executivo, por meio das instituições responsáveis pela sua aplicação, a que o Estado recorre para alterar os incentivos e restrições com que operam os agentes econômicos, buscando corrigir as ineficiências geradas por falhas de mercado.

Para uma doutrina minoritária, também de forma restritiva, a regulação seria a “[...] interferência do Estado, restringindo a liberdade econômica dos indivíduos, nos seus objetivos e instrumentos”⁴⁰.

Não há como não transcrever na íntegra, a análise efetuada por Conrado Hubner Mendes⁴¹ dos ensinamentos de Vital Moreira:

Recorremos mais uma vez às lúcidas lições de Vital Moreira. O autor português utiliza-se de um conceito amplo de regulação, como se nota: “é o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”. É um conceito que nos oferece grande utilidade, uma vez que se distingue daquele sentido ainda mais amplo de regulação enquanto qualquer modo de intervenção estatal, seja ela direta ou indireta, mas não se limita ao conceito restrito de regulação enquanto condicionamento normativo da atividade privada. É justamente o conceito

³⁹ SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 254-255.

⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico, **RDP**, 47-48/266.

⁴¹ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 118.

que se encaixa no modelo empreendido pelas agências reguladoras. Desenvolvendo este raciocínio, o autor conclui a sua idéia: “O essencial do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras de mercado”.

Por sua vez, Floriano de Azevedo Marques Neto⁴² entende que a moderna noção de regulação remete, invariavelmente, a noção de equilíbrio dentro do sistema regulado. Entretanto, entende que a função regulatória tem que ser mais ampla do que tão-somente buscar o equilíbrio interno do setor regulado. O autor reconhece que um dos fundamentos da regulação é manter o equilíbrio do mercado, contudo entende que dentro da atividade regulatória devem ser introduzidos objetivos de ordem geral (e não apenas a correção das falhas de mercado), consentâneos com os princípios constitucionais da ordem econômica.

Adotando também, a noção de regulação como processo e o equilíbrio do sistema regulado como elemento chave para a sua compreensão, Elvia Fadul⁴³, define regulação como “[...] a sucessão dos diversos atos, traduzidos em “regras e normas, critérios e referências”, para a harmonização de comportamentos que, num dado momento, privilegiam um ou alguns dos seus elementos, e cujo objetivo é não apenas o de controlar, mas equilibrar e fazer funcionar corretamente o sistema.”. Nesse ponto, é importante observar que a autora, para conceituar a regulação, utiliza elementos referentes a estratégias adotadas, passando daquele entendimento inicial de que a regulação se manifestava apenas na forma de “comando e controle”, para o sentido de ajustamento e harmonização dos diversos interesses envolvidos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁴, no âmbito jurídico, existem duas subespécies do gênero regulação (regulação da atividade econômica e regulação social) e procura adotar um conceito que abranja esses dois tipos, tendo como elemento chave a proteção do interesse público. Para ela “[...] a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.”.

⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 35.

⁴³ FADUL, Elvia. *Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos*. In: PECL, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007. p. 18-19.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão. Franquia, Terceirização, Pareceria Público-Privada e outras Formas. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 189-190.

Alexandre Santos de Aragão⁴⁵, após longa digressão teórica, define regulação de forma abrangente, se afastando de definições restritivas como àquelas atinentes apenas à regulação coercitiva e, no nosso entendimento, em harmonia com a conjuntura atual:

a regulação estatal da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis. (negrito no original).

Cabe observar que o autor adjetivou a regulação com o termo “*estatal*” reconhecendo a existência de espécie de regulação não oriunda de órgão estatal. Além disso, apesar de utilizar a locução “*da economia*” Trata-se do que alguns autores denominam de autoregulação como se verá adiante.

Em sentido análogo, com ampla abrangência conceitual e assinalando a independência da regulação estatal frente a Administração Direta, Juarez Freitas⁴⁶ leciona: “[...] a regulação da sustentabilidade é atividade estatal de disciplina da atividade econômica relevante ou da execução de serviços públicos, efetuada com independência em relação à própria Administração Pública direta, como inerência do exercício do “poder de polícia administrativa,” em sentido amplo.”

Marçal Justen Filho⁴⁷ realça, de forma expressa, a natureza social da regulação, e a vincula a realização dos direitos fundamentais: “*A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.*” (itálico no original)

2.1.2 Regulamentação

Outro termo que gera algum debate na doutrina é “regulamentação” que para alguns respeitáveis autores seria sinônimo de “regulação”, enquanto que para outros

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 40.

⁴⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 261.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 637.

seriam termos com acepções diversas. Parece-nos que assiste razão a estes últimos.

Eros Roberto Grau⁴⁸, parte da premissa que existem duas espécies de regulações: uma estatal e outra social, sendo que a primeira seria sinônimo de regulamentação, adotando uma acepção bastante restritiva da regulação estatal. Em sentido semelhante, Alexandre Santos de Aragão⁴⁹ também não faz distinção entre os termos, aduzindo que podem diferenciar-se em alguns aspectos mas que seriam fenômenos de mesma natureza.

Sob outra perspectiva Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁰ faz a distinção entre regulação e regulamentação, sendo que esta seria a atividade de ditar regras jurídicas de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, enquanto a primeira invaria no ordenamento jurídico na normatização dos conceitos jurídicos indeterminados previstos em lei.

Conforme já expusemos, parece-nos que regulação e regulamentação não se confundem. Tal afirmação está calcada nas disposições contidas no Art. 174⁵¹ da Constituição Federal de 1998, onde há indicação expressa do papel do Estado no que tange a atividade econômica com a distinção das funções normativas e reguladoras.

Assim, podemos adotar as conclusões a que em relação ao tema chegou Floriano de Azevedo Marques Neto⁵²:

(...) Ora, se o Constituinte se arvorou no dever de distinguir os dois papéis do Estado em face da ordem econômica, separando a atividade regulamentar (normativa) da atividade regulatória (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento), é certo que, para a ordem constitucional brasileira, *regular não é sinônimo de regulamentar*. (itálicos no original)

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 93.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 30-34.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Pareceria Público-Privada e outras Formas**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 189-190.

⁵¹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 38.

2.1.3 Regulação pública não estatal

Por regulação pública não estatal entende-se a realizada por entidades sociais, que assumem a função de regulação dentro do seu âmbito de atuação, sem, contudo, constituírem órgãos do Estado, mas que possui autoridade conferida pela via legislativa. O exemplo clássico desta regulação é a exercida pelos conselhos profissionais. Além destes as associações privadas cujas normas são impositivas aos seus destinatários em função de previsão legal (ex. Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT).⁵³

2.1.4 Auto-regulação

Este termo também é motivo de debate dentre a doutrina tradicional. Marçal Justen Filho⁵⁴ entende que a auto-regulação remeteria à formulação teórica de que os mercados seriam aptos a obter, por si sós, os fins almejados pelo interesse público. Ou seja, auto-regulação seria a ausência de intervenção estatal, com os mercados funcionando livremente. Conclui, que essa formulação nunca se verificou concretamente em nenhum país, tendo natureza apenas teórica.

Alexandre Santos de Aragão⁵⁵ assume postura diversa ao sustentar que:

[...] a auto-regulação é espontaneamente exercida por associações privadas sem a delegação estatal. Aqui e alhures há os conhecidos exemplos da auto-regulamentação publicitária e dos selos de qualidade criados pelas associações dos produtores de determinados produtos. Nestes casos, estamos diante do fenômeno da auto-regulação privada, decorrente do exercício associativo da autonomia da vontade [...].⁵⁶

Outros autores, ao invés de utilizar o termo autorregulação, utilizam-se, para o mesmo fenômeno, a expressão “regulação privada” em contraposição a “regulação estatal”. Seguindo essa linha Diego Selhane Perez⁵⁷ afirma que “Regulação Privada

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 32.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 657-658.

⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33

⁵⁶ No mesmo sentido TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A auto-regulação: profissional no Brasil. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: Temas polêmicos. Belo Horizonte: Atlas, 2003.p. 665. O autor afirma que: “A auto-regulação em sentido estrito se caracteriza por ser uma forma de regulação e não uma ausência de regulação, que envolve todos os agentes regulados, sem a participação direta do Estado no estabelecimento de regras, sua implementação, fiscalização e punição. A autonomia da regulação é perante o Estado, mas não entre os seus associados, que são obrigados a obedecer às normas baixadas pela ordem ou associação profissional.”

⁵⁷ PÉREZ, Diego Selhane. Auto-regulação: aspectos gerais. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: Temas polêmicos. Belo Horizonte: Atlas, 2003. p. 622.

é um conjunto de medidas de normalização, qualificação, monitoramento, aconselhamento, arbitragem, através das quais uma entidade privada, com ou sem fins lucrativos, influencia e/ou controla, de forma não coercitiva, o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista a obtenção de valores definidos.”.

2.1.5 Desregulação

Na década de 80, principalmente nos EUA, houve uma constatação de que a intervenção estatal normativa estava descomedida. Havia a proliferação irracional e desordenada de normas, proveniente de diversos órgãos, em alguns casos contraditórias entre si, em outros, ultrapassadas, descoladas da realidade da época, que, por fim, se mostravam inadequadas ou inúteis. Como consequência desta situação, determinadas regras e decisões produziam, na maioria das vezes de forma indireta, efeitos econômicos negativos nos setores regulados, chamados por alguns de “custo regulatório”⁵⁸.

Assim, verificou-se a ocorrência de um movimento que propunha a alteração deste quadro, com a diminuição das regras interventivas do Estado, mediante a desregulação.

Neste ponto, analisando as posições de autores pátrios vemos que - tal qual ocorre na definição dos termos regulação e regulamentação - não há unanimidade na conceituação do termo desregulação.

Conforme leciona Alexandre Santos de Aragão, desregulação consiste “[...] na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.”. Seguindo, o autor explica que para aqueles outros que fazem a distinção entre regulação e regulamentação, “[...] a desregulamentação consistiria em uma mera diminuição e racionalização das regras de intervenção do Estado na economia e a desregulação alcançaria o próprio absentismo estatal em relação à economia.”⁵⁹.

⁵⁸ Observa-se que este problema persiste até os dias de hoje. Nesse sentido, ver SUNSTEIN, Cass R. **Simpler – The Future Of Government**. Simon & Schuster. 2013.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 34-35.

Essa última é a posição de Eros Roberto Grau⁶⁰, para quem “[...] *desregular* significa, no caso, não dar ordenação à atividade econômica, ao passo que desregulamentar, no caso, deixar de fazê-lo através de preceitos de autoridade, ou seja, jurídicos.”.

Outro ponto a se destacar quando tratamos de desregulação é a aplicabilidade prática desse conceito. Recorremos novamente aos ensinamentos de Eros Roberto Grau⁶¹:

O capitalismo – repita-se – reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado.

[...]

Além disso, dúvida também não resta em relação à circunstância de que os processos econômicos capitalistas demandam regulação. O mercado não seria possível se uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência e preservação.

Por isso que, em rigor, os que pretendem *desregular* a economia nada mais desejam, no fundo, senão uma mudança nas técnicas de regulação, de modo a elevar a eficácia reguladora da atuação estatal sobre o domínio econômico – e isso, em especial, através de procedimentos *desregulamentadores*. (itálicos no original).

Deste modo, é necessário concordar com a observação de Marçal Justen Filho, no sentido de que “Em nenhum país produziu-se o pleno e integral acolhimento das propostas desregulatórias. Quando muito, adotou-se desregulação parcial, limitada a certos segmentos empresariais.”.

2.1.6 Re-regulação

Conforme exposto no item anterior, a re-regulação também é fruto do movimento que propunha a diminuição da interferência normativa estatal. Assim, tendo por base esse fenômeno, Marçal Justen Filho⁶², afirma que a re-regulação “[...] significa a defesa da substituição das regras inadequadas por outras mais compatíveis com a nova realidade social e tecnológica, menos onerosas para a sociedade em seu conjunto e produzidas segundo parâmetros de participação da sociedade social.”

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 135.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 136.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 45.

Alexandre Santos de Aragão⁶³, por sua vez, também entende que re-regulação indica uma substituição de regulação, em suas palavras: “[...] ou do que alguns chamam, nos casos em que tiver sido precedida de uma regulação estatal não mais existente, de rerregulação, no sentido de que a regulação teria deixado de ser estatal para ser privada.”.

No mesmo sentido, Vital Moreira⁶⁴ ensina que “O movimento de desregulação estadual conduziu, portanto, à transferência da regulação do Estado para os grupos sociais organizados, ou seja, à devolução de áreas ocupadas pela regulação pública à autonomia dos sujeitos e dos grupos.”.

Diante do exposto e com o propósito de sistematizar a matéria, podemos coligir que a re-regulação tem como particularidade precípua o fato da substituição de uma regulação estatal existente para uma regulação não estatal.

2.2 Finalidade da regulação

Retornam, aqui, considerações acima realizadas acerca da dificuldade em definir o termo “regulação”. Conforme sobredito, trata-se de instituto complexo, dinâmico, multifacetário e heterogêneo. Este fato, por certo, reflete na definição de quais são os objetivos da regulação.

De forma correta Gaspar Ariño Ortiz⁶⁵ adverte que os objetivos da regulação são múltiplos e por vezes, opostos uns aos outros.

Além disso, infere-se – e não poderia ser diferente – que a finalidade da regulação está umbilicalmente relacionada a definição adotada para o termo “regulação”. Assim, por exemplo, para Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saadi⁶⁶, em consonância com a acepção restritiva adotada para a regulação, defendem que a finalidade dessa é [...] tentar melhorar os resultados do mercado, corrigindo ou contrapondo-se aos efeitos das chamadas *falhas de mercado*.”.

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33

⁶⁴ MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 77.

⁶⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economía y estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 366.

⁶⁶ SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 258

Marçal Justen Filho assume postura diversa ao sustentar que “A regulação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para promover conscientemente os fins essenciais do Estado.”⁶⁷ Alhures, o autor já bem pontuava, que:

As finalidades regulatórias relacionam-se à realização dos valores fundamentais consagrados pela Nação, sejam eles de natureza econômica ou não.

Ou seja, seria um reducionismo (que já foi praticado no passado) imaginar que a regulação estatal se relaciona apenas à obtenção da maior eficiência econômica possível.⁶⁸

Apesar da pluralidade de entendimentos, constata-se o predomínio do posicionamento que sustenta que a finalidade da regulação está relacionada à mediação e harmonização de interesses e da conciliação de objetivos dos diversos atores envolvidos no sistema regulatório.

Filiando-se nessa linha está Floriano de Azevedo Marques Neto para quem a finalidade da regulação está na mediação de interesses e na busca de equilíbrio interno do sistema regulado.

Também Gaspar Ariño Ortiz⁶⁹ ao tratar da regulação de serviços públicos, defende que o papel essencial da regulação está em harmonizar os interesses públicos com os direitos de propriedade privada, o que exige racionalidade e equilíbrio.

Seguindo pela mesma trilha, ao tratar especificamente da regulação em sentido administrativista - conforme advertido e não desconhecendo sua acepção ampla - o professor Juarez Freitas⁷⁰, destaca o papel de mediação da regulação ao concluir que:

[...] seu objetivo precípua é o de tutelar a pluridimensionalidade da delegação contratual, não hesitando se for o caso em adotar medidas sancionatórias até em relação às pessoas jurídicas de direito público. No entanto, ao se dar conta de seu papel redutor de assimetrias e de confrontos negativos, resolverá com maior facilidade os potenciais conflitos e os custos a eles associados, evitando (sem pretender sufocar) as demandas judiciais e o próprio recurso à arbitragem privada. Assim, a função mediadora e solvedora de conflitos assume feição precípua e inerentemente regulatória.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 639.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 40.

⁶⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economia y estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 369.

⁷⁰ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 353.

Igualmente, focando na finalidade da regulação no campo das concessões e sublinhando o seu papel de conciliação de objetivos, Elvia Fadul⁷¹ reconhece que o sistema regulatório tem por finalidade o exercício de um controle sobre as concessionárias, mas não se restringe a isso, pois a regulação possui “[...] um compromisso social e político, que se consolida através de instituições e regras para articular os interesses das esferas produtivas com os dos cidadãos, ou seja, para conciliar objetivos sociais com economia de mercado.”.

Ao tratar sobre o tema Alexandre Santos de Aragão⁷², distingue as finalidades da regulação imediata da economia, daquelas da regulação mediata da economia. A primeira “[...] se dá quando o Estado visa a objetivos econômicos propriamente ditos, atuando deliberadamente sobre a produção, a circulação ou o consumo de mercadorias [...]”. A segunda corresponde à regulação social *lato sensu*, onde ocorre “[...] a busca da realização das finalidades sociais do Estado, com reflexo na economia [...]”.

2.3 Fundamentos da regulação.

Segundo Alexandre Santos de Aragão⁷³ os principais campos de atuação da regulação são: a) a regulação dos monopólios; b) a regulação para a competição; e c) regulação dos serviços públicos. Já Marcos Juruena Villela Souto⁷⁴ condensa esses três fundamentos dentro de uma função generalista dos entes reguladores que seria “[...] evitar que os serviços públicos, especialmente os monopólios naturais, sejam exercidos de forma abusiva pelos particulares.”.

A adequada abordagem de cada uma das searas apontadas por Alexandre Santos de Aragão, certamente ultrapassa os limites deste trabalho. Diante disso, considerando o objetivo geral proposto por essa monografia, apresentaremos as breves considerações acerca dos monopólios e das *essential facilities* - conceito

⁷¹ FADUL, Elvia. Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos. In: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007. p. 20.

⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 40.

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.

⁷⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 95.

relacionado com os monopólios e tema central quando tratamos de modelos de concessão dos sistemas ferroviários.

2.3.1 Monopólios naturais

Monopólios Naturais são, nas palavras de Ana Maria de Oliveira Nusdeo⁷⁵, “[...] uma atividade na qual os custos de produção por uma única empresa -, em um determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado.” Assim, nestes casos, o custo da produção de determinado bem é inferior aos custos incorridos por várias empresas, individualmente, num mercado concorrencial. Conclui-se, portanto, que ocorrem ganhos de eficiência com a exploração da atividade em regime de monopólio.

Em termos econômicos, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁷⁶ caracterizam o monopólio natural a partir da sua tecnologia de produção, que remete, invariavelmente, para economias de escala e escopo. De forma sucinta, economias de escala resultam da existência de custos fixos elevados e economias de escopo dizem respeito ao mesmo custo para a produção de mais de um bem.

De forma didática, Marçal Justen Filho⁷⁷ explica que os monopólios naturais se configuram “[...] quando a ampliação da competição importa elevação dos custos de tal modo que a exploração mais eficiente é aquela monopolística.”.

Diante de tudo que foi exposto, resta claro que a infraestrutura de transporte ferroviário - ao requerer um alto custo de implantação antes de começar a operar e a consequente inviabilidade de duplicar a rede e ser um bem de natureza exclusiva – configura um caso clássico de monopólio natural.

2.3.2 *Essential facilities*

A figura das *essential facilities* está intimamente ligada a questão da infraestrutura ferroviária e, portanto, com o objetivo deste trabalho. Aliás, a própria

⁷⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161.

⁷⁶ SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 263.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40.

origem da expressão é uma construção jurisprudencial norte-americana acerca de uma contenda decidida pela Suprema Corte em 1912⁷⁸.

Utilizando-se dos ensinamentos de Calixto Salomão Filho⁷⁹, na esteira da decisão judicial acima citada, a *essential facility* teria como pressupostos: a) a situação de dependência com relação ao acesso a certos bens; e b) impossibilidade de suplantarmos esta dependência com construção de bens próprios; e ela ocorre:

[...] diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o acesso ou o fornecimento dos primeiros.

Gaspar Ariño Ortiz⁸⁰ invoca a doutrina das *essential facilities* para defender o papel interventivo - e indisponível - da regulação, na garantia dos direitos e nas condições de acesso às infraestruturas com características de essencialidade, tendo por fim último a concorrência no setor a jusante.

Retornaremos e aprofundaremos esse assunto oportunamente, quando tratarmos especificamente das questões regulatórias do sistema de transporte ferroviário.

2.4 Estratégias de regulação.

Os instrumentos utilizados pela regulação para alcançar os seus objetivos se desenvolveram ao longo do tempo, com a incorporação de novos mecanismos mais flexíveis e, atualmente, ganham destaque no processo de regulação.⁸¹ Em uma

⁷⁸ “Em *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, a Suprema Corte reconheceu que a criação de obstáculo ao acesso a determinada infra-estrutura poderia caracterizar uma infração ao Sherman Act, diante de certas circunstâncias.

No caso considerado, a circunstância que se sobressaía era a impossibilidade prática de uma composição ferroviária passar ou entrar na cidade de St. Louis, sem se utilizar de certas instalações terminais, as quais ligavam as vias férreas que davam acesso à cidade, passando pelas pontes existentes sobre o rio Mississipi. Além disso, não era possível às companhias dependentes desse acesso adquirirem ou construírem para si as infra-estruturas, dados os custos proibitivos para tanto.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 39).

⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 39-40.

⁸⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 27-28.

⁸¹ Nesse sentido, citamos MASSIMO SEVERO GIANNINI: “a regulação dos anos menos recente é embebida de controles e de relações de controle; já a dos anos mais recentes registra a tendência a substituir relações de controle por relações de direção, aparentemente mais elaborada e ponderadas; a relação de direção compreende ainda o controle, mas que, de maneira muito mais flexível, sobretudo permite a adoção de medidas corretivas, em sentido próprio, das disfunções verificadas, que, ao invés de serem reprimidas com medidas sancionatórias, não eliminadas mediante a adoção de medidas corretivas, freqüentemente informais”. (GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell’Economia**, Ed. Il Mulino, 1995, p. 299 *apud* ARAGÃO,

breve análise na doutrina pátria verifica-se a profusão de termos que são utilizados com significados idênticos ou bastante semelhantes para indicar estes instrumentos. Utilizaremos o termo “estratégia”, retirado da obra de Marçal Justen Filho, por ter uma acepção mais abrangente.

Por uma questão metodológica, utilizaremos a sistematização enunciada por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁸², que prevê seis técnicas (estratégias) de regulação:

a) Comando e controle: o regulador define detalhadamente as ações que o parceiro privado deve tomar. Trata-se de estratégia clássica, com origem na tradição liberal-burguesa e possui natureza jurídica-coercitiva. Marçal Justen Filho⁸³ também reconhece estas características em uma estratégia regulatória, o qual batiza de “comandos normativos proibitivos e mandatórios”, e reforça a sua eficácia restrita:

A solução mais tradicional consiste na edição de normas jurídicas contemplando condutas como vedadas ou obrigatórias, respaldadas por sanções de diversa natureza.

[...] o modelo impositivo apresenta eficácia limitada. A concepção regulatória unilateral, em que o Estado emite ordens respaldadas por ameaças, gera conflitos permanentes e produz um grau mínimo de adesão da comunidade.

Em suma, o modelo impositivo é adequado para proteger os valores essenciais e deve ser utilizado com parcimônia. Existem outros instrumentos jurídicos que podem assegurar resultados muito mais satisfatórios e eficazes.

b) Por incentivos: são estabelecidas metas pelo regulador e quando o regulado atinge essas metas ele é recompensado por benefícios diferenciados. Marçal Justen Filho⁸⁴ observa que nesta estratégia “Preserva-se a autonomia de escolha dos sujeitos entre diversas alternativas. O Estado agrega uma vantagem à prática das condutas qualificadas como satisfatórias.”. Um ponto positivo nessa estratégia é que ela proporciona maior liberdade ao regulado para utilizar toda sua potencialidade para obter uma maior eficiência na prestação dos serviços.

c) Potencial: define-se um critério de desempenho, e somente haverá alguma restrição por parte dos entes reguladores, se o regulado tiver um desempenho insatisfatório quando confrontado com o critério pré-estabelecido.

Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 29).

⁸² SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 256.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 648.

d) Reativa: “primeiro a empresa regulada propõe ou executa uma certa ação, e, depois, o regulador a aprova ou não”

e) Proativa: “o regulador especifica de antemão quais ações são permitidas e quais são proibidas”.

f) Delegada: “o poder de regular é delegado para os agentes regulados.”⁸⁵. Esta estratégia tem um enfoque teórico, pois conforme já exposto, os processos econômicos, no capitalismo, demandam regulação estatal.

Para Marçal Justen Filho ⁸⁶ seriam as seguintes estratégias regulatórias: a) comando e controle, b) competição, c) consenso, d) incentivo. Assim, considerando que algumas já foram apresentadas acima, passaremos a discorrer, de forma complementar, das estratégias de competição e consenso.

A estratégia regulatória da competição parte da premissa que a competição entre particulares conduz a uma elevação dos padrões de qualidade dos serviços prestados e resulta em uma diminuição dos custos praticados, e que tais benefícios não poderiam ser obtidos de outro modo. Faz-se a ressalva, que este modelo não é aplicável em certos setores de atividades. Entretanto, nesses casos, surge variação desta estratégia, no sentido de submeter a empresa regulada a situação semelhante ao da existência de outros competidores, considerando o desempenho de outros operadores. “Costuma-se denominar esse hipótese de *regulação por padrão de comparação* (“yardstick regulation”). Elege-se o prestador de serviço com o melhor desempenho e se subordinam todos os demais a tratamento equivalente, de modo a constrangê-los a ampliar a qualidade de sua atuação.”⁸⁷

O modelo de consenso, como bem pontua Marçal Justen Filho ⁸⁸,

[...] é norteado pela harmonização e composição entre os diversos interesses envolvidos na situação concreta. O Estado abre oportunidade para que os particulares externem o seu entendimento sobre questões de interesse comum, formulem sugestões para a adoção de regras e colaborem para a fixação das metas e normas aplicáveis.

[...]

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 649.

⁸⁵ SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 256.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 647.

⁸⁷ Ibidem. p. 648.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 649.

Os instrumentos regulatórios de natureza consensual podem reduzir a litigiosidade e traduzir soluções não apenas tecnicamente mais adequadas, mas também merecedoras da adesão voluntária dos interessados.

A doutrina brasileira, ao diagnosticar o panorama atual da regulação, é unânime ao afirmar que deve haver a combinação das diversas estratégias regulatórias e, quando possível, deve-se valer dos instrumentos menos impositivos, sempre com a finalidade da concretização das políticas públicas.

Nesse sentido, de forma lapidar e esclarecedora, leciona Juarez Freitas⁸⁹:

A regulação estatal, numa séria e compenetrada mudança de estilo, precisa abandonar a hipertrofia das práticas da imposição unilateral e autoritária, reconhecendo a primazia vocacional da conciliação, da arbitragem pública e da mediação, sem abdicar, quando impositivo, do seu poder-dever de sancionar (com o direito ao pleno contraditório, mas sem tibieza, inércia ou procrastinação). [...]

. Não é diversa a lição de Alexandre Santos de Aragão^{90 91}, quando destaca que:

As regulações estatais da economia podem se valer de instrumentos puramente jurídico-coercitivos, ou combiná-los com mecanismos consensuais, econômicos, financeiros ou meramente materiais, o que faz com que possamos classificá-las, respectivamente, como “regulações diretas”, consistentes em ordens juridicamente vinculantes aos particulares para deles se obter uma ação, omissão ou prestação, e como “regulações indiretas”, pelas quais a finalidade pública é atingida, não pela coação, mas por incentivos ou meios adaptados a outros fins (incentivos fiscais, gestão seletiva e funcionalizada dos gastos públicos etc.).

[...]

O que devemos mais uma vez frisar é que o Estado tem a seu dispor um grande número de instrumentos regulatórios e que, dependendo das circunstâncias concretas, pode lançar mão de instrumentos mais tradicionais, genéricos e coercitivos, ou de instrumentos de elaboração teórica e positiva mais recente, privilegiando a consensualidade e a comunicação com os agentes econômicos envolvidos, podendo ainda conciliar ambos.

⁸⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273.

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007. p. 44-45.

⁹¹ Em outra oportunidade, o autor, invocando o Princípio da Proporcionalidade para justificar a utilização das novas estratégias regulatórias: “Este é o elemento do Princípio da Proporcionalidade que leva à tendência atual de a Administração dar preferência a mecanismos consensuais, indutivos e, portanto, menos constritivos, de regulação da economia. “O poder de império da Administração deixou de ser um dos seus principais (senão o único) dos seus poderes, para passar a figurar como um (e não o mais importante deles) dos aspectos das ações do Estado”. Se for possível alcançar o interesse público visado de maneira consensual, os instrumentos coercitivos deverão ser descartados por desproporcionais (v. Itens 3.11 e 10.3). Esta assertiva revela-se ainda mais forte quando a regulação vertical não for urgente, hipóteses em que a Administração Pública deverá tentar alcançar os seus objetivos consensualmente e, em caso de insucesso, aí sim, partir para a adoção de instrumentos coercitivos de regulação da economia (princípio do *trial and error* das políticas públicas). (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 133).

Na mesma trilha, segue Marçal Justen Filho⁹², mencionado o “*soft law*” como instrumento normativo utilizável:

O Estado Regulador se vale, em larga medida, do instrumental normativo clássico. Mas, adicionalmente, passa a se valer de outras vias para influenciar o comportamento humano. Trata-se não apenas da já referida concepção promocional do Direito, em que a obtenção das condutas desejadas é induzida através de sanções ditas positivas ou premiais. Mas, além delas, torna-se extremamente relevante um instrumento normativo que poderia ser qualificado como *atenuado*. São manifestações estatais de incentivo, orientação, sugestão. Em muitos casos, o Estado não determina, mas solicita a adoção de certos parâmetros. Em outros, há soluções negociadas, em que se compõem interesses através de avenças de cunho bilateral.⁹³

Em suma, é importante observar que não há uma predefinição genérica da melhor estratégia a ser utilizada. Tem-se que avaliar de forma casuística, e a partir daí, eleger a estratégia mais adequada para o caso concreto e as circunstâncias verificadas. Lembrando que é inerente a atividade regulatória a escolha da estratégia a ser adotada.

2.5 Características da “nova regulação” estatal

Preliminarmente, destaca-se que com o advento do Estado Regulador, conforme exposto no Capítulo 1 deste trabalho, houve a necessidade de edificar um novo sistema regulatório apto a se adequar às novas demandas da sociedade. Apesar de já terem sido lançados os alicerces deste novo modelo, ele encontra-se em plena construção, avançando gradativamente, mas longe de atingir a sua completude.⁹⁴ Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, sistematizaremos as principais características da “nova regulação” estatal com base na lição dos autores Juarez Freitas⁹⁵, Alexandre Santos de Aragão⁹⁶, Floriano de Azevedo Marques Neto⁹⁷, complementadas, de forma pontual, pela obra de outros juristas.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 46-47.

⁹³ *Vide*, sobre meios de obtenção de condutas desejadas e a indução do comportamento humano, Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler (**Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.).

⁹⁴ Nesse sentido Juarez Freitas ensina: “Falta construir, assim, um modelo de sistema regulatório, com ênfase, entre outros aspectos, no aperfeiçoamento do regime das autarquias que exercem função regulatória indelegável.” (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 256).

⁹⁵ Cap. 9 – Sustentabilidade e o Novo Direito Administrativo. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Antes de adentrarmos nas características propriamente ditas da “nova regulação”, faz-se mister observar que o escopo básico da regulação estatal é a implementação – e não a formulação - de políticas públicas. Nesta senda, Floriano de Azevedo Marques Neto⁹⁸ ensina: “A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular.”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁹, por sua vez, destaca a regulação “[...] como novo tipo de direito, caracterizado como sendo negociado, flexível, indicativo. Porém, é um direito que convive com as formas tradicionais de produção legislativa, que apresentam o já mencionado caráter de 'imperatividade, generalidade, abstração.”.

Alexandre Santos de Aragão¹⁰⁰, por sua vez, ressaltando a natureza multifacetária e complexa da regulação, enumera as características desta “nova regulação” a partir dos princípios e valores constitucionais e defende:

[...] a necessidade de persecução de novos caminhos para a regulação estatal, com o inarredável apego aos valores e princípios constitucionais que regem as relações do Estado – e do seu Direito – com a economia.

A regulação da economia é um fenômeno multifacetário e complexo (é um complexo de funções), dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia.

De fato, como muito bem exposto por Juarez Freitas¹⁰¹, devemos visar à construção de “[...] uma regulação “isenta, firme, proba e democrática (socialmente controlada), na qual os reguladores, especialmente no caso dos serviços públicos delegados e na disciplina do mercado, possam atuar como protetores simultâneos dos usuários e dos regulados idôneos, agora e a longo prazo.”

a. Consensualidade

⁹⁶ Cap. III. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In* _____ (Org.). **Direito Regulatório: Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Atlas, 2003. p. 49.

¹⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25.

¹⁰¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 260.

Posição amplamente dominante na doutrina defende que a consensualidade deve ser uma característica não só da “nova regulação”, como também de todo o âmbito do Direito Administrativo. Observa-se, contudo, que em virtude da função e da finalidade da regulação, como fenômeno que busca conciliar e coordenar os diversos interesses envolvidos no setor regulado, essa característica é destacada.

Alexandre Santos de Aragão¹⁰² corrobora essa afirmação ao sustentar que

[...] as decisões das agências reguladoras dever-se-ão pautar por critérios ponderados de exercício da discricionariedade muito mais complexos do que uma ultrapassada "supremacia do interesse público": há diversos interesses públicos, alguns contraditórios entre si; há interesses de várias categorias de consumidores; os interesses das empresas reguladas podem ser antinômicos, etc.

Diante disto, as agências reguladoras devem buscar, dentro do mandado de otimização que lhes é inerente (v. Item 4.3), a **maior compatibilização possível entre eles, compatibilização esta que, no ponto ideal, alcançaria o consenso.** (grifos no original)

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁰³ constata que “[...] a regulação deve favorecer não a imposição de pautas regulatórias, mas a busca do consenso e da mediação de interesses, sem perder de vista a tutela dos interesses gerais da sociedade. Ou seja, o regulador deve praticar aquilo que outra feita designei de *mediação-ativa.*” (itálico no original).

No mesmo sentido é a esclarecedora lição de Juarez Freitas¹⁰⁴, lembrando que “[...] a regulação estatal, numa funda mudança de estilo, deve abandonar a hipertrofia das práticas de imposição unilateral e autoritária, reconhecendo a primazia vocacional da conciliação, da arbitragem e da mediação, sem abdicar, quando impositivo, de seu poder-dever de punir (com contraditório, mas sem tibieza, inércia ou procrastinação)”.¹⁰⁵

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 307.

¹⁰³ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico.** 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 50.

¹⁰⁴ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 350.

¹⁰⁵ Na mesma linha de raciocínio de Juarez Freitas, adverte Alexandre Santos de Aragão: “Muito se tem falado na consensualização do Direito Administrativo, principalmente nas suas relações com os agentes econômicos Entendemos que, se por um lado, essa horizontalização das relações jurídicas deve ter analisada sem misoneísmos, encarada como uma possibilidade real e mesmo preferencial da atuação administrativa, por outro, não podemos ser ingênuos a ponto de acreditar que possa solucionar todos os problemas de uma sociedade tão complexa e contraditória, principalmente nos países do Terceiro Mundo, dotados de grupos dominantes geralmente pouco afetos à diminuição voluntária do grau de satisfação dos seus interesses.” (Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 112).

Utilizando-se dos ensinamentos de Gaspar Ariño Ortiz, Alexandre Santos de Aragão¹⁰⁶ alia a função do regulador, no sentido de composição entre os diversos interesses e a característica da consensualidade:

A função do regulador não é tanto a de 'se impor aos regulados, mas de convencer, persuadir, levar as partes a uma solução convencional, na medida do possível (...) Em muitas das questões que se colocam ao regulador não existe apenas uma única solução 'justa', devendo quase sempre articular uma composição entre interesse contrapostos, uma transição, uma arbitragem.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰⁷ acrescenta a essa função de coordenação de interesses outro item caracterizador da consensualidade, que é a valorização do indivíduo e por consequência da autonomia da vontade:

Destarte, como consectária da participação, a *consensualidade* aparece tanto como uma *técnica de coordenação* de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo, prestigiando, simultaneamente, a *autonomia da vontade*, motor da sociedade civil e do progresso, e a *parceria* que potencia a ação desses dois atores protagônicos: a sociedade e o Estado. (grifos no original).

Nos passos, então, de uma formulação de regulação caracterizada, nas situações possíveis, pela consensualidade, infere-se que a obtenção dos objetivos comuns fica facilitada.¹⁰⁸

Por fim, devemos ter em conta que, mesmo quando exista a previsão legal para a Administração atuar de forma coercitiva, ela pode - havendo uma ponderação com os Princípios da Eficiência e da Proporcionalidade - adotar medidas alternativas, em comum acordo com os sujeitos envolvidos. Tal fato, desde que as finalidades envolvidas sejam atendidas, não há que se falar em renúncia dos poderes da Administração Pública. Além disso, a Administração não deixa de atuar de forma unilateral, entretanto, antes disso, busca a aquiescência do maior número de envolvidos.¹⁰⁹

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 115-116.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 26.

¹⁰⁸ Apoiando essa afirmação a partir de uma abordagem calcada no comportamento das pessoas, Alexandre Santos de Aragão transcreve pensamento de Charles Celier "**Os homens preferem ser comandados sem perceberem que estão sendo, e cada vez que se deseja obter um resultado sem estar obrigado a emitir uma regra imperativa, ele é alcançado mais facilmente do que seria se fosse necessária a adoção de um aparelho de prescrições obrigatórias e de sanções repressivas**" (negrito no original) (Charles Celier, *Droit public et vie économique*, PUF, Paris, 1949, p. 206, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 69).

¹⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 113-114.

b. Transparência

Outra característica basilar almejada para a “nova regulação” é a transparência. Embora é inegável que ela a transparência se engrandece no campo regulatório, onde o regulador tem a função de coordenar os diversos interesses abarcados.

Recorremos novamente aos ensinamentos do professor Juarez Freitas¹¹⁰, que sublinha o papel primordial da transparência no espaço da regulação:

[...] a regulação é função estatal que, acima de tudo, deve cultivar a transparência, imperativamente, no âmbito do setor regulado e no exercício da sua própria missão, com destemor em tornar amplamente acessíveis todos os dados processuais atinentes à regulação, incorporando, em definitivo, a cultura do pleno respeito ao devido processo, que reclama firme e resolutivo combate à opacidade.¹¹¹

Tratando da transparência, sob a ótica da produção normativa das agências reguladoras, Marçal Justen Filho¹¹² pontua que elas devem refletir todos os possíveis interesses, oportunizando a manifestação dos diversos grupos da sociedade civil. Além disso, a transparência demanda a motivação para as escolhas realizadas, mesmo daquelas em que o controle ou fiscalização mostra-se difícil em função de tratar-se de solução discricionária.

Em sentido análogo, pronunciou-se Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹³, pontuando também a necessidade de motivar as decisões regulatórias: “Como consequência da procedimentalidade e da participação, temos que **a atividade regulatória deve primar pela extrema transparência.** [...] Se reconhecemos a legitimidade dos diversos interesses, nada deve impedir que eles sejam postos para a Sociedade e que a motivação da decisão regulatória a eles faça referência”. Além disso, o autor recomenda a “radicalização da transparência e publicidade da atividade regulatória,” com o objetivo de prevenir a “captura” do órgão regulador pelo sujeito regulado. (grifo nosso).

¹¹⁰ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 354.

¹¹¹ Em outra oportunidade, o professor desta Casa também destaca o papel essencial da transparência, conectando-o com o princípio da participação: “A regulação sustentável deve observar o princípio da máxima transparência, isto é, precisa agir de molde a afastar, inteiramente, a opacidade do processo regulatório e a respeitar o aludido princípio da participação.” (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 263).

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 43.

Cumpra transcrever a posição de Elvia Fadul¹¹⁴, a qual é bastante esclarecedora do papel exercido pela transparência no processo regulatório:

[...] um instrumental técnico construído para exercer o controle sobre as concessionárias, mas é, também, ou antes de tudo, um compromisso social e político, que se consolida através de instituições e regras para articular os interesses das esferas produtivas com os dos cidadãos, ou seja, para conciliar objetivos sociais com economia de mercado. Nesses termos, o processo de regulação vai se colocar em um plano muito mais amplo, que é o de desenvolver a responsabilização (*accountability*), definindo padrões de transparência, de ampla publicidade das normas pertinentes ao ente regulador, se seus procedimentos, decisões e de seus relatórios de atividade.

Por derradeiro, convém ainda salientar que o conceito de transparência não se restringe unicamente a publicizar dados, mas impõe que tais informações estejam compreensíveis para os destinatários. Em outras palavras, a comunicação deve se dar de forma eficaz, para que as informações disponibilizadas sejam acessíveis em sentido amplo.

c. Participação

A “nova regulação” exige que relação entre a Administração Pública e os administrados seja revista. Deve haver uma ampliação dos sistemas de controle social, com a efetiva participação da sociedade, seja para legitimar democraticamente o processo decisório dos entes reguladores, seja para diminuir o risco da “captura” destes mesmos entes reguladores ou seja, também, para apontar as falhas de governo. De qualquer modo o que se defende é o maior protagonismo da sociedade, tendo um papel ativo no processo de implementação das políticas públicas.

Gustavo Binenbojm¹¹⁵ destaca que a participação dos cidadãos no âmbito das agências reguladoras tem como função primordial suprir o déficit de legitimação democrática. Nas suas palavras:

[...] a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de *suprimento* do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente

¹¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 89-96, *passim*.

¹¹⁴ FADUL, Elvia. Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos. In: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007. p. 20.

¹¹⁵ BINENBOJIM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 294-295.

da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsabilidade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências.

É destacado, em uníssono, pela doutrina que um dos instrumentos imprescindíveis para a efetivação da participação da sociedade é a criação de espaços públicos que permitam a discussão dos assuntos importantes atinentes ao setor regulado. Tais espaços são, por excelência, a consulta e a audiência pública¹¹⁶.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹⁷ expõe de modo elucidativo, os mecanismos que devem ser colocados a disposição da população para propiciar a sua efetiva participação no processo regulatório:

De outro lado, a atividade das agências tem que ser aberta à participação de todos os interesses com ela envolvidos. Isso significará não só a introdução de mecanismos de ouvidoria ou de conselhos consultivos, mas, principalmente, a criação de instrumentos que obriguem a consulta e a participação dos atores envolvidos no processo de regulação. Neste sentido, parece-nos essencial a utilização radical de consultas públicas, audiências abertas, foros setoriais e outros mecanismos que rompam com a unilateralidade típica do poder extraverso estatal.

Com fundamento na nossa Lei Maior, Marçal Justen Filho¹¹⁸ pondera, de forma corretíssima, que a submissão “da decisão regulatória a consultas e audiências públicas, não se constitui em uma liberalidade do governante. Traduz uma determinação constitucional. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição consagra a soberania popular e prevê a participação popular na adoção das decisões públicas.”.

Sintetizando as peculiaridades dessa forma de participação da sociedade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹⁹ conceitua audiência pública como:

[...] um *processo administrativo de participação* aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da *legitimidade* das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a

¹¹⁶ Observa-se que em algumas leis instituidoras de Agências Reguladoras já há previsão expressa para a realização de audiências públicas, como é o caso do Art. 68 da Lei 10.233/2002 que criou a ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários: “Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.”.

¹¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 96.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 646

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 256.

forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual. (grifos no original)

Da mesma forma, Alexandre Santos de Aragão, considerando a participação pública como mecanismo de legitimação do processo decisório, aduz que devem ser tomadas as medidas necessárias para preencher “[...] o déficit de democraticidade da regulação administrativa criando um “espaço público de discussão”, mediante, por exemplo, a participação pública na edição dos atos normativos e a obrigação da Administração, ao expedir o regulamento, motivar as recusas às sugestões e críticas da coletividade.”. Contudo, em outra oportunidade, o autor¹²⁰ adverte, de forma correta, que a participação pública não retira “[...] da Administração a última palavra na matéria, desde que o faça motivadamente e dentro dos quadros estabelecidos pela lei.”.

Para concluir o tema da participação da sociedade no processo regulatório, trazemos a lição do professor desta Egrégia Casa, Juarez Freitas¹²¹, a qual, pela relevância, nos permitimos transcrever na sua totalidade

A regulação das atividades econômicas relevantes, das parcerias público-privadas e das concessões “comuns” precisa ser socialmente controlada, até para evitar excesso intrusivo do Executivo ou a sua “captura”. No ponto, está certo Cass Sunstein, ao defender novo status do usuário na relação regulatória. Além disso, o controle social – empreendido pela democracia participativa ou direta – não exclui os demais controles, mas a eles deve ser somado, sinergicamente. Nesse diapasão, em vez do temor excessivo de “captura” ou dos graves desvios levantados pela chamada teoria econômica da regulação, a postura constitucionalmente sustentável consiste em incentivar a sociedade a assumir maior protagonismo, estimulando-a a construir padronizações voluntárias e a universalização dos serviços essenciais e contínuos, fazendo frente às falhas de mercado e de governo, simultaneamente.

d. Celeridade

Em função da dinamicidade das conjunturas sócio-econômicas e, também, pela rápida evolução tecnológica, a atuação dos entes reguladores deve ser célere, de modo a responder tempestivamente às questões postas para as suas considerações.

¹²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007. p. 61.

¹²¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 274-275.

Além disso, a adequação entre os meios e os fins almejados pela regulação não é estático, ela evolui e por isso se exige que os órgãos regulatórios sejam ágeis, para acompanharem e se amoldarem às novas circunstâncias não trilhadas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²² associa a celeridade dos entes reguladores à competência normativa que eles detêm:

Com efeito, essa *competência normativa* atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a *escolha técnica*, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as *escolhas abstratas político-administrativas*, que conformam a arena de ação dos parlamentos, e que depois se prolongam nas *escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas*, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da administração direta. (itálico no original)

Não é diversa a lição de Marçal Justen Filho¹²³, apontando para a necessária dinamização da produção normativa,

A dimensão quantitativa e a complexidade qualitativa são problemas que conduzem a tornar vagarosa a regulação estatal sobre certas matérias. A criação de agências permite superar essas dificuldades, eis que se reduz o número de participantes no processo decisório final, amplia-se a especialização do órgão e se reduz a demora na geração de atos estatais.

[...]

Ora, a atuação regulatória não pode sujeitar-se à demora inerente à produção legislativa. A definição de objetivos, a escolha tecnológica e outras decisões pertinentes à regulação têm de ser emitidas em prazo compatível com a dinâmica da realidade. Não é possível adiar-se o desenvolvimento de atividades essenciais ou impedir-se o aproveitamento de oportunidades estratégicas para aguardar o exaurimento de procedimentos demorados. Mais precisamente, a delonga necessária à decisão tem de ser compatível com a natureza da atividade regulada, sob pena de tornar-se contraproducente.

e. Neutralidade/equidistância

Floriano de Azevedo Marques Neto¹²⁴ entende a neutralidade como a característica, talvez, “mais polêmica” da “nova regulação”. Nas suas palavras: “Trata-se da necessária *neutralidade* (equidistância) que o entre regulador deve manter em face dos interesses regulados, incluídos aí também os interesses do

¹²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 214.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. P. 361-362.

¹²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 50.

Poder Público (quer quando controle algum operador sujeito à regulação, quer no tocante aos próprios interesses de ordem geral que se queira ver imprimidos no setor regulado)”.

Prosseguindo, o jurista paulista¹²⁵, recorre aos ensinamentos de Vital Moreira e Fernanda Maçãs, e entende que:

[...] o surgimento dos entes encarregados da regulação objetiva “garantir a neutralidade política da gestão administrativa que desempenham, assegurando que o setor sobre o qual actuam se desenvolva de acordo com suas próprias regras, as regras e os critérios técnicos do setor em causa.” Importa dizer que essa neutralidade não significa que o regulador atue contra os interesses dos regulados ou em contraposição aos desígnios do Poder Público. Significa, sim, que no exercício de suas atividades o ente regulador deve manter equidistância dos interesses verificados no setor regulado, de modo a exercer, com prudência e proporcionalidade, suas competências de forma a melhor atingir aos objetivos visados com a regulação.

Para não pairar dúvidas, cabe anotar, por fim, que quando se fala em neutralidade e equidistância não podemos entender no sentido de carência de atuação do ente regulador, pois conforme já foi dito alhures, quando ocorre a prestação indireta da atividade econômica, deve haver um aumento nas tarefas regulatórias.

f. Flexibilidade

A flexibilidade na atuação dos entes reguladores é apontada por Alexandre Santos de Aragão¹²⁶ como característica da regulação. Para tanto se utiliza da lição de Juan Carlos Cassagne, a qual transcrevemos:

Tratando da matéria, JUAN CARLOS CASSAGNE denotou “**que a realidade econômica faz com que a Administração tenha que enfrentar, com frequência, fatos de difícil apreensão jurídica, heterogêneos e complexos e que a exigência de celeridade muitas vezes imposta pela conjuntura obriga a uma flexibilidade na sua atuação que supera todo formalismo (...). Mas, de qualquer forma, a flexibilidade da atuação da Administração e o seu informalismo não devem levar ao desconhecimento das garantias e direitos do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição e dos princípios gerais do Direito**”.

(grifos no original).

g. Concretude

¹²⁵ *Ibidem*. p. 51.

¹²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 94.

Outra característica da apontada por Alexandre Santos de Aragão¹²⁷ é a concretude da regulação. Nesse sentido, leciona:

A passagem do Estado liberal-burguês para o Estado Democrático de Direito, incumbido de assegurar condições dignas de vida, fez com que a regulação por ele emitida não pudesse se reduzir a fórmulas genéricas e abstratas. A realização dos valores constitucionais deve ter em vista a maior efetividade e eficiência da sua realização concreta (v. Item 2.5). Para tanto, o Direito como um todo e, particularmente, o Direito Administrativo, se vale cada vez mais, não contraditoriamente, mas talvez paradoxalmente, de princípios gerais. Noutras palavras, a **concretude da regulação é propiciada pelos princípios gerais e finalidades públicas a serem perseguidas.**

De fato, se a regulação visa modificar/melhorar a realidade social, deve, com base e em cumprimento dos princípios gerais que regem estas modificações, ter em conta as situações reais, concretas, sobre as quais deve atuar. (grifos no original).

h. Equilíbrio

O equilíbrio é outra característica inerente à regulação moderna. Floriano de Azevedo Marques Neto¹²⁸ de forma bastante sintética assevera: “*A moderna noção de regulação remete à idéia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado.*”. Prosseguindo, o autor¹²⁹ esclarece o melhor significado para equilíbrio dentro do sistema regulatório:

Outra característica que deve ser perseguida na regulação é o equilíbrio. Equilíbrio que deve se manifestar também em duas acepções. De um lado, o equilíbrio traduzido na mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado. Como em outra feita afirmamos, “a emergência de entes reguladores autônomos corresponde indubitavelmente à necessidade do poder político de constituir espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea. Mas ainda, traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que revestem o intervencionismo hodierno (intervenção reguladora).

Outro autor que faz referência ao equilíbrio como característica própria à regulação é Alexandre Santos de Aragão¹³⁰, para quem:

O Direito Público da Economia deve ser visto como uma constante busca do ponto de equilíbrio entre, de um lado, a necessidade de regulação suficientemente flexível para atuar sobre uma realidade instável e tendencialmente autônoma e, de outro, a conservação de um mínimo de

¹²⁷ *Ibidem*. p. 110.

¹²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 33.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 49.

¹³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 98.

previsibilidade e coercitividade sem a qual perderia o caráter jurídico. Trata-se de manter a inevitável instabilidade dentro de nível razoável.

As agências reguladoras surgem justamente como tentativa de estabilizar as decisões políticas adotadas pelo Legislador em determinado setor objeto da regulação estatal, fazendo com que os objetivos fluidos fixados pela lei, aptos, portanto, a se adaptarem à realidade socioeconômica, sejam perseguidos de forma estável por estas entidades, dotadas de autonomia frente aos agentes políticos do Estado.

i. Discricionariedade técnica

Uma das características dos entes reguladores é o nível elevado de especialização técnica. Diante deste fato, de forma consecutória, temos a agregação da normatividade técnica à normatividade jurídica. Assim, surge o conceito de discricionariedade técnica que deve nortear os passos da regulação moderna.

A seu turno, ao tratar da discricionariedade técnica, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³¹, a compara com a discricionariedade político-administrativa, enquanto esta possui “[...] amplo espectro de alternativas válidas, que devem ser avaliadas por políticos e burocratas”, aquela, “[...] geralmente comportando opções mais restritas e que devem ser consideradas à luz de regras científicas para que se determine a melhor escolha”. Prossegue o autor, de forma exemplar, advertindo:

Mas é preciso atenção: a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser *motivada* também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o *arbitrio*, o *erro*, a *impostura* e a *irrazoabilidade*, limite este último, que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais.

Seguindo na mesma toada, Alexandre Santos de Aragão¹³² leciona: “Como as normas jurídicas são cada vez mais instrumentos da realização de políticas públicas que devem incidir em sociedades crescentemente complexas, a regulação se tecnicizou: apenas através da melhor técnica os meios podem ser corretamente avaliados em sua relação de adequação e realização dos fins.”.

j. Atuação sistêmica

Outra característica que deve ser observada pela “nova regulação” é a necessidade de coordenação entre os diversos entes reguladores. Ou melhor, a

¹³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 222.

¹³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93.

atuação sistêmica não só entre esses entes, mas também com os outros atores e órgãos que possuem alguma ligação, mesmo que distante, com o setor regulado.

Nessa linha, não há como não trazer a precisa lição de Juarez Freitas¹³³, que apresenta os aspectos da ação coordenada entre os diversos sujeitos envolvidos:

A regulação sustentável deve atuar de maneira sistêmica (exemplo: viável o convênio entre agências reguladoras, sem prejuízo de convênios entre regulação e autorregulação desde que, como sublinhado, não se evada do caráter indelegavelmente estatal, nem se criem zonas de sombra).

[...]

A regulação sustentável, sem sobreposições pleonásticas viciosas, tem de atuar de modo sistemático e concatenado, isto é, em sinergia com as atividades de controle, sob pena de se prosseguir, por exemplo, com os “apagões” licitatórios e com as redundâncias inaceitáveis em matéria ambiental.

Assim, uma justificativa importante para a atuação coordenada e sistemática entre os diversos entes reguladores, está no fato de que na maioria das vezes as atividades reguladas se inter-relacionam, de forma a criar uma rede complexa e multifacetária. Além disso, a profusão de normas emanadas¹³⁴ para regular essas atividades geram, por vezes, reflexos diretos no âmbito de atuação do outro órgão¹³⁵.

Deve-se observar que com um enfoque não idêntico, mas que guarda ampla semelhança em seu âmago, Alexandre Santos de Aragão¹³⁶ nomeia tal fenômeno como “permeabilidade”, enfatizando que essa atuação sistêmica com sujeitos de outras áreas de conhecimento deve existir para auxiliar na obtenção de maior efetividade às ações e instrumentos regulatórios:

¹³³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 264-265

¹³⁴ Sobre isso escreve Alexandre Santos de Aragão: “ANDRÉ-JEAN ARNAUD e MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE observam que “não seria de todo realista levar em consideração, hoje, a racionalidade universalista, simplista”. Por mais tranquilizadora que esta seja, ela não é mais apropriada, deparando-se o jurista diuturnamente com uma pluralidade de normas e de agentes emanadores de múltiplas racionalidades, o que exige deles e do sistema jurídico a “capacidade de pensar e de **ordenar o múltiplo, sem o reduzir à unidade ou abandoná-lo à dispersão**”. Grifos no original. ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 250 e 394. *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 108.

¹³⁵ Marçal Justen Filho analisa esse fenômeno a partir da experiência histórica, principalmente dos Estados Unidos na década de 80, e chama a atenção para as suas consequências: “Ademais disso, cogitou-se da ausência de coordenação entre as diferentes instâncias regulatórias. Com a multiplicação de agências e comissões, a disciplina regulatória tornou-se altamente complexa, incompreensível e contraditória. Existiam centenas de posturas acerca de cada atividade cogitada, muitas delas totalmente inúteis e outras incompatíveis entre si. Muitas vezes, os efeitos de determinações produzidas no âmbito de uma agência geravam reflexos em setores sujeitos à regulação de outra.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 43).

¹³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 94.

No mundo contemporâneo os setores do conhecimento e da organização social são cada vez mais especializados e interdependentes uns dos outros. A crescente especialização leva, paradoxalmente, à busca do auxílio de outras áreas do conhecimento para que o saber especializado não fique isolado, sem importância e função prática.

[...]

Com efeito, hoje se tem a consciência de que, quanto mais o Direito conhecer o campo a ser regulado, mais chances terá de propiciar uma regulação eficiente e dotada de maior efetividade.

Por fim, tentando sintetizar o que foi dito, a atuação conjunta dos diversos entes reguladores e destes com os outros sujeitos (concessionários, usuários, órgãos de controle, sociedade civil organizada, etc), não pode ser exercida de forma eventual e casuística, deve ser buscada uma ação sistemática e concatenada, a partir de uma perspectiva holística do setor regulado, eliminando ou minimizando os efeitos negativos derivados da atuação unitária de cada um dos envolvidos¹³⁷.

k. Instrumentalidade das normas aos seus fins e princípios

Essa característica também não é exclusiva do sistema regulatório, entretanto, haja vista o grande dinamismo da realidade socioeconômica e a função da regulação, é nesta seara que a instrumentalidade das normas aos seus fins e princípios encontra campo fértil para se desenvolver. Diante disso, as normas devem ser vistas como meios necessários para a obtenção de determinados objetivos públicos.

Assim, o modelo tradicional positivista de normas jurídicas subsuntivas, é permeado por normas fluidas das políticas públicas, ocasionando uma reestruturação do sistema jurídico, orientado para a realização de objetivos¹³⁸.

Sobre a instrumentalização das normas, transcrevemos a posição incontestável de Alexandre Santos de Aragão¹³⁹:

¹³⁷ Existem leis instituidoras de agências reguladoras que preveem expressamente a necessidade de atuação sistêmica. Nesse sentido, por exemplo, temos os parágrafos 1º e 2º do art. 20 da lei de criação da ANTT e da ANTAQ:

“§ 1º A ANTT articular-se-á com as demais Agências, para resolução das interfaces do transporte terrestre com os outros meios de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens.

§ 2º A ANTT harmonizará sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encarregados do gerenciamento de seus sistemas viários e das operações de transporte intermunicipal e urbano.”

¹³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 88.

Há, portanto, em nosso ordenamento jurídico a instrumentalização das normas de Direito Público aos seus fins e princípios, o que é conatural ao Estado Democrático de Direito, que não possui uma posição passiva em relação à situação socioeconômica das pessoas.

[...]

A desmistificação da lei e a mudança do seu *modus operandi* estão entre as principais consequências da instrumentalização da regulação pelos princípios e finalidades públicas. As leis deixaram de expressar verdades universais, para passar a ser instrumentos da realização de políticas finalísticas.

[...] não devemos olvidar que a regulação estatal é hodiernamente direcionada pelos objetivos fixados nas leis e na Constituição. Neste contexto, muito mais do que aferir a legitimidade da regulação pela sua subsunção lógico-formal a determinado preceito legislativo, deve ser verificado o atendimento às finalidades públicas a que se destina. Ao esquema, não mais predominante no Direito Público, de preceito-sanção, devemos agregar o de objetivo-meio eficaz.

I. Análise de impacto regulatório – AIR

Outro elemento indispensável para caracterizar a “nova regulação” é a equação de custos e benefícios gerados pelas decisões regulatórias.

Nos idos dos anos 90 do século passado Gaspar Ariño Ortiz¹⁴⁰ já alertava para o fato de que os objetivos da regulação são variados e por vezes opostos. Diante disso, a tarefa dos entes reguladores é extremamente delicada e que, portanto, eles devem “[...] medir cuidadosamente os vários efeitos, diretos ou indiretos, que terão as suas decisões.”

Nessa mirada, Marçal Justen Filho¹⁴¹, ao analisar a situação da regulação nos Estados Unidos no início dos anos 80 e as críticas a intervenção estatal existente, conclui, apresentando o conceito de custo regulatório:

Mas o núcleo comum da insatisfação relacionava-se com a inadequação da intervenção estatal. Apontou-se que tal derivava da ausência de consciência dos órgãos regulatórios com os efeitos econômicos (especialmente indiretos) de suas decisões. Determinadas decisões produziam efeitos econômicos devastadores para as indústrias reguladas, com efeitos negativos muito mais intensos do que os combatidos. Mas a nocividade das decisões se aplicava não apenas no âmbito econômico. Ocorria também no tocante a outros valores perseguidos pelo Estado.

[...]

¹³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93-105, *passim*.

¹⁴⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economia e Estado: Crise e reforma do sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993 p. 366.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 43-44.

Passou a aludir-se, então, ao *custo regulatório*, para indicar o efeito do cumprimento de posturas governamentais (muitas vezes, desnecessárias ou inúteis) na composição de despesas assumidas pelos empresários para colocar seus produtos no mercado. (itálico no original)

Surge, assim, o conceito de AIR – Análise de Impacto Regulatório, o qual é definido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),¹⁴² como: “[...] o processo sistemático de identificação e quantificação de benefícios e custos importantes que provavelmente serão consequentes da adoção de uma regulação proposta ou de uma opção de política”

Segundo Marcelo Ramos¹⁴³,

Mais do que um método, a AIR é um processo para a tomada de decisões regulatórias, baseado em um exame sistêmico e consistente de impactos potenciais derivados da regulação governamental.

[...]

Além disso, como aponta o jurista e teórico da regulação Cass Sunstein, o uso da AIR é mais democrático, porque em um contexto no qual certos agentes visam auferir benefícios concentrados, um procedimento que sistematize e apresente os custos difusos a serem suportados pela sociedade pode diminuir o poder das grandes corporações em moldar as normas regulatórias.

Discorrendo sobre a Análise de Impacto Regulatório – AIR, e seu caráter obrigatório, bem assinala Marçal Justen Filho¹⁴⁴:

A seriedade do planejamento conduziu à concepção da figura da Análise de Impacto Regulatório, que se configura como requisito prévio necessário a implantação de qualquer inovação relevante na regulação setorial. Consiste na avaliação dos custos, dos benefícios e dos efeitos das inovações pretendidas.

[...]

A ausência da Análise de Impacto Regulatório revela a carência de meditação e ponderação sobre as providências pretendidas. Traduz uma decisão subjetiva, desvinculada de fundamentos técnico-científicos.

Ainda, sobre o processo de avaliação de efeitos das decisões regulatórias, é importante cotejar os resultados perspectivados com os efetivamente obtidos e verificar eventuais efeitos secundários indesejáveis¹⁴⁵.

¹⁴² JACOBZONE, S.; CHOI, C. e MIGUET, C.. **Indicators of Regulatory Management Systems**. OECD Working Papers on Public Governance, OECD Publishing, 2007/4. <http://www.oecd.org/gov/39954493.pdf>. Acesso em 30.11.2013.

¹⁴³ RAMOS, Marcelo. A visão dos órgãos centrais. In PROENÇA, Jair Dias, COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006. p. 139.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 645-646.

¹⁴⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pg. 29)

m. Motivação/procedimentalidade

O dever de motivação dos atos administrativos, sejam eles vinculados, sejam discricionários, é regra que suporta raríssimas exceções. No campo regulatório esse preceito ganha relevo. Nesse sentido, recorreremos mais uma vez à lição de Juarez Freitas¹⁴⁶, retirada de obra singular que versa sobre o direito fundamental à boa administração pública¹⁴⁷:

Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculados dos atos. Imperativo, pois, que todos os atos administrativos sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável.

Na mesma linha, Giandomenico Majone¹⁴⁸ ressalta o aspecto da exigência de motivação desencadear outros mecanismos importantes para a efetivação da moderna regulação:

O meio mais simples e básico de melhorar a transparência e a responsabilização das agências é exigir que os reguladores fundamentem suas decisões. Isto porque a exigência de tal fundamentação ativa um número de outros mecanismos para controlar o critério regulador, tais como o exame judicial, a participação e a deliberação públicas, o exame pelos pares, a análise de políticas para justificar prioridades regulatórias, e assim por diante.

n. Presença de entidades regulatórias independentes

Talvez o caractere mais rico da “nova regulação” é a presença de entidades reguladoras independentes. Tais entes geram discussões doutrinárias acerca dos mais variados aspectos.¹⁴⁹ Entretanto o adequado equacionamento das questões

¹⁴⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.

¹⁴⁷ Lembramos que em outra oportunidade, o Professor desta Casa reiterava a necessidade da regulação observar os preceitos de procedimentalidade e de motivação “A regulação sustentável deve observar, com rigor, a Lei de Processo Administrativo: no tocante ao processo regulatório, incide a Lei nº 9.784/99, inclusive quanto ao dever de (p. 262) motivação em todas as etapas, em especial perante as propostas formuladas nas audiências públicas. A eventual rejeição de uma proposta da sociedade precisa ser consistentemente motivada”. (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 263).

¹⁴⁸ MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, Paulo. **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 77.

¹⁴⁹ Para Floriano de Azevedo Marques Neto, dos instrumentos que surgiram para viabilizar o advento do Estado Regulador, as agências reguladoras são as mais paradigmáticas. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.45).

atinentes a estes órgãos certamente ultrapassa os limites deste trabalho. Diante disso, propomos, de forma sintética, apresentar suas principais feições.¹⁵⁰

Segundo Alexandre Santos de Aragão¹⁵¹ a razão de ser das entidades reguladoras independentes é a necessidade de descentralização normativa, ao que acrescenta o fato de que a competência normativa (tanto abstrata quanto a concreta) integram o próprio conceito de regulação. Nesse sentido apresenta, de forma sintética as características¹⁵² destes entes: (a) a "independência" de que são dotados consiste na realidade em uma autonomia reforçada em relação à Administração Direta e Indireta; (b) a restrição ao poder de exoneração dos dirigentes dos órgãos ou entidades independentes; (e) concentram poderes fiscalizatórios, sancionatórios, de compor conflitos e de editar regulamentos; "e (d) os amplos poderes regulamentares que geralmente possuem são admitidos desde que a lei fixe os standards em que deverão se desenvolver".

Sob outra perspectiva, Gustavo Binenbojm¹⁵³, a partir da análise das circunstâncias existentes no Brasil, na segunda metade da década de 90 – com o programa de privatizações e de concessões e a conseqüente necessidade de atrair capital privado - aponta como razão principal para o advento das agências reguladoras, a possibilidade destes entes proporcionarem um ambiente de credibilidade e segurança, de modo a garantir aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade¹⁵⁴. Para isso, o modelo adotado para as agências reguladoras, segundo o autor, consiste em um "[...] grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das

¹⁵⁰ Sobre o tema, *vide*: Alexandre Santos de Aragão (**Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013), Floriano de Azevedo Marques Neto (**Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009) Sérgio Guerra (**Agências Reguladoras. Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.) Alketa Peci (**Regulação no Brasil**. Desenho, Governo, Avaliação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 90) Maria Sylvania Zanella Di Pietro (**Direito Regulatório: Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Atlas, 2003.), Gustavo Binenbojm (**Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Capítulo VI), Leila Cuellar (**Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.) e Marçal Justen Filho (**O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.).

¹⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 414.

¹⁵² *Ibidem*. p. 268.

¹⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 245-253.

¹⁵⁴ Alketa Peci concorda com esse entendimento, mas critica: "[...] a criação de agências reguladoras brasileiras pode ser mais considerada fruto do acaso da conjugação da política de desestatização com as medidas de flexibilização da gestão pública de que propriamente de um quadro coerente de políticas governamentais que buscaram criar novas estruturas institucionais capazes de lidar com as transformações recentes nas relações

ingerências político-partidárias”. Outro aspecto relacionado com as agências reguladoras, destacado pelo autor, trata da alteração na configuração da Administração Pública:

As autoridades ou agências independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois a sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica *externa* à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de *recondução* direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho *piramidal* para uma configuração *policêntrica*.

Giandomenico Majone¹⁵⁵, com autoridade, segue a mesma linha de argumentação, e anota: “[...] as agências independentes gozam de duas vantagens significativas: conhecimento específico e possibilidade de assumir compromettimentos dotados de credibilidade política”. Prossegue indicando os critérios conferem legitimidade a esses órgãos: “[...] consistência em matérias políticas; o conhecimento específico e a habilidade de solucionar problemas dos reguladores; sua capacidade de proteger interesses difusos; o profissionalismo; e, o que é mais importante, uma definição clara dos objetivos da agência e dos limites dentro dos quais espera-se que esta opere.”

De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁵⁶ as características essenciais dessas entidades¹⁵⁷ são: “[...] i) serem órgãos públicos; ii) que concentrem várias funções e competências; iii) voltadas para um setor da economia que demande significativa especialização; iv) marcados pela busca de equilíbrio entre interesses envolvidos com a atividade regulatória e v) que tenham uma significativa neutralidade em relação a estes interesses.”.

Estado-sociedade no final do século XX”. (PECI, Alketa. *Regulação comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios*. In: _____ (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007. p. 90.

¹⁵⁵ MAJONE, Giandomenico. *Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança*. In: MATTOS, Paulo. **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 68 – 81.

¹⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47.

¹⁵⁷ Entretanto, cabe destacar que não há um perfil único para essas entidades reguladoras. Cada agência possui estrutura e função própria, isso se verifica tanto no plano internacional, quando cotejamos a experiência entre os diferentes países, mas também no âmbito interno de cada país. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 662)

Juarez Freitas¹⁵⁸ enfatiza um aspecto imperativo às agências reguladoras: seu caráter de órgão de Estado¹⁵⁹. Em suas palavras: [...] no crucial momento de definição da arquitetura do sistema regulatório brasileiro, força apostar na profunda e democrática reforma institucional que consagre as Agências e as demais autarquias reguladoras (tais como o CADE e a CVM) como órgãos de Estado, mais que de governo, apesar de integrarem a Administração indireta.

Outro aspecto que gera discussão na doutrina pátria - principalmente em função das dúvidas geradas quanto a amplitude da competência normativa das agências – diz respeito ao seu enquadramento dentro do sistema de separação de poderes¹⁶⁰ propostos por Montesquieu. Neste ponto recorreremos a lição de Karl Loewenstein¹⁶¹, que auxilia no melhor entendimento do enfoque atual do princípio de separação de poderes:

O que na realidade significa a assim chamada 'separação de poderes', não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções - o problema técnico da divisão do trabalho - e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes. (...) O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como a separação dos poderes estatais, é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de 'poderes', apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa.

[..]

é necessário ter bem claro que o princípio da necessária separação das funções estatais segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo.

Por fim, algumas observações acerca das características da “nova regulação” são necessárias. Devemos deixar assente que a enumeração apresentada não tem um caráter taxativo, existindo, por certo, outras particularidades que caracterizam a

¹⁵⁸ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 352.

¹⁵⁹ No mesmo sentido: “A competência preponderantemente técnica foi destacada nas mãos de entidades descentralizadas, demonstrando-se que a regulação de sistemas complexos e sensíveis *deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado*.” (grifo nosso) (GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.p. 106).

¹⁶⁰ Sobre a separação de poderes, é forçoso trazer a síntese apresentada pelo Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Historicamente, desempenhou ela papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, sua importância costuma ser minimizada; seu fim, profetizado; sua existência, até negada. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 163-164).

¹⁶¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, Barcelona: Ariel, 1986.

regulação. Outra conclusão irretorquível, diante do exposto até aqui, é que as características se entrelaçam, se inter-relacionam, criando redes conectivas e brotando diversas espécies de relação entre elas, como, por exemplo, de complementariedade, de causa/consequência, de condição.

Tendo concluído, passamos a tratar da regulação estatal, propriamente da ANTT, no atinente ao marco regulatório ferroviário, ora em processo de acentuada transformação.

CAPÍTULO 3 – SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO.

3.1 Quadro atual

3.1.1 Aspectos históricos

Newton Castro¹⁶² escreveu, no início dos anos 2000, que naquele momento, estava ocorrendo o terceiro ciclo da evolução do setor ferroviário no país. Para o autor o primeiro teria ocorrido nos primórdios, quando as primeiras estradas de ferro¹⁶³ foram financiadas, principalmente, por capital privado inglês, entre os anos de 1852 e 1900, mediante concessões e com garantia de taxas atraentes de retorno sobre o capital. Já em São Paulo, nessa época, a maioria das estradas de ferro foram financiadas pelos próprios cafeicultores para escoação da sua produção.

O segundo ciclo seria caracterizado pela nacionalização das ferrovias. Em 1929, 67% das companhias ferroviária já eram de propriedade do Estado, o que correspondia a 41% da extensão dos trechos ferroviários. Esta fase foi coroada com a criação da Rede Ferroviária Federal S.A – RFFSA, mediante a promulgação da Lei 3.115/1957.

O terceiro ciclo teve seu início a partir da crise dos anos 80. Segundo o autor, o primeiro passo foi dado com a edição do Decreto-Lei 2.178/1984 que transferiu as dívidas da RFFSA para o Tesouro Nacional, separou os serviços de carga e passageiros, sendo que este último, altamente deficitário, teve sua administração transferida à recém-criada Cia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU. Esse terceiro ciclo teve, no Decreto 473/1992, um importante marco, pois incluiu a RFFSA no Programa Nacional de Desestatização. A privatização do sistema ferroviário federal ocorreu entre os anos de 1996 e 1997 e teve seu marco regulamentar estabelecido

¹⁶² CASTRO, Newton de. Privatização do Setor de Transportes no Brasil. In. PINHEIRO, Armando Castelar e FUKASAKU, Kiichiro (org). **A privatização no Brasil – O caso dos serviços de utilidade pública**, BNDES/OECD. Rio de Janeiro. Brasil. Fev. 2000. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ocde/ocde007.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2013.

¹⁶³ A primeira estrada de ferro no Brasil teve sua construção iniciada em 1852 e inaugurada em 1854, seu idealizador foi o Barão de Mauá. O trecho ligava o Rio de Janeiro a Petrópolis, perfazendo um trajeto de 18 quilômetros. Em 1858, foi inaugurada o segundo trecho ferroviário no Brasil da companhia *Recife to São Francisco Railway*, que ligava Recife ao Município de Cabo, em Pernambuco, de modo a promover a comunicação entre uma área produtora de açúcar com o principal porto de escoamento da produção para os mercados consumidores do país e do exterior.

no Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF, aprovado pelo Decreto 1.945/1996¹⁶⁴.

Passados mais de 15 anos desde a privatização do sistema ferroviário federal e a enumeração dos 3 grandes ciclos efetuada por Newton Castro, podemos afirmar que estamos diante de um novo ponto de inflexão no setor ferroviário nacional. Mediante as propostas contidas no PIL – Plano de Investimentos em Logística e no PNLT – Plano Nacional de Logística e Transporte, e as condições que estão sendo criadas pela alteração no marco regulatório das ferrovias, um novo horizonte se vislumbra que poderá resultar na alteração da matriz de transportes e o ressurgimento das ferrovias como elemento primordial e indutor do desenvolvimento regional e nacional.

3.1.2 Aspectos jurídicos/regulatórios

Os estudos para a privatização da RFFSA foram capitaneados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e tiveram as seguintes premissas: i) licitação da concessão e do serviço público de transporte ferroviário de carga, pelo prazo de trinta anos, do arrendamento dos bens operacionais e da venda de bens de pequeno valor associados a cada uma das malhas; ii) manutenção da RFFSA como estatal, responsável pela administração dos seus ativos não operacionais. Com base na receita auferida, o endividamento, que não seria repassado à iniciativa privada, seria gradativamente amortizado; iii) criação de uma entidade reguladora responsável por dirimir eventuais conflitos entre as concessionárias, os usuários e o poder concedente; iv) divisão em seis malhas ferroviárias, utilizando-se do critério geográfico¹⁶⁵.

O processo de privatização teve início em 1996 e a conclusão no ano seguinte. A entidade reguladora do setor, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, só foi criada em 2001, mediante a publicação da Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001 e só começou a ser efetivamente implantada a partir da

¹⁶⁵ DURÇO, Fábio Ferreira. **A Regulação do Setor Ferroviário Brasileiro**: monopólio natural, concorrência e risco moral. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Economia, Fundação Getúlio Vargas - FGV, São Paulo, 2011.

edição do Decreto nº 4.130, datado de 13 de fevereiro de 2002, que aprovou seu Regulamento.

Desde a privatização do sistema ferroviário nacional houve avanços significativos no setor. Exemplificando: a produção ferroviária, em 1997, foi de 137 bilhões de Tku (tonelada x quilômetro útil), em 2012 subiu para 297,7 bilhões de Tku. O número de acidentes também diminuiu consideravelmente, em 1997 era de 75,5 acidentes por milhão de trem x km, em 2012, foi de 12,96 acidentes por milhão de trem x km, sendo que este, foi o primeiro ano em que foram atingidos os parâmetros preconizados internacionalmente, que estipulam como meta, um índice menor de 13 acidentes por milhão de trem x km.

Por outro lado, a despeito dos avanços verificados no modal ferroviário desde a privatização do setor, é possível constatar distorções, exemplificadas pela baixa concorrência, pela baixa diversidade de produtos transportados¹⁶⁶, elevada concentração da produção de transporte em apenas 1/3 da malha atual, pela falta de integração entre as malhas ferroviárias e a ausência de investimentos na ampliação do sistema (malha)¹⁶⁷.

Uma sucinta e apropriada análise sobre o período pós-privatização foi apresentada por Carlos Campos Neto, Fabiano Pompermayer e Rodrigo Souza¹⁶⁸:

Os investimentos privados na recuperação da malha, modernização de locomotivas e vagões, além de novos métodos de gestão trouxeram resultados positivos para o setor. Estes investimentos totalizaram cerca de R\$ 37 bilhões, entre os anos de 2002 e 2012. A consequência foi que a participação porcentual do transporte por ferrovias, na matriz brasileira de transporte de carga, passou de aproximadamente 15% à época das concessões para algo em torno de 25% na atualidade e a estimativa é de que atinja 35% no final da década de 2020.3 Porém, apesar dos significativos avanços, o modelo de regulação econômica preconizado nos contratos apresentou pontos falhos, como: não estimular um maior nível de investimentos, não propiciar melhor utilização da malha ferroviária em toda a sua extensão e não permitir maior concorrência entre as concessionárias, principalmente por conta das restrições à utilização de instrumentos como o direito de passagem e o tráfego mútuo.

¹⁶⁶ O minério de ferro corresponde a aproximadamente 71% da carga transportada.

¹⁶⁷ Nesse sentido, um indicador importante é o km de via por km² de extensão territorial. O Brasil possui índice de 3,4km/1000km², enquanto Canadá e China 7km/1000km² e Estados Unidos 21,3km/1000km². Tais índices permitem inferir que a malha existente no Brasil é acanhada quando relacionada com a sua extensão territorial.

¹⁶⁸ CAMPOS NETO, Carlos. A. S., POMPERMAYER, Fabiano M., SOUSA, Rodrigo Abdala F. **Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro – 1997-2012**. Brasília. IPEA, 2012.

Um importante passo para aprimorar o setor foi dado em 2011, depois de passados quase 15 anos da privatização do sistema ferroviário, com a edição de três resoluções que alteraram o marco regulatório para o setor.

A Resolução 3.694/2011 aprovou o Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas, delimitando direitos e deveres dos usuários. É uma importante inovação no setor, pois até aquele momento não havia qualquer norma regulando esse tema.

Por seu turno, a Resolução 3.695/2011 aprovou o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional.

Essa resolução tem o foco no compartilhamento da infraestrutura existente, e que se dará mediante tráfego mútuo¹⁶⁹, ou na sua impossibilidade, mediante direito de passagem¹⁷⁰.

Já a Resolução 3.696/2011 aprovou o Regulamento para pactuar as metas de produção por trecho e metas de segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas.

Os três regulamentos são complementares e, em conjunto, buscam dirimir alguns conflitos atualmente existentes entre os concessionários da infraestrutura ferroviária e usuários.

3.1.3 Aspectos institucionais

A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, reestruturou o setor dos transportes aquaviário e terrestre, criando o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes -DNIT. Observa-se, no entanto, que existem outros órgãos com atuação direta na área de transportes, cuja previsão legal encontra-se

¹⁶⁹ tráfego mútuo: a operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas;

¹⁷⁰ direito de passagem: a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço;

dispersa em outros diplomas legais. Assim, temos a Empresa de Planejamento e Logística S.A - EPL prevista na Lei nº 12.404/2011, e especificamente na área de ferrovias existe a Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. reestruturada pela Lei nº 11.772/2008.

Conforme já exposto, a Carta Magna de 1988 previu, em seu art. 174, o papel de agente normativo e regulador do Estado que exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Assim, a ANTT é a entidade reguladora do sistema de transporte ferroviário. Seus objetivos¹⁷¹ são: i) implementar, na sua esfera de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos na sua lei de criação; ii) regular ou supervisionar, em sua respectiva esfera e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros com vistas a: garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; e harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Constituem esfera de atuação da ANTT, dentre outras: i) o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; ii) a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes.

No âmbito do transporte ferroviário, cabe à ANTT¹⁷²: i) publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais; ii) administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24; iii) publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para

¹⁷¹ Art. 20. Lei nº 10.233/2002.

construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados; iv) fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados; v) regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes; vi) articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrô e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros; vii) contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor; e viii) regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários.

Cabe apontar que esse último item foi incluído pela Lei nº 12.743/2012, já em vista da alteração do marco regulatório ferroviário, cujo estudo constitui objeto deste trabalho e será abordado adiante.

A formulação, coordenação e supervisão das políticas públicas de transporte é competência do Ministério dos Transportes, que também tem a autoridade de aprovar os planos de outorgas dos serviços e da exploração da infraestrutura de transportes. Além disso, até a criação da ANTT, em 2001, acumulava as funções de poder concedente e “regulador” dos contratos de concessão¹⁷³.

Outro órgão que tem atribuições importantes no setor de transporte ferroviário é a Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL, que originalmente era denominada de Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. – ETAV. A Lei nº 12.743 de 19 de dezembro de 2012, além de alterar o seu nome, ampliou

¹⁷² Art. 25. Lei nº 10.233/2002

¹⁷³ Neste ponto vale a crítica: “A qualidade da regulação também foi prejudicada pelo mau sequenciamento das reformas, em especial pelo fato de as agências reguladoras de transportes – a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq) – terem sido estabelecidas apenas em 2001, quando várias concessões a investidores privados já haviam sido feitas. (SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 323)

suas competências, albergando também a elaboração de projetos, estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento da logística e dos transportes no País. Devemos anotar que a EPL resgata a cultura de planejamento integrado em transportes que tinha se perdido com a extinção da Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT em 2001.

A Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., reestruturada pela Lei nº 11.772 de 17 de setembro de 2008, é uma empresa pública vinculada ao Ministério dos Transportes, cuja função social é a construção e exploração de infra-estrutura ferroviária. Dentro do novo marco regulatório ferroviário e com a edição do Decreto 8.129 de 23 de outubro de 2013, suas atribuições foram ampliadas, passando, também, a gerenciar a capacidade de transporte do Subsistema Ferroviário Federal, inclusive mediante a comercialização da capacidade operacional de ferrovias. O papel a ser desempenhado pela Valec será mais bem explicitado, quando tratarmos do novo marco regulatório.

3.2. O novo marco regulatório ferroviário.

3.2.1 Modelos de configuração dos sistemas ferroviários

A partir de um prisma teórico, em relação a separação dos titulares da infraestrutura e da operação da ferrovia, é possível apontar a existência de três modelos básicos¹⁷⁴ para configuração de um sistema ferroviário, os quais elencamos a seguir, de forma sucinta:

- a. Modelo de integração vertical sem competição intramodal: neste caso existe apenas uma empresa que é responsável tanto pela infraestrutura ferroviária, quanto pela operação dos serviços ferroviários. Esse modelo é encontrado, atualmente, na China e na Índia. Cabe observar que era o modelo utilizado no Brasil até meados da década de 90, quando a RFFSA

¹⁷⁴ É necessário observar que dentro destes modelos básicos, existem, em cada país, algumas peculiaridades que os diferenciam. Entretanto, para os fins deste trabalho, está divisão pela macro característica da integração (ou não) da administração da infraestrutura e da prestação de serviços é a mais pertinente.

desempenhava esse papel de única empresa responsável por todo o processo.

- b. Modelo de integração vertical com competição intramodal: a gestão da infraestrutura e a prestação de serviços ferroviários são exercidas pela mesma empresa, contudo, outros operadores ferroviários podem utilizar a infraestrutura conforme regras de direito de passagem, mediante o pagamento de uma tarifa. Este modelo é encontrado, por exemplo, nos EUA, Canadá, Austrália, Japão, Argentina e Brasil.
- c. Modelo de segregação vertical: neste modelo há um administrador da infraestrutura que não se confunde com os operadores da prestação do serviços ferroviários, os quais competem entre si. Este modelo é encontrado, por exemplo, no Reino Unido, Suécia e Espanha. Com o advento do Programa de Investimentos em Logística – PIL, em 2012, este é o modelo proposto para as novas concessões ferroviárias brasileiras.

Estudos¹⁷⁵ apontam que num determinado período o setor ferroviário, na maioria dos países, sofreu forte intervenção estatal. Entretanto, em função de diversos fatores, a partir da década de 1970 começou um movimento de reformas nos sistemas ferroviários, ocorrendo a desestatização, que tinha, dentre outros objetivos, desonerar os países de grande aporte de recursos, haja vista que muitos desses sistemas se mostravam deficitários. Assim, foram adotados os dois modelos de desestatização supracitados: “b) Modelo de integração vertical com competição intramodal” e “c) Modelo de segregação vertical”.

Segundo, Marcel Kaufmann¹⁷⁶ não há um modelo "melhor". A escolha vai depender de alguns fatores, como tráfego, densidade, das demandas do mercado, assim como da atual infraestrutura ferroviária e do quadro jurídico em vigor.

Dito isso, passamos a analisar com maior percuciência este último modelo que foi eleito para reger as novas concessões ferroviárias.

¹⁷⁵ NASH, C.A e TONER, J.P. **Railways: Structure, Regulation and Competition Policy**. 1998. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/35/5/1920239.pdf>> Acesso em 11 nov. 2013.

¹⁷⁶ KAUFMANN, Marcel. Uma regulamentação eficaz para o setor ferroviário. In: **I Congresso Metroferroviário Brasileiro**. 2012. São Paulo. Disponível em: <ntexpo.com.br/downloads/08.11/MarcelKaufmann.pdf> Acesso em 11 nov. 2013.

3.2.2 O Modelo de Segregação Vertical.

Preliminarmente devemos ter em conta que, de forma diversa do que alguns pensam, a suposta maior eficiência do setor privado, quando cotejado com o setor público, não se dá simplesmente por sua natureza, mas pelo ambiente de competição verificada nas atividades desenvolvidas. Em outras palavras: “o monopólio privado não é melhor do que um público. Aliás, muito pelo contrário, pode configurar-se regime muito mais nocivo, injusto e destrutivo dos valores fundamentais¹⁷⁷”.

Essa premissa é o fundamento para a segregação vertical (*unblinding*) entre atividades de cunho monopolístico e os segmentos que admitem a competição entre vários sujeitos.

Em suma, o modelo de segregação vertical procura separar as fases ou segmentos das atividades econômicas, entre competitivas e não competitivas, sendo que as primeiras são retiradas do campo de atuação do monopolista¹⁷⁸.

Sobre o tema, em nosso país, quem melhor sistematizou seus atributos, no âmbito jurídico, foi Marçal Justen Filho¹⁷⁹: Assim, utilizaremos dos seus imprescindíveis ensinamentos para conduzir a exposição neste item:

Diagnosticou-se a possibilidade de diferenciação do serviço público nas várias etapas ou em vista dos objetos específicos considerados. Seja por fatores de cunho tecnológico, seja pela sofisticação da atividade econômica, tornou-se possível (senão necessário) sectionar em vários núcleos autônomos a atuação orientada ao fornecimento das utilidades. No passado, esse conjunto de atuações era compreendido e disciplinado como um todo unitário e incindível, ao menos para fins jurídicos. Com o passar do tempo, constata-se que esse todo é formado por atuações heterogêneas e diferenciadas entre si, que comportam dissociação e tratamento jurídico diverso. Mais ainda, reconhece-se que nem todos os segmentos dessas atividades exigem exploração sob regime monopolístico.

Daí se segue a imperativa dissociação da atividade, inclusive para evitar que sua exploração conjunta conduza a efeitos de abuso de poder econômico e dominação de mercado.

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.

13

¹⁷⁸ Nesse sentido MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO preconiza que haja uma definição entre as atividades competitivas e não competitivas, “[...] sendo a regulação das primeiras submetidas ao mercado, enquanto que as demais, sejam por razões de monopólio natural ou outras, sujeitas a controles de entrada e saída do mercado, preços, mas de modo a representar a menor restrição possível à liberdade econômica.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 38)

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p.

Gaspar Ariño Ortiz¹⁸⁰ também indica que é essencial a desintegração vertical para buscar a reconstrução da concorrência nestes setores e a almejada transparência nas relações entre as diversas partes envolvidas.

Assim, há uma alteração radical no quadro existente, muitos setores que historicamente tiveram tratamento de monopólio natural, foram sendo segregados e suas atividades divididas entre aquelas de cunho competitivo e outras que mantêm as características de monopólio natural. Nesse sentido é a lição de Armando Castelar Pinheiro e Jorge Saddi¹⁸¹:

Os monopólios naturais são menos predominantes do que em geral se pensa. Em particular, eles usualmente ocorrem apenas em certas atividades de um setor, em geral aquelas que necessitam de investimentos em redes para poderem ser executadas, restando outros segmentos dentro do mesmo setor que podem, em princípio, funcionar como mercados competitivos. Há inúmeros exemplos disso. [...] No setor de transportes, pode haver competição na operação de trens, ônibus e caminhões, ainda que as malhas ferroviária e rodoviária sejam monopólios naturais. Essas redes constituem, porém, insumos indispensáveis para que as empresas nos segmentos competitivos possam prover seus serviços, sendo, por isso, chamadas de *instalações essenciais* ou gargalos.

A dissociação entre a titularidade do monopólio de exploração da infraestrutura e o setor competitivo da prestação de serviços, possibilita a ocorrência do fenômeno, amplamente desenvolvido no exterior, do *open acess*. Em apertada síntese, impõe-se ao concessionário da infraestrutura, que atuará de forma monopolística, o dever de permitir o acesso, mediante a remuneração adequada, de competidores a esse conjunto de bens com características de *essential facilities* (*vide* item 2.3.2). Segundo Marçal Justen Filho¹⁸²,

Há uma forte tendência na Europa e nos EUA a impedir que o titular da infra-estrutura explore outra atividade econômica. Assim, o proprietário dos trilhos não poderá prestar serviços de transporte ferroviário: oferecerá a estrutura que permite a exploração dos serviços, obtendo lucro por meio da remuneração paga pelos agentes na área de transporte. A grande decorrência consistiu no fracionamento econômico das atividades, o que inviabilizou o tratamento jurídico unitário. Ou seja, a realidade contemporânea apresenta ao estudioso do tema da energia elétrica um panorama econômico-material distinto daquele do início do séc. XX.

Outro aspecto a ser ressaltado é que os efeitos positivos da competição, em algumas das fases, poderiam ser inibidos caso o detentor do monopólio da

¹⁸⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p.

¹⁸¹ SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 276

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 33.

infraestrutura pudesse participar desta outra etapa. Nesse sentido, recorreremos, novamente, a lição apurada de Marçal Justen Filho¹⁸³:

A segmentação das atividades somente poderia obter resultados satisfatórios na medida em que se diferenciasse a titularidade do desempenho de cada etapa. Desse modo, evitar-se-ia o fenômeno denominado de *subsídio cruzado*, pelo qual o agente econômico transfere custos da etapa competitiva para aquela monopolizada, eliminando os efeitos positivos da competição. Se um único sujeito atuasse nas etapas de geração e transmissão, poderia praticar preços ínfimos no âmbito da geração (eliminando os competidores) e recuperar suas perdas com a imposição de preços abusivos a propósito da transmissão. Dito de outro modo, os custos atinentes à atividade de geração seriam incorporados aos preços praticados na etapa da transmissão.

Especificamente para o setor ferroviário foi gerada uma nova solução, com o objetivo de implantar a competição para as atividades que a comportam. Assim, nas palavras de Marçal Justen Filho¹⁸⁴, ocorre a “dissociação entre propriedade e exploração da rede”. Prossegue o autor, em precisa lição:

Reconhece-se ser econômica ou tecnicamente inviável a duplicação de certas estruturas indispensáveis ao desempenho de algumas atividades. O exemplo mais marcante é o das ferrovias. Não teria cabimento imaginar a competição no sentido próprio da expressão por meio da multiplicação de infra-estruturas necessárias ao transporte ferroviário.

Mas a ausência de multiplicação das infra-estruturas não impede a competição quando se promover a dissociação entre propriedade e exploração da rede. Assim, o proprietário da rede obterá resultados econômicos em virtude de sua utilização por terceiros, não incumbindo a ele o monopólio de sua exploração. Assim, é perfeitamente possível que uma pluralidade bastante significativa de empresas “comprem” o direito de utilização dos trilhos ferroviários em determinados horários. Logo, haveria o compartilhamento do uso da infra-estrutura, de modo que o usuário teria diversas opções de escolha para valer-se do transporte ferroviário. Não seria possível competição simultânea, mas haveria diversas empresas autônomas entre si prestando serviços de transporte ferroviário e competindo pela preferência do usuário. Isso significaria redução de preços e ampliação de vantagens.

Cabe anotar que este modelo também é conhecido como “modelo horizontal” de acesso aberto.

Condensando o exposto até o momento podemos dizer que esse modelo tem o predicado de inserir competitividade em setores que, até pouco tempo atrás, não se vislumbrava outro tratamento que não fosse os dispensados ao monopólio natural.

¹⁸³ Ibidem. p. 41.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 42.

3.2.3 Análise novo marco regulatório ferroviário

O Programa de Investimentos em Logística¹⁸⁵ – PIL, no setor ferroviário prevê investimentos de R\$ 99,6 bilhões em construção e/ou melhoramentos de 11 mil km de linhas férreas, contemplando um novo modelo de concessão.

Conforme exposto, o Governo Federal propôs um novo marco regulatório para o sistema ferroviário brasileiro. De forma diversa das concessões ferroviárias realizadas na década de 1990, onde havia a unicidade da concessionária que administrava a infraestrutura e operava o serviço, foi proposta uma estrutura jurídica de segregação vertical da rede (*unbundling*) que separa a construção e manutenção da infraestrutura, da prestação dos serviços públicos de transporte ferroviário, de forma que operadores independentes possam competir entre si sobre uma infraestrutura de uso comum (*open access*), mediante pagamento ao Concessionário. O Governo Federal, com o intuito de dar legitimidade¹⁸⁶ ao novo marco regulatório do setor, editou, em 23 de outubro de 2013, o Decreto nº 8.129 que instituiu a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal¹⁸⁷ e disciplinou a atuação da Valec neste novo modelo.

Até o momento não foi realizada nenhuma licitação neste modelo. Assim, para avaliação, utilizaremos as minutas de edital e contrato e demais documentos relativos à Tomada de Subsídio nº 005/2013¹⁸⁸, que se referem a concessão da infraestrutura referente ao trecho ferroviário que liga Açailândia/MA e Porto de Vila do Conde/PA.

No novo marco regulatório ferroviário a Concessionária detém o direito de exploração da ferrovia, e fica responsável pela construção, operação,

¹⁸⁵ <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2>

¹⁸⁶ Nesse sentido, observamos, conforme informações, que o TCU apontava a carência de base legal no formato adotado, já que embora fosse considerada uma concessão comum, as suas características se assemelhavam às das parcerias público-privadas (PPPs). Assim, esse decreto aumentou o amparo jurídico às concessões.

¹⁸⁷ “Art. 1º Fica instituída a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, voltada para o desenvolvimento do setor ferroviário e para a promoção de competição entre os operadores ferroviários.

Parágrafo único. As concessões de infraestrutura ferroviária serão outorgadas conforme as seguintes diretrizes:
I – separação entre as outorgas para exploração da infraestrutura ferroviária e para a prestação de serviços de transporte ferroviário;

II – garantia de acesso aos usuários e operadores ferroviários a toda malha integrante do Subsistema Ferroviário Federal;

III – remuneração dos custos fixos e variáveis da concessão para exploração da infraestrutura; e

IV – gerenciamento da capacidade de transporte do Subsistema Ferroviário Federal pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., inclusive mediante a comercialização da capacidade operacional de ferrovias, próprias ou de terceiros.”

¹⁸⁸ http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/20591/Tomada_de_Subsidio_n__005_2013.html

manutenção e gestão da infraestrutura de rede essencial (*essencial facility*). A Valec tem por atribuição a compra de toda a Capacidade Operacional da ferrovia¹⁸⁹, mediante um contrato de cessão onerosa do direito de uso com a Concessionária que seria remunerada por uma Tarifa (Tarifa pela Disponibilidade da Capacidade Operacional – TDCO¹⁹⁰). A Valec, por sua vez, pode subceder esse direito, a título oneroso, partes dessa capacidade operacional a outros usuários¹⁹¹. Além disso, a Concessionária seria remunerada por uma Tarifa de Fruição, paga diretamente pelos usuários, em função dos seguintes serviços prestados: operação, manutenção, monitoração e gestão referente ao trecho ferroviário¹⁹².

Esquemáticamente, para melhor ilustrar, o modelo proposto é configurado da seguinte forma:



Figura 1 – Novo modelo de concessão ferroviária. Fonte ANTT (2009)

¹⁸⁹ Capacidade Operacional: capacidade de tráfego contratada do Concessionário destinada à realização das atividades de transporte dos Usuários, expressa pela quantidade de trens que poderão circular, nos 2 (dois) sentidos, em um período de 24 (vinte e quatro) horas, calculada da forma expressa no Contrato de Concessão.

¹⁹⁰ TDCO - valor a ser pago pela Interviente Anuente (Valec) à Concessionária em função da cessão do Direito de Uso da Capacidade Operacional da Ferrovia, calculada nos termos do Contrato de Concessão e do Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso.

¹⁹¹ Podem ser usuários que quiserem transportar carga própria, operadores ferroviários independentes ou concessionários de transporte ferroviário.

¹⁹² Nota Técnica Conjunta nº 001/SUFER-DCN/ANTT. Disponível em http://www.antt.gov.br/html/objects/downloadblob.php?cod_blob=7165. Acesso em 29 nov. 2013.

3.2.3.1 Introdução – três dimensões de avaliação do novo marco

Por uma questão metodológica será realizada a análise, sob a ótica regulatória, do novo modelo de concessões, a partir de três dimensões que equivalem aos três grandes grupos de interesses no setor ferroviário¹⁹³, a saber: os usuários, o investidor privado e o Poder Público. Observamos que o modelo gráfico de regulação consiste em um triângulo equilátero com estes três atores posicionados em cada vértice e a regulação situa-se ao centro desse triângulo de forma a ficar equidistante, em equilíbrio, com todos os entes.

Por seu turno, corroborando a importância, no âmbito regulatório, de identificar e considerar todos os interesses envolvidos, escreve Marçal Justen Filho¹⁹⁴: “[...] a complexidade da concessão de serviço público somente pode ser adequadamente compreendida e disciplinada pelo Direito na medida em que sejam identificados e tomados em vista todos os interesses envolvidos.”

Assim, passaremos a expor as principais pretensões de cada grupo, cotejando com as diretrizes do novo modelo de concessões e a forma que a regulação estatal se posicionará para harmonizar¹⁹⁵ esses diversos interesses.

Antes de elencar as pretensões de cada grupo de interesse, é importante anotar que no novo marco proposto, distinguem-se dois tipos de usuários. Primeiro, é o próprio prestador do serviço ferroviário que se posiciona como usuário direto, imediato, da concessão da infraestrutura ferroviária. Segundo, é o usuário final, o que usufrui diretamente da prestação dos serviços ferroviários, que seria um usuário indireto, mediato da concessão da infraestrutura ferroviária. Apesar de possuírem

¹⁹³ Sobre isso e o papel das agências reguladoras, escreve Floriano de Azevedo Marques Neto: “Estes órgãos públicos devem ser concebidos com ampla transparência e permeabilidade, de modo a receber e processar demandas e interesses dos regulados, dos consumidores e do próprio poder político. Dos Regulados porquanto os órgãos de regulação têm por função preservar as relações de competição corrigindo falhas de mercado e impedindo a inviabilidade econômica do sistema. Dos consumidores, pois estes têm de ser os princípios beneficiários da regulação e, portanto, os maiores interessados na eficiência regulatória. Por fim, do poder político: por muita vez ter interesse específico no setor (v.g. sendo controlador de uma empresa que opere no setor ou sendo detentor de bens ou recursos essenciais à atividade regulada); e por ser o responsável pelo estabelecimento das políticas públicas que incidam sobre o setor.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 46-47)

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 12.

¹⁹⁵ Lembramos que a Lei 10.233/2001, no art. 20, II, b) estipula como um dos objetivos da ANTT: “harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.”

algumas peculiaridades, para fins deste trabalho, adotaremos aqueles anseios comuns, que em ambos, se verificam.

3.2.3.2 *Usuários: preço competitivo e serviço adequado*

Gaspar Ariño Ortiz¹⁹⁶, de forma genérica, aduz que o usuário de serviço público tem interesse que esse seja em valor módico, seguro e de qualidade.

Os usuários de ferrovias estão representados pela Associação Nacional dos Usuários do Transportes de Cargas – ANUT, que entende que um dos problemas principais no transporte de cargas ferroviárias é a prática de tarifas elevadas sem a transferência de ganhos de produtividade para os usuários. Além disso, aponta a baixa conectividade entre as Concessionárias, haja vista que a operação em direito de passagem ou tráfego mútuo limita-se a pouco mais de 7% da produção total de transporte ferroviário¹⁹⁷. Por seu turno, em 2008, o Instituto de Logística e Supply Chain – ILOS apresentou a pesquisa intitulada “Operadores Logísticos e Ferrovias: Os Melhores na Percepção dos seus Usuários”, onde constatou que o principal motivo para as empresas não utilizarem a ferrovia era a indisponibilidade de rotas no país.

O novo marco regulatório rompe o monopólio na prestação dos serviços ferroviários. Ao optar pela competição nesta etapa, há um claro indicativo de que o custo do frete tende a diminuir e haverá uma melhora na qualidade dos serviços prestados. Além disso, o modelo prevê no cálculo tarifário, de forma inédita no setor ferroviário brasileiro, a utilização do instrumento denominado “fator X”, utilizado no campo internacional e em outros setores no Brasil como um estímulo aos ganhos de produtividade.

Com relação, ainda, a qualidade dos serviços prestados, devemos anotar que, seguindo a linha já adotada nas novas concessões rodoviárias federais, a minuta do Contrato de Concessão apresenta uma mudança de paradigma, alçando os conceitos e instrumentos de Parâmetros de Desempenho, a uma posição basilar

¹⁹⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economia y estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 260.

¹⁹⁷ ANUT. Marco Regulatório das Ferrovias e o Novo Teto Tarifário. In: **31º Seminário de Logística da ABM**. Belo Horizonte. 2012. Disponível em: http://www.anut.org/downloads/Apresentacao_Trabalhos/ANUT_ABM_Seminario_Agenda_Regulatoria_Junho_A5.pdf. Acesso em 11 nov. 2013.

no novo modelo, o que vai permitir a aferição do desempenho operacional e da qualidade do serviço prestado. Ademais, há previsão contratual da destinação de recursos específicos para a inovação tecnológica e a implantação, junto a malha ferroviária, de cabeamento de fibra ótica, que possibilita um salto, tanto qualitativo quanto quantitativo, na tecnologia embarcada nas composições ferroviárias.

Outro problema apontado é referente a indisponibilidade de rotas, o que é comprovável com a situação fática. A malha existente hoje no Brasil concentra-se prioritariamente nas regiões Sudeste, Sul e Nordeste, cujos traçados remetem ao século passado e ao seu modelo exportador de *commodities*, (café, açúcar e minério de ferro). Além disso, outro dado preocupante, é que a extensão da malha ferroviária atual, que corresponde a aproximadamente 29.000km, é equivalente a malha existente no início da década de 20 do século passado, agravado pelo fato de que 2/3 desta malha está, atualmente, ou desativada ou subutilizada. Nesse ponto, os planos estratégicos (PIL, PNLT) parecem responder adequadamente a essa demanda, com a previsão de investimentos da monta de quase 100 bilhões de reais em construção e/ou melhoramentos de 11 mil km de linhas férreas.

A baixa conectividade entre os trechos, não será verificada nos trechos concedidos, sob o manto do novo marco regulatório, haja vista a previsão de *open access*. Entretanto, há de se considerar que as novas concessões coexistirão com os trechos concedidos no modelo antigo, onde o gestor da infraestrutura se confunde com o prestador do serviço ferroviário. Além disso, ressaltamos que a maioria desses trechos antigos dá acesso aos principais portos do país, o que realça a importância da sua interconexão com a malha ferroviária nova¹⁹⁸. Para proporcionar essa interconexão, a agência reguladora terá um papel determinante. Cabe a ela dar efetividade aos instrumentos de direito de passagem e tráfego mútuo consagradas na Resolução ANTT nº 3.695/2011, utilizando-se das diversas estratégias regulatórias disponíveis (vide item 2.4) e também capitaneando a execução de um

¹⁹⁸ “Algumas das novas linhas partem de ferrovias já operantes e vão em direção ao interior, buscando atender a novas regiões produtoras. Apesar de contarem com forte potencial de atração de cargas, as linhas deverão entregar a carga a ferrovias já existentes, para que estas a levem aos pontos de consumo e principalmente aos portos para exportação. Ou seja, para viabilizar o transporte, algumas destas novas linhas dependerão de as ferrovias existentes permitirem a utilização de suas malhas. Conforme já discutido em Pego e Campos Neto (2010, capítulo 9), as ferrovias existentes são controladas basicamente por três grupos empresariais.” (Campos Neto, Carlos. A. S., Pompermayer, Fabiano M., Sousa, Rodrigo Abdala F. **Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro – 1997-2012**. Brasília. IPEA, 2012.)

plano integrado entre as concessionárias, com o estabelecimento de regras e procedimentos comuns.

Ainda sobre esse tema, cabe anotar que a presença de um ente estatal intermediando a disponibilização da capacidade operacional da ferrovia, proporciona um viés de transparência ao processo e elimina o risco da assimetria de informações entre o gestor da infraestrutura e o prestador de serviço.

3.2.3.3 Investidores privados/concessionárias: atratividade¹⁹⁹

Os investidores privados, por sua vez, buscam atratividade nas concessões, que poderia ser resumida no binômio lucro e segurança jurídica²⁰⁰. Além disso, embora não relacionados com o novo modelo de concessões, há críticas referentes à governança do processo de concessões em função do desenho organizacional existente e a profusão de órgãos e ministérios que tratam do assunto e a demora na liberação de projetos e licenças.

O lucro nas concessões, grosso modo, está relacionado com a Taxa Interna de Retorno – TIR. Para as ferrovias, ela será definida a cada trecho, num intervalo entre 7,5% e 8,5%, conforme matérias veiculadas em alguns meios de comunicação, os investidores privados entendem que tais taxas estão em conformidade com a conjuntura econômica atual. Entretanto, fazem crítica a falta de um projeto básico de engenharia, o que pode afetar a participação desses agentes no certame.

Talvez a questão mais emblemática do novo marco regulatório do setor ferroviário é a relacionada a segurança jurídica para os agentes privados. Se por um lado foi previsto que a capacidade operacional da ferrovia vai ser toda adquirida pela

¹⁹⁹ Sobre isso, escreve Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O investidor é pragmático. Declarações, promessas e retórica não o levam a fazer aplicações em países que não apresentem as necessárias condições de *confiabilidade*, ainda que, seja o seu próprio. Por outro-lado, o investidor não tem preferências emocionais ou mesmo ideológicas, pois o que o move é o binômio segurança – rentabilidade.

A *rentabilidade* é mensurável e programável, dependendo de variáveis e de fatores de risco econômicos que se supõem razoavelmente conhecidos, mas a *segurança* se relaciona a variáveis e a fatores de risco políticos e burocráticos, extremamente volúveis, de difícil manejo, entre os quais os da área jurídica, a começar pelo cumprimento dos contratos celebrados pela Administração”.

a. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 456)

²⁰⁰ Nesse sentido, Gaspar Ariño Ortiz escreve que um aspecto que deve ser considerado num processo de concessão: “[...]é a necessidade de garantir a segurança jurídica e a confiança dos compradores. Tudo o que no processo de privatização envolvendo incerteza jurídica ou desconfiança de potenciais compradores no processo, é negativo e deve ser evitado” (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economia e Estado: Crise e reforma do sector público** Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 247)

Valec afastando o risco da demanda, por outro, o sistema de garantias adotado foi alvo de críticas pelos representantes dos investidores privados.

O modelo de garantias proposto para eventuais casos de inadimplemento, por parte da Valec, prevê que a concessionária fica autorizada a acionar, a sua escolha, ou os bens da estatal ou a conta que será mantida por ela e que receberá os créditos dos contratos de subcessão do direito de uso.

Os investidores privados, em diversas oportunidades, já expressaram o temor de que a Valec não cumpra com as suas obrigações de pagamento com o vencedor da concessão, denominando tal fenômeno de “Risco Valec”.

Com o objetivo de proporcionar maior credibilidade a Valec e superar os entraves citados, foram editados dois decretos. O Decreto nº 8.129 de 23 de outubro de 2013, já citado, além de instituir a política de livre acesso disciplinou a atuação da estatal neste novo modelo e reforçou as garantias para arcar com os pagamentos às futuras concessionárias. Por seu turno, o Decreto nº 8.134, de 28 de outubro de 2013, teve por objetivo reestruturar a Valec, fazendo que a sua gestão adote novos mecanismos de governança. Assim, mesmo sendo uma sociedade anônima, ela seguirá mecanismos de governança análogos aos adotados por empresas com ações negociadas no Novo Mercado da BM&F Bovespa, tais como: i) a divulgação de fluxo de caixa; ii) adoção do padrão internacional de contabilidade; iii) composição acionária somente de ações ordinárias; iv) divulgação trimestral das informações financeiras; e v) divulgação anual do calendário de assembleias e reuniões de conselhos.

Essas medidas reforçam o sistema de garantias do novo modelo de concessão, entretanto, considerando algumas notícias veiculadas recentemente²⁰¹ apontam que tal risco não foi totalmente afastado.

²⁰¹ “O governo tem um novo e inesperado obstáculo para tirar do papel as concessões de ferrovias à iniciativa privada. Um “pool” de bancos fez chegar às empreiteiras e ao Palácio do Planalto que não terá como liberar financiamento aos vencedores dos leilões sem mudanças que permitam aperfeiçoar as garantias dadas pela União nos futuros contratos e diminuir o chamado “risco Valec”. [...]

Hoje, um pequeno grupo de empreiteiras já demonstra interesse em entrar nos leilões, o que gera alívio no Planalto - meses atrás, o apetite era mínimo ou inexistente. As empreiteiras ouviram um “não” dos bancos, no entanto, quando fizeram consultas preliminares sobre a disposição das entidades financeiras em liberar empréstimos aos projetos.

Para as instituições financeiras, o caminho para se proteger de um eventual calote da Valec é muito burocrático - existe previsão de garantias até em imóveis da estatal. [...]

Para solucionar os problemas na governança do processo de concessão e o grande número de órgãos e ministérios envolvidos, deve haver uma atuação sistêmica entre esses órgãos, centralizando a coordenação no ente regulador. No que tange a demora na liberação de projetos e licenças, lembramos que uma das características da regulação é a celeridade, portanto, o ente regulador deve responder tempestivamente às questões postas as suas considerações.

3.2.3.4 Poder concedente: desenvolvimento e racionalização da matriz de transportes

O poder concedente ao realizar concessões tem como finalidade última o desenvolvimento social-econômico regional e nacional. Além disso, no caso das ferrovias, a expectativa do governo é reduzir o custo do frete ferroviário e o aumento da participação desse modal na matriz de transporte brasileira²⁰².

Por todo o exposto, devemos reconhecer que se houver o atendimento, de forma harmonizada, das pretensões do investidor privado e do usuário, a finalidade almejada pelo poder concedente será, por consequência, alcançada.

Diante de tal equação, os bancos ainda detectam um alto risco político de descontinuidade nos pagamentos da Valec, temendo que futuros governos façam uma leitura negativa das concessões atuais. "São contratos com mais de três décadas de duração", lembra um executivo do setor financeiro. [...]

A MP 618, já aprovada no Congresso e convertida em lei, autorizou um aporte de até R\$ 15 bilhões do Tesouro na Valec para garantir esses pagamentos. Os bancos, no entanto, avaliam que a medida foi duplamente insuficiente: o aumento de capital não foi efetivado, sendo apenas uma possibilidade legal, e pode ser revertido depois. Além disso, o total de R\$ 15 bilhões é incapaz de assegurar os pagamentos para mais do que dois ou três dos 14 trechos de ferrovias que o governo pretende licitar agora.

Os bancos também alegam "risco moral" para rejeitar o financiamento às concessões de ferrovias. Lembram que muitos trechos projetados pelo governo têm diferenças bilionárias entre a estimativa oficial de custos e a estimativa das empresas. Isso eleva, na avaliação das entidades financeiras, o risco de que as construtoras abandonem obras no meio do caminho. Ainda que seja hipótese remota, entra na prancheta dos executivos responsáveis por aprovar ou não empréstimos de bilhões de reais.

Para minimizar esse risco, o governo admite refazer os estudos de viabilidade e os anteprojetos das ferrovias novas, entregando a responsabilidade ao setor privado. Os melhores estudos, após seleção da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), seriam colocados em leilão. A informação foi dada ao Valor pela ministra-chefe da Casa Civil, Gleisi Hoffmann, semana passada. Com isso, o governo espera reduzir a brecha entre suas estimativas de investimento nas ferrovias e as estimativas privadas." (RITTNER, Daniel. Para bancos, risco Valec permanece. **Valor Econômico**. 05.12.2013.)

²⁰² <http://www.transportes.gov.br/conteudo/88401>. Acesso em 05 dez. 2013.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foram sistematizados os principais aspectos e características atinentes à regulação e seus efeitos no novo marco regulatório das ferrovias.

Extraem-se as importantes conclusões seguintes:

1. A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico. Instituiu sistema capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na restrição da intervenção do Estado no domínio econômico. Incumbe ao Estado disciplinar o exercício da atividade econômica privada, aceitando-se, de modo excepcional, que exerça diretamente atividades econômicas;
2. Existem dois tipos de intervenção estatal nas atividades econômicas: a *intervenção direta* que se caracteriza, pela assunção de atividades econômicas pelo Estado, e a *intervenção indireta* onde as atividades econômicas são desenvolvidas, preponderantemente, pelos particulares, cabendo ao Estado à regulação da atuação privada;
3. A opção de intervenção estatal indireta prioriza a livre iniciativa da sociedade, cabendo ao Estado atuar de forma subsidiária. Assim, temos a evolução do Estado de Bem-Estar Social para transformar-se num Estado Regulador;
4. Em apertada síntese, a finalidade da regulação está na mediação e harmonização de interesses públicos com os direitos de propriedade privada, em um exercício de racionalidade na busca do equilíbrio do sistema regulado;
5. Considerando as características do setor ferroviário, o fundamento da sua regulação se encontra no caráter monopolístico e no atributo de *essential facilities* conferido a sua infraestrutura;
6. Os diversos tipos de estratégias regulatórias, como meio de atuação da regulação, devem ser complementares, com a utilização dos meios mais

rígidos, de imposição coercitiva estatal em paralelo aos novos mecanismos, mais flexíveis, devendo ser escolhida a estratégia mais adequada para o caso concreto e as circunstâncias verificadas;

7. Com o advento do Estado Regulador, encontra-se em processo de formação um novo sistema regulatório com vistas a adequar-se às novas demandas da sociedade. Assim, é possível distinguir as seguintes características desta “nova regulação”: consensualidade, transparência, participação, celeridade, neutralidade, flexibilidade, concretude, equilíbrio, discricionariedade técnica, atuação sistêmica, Análise de Impacto Regulatório-AIR, motivação, procedimentalidade e a presença de entidades regulatórias independentes;
8. Com o desenvolvimento tecnológico, atividades que historicamente eram tratadas como monopólios naturais em todo o seu ciclo de produção, passaram a ser decompostas em etapas, com a divisão de atividades de cunho competitivo e outras que mantêm as características de monopólio natural;
9. A partir da década de 1970 começou um movimento, em todo o mundo, de reformas nos sistemas ferroviários, ocorrendo a desestatização. Basicamente, foram adotados os dois modelos de desestatização: um com integração vertical entre o gestor da infraestrutura e o prestador de serviços de transporte e outro com segregação, vislumbrando-se a presença de dois agentes distintos, e a divisão das atividades em monopolísticas e competitivas. O Brasil, nas reformas ocorridas nos anos 90, optou pelo primeiro modelo;
10. Em 2012, o Governo Federal propôs um novo marco regulatório para o sistema ferroviário brasileiro, adotando o segundo modelo mencionado, com a segregação vertical da rede (*unbundling*) que separa a construção e manutenção da infraestrutura, da prestação dos serviços públicos de transporte ferroviário, de forma que operadores independentes possam vir a competir entre si sobre uma infraestrutura de uso comum (*open access*), mediante pagamento ao Concessionário;

11. Frisem-se, por fim, os seguintes pontos. O novo marco regulatório do setor ferroviário, sob o prisma da regulação, se mostra adequado para propiciar uma maior racionalização da matriz de transportes nacional e, por consequência, um maior desenvolvimento socioeconômico. Acreditamos, que o novo marco regulatório pode se tornar uma ferramenta importante para o desenvolvimento do sistema ferroviário federal, carecendo de pequenos ajustes nas questões referentes a segurança jurídica para os investidores privados, afastando eventual risco político e uma avaliação apurada sobre a compatibilização dos trechos concedidos sob as regras deste novo marco regulatório, com os trechos que já foram entregues para a iniciativa privada na década de 90 do século passado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTT. **Nota Técnica nº 001/2013/ DCN/ANTT**. Disponível em <http://www.antt.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=7165>. Acesso em 30 out. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do direito administrativo Econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *In*: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economía y estado** : crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993.

_____. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**, São Paulo: Atlas, 2002.

CAMPOS NETO, Carlos. A. S., POMPERMAYER, Fabiano M., SOUSA, Rodrigo Abdala F. **Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro – 1997-2012**. Brasília. IPEA, 2012.

CAMPOS NETO, Carlos A. S. e MOURA, Fernanda S. Investimentos na Infraestrutura Econômica: Avaliação do desempenho recente. **Radar**: tecnologia, produção e comércio exterior, Brasília, IPEA, v. 18, p. 9-20, 02/2012.

CASTRO, Newton de. Privatização do Setor de Transportes no Brasil. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar e FUKASAKU, Kiichiro (org). **A privatização no Brasil – O caso dos serviços de utilidade pública**, BNDES/OECD. Rio de Janeiro. Brasil. Fev. 2000. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ocde/ocde007.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2013.

CNT – Confederação Nacional dos Transportes. **O sistema ferroviário brasileiro**, Brasília: CNT, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.). **Direito Regulatório: Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Atlas, 2003.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Pareceria Público-Privada e outras Formas**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

DURÇO, Fábio Ferreira. **A Regulação do Setor Ferroviário Brasileiro: monopólio natural, concorrência e risco moral**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Economia, Fundação Getúlio Vargas - FGV, São Paulo, 2011.

FADUL, Élvia. Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos. *In*: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico, **RDP**, 47-48/266.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras. Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JACOBZONE, S.; CHOI, C. and MIGUET, C.. **Indicators of Regulatory Management Systems**. OECD Working Papers on Public Governance, OECD Publishing, 2007/4. <http://www.oecd.org/gov/39954493.pdf>. Acesso em 30 nov. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KAUFMANN, Marcel. Uma regulamentação eficaz para o setor ferroviário. *In: I Congresso Metroferroviário Brasileiro*. 2012. São Paulo. Disponível em: <<http://ntexpo.com.br/downloads/08.11/MarcelKaufmann.pdf>> Acesso em 11 nov. 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**, Barcelona: Ariel, 1986.

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 262, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=91603>>. Acesso em 17 jul. 2013.

_____. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. *In: MATTOS, Paulo. Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Fundamentos e seu Regime Jurídico. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

MATTOS, Paulo. **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. São Paulo: Editora Singular, 2006.

_____. **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano.** São Paulo: Editora 34, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico.** 4ª ed., Coimbra, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1997.

NASH, C.A e TONER, J.P. **Railways: Structure, Regulation and Competition Policy.** 1998. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/35/5/1920239.pdf>> Acesso em 11 nov. 2013.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

PECI, Alketa. Regulação comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios. *In:* _____ (Org.). **Regulação no Brasil,** São Paulo: Atlas, 2007.

PÉREZ, Diego Selhane. Auto-regulação: aspectos gerais. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: Temas polêmicos.** Belo Horizonte: Atlas, 2003.

POMPERMAYER, Fabiano Mezadre. Transporte Regional Sustentável: Alavancas para a redução das suas emissões de CO2. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior,** Brasília, IPEA, v. 18, p. 21-26, 02/2012.

RAMOS, Marcelo. A visão dos órgãos centrais. *In:* PROENÇA, Jair Dias, COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil.** Brasília: ENAP, 2006.

RITTNER, Daniel. Para bancos, risco Valec permanece. **Valor Econômico**. 05.12.2013.

SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.

SÁNCHEZ, R. J. (Coord.). **Redes infraestructurales en América Latina**. Cepal: Santiago do Chile, 2009.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da Governança Regulatória no Brasil. *In*: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A auto-regulação profissional no Brasil. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: Temas polêmicos. Belo Horizonte: Atlas, 2003.