

Arranjos regulatórios aplicáveis a sistemas de concessões: regulação por contrato e regulação por regulamento

Regulatory arrangements applicable to concession systems: Regulation by contract and rulemaking

Submetido(submitted): 16 August 2022

Parecer(reviewed): 5 May 2023

Revisado(revised): 11 July 2023

Aceito(accepted): 12 July 2023

Adriano Soares da Costa *

<https://orcid.org/0009-0007-3408-4942>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] *This article seeks to examine different models for organizing regulation within concession regimes and assess their impact on regulatory quality. The objective is to develop a methodology for analyzing and planning regulatory systems. Specifically, the regulatory arrangements of regulation by contract and rulemaking are studied as models for organizing regulation.*

[Methodology/approach/design] *The methodology employed in this study adopts an analytical approach that explores relevant bibliographical references to elucidate different approaches to organizing regulation and the concept of regulatory quality. This allows for the development of a methodology that establishes a connection between regulatory quality and the specific type of regulatory arrangement. The analysis is specifically focused on the regulation of the Brazilian system of railway concessions as a reference point.*

[Findings] *The primary finding of this article is the identification of various regulatory arrangements applicable within the Brazilian concession regime. Furthermore, a methodology has been developed to establish a connection between these arrangements and the quality of the resulting regulation.*

[Practical implications] *The development of a methodology to establish a connection between regulatory arrangements and the quality of regulation is of significant relevance, as it provides a valuable tool for analyzing and planning regulatory systems based on a concession regime. This methodology enables a more comprehensive understanding and assessment of the regulatory landscape, facilitating effective decision-making and improving the overall regulatory framework.*

*Engenheiro electricista formado pela Faculdade de Engenharia de Ilha Solteira, da UNESP, em 1996. Servidor público federal atuando como especialista em regulação de transportes terrestres na Agência Nacional de Transportes Terrestres desde 2005. E-mail: adrisocosta@gmail.com.

[Originality/value] *Despite the extensive study of regulatory organization models abroad, this particular topic is seldom addressed in the Brazilian literature. It is noteworthy that, due to the limited critical analysis, the prevailing technique for regulating concession systems in Brazil remains the less efficient approach, namely regulation by contract. Therefore, the main contribution of this article, beyond introducing innovative techniques, lies in initiating a discussion on the importance of contemplating regulatory techniques and showcasing the efforts made in Brazil towards planning the regulation of concession regimes. By shedding light on this subject, the article prompts a critical examination of the existing regulatory practices and advocates for the adoption of more effective approaches in the Brazilian context.*

Keywords: Regulation by contract. Rulemaking. Regulatory arrangements. Concession. Regulatory agency.

Resumo

[Propósito] Este trabalho tem o propósito de estudar formas de organização da regulação em regimes de concessão, mensurando os reflexos dessa organização na qualidade da regulação, assim desenvolvendo um método para análise e planejamento de sistemas regulatórios. São estudados os arranjos regulatórios da regulação por contrato e da regulação por regulamento como formas de organização da regulação.

[Metodologia/abordagem/design] A metodologia consiste em uma abordagem analítica que buscou referenciais bibliográficos que explicassem as formas de organização da regulação e o significado de qualidade da regulação para, então, propor um método que relaciona a qualidade da regulação ao tipo de arranjo regulatório. Foi utilizado como cenário de análise o ambiente da regulação do sistema brasileiro de concessões ferroviárias.

[Resultados] O principal resultado deste trabalho foi identificar os arranjos regulatórios possíveis no regime de concessão brasileiro e o desenvolvimento de um método para relacionar o arranjo com a qualidade da regulação que pode ser desenvolvida.

[Implicações práticas] O desenvolvimento de um método para relacionar o arranjo regulatório com a qualidade da regulação é relevante por fornecer um instrumento de análise e planejamento para os sistemas regulatórios baseados em regimes de concessão.

[Originalidade/relevância do texto] Mesmo que as técnicas de organização da regulação sejam objetos de ampla discussão no exterior, a abordagem desse tema ainda é escassa na bibliografia nacional. O fato é que, talvez pela própria ausência de crítica, ainda predomina no Brasil a regulação de sistemas de concessões pela técnica mais obsoleta, que é a da regulação por contrato. Portanto, a principal contribuição deste trabalho, antes de pretender inovar na técnica, é fomentar a discussão de como é necessário se pensar as técnicas

regulatórias e mostrar como vem sendo pensada a regulação de regimes de concessões no Brasil.

Palavras-chave: Regulação por contrato. Regulação por regulamento. Arranjos regulatórios. Concessão. Agência reguladora.

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve a motivação inicial de avaliar a qualidade da regulação praticada no sistema brasileiro de ferrovias federais. O que se observou no processo é que para se fazer uma avaliação consistente seria necessário estabelecer critérios para se fugir do subjetivismo. Assim, buscou-se estabelecer primeiro os critérios para então se poder avaliar com propriedade a regulação ferroviária. O método consiste em relacionar formas de organização da regulação com os resultados da regulação em sistemas de concessões, onde se observou como resultado mais expressivo que a forma de organização da regulação é fator determinante nos resultados da regulação. Esse aspecto acabou se sobressaindo para se atribuir o título a esse trabalho, no entanto, o trabalho ainda seguiu com o propósito de avaliar a regulação ferroviária brasileira.

O método parte do pressuposto de que o fundamento de qualquer avaliação é relacionar uma ação praticada com um resultado observado, e assim se buscou relacionar as ações regulatórias aos resultados da regulação. Para isso, primeiro foi necessário estabelecer o entendimento conceitual do que significavam ações regulatórias e resultados da regulação. A pesquisa para resultados da regulação chegou à metodologia para Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura desenvolvido por BROWN et al (2006), que indica quais resultados são desejáveis para a regulação de sistemas de infraestrutura e como obtê-los. Para se entender o significado de ações regulatórias foi estudado como o mecanismo de decisão regulatória está associado às formas de organização da regulação e, assim, foi identificado duas formas de organização da regulação possíveis, segundo o modelo institucional desenvolvido para a regulação do sistema brasileiro de ferrovias federais, que foram denominados de arranjos regulatórios: regulação por contrato e regulação por regulamento. Fincado esse entendimento conceitual, o método consistiu em estabelecer os critérios para relacionar os arranjos regulatórios aos resultados da regulação, e daí poder se atribuir as propriedades dos arranjos regulatórios.

O cenário de análise se passou na regulação do sistema brasileiro de concessões ferroviárias, isso permitiu conhecer a regulação setorial praticada,

ao mesmo tempo que se estudava as propriedades gerais da regulação dos sistemas de concessões.

Feita essa contextualização, a sequência do trabalho está organizada em cinco seções, além desta introdução, a segunda seção apresenta um panorama sobre a regulação ferroviária no Brasil, onde se informa sobre o contexto em que se opera essa regulação e as suas principais características, a terceira seção apresenta a conceituação dos arranjos regulatórios da regulação por contrato e da regulação por regulamento, a quarta seção apresenta o desenvolvimento da metodologia com a avaliação comparativa do desempenho apresentado por esses dois arranjos, e a quinta seção contém a conclusão do trabalho.

UM PANORAMA SOBRE A REGULAÇÃO FERROVIÁRIA NO BRASIL

Esta seção visa apresentar os acontecimentos que deram origem e estão relacionados à evolução do atual sistema brasileiro de regulação ferroviária federal. São abordados os seguintes tópicos: a formação do sistema de regulação ferroviária após a desestatização; o modelo de regulação no sistema formado; a expansão do parque ferroviário brasileiro; e uma abordagem sobre as implicações regulatórias dos modelos de organização setorial, modelo horizontal e modelo vertical.

Formação do sistema de regulação ferroviária no Brasil pós-desestatização

A origem do atual sistema brasileiro de regulação ferroviária federal se deu a partir da privatização da Rede Ferroviária Federal S.A – RFFSA, ocorrida na segunda metade da última década do século passado. A RFFSA era uma empresa pública federal que detinha grande parte das operações do transporte ferroviário de cargas em território brasileiro.

A privatização se insere no conjunto de soluções encontradas para responder à grave crise fiscal do Estado brasileiro à época e à necessidade de se aperfeiçoar a gestão e a competitividade do setor público, do setor de infraestrutura e do setor ferroviário brasileiros. Essa modernização contava com o suporte do capital privado. Tal fórmula foi implantada em nível mundial, num processo que marca a passagem do modelo de Estado de Bem-estar Social¹ para o modelo de Estado Regulador, que se caracterizou por uma série de “mudanças

¹O Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*) também pode ser denominado como Estado Providência (*État-providence*) ou Estado Desenvolvimentista e variantes do Estado Social, como o Estado Empresário (ARANHA, 2018:97).

na natureza da função do Estado que se refletiram no modo ou estilo de governança do ambiente socioeconômico de muitas nações capitalistas avançadas durante as últimas três décadas do século XX” (YEUNG, 2013).

Para ACCIOLLI (2017:53) esse processo de reforma do Estado iniciou-se no Brasil com o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto nº 83.740/1979) e continuou evoluindo até se chegar ao Programa Nacional de Desestatização – PND, sancionado pela Lei nº 8.031/1990 ². A RFFSA foi incluída no PND por meio do Decreto nº 473/1992, tendo a FEPASA ingressado apenas em 1998, por meio do Decreto nº 2.502/1998 (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017:27).

Essa perspectiva reformista ganhou contornos definitivos com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado lançado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 1995, que culminou na promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, modificando a Administração Pública a fim de prepará-la para o novo modelo de governança do Estado. Um dos pilares do modelo eram as privatizações das empresas públicas que atuavam nos segmentos de atividade econômica de mercado, que não representavam relevante interesse coletivo, e a delegação à iniciativa privada para realizar a prestação de serviços públicos.

Nesse ambiente foi necessário desenvolver instrumentos jurídicos capazes de dar garantias à iniciativa privada para operar com segurança no novo regime de prestação de serviço público, visto que a legislação referente a delegação de serviço público era incipiente. Assim, segundo SOUZA E PRATES (1997, *apud* COSTA, 2020), foram editadas a Lei nº 8.987/1995 e a Lei 9.074/1995 justamente para emprestar credibilidade e viabilizar o modelo de desestatização que estava por ser proposto. Sendo que a Lei 9.074/1995 dispõe sobre questões de ordem que guiaram o processo de desestatização naquele momento, e a Lei nº 8.987/1995, sobre todo o regime de prestação de serviço nas modalidades de concessão e permissão.

Como ainda não havia uma estrutura organizacional formalmente constituída para operar no novo modelo de Estado, ficou incumbido ao BNDES, “na qualidade de gestor do PND, nos termos do Decreto nº 1.024/1994, com o auxílio de algumas consultorias privadas” (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017:42), preparar e conduzir o processo de privatização da RFFSA, elaborando os estudos, definindo a forma e as condições gerais. Coube ao BNDES fazer a modelagem da desestatização, as avaliações econômico-financeiras, patrimonial e jurídica e a elaboração dos editais.

²Essa lei já não mais vigora. Atualmente, o PND é disciplinado pela Lei nº 9.491/1997 (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017:173).

O que se pensou foi dividir a RFFSA em malhas regionais para serem administradas por operadores distintos. A RFFSA foi dividida em seis malhas, cada uma consistindo em uma concessão separada, a FEPASA formou uma sétima concessão, e as duas ferrovias controladas pela Companhia Vale do Rio Doce S.A. - Estrada de Ferro Carajás e Estrada de Ferro Vitória-Minas – foram transferidas para os investidores que compraram a empresa em 1997 (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017:36). O modelo operacional adotado foi o vertical, que já vigorava sob o controle estatal, onde o concessionário é o responsável pela gestão da infraestrutura e pela exploração comercial dos serviços.

Conforme SOUZA E PRATES (1997, *apud* BENINI, 2012:37) o modelo para a desestatização da RFFSA consistia em: licitar no mesmo leilão a concessão do serviço de transporte ferroviário de cargas por 30 anos, o arrendamento dos ativos operacionais pelo mesmo prazo e a venda de bens de pequeno valor; a manutenção da empresa estatal que seria responsável pela administração dos ativos não operacionais e pela amortização das dívidas da RFFSA; e a criação de uma autarquia responsável por regular e fiscalizar os serviços de transporte ferroviário.

Entre os anos de 1996 e 1998 foram realizados sete leilões referentes aos trechos da partilha da RFFSA e a incorporação da FEPASA, mais as duas concessões de ferrovias transferidas que já pertenciam Companhia Vale do Rio Doce S.A e que foram transferidas conjuntamente no seu processo de desestatização, chegou-se nove concessões ferroviárias que resultaram do processo de desestatização do parque ferroviário brasileiro.

Deve-se destacar que, mesmo antes desse processo, uma outra ferrovia incorporada ao sistema, a Ferronorte, já lançava as bases para a transição do modelo de Estado Desenvolvimentista para o de Estado Regulador. A Ferronorte foi um projeto de nova ferrovia concebida para ser construída e operada inteiramente pela iniciativa privada, portanto, fora do modelo estatal então vigente, já prestes a entrar em vias de dissolução. A Ferronorte foi lançada pelo Edital de Concorrência n° 2/89 do Ministério dos Transportes em fevereiro de 1989, que previa a construção de um sistema ferroviário entre Santa Fé do Sul (SP), passando por Uberlândia (MG), Cuiabá (MT), Porto Velho (RO) e chegando até Santarém (PA). O contrato de concessão foi assinado em maio de 1989, ainda sob vigência das normas do Decreto-lei 2.300/1986, e teve como seus signatários a União Federal, através do Ministério dos Transportes, e a Ferronorte S.A – Ferrovias Brasil Norte, cujo seu diretor-presidente era Olacyr Francisco de Moraes, um dos maiores empresários do agronegócio à época. Construída com capital privado, a Ferronorte entrou em operação em 1998 ligando Santa Fé do Sul (SP) a Alto Araguaia (MT). Em 2008 a Ferronorte se

tornou América Latina Logística Malha Norte S.A, que em 2015 se tornou Rumo Malha Norte S.A.

Assim, acrescida às nove concessões ferroviárias que resultaram da desestatização do parque ferroviário brasileiro, formou-se a décima concessão ferroviária que figurou na origem do que pode ser denominado de sistema brasileiro de concessões ferroviárias federal, ou sistema de regulação ferroviária federal.

Primeira fase da regulação ferroviária: administração de contratos

No momento dessas primeiras concessões do parque ferroviário não havia um regulamento preparado para atender à nova ordem de prestação de serviço público. Existia uma base jurídica que regia o regime de concessões dada pela Lei nº 8.987/1995. É importante observar que a Lei nº 8.987/1995 é uma lei geral de concessões e permissões, e, com isso, é uma lei generalista aplicável aos setores que comportam essas modalidades de prestação de serviço. É uma lei que dispõe de mecanismos para dar garantia ao negócio, no entanto, sem entrar em detalhes sobre o modo de operação setorial.

A lacuna de ausência de um regulamento ferroviário foi resolvida nos processos de concessão pelo estabelecimento das regras de operação setorial via contrato de concessão. Assim, couberam aos contratos abarcar toda a disciplina relativa aos aspectos técnicos de operação, econômico-financeiro, metas de desempenho, regime de penalidades etc. (COSTA, 2020). Tal situação encontra previsão na Lei nº 8.987/1995.

A base jurídica dada na Lei 8.987/1995 contém dois pilares que fundamentam a relação contratual entre o Poder Concedente e o prestador de serviço no regime de concessão: 1) o prestador de serviço tem como garantia o direito ao equilíbrio econômico-financeiro segundo os termos inicialmente pactuados; 2) o Poder Concedente tem o direito de editar atos regulamentares, o que lhe permite unilateralmente modificar cláusulas inicialmente estabelecidas, ou estabelecer novos direitos e obrigações, bem como de dispor sobre os procedimentos de administração da concessão.

DI PIETRO (2008:278) conceitua a concessão de serviço público como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público. A concessão é a prestação de serviço público pelo concessionário na forma definida pela Administração Pública e mediante a remuneração pactuada. Ou seja, o concessionário atua no interesse da Administração Pública tendo como contrapartida a garantia de remuneração.

No modelo de concessão adotado no Brasil, o Poder Concedente faz toda a modelagem do negócio que será ofertado para a concorrência, e estipula as regras de operação setorial, contendo os direitos e obrigações do Poder

Concedente e do concessionário. Assim foi feito no momento da realização das primeiras concessões ferroviárias.

O sistema de concessões ferroviárias federal ficou, então, caracterizado como a administração de múltiplos contratos independentes, sendo que esses contratos tinham uma redação uniforme. Por se tratar de uma operação em rede, onde um operador ferroviário precisa acessar a malha de outro operador, essas questões de interoperabilidade, assim como tantas outras, foram tratadas no âmbito de cada contrato.

Para não se dizer que não havia regulamento, foi editado o Decreto nº 1.832/1996. Segundo COSTA (2020), “o conteúdo desse decreto era incipiente e genérico, se considerarmos a densidade normativa necessária para descrever com alguma substância o funcionamento de um sistema complexo como é o de uma concessão ferroviária”. Conclusão semelhante chega DAYCHOUM e SAMPAIO (2017:181) quando menciona que “a disciplina do Decreto é bastante modesta, existindo diversos pontos de incerteza”. Nesse contexto, mais do que uma função regulamentadora, o Decreto nº 1.832/1996 assumiu uma função conjuntural de guia para instruir a elaboração dos contratos de concessão. Na ausência de um regulamento ferroviário, coube ao contrato abarcar toda a disciplina regulatória da concessão.

Para exercer o papel de regulador, em 1996, criou-se a Comissão Federal de Transportes Ferroviários (COFER), por meio do Decreto nº 1.945/1996, como órgão colegiado integrante do Ministério dos Transportes que, no entanto, “não se tratava de uma agência reguladora, que somente viria a ser criada muito tempo depois” (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017:177).

Segunda fase da regulação ferroviária: agência reguladora

Antes de adentrarmos a qualquer análise da conjuntura setorial, é elucidativo entender o mecanismo de funcionamento de uma agência reguladora. A imagem que se projeta para a agência reguladora é de entidade com amplos poderes para comandar um subsistema com a missão de se obter o máximo de eficiência no seu funcionamento. Por conta dessa imagem, a agência não está isenta de críticas por uma suposta concentração de poder. No entanto, o enquadramento mais adequado para a agência reguladora no ordenamento jurídico brasileiro é a de um órgão da Administração Pública preparado para exercer as funções regulatórias já previstas no Direito Administrativo.

A regulação surge para administrar setores que, via de regra, por sua complexidade e dinamismo, exigem uma atuação administrativa para o estabelecimento de atos normativos complementares e procedimentos específicos impossíveis de serem todos previstos em lei. Dessa forma, o poder das agências reguladoras consiste na competência que adquire para disciplinar

os procedimentos normativos, executivos e judicantes que regerão o subsistema regulado. A primeira questão que exsurge é como a agência reguladora adquire poder normativo sem parecer que esteja usurpando as funções do Poder Legislativo?

Segundo SOUTO (2008), é sabido que a lei – e só a lei – inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à norma regulatória, mas a lei é genérica, distante dos fatos e despida de especialização, daí se atribuir à norma regulatória um papel de ligação entre a lei e a administração do setor regulado.

Um primeiro estágio de poder normativo surge quando o Direito Administrativo prevê, segundo BANDEIRA DE MELLO (2003:328), a edição de atos regulamentares por parte de órgãos administrativos para especificar com maior minudência a regência de situações cuja previsão e disciplina já tenham sido antecipadamente traçadas na lei. Nesse sentido, “a expedição de regulamentos corresponde à atuação da Administração pela via da discricionariedade, pois alguma margem de discricionariedade sempre é legada ao administrador, tanto mais quando se trata de estabelecer critérios e condições de possibilidade de execução da lei, operando, assim, *intra legem*” (GUERRA 2017:212). Segundo ARANHA (2018:107), a função regulamentar é uma normatividade condicionada à legalidade da medida e, portanto, submissa às diretivas de políticas públicas de regulação exaradas pelo Legislativo. Assim, pelo exercício da função regulamentar por parte do administrador público acontece a instrumentalização da lei.

Pela via da função regulamentar se explica um primeiro nível de poder normativo conferido à agência reguladora, sem que por essa via se explique todo o poder normativo necessário ao pleno atendimento das funções requeridas a essa agência. Na incumbência de ter que dar as respostas satisfatórias no subsistema regulado, a agência reguladora se depara com situações em que tem que “atuar sem uma conduta totalmente predeterminada por uma regra geral” (GUERRA, 2017:206). Nessas situações, a agência atua exercendo uma função normativa. Ao responder a indagação se essa função normativa evidenciaria a migração das funções do Poder Legislativo para o Executivo, ARANHA (2018:108) esclarece que essa capacidade normativa está inserida no “contexto de produção normativa por órgãos e entes da Administração para o fim de acompanhamento setorial, exercendo, com isso, função própria – não delegada -, pois inerente à condição dinâmica e flexível do Poder Executivo. Assim, o Executivo exerce função normativa, que difere da função legislativa”.

Para DI PIETRO (2003 *Apud* GUERRA, 2017:207) a função regulamentar que as agências exercem não se equipara à exercida pelo Chefe do Poder Executivo, mas se apresenta como novo tipo de direito. Para GUERRA

(2017:212), “não é possível conferir fiel regulamentação à lei sem dispor sobre certos aspectos implícitos na *ratio essendi* daquela, e sem cujo normatização, por inteiro, e em todos seus aspectos, sobretudo as de ordem técnica, não é possível conferir-lhe fiel executoriedade”.

Uma vez que “o sistema constitucional brasileiro, em razão das vinculações estruturais da separação de poderes, impõe que o espaço normativo do Executivo esteja precisamente aberto por dispositivo de lei” (ARANHA, 2018:110), a função de regulação, como função administrativa, depende de prévia abertura legal, o que é dada pelo Poder Legislativo quando estabelece “princípios e *standards* balizadores da deslegalização”, em que “deslegalizar significa estar indicado na lei a forma de atuar dos agentes estatais responsáveis pela regulação do subsistema” (GUERRA, 2017:225). *Standards* podem ser entendidos como “normas, objetivos, metas ou regras sobre o qual o regime regulatório está organizado”, são “instrumentos que permitem se obter um resultado sem especificar a ação requerida para tal” (SCOTT, 2013).

Dessa forma, ARANHA (2018) e GUERRA (2017) explicam a função normativa da agência reguladora como a atribuição de uma função normativa secundária. Em entendimento semelhante, SCOTT (2013) categoriza como legislação delegada a legislação emanada da agência reguladora, e legislação primária a legislação emanada do Poder Legislativo para, dessa forma, explicar a atribuição de competências normativas dentro do regime regulatório.

Portanto, a fonte do poder normativo da agência reguladora se manifesta como exercício da função regulamentar e da função normativa. A função regulamentar está condicionada à lei, e vem a essa complementar. Já a função normativa é a abertura dada na lei para que agência reguladora atue normativamente fixando as regras que regerão o subsistema regulado.

De posse desse entendimento sobre o poder normativo da agência reguladora, vejamos como acontece de fato o poder normativo da agência reguladora de ferrovias no Brasil. A agência responsável pelo sistema de regulação ferroviária federal é a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, criada em 2001 pela Lei nº 10.233/01. A ANTT assumiu as funções de regulação ferroviária depois que um sistema federal de concessões já havia sido constituído.

Os *standards* para a atuação da ANTT estão dados na Lei nº 10.233/01, ao estabelecer a ANTT como o representante do Poder Concedente na administração dos contratos de concessão de ferrovia – e daí estar a ANTT habilitada a exercer toda a regulamentação inerente ao regime de concessão -, e ao dar abertura para a ANTT regular o regime de prestação de serviço separado da infraestrutura, além de dar abertura ampla para a ANTT atuar como órgão regulador do sistema de ferrovias federais. Com base nesses *standards*, COSTA

(2018) entende que a ANTT possui amplo poder normativo para desenvolver o arcabouço regulatório necessário à administração do sistema ferroviário federal brasileiro.

Com criação da ANTT, a regulação ferroviária federal passa a ser exercida não somente pela via da administração individual de contratos, como prerrogativa do Poder Concedente, mas também pelo regulamento exarado por essa agência. Assim, por meio do regulamento, a agência dá publicidade a atos normativos de validade geral, aplicáveis a todas as concessões, sem necessidade de operar ajustes caso a caso nos contratos. A partir da criação da ANTT “o regulamento ferroviário federal brasileiro passou a ser constituído das regras contidas originalmente nos contratos e os normativos introduzidos” (COSTA, 2018).

Expansão do parque ferroviário pós-desestatização

Consolidada a fase de desestatização do parque ferroviária brasileiro, com o novo sistema de concessões já em operação, vem a fase de se lançar esforços para ampliar a malha ferroviária brasileira. Os projetos de novas ferrovias que efetivamente saíram do papel, já no século XXI, foram os da Ferrovia Norte e Sul, da Ferrovia de Integração Oeste Leste, da ferrovia Nova Transnordestina e da Ferrovia de Integração Centro-Oeste.

A construção da Ferrovia Norte e Sul – FNS foi outorgada à Valec Engenharia e Construções S.A por meio do Decreto nº 9.4813/1987, que regulamentou a Lei nº 5.917/1973, que, por sua vez, aprovou o Plano Nacional de Viação. A Lei nº 11.297/2006 e a Lei nº 11.772/2008 alteraram a Lei nº 5.917/1973 para que o trecho da FNS fosse atualizado como sendo entre os municípios de Belém (PA) e Panorama (SP). Em 08 de junho de 2006 foi lavrado o contrato de concessão entre a ANTT e a Valec, em que se formalizou a outorga da concessão à Valec para a construção da FNS.

O trecho entre Açailândia (MA) e Palmas (TO) foi subconcedido à denominada Ferrovia Norte Sul S.A em 20 de dezembro de 2007, que depois se estendeu até Porto Nacional (TO). Assim, o trecho dessa ferrovia ficou sendo entre Açailândia (MA) e Porto Nacional (TO). O trecho da FNS entre Porto Nacional (TO) e Estrela d’ Oeste (SP) foi subconcedido à denominada Rumo Malha Central S.A em 31 de julho de 2019. Esses dois trechos de concessão ferroviária é o que resultou do projeto de construção da FNS.

A construção da Ferrovia de Integração Oeste Leste – FIOLO foi outorgada à Valec pela Lei nº 11.772/2008. Em 30 de outubro de 2008 foi lavrado o contrato de concessão entre a ANTT e a Valec, em que se formalizou a outorga da concessão à Valec para a construção da FIOLO.

Com aproximadamente 1.527 km de extensão, a FIOI ligará o futuro porto de Ilhéus (BA) a Figueirópolis (TO), ponto em que se conectará com a FNS. O empreendimento está dividido em três trechos: a) Trecho I: Ilhéus (BA) – Caetité (BA), com extensão de 537 km, com mais de 73,6% de execução física da obra (jul/2019); Trecho II: Caetité (BA) – Barreiras (BA), com extensão de 485 km, com cerca de 36% das obras executadas (jul/2019); c) Trecho III: Barreiras (BA) – Figueirópolis (TO), com extensão aproximada de 505 km, em fase de estudos e projetos³. O Trecho I, de Ilhéus a Caetité, foi concedido à empresa Bamin (Bahia Mineração) em setembro de 2021. O restante da ferrovia continua em construção pela Valec na data de publicação deste trabalho.

Observado o papel desempenhado pela Valec no processo de expansão da malha ferroviária brasileira, cabe explicar que a Valec foi constituída em 1972, sob a denominação de VALEUC Serviços Técnicos Ltda. com o objetivo de analisar a viabilidade do Projeto Carajás, de exploração mineral. Em 1978 a VALEUC tornou-se Valec Comércio e Serviços Ltda. Em 1987 a empresa passou a denominar-se Valec Engenharia e Construções S.A., abandonando a condição de limitada, com a União passando a ser a única acionista, detendo 100% do capital da companhia. Em 2008, a Lei nº 11.772/2008 aprovou a reestruturação da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. O art. 8º desta lei transformou a Valec em empresa pública sob a forma de sociedade por ações, vinculada ao Ministério dos Transportes, sendo sua função social a de construção e exploração de infraestrutura ferroviária (DAYCHOUM, 2014:133).

A ideia da construção da ferrovia Nova Transnordestina surgiu em 2004 quando a Companhia Ferroviária Nordeste – CFN, concessionária desde 1997, solicitou à ANTT autorização para expandir sua malha. O pleito foi atendido por meio da “Resolução-ANTT 1.210/2005, que autorizou a elaboração de projetos visando à construção, ao alargamento, à remodelação e à modernização de ramais pela CFN na Malha Nordeste...O novo projeto teve como objetivo a construção da ‘Ferrovia Nova Transnordestina’, com trajeto previsto de 1.728 km de extensão, ligando os portos de Pecém (CE) e Suape (PE) ao município de Eliseu Martins (PI)”⁴.

Com base em pleito apresentado em 2013 à ANTT, um novo contrato de concessão foi celebrado. Como resultado do processo, ficou estabelecido: “a) a prorrogação do contrato de concessão original até 2057 e nele incluir obrigações relativas à construção do conjunto de linhas e ramais complementares à Malha

³Extraído do sítio: <https://www.ppi.gov.br/ferrovia-ef-334ba-ferrovia-de-integracao-oeste-lest-fiol> em 02/09/2020.

⁴Extraído do relatório de auditoria no âmbito do TC 021.573/2016-6 do Tribunal de Contas da União.

Nordeste, excluindo os trechos com superposição na referida malha; b) cisão da concessão original, criando as chamadas Malha I (antiga Malha Nordeste) e Malha II (projeto Nova Transnordestina), assim como se definiu os grupos controladores de cada malha, para a Malha I, permanecem a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e a Taquari Participações como controladores, enquanto a Malha II possui os seguintes controladores: CSN, Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FDNE), Valec e BNDES (Resolução-ANTT 4.042/2013); c) cisão de uma parcela do capital social da TLSA para formar uma nova concessionária, chamada Ferrovia Transnordestina Logística S.A. (FTL), a quem foi confiada a administração da Malha I.”⁵

Com essas alterações, a TLSA passou a ser a concessionária não somente de um contrato de concessão para a exploração de serviço de transporte ferroviário, mas de um novo termo cujo objeto caracterizava-se também pelas obras de construção civil da chamada ferrovia Nova Transnordestina (Malha II). As obras da ferrovia Nova Transnordestina ainda não foram entregues, e a ferrovia ainda não se encontra em operação na data de conclusão deste trabalho.

Como contrapartida à prorrogação antecipada dos contratos da Estrada de Ferro Carajás (EFC) e da Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM), na modalidade denominada de investimento cruzado, foi assinado termo aditivo em 18 de dezembro de 2020 onde a empresa Vale S.A ficou incumbida da construção da Ferrovia de Integração Centro-Oeste (FICO). Esse trecho tem 383 km de extensão, começa na Ferrovia Norte-Sul em Mara Rosa/GO e vai até Água Boa/MT.

Diante do exposto, cabem algumas observações sobre a fase de expansão do parque ferroviário brasileiro pós-desestatização. Causa uma certa estranheza a assinatura de contratos de concessão entre a agência reguladora e a empresa estatal de construção de ferrovia, entre a ANTT e a Valec, visto a concessão ser um instrumento utilizado pelo Estado Regulador para captar recursos junto à iniciativa privada, e ANTT e Valec são dois entes estatais. Ademais, o relacionamento se dá exclusivamente entre os dois entes estatais com a finalidade de construção de ferrovia, não entrando ainda na fase de prestação de serviço para figurar como objeto de ação por parte de agência reguladora. Tal arranjo se justificaria tivesse sido aberta concorrência para a construção das ferrovias e o ente estatal ganhado, competindo em condições de igualdade com a iniciativa privada, mas nem concorrência houve nos casos da FNS e FIOL, foi uma atribuição dada por lei. Depois, a ANTT não desenvolveu instrumentos regulatórios para supervisionar a construção de ferrovias, a Valec atuou diretamente sob supervisão do Governo Central. No momento de subconcessão

⁵*Ibidem.*

à iniciativa privada para a prestação do serviço é a ANTT quem conduz todo o processo, como se fosse uma nova concessão. Ou seja, é difícil de se visualizar a necessidade de regulação para a Valec construir as ferrovias FNS e FIOL.

No caso da TLSA, também se observa um arranjo heterodoxo, onde o objeto se passa como sendo o de construção de um ramal da ferrovia, mas que, pelo porte do empreendimento, trata-se, na verdade, da construção de uma nova ferrovia, o que tem dado margem a incertezas no âmbito de aplicação dos instrumentos regulatórios. Há no âmbito do TCU questionamento sobre a legalidade da assinatura do novo contrato de concessão firmado entre a ANTT e a TLSA⁶.

No caso da FICO também se observa outro arranjo heterodoxo, onde a empresa Vale S.A, que já é uma operadora de concessão ferroviária, compromete-se a construir essa nova ferrovia como contrapartida pelo pagamento da outorga relativa à prorrogação antecipada dos dois trechos de concessão ferroviária que detém.

Observa-se que as construções das ferrovias estão a cargo de entes estatais, como é o caso da FNS e FIOL, tocadas pela Valec, e de entes privados, como é o caso da TLSA e FICO. Em ambos os casos, verificou-se que as construções das ferrovias acontecem em períodos muito longos, com o projeto original sendo entregue em fragmentos. Essa condicionante do processo de construção tem influenciado o modelo de concessão, visto que as concessões são feitas à medida que os fragmentos vão sendo concluídos. Foi o caso da FNS e é o encaminhamento que está sendo dado para a FIOL.

Implicações regulatórias dos modelos de organização setorial

A partir do ano de 2011 começou a ser proposto um novo modelo de operação ferroviária que preconizava a separação entre a administração da infraestrutura e a prestação do serviço de transporte, também conhecido como modelo horizontal, de desagregação vertical ou *open access*. Segundo PINHEIRO (2017:339), o novo modelo deveria ser aplicado às novas concessões que estavam por vir com o ambicioso Programa de Investimento em Logística (PIL).

Segundo DAYCHOUM e SAMPAIO (2017:189), “as principais alterações regulatórias propostas em 2012 consistiam em: (i) separar a atividade de operação e manutenção da infraestrutura (rede) da prestação do serviço de transporte ferroviário de carga, inaugurando, assim, um modelo de desagregação; (ii) outorgar à iniciativa privada a tarefa de construir e operar novos trechos ferroviários, por meio de contratos de concessão comum ou parcerias público-privada; (iii) introduzir a figura do Operador Ferroviário

⁶Tribunal de Contas da União, TC 012.179/2016-7.

Independente (OFI) no ordenamento jurídico brasileiro, que seriam os novos prestadores do serviço de transporte ferroviário, atuando em concorrência; e (iv) conferir à estatal federal Valec a incumbência de atuar como intermediadora de um novo mercado que surgiria, consistindo na compra e venda de capacidade da malha. Nesse sentido, a estatal, de um lado, compraria toda a capacidade de operação da infraestrutura das concessionárias dos novos trechos a serem construídos e, de outro, venderia essa capacidade aos OFIs: seria, portanto, monopsonista de um lado e monopolista do outro.”

Esse modelo não prosperou, e foi afastado em 2016 com a edição do Decreto nº 8.875/2016. Para DAYCHOUM e SAMPAIO (2017:193) o fracasso da introdução do modelo horizontal aconteceu, entre outras coisas, pela ausência de planejamento na sua propositura e pelo insuficiente grau de governança de política pública. Para PINHEIRO (2017:376) e COSTA (2020) essas falhas ficaram expostas num modelo institucional e regulatório frágil, para não dizer ausente, para dar sustentabilidade a um modelo de operação ferroviária, o modelo horizontal, que é substancialmente mais complexo, e que exige muito mais coordenação para sua operação do que o modelo vertical.

Ainda “permanece vigente a previsão legal que permite o transporte ferroviário de cargas dissociado da titularidade da infraestrutura (art.13, V, d, e parágrafo único, e art. 14, III, i, todos da Lei n 10.233/2001), bem como a Resolução ANTT nº 4.348/14), regulando a atividade do operador ferroviário independente (OFI)” (PINHEIRO, 2017: 340). No entanto, faz-se necessário uma reflexão sobre a viabilidade de implementação do modelo horizontal. Pode-se apontar que o *standard* que baliza o modelo horizontal para ferrovias no Brasil está no art.13, V, d, e parágrafo único, e art. 14, III, i, da Lei n 10.233/2001. Mas o que se observa aí é que o *standard* para o modelo horizontal se resume a previsão de existência do Operador Ferroviário Independente (OFI). Pretendeu o legislador, com esse *standard*, que a agência reguladora tomasse as providências, fazendo uso dos seus poderes normativos, para implementar o modelo horizontal.

Como se vê, o *standard* autoriza a agência a regular o OFI, que corresponde a parte da prestação do serviço de transporte no modelo horizontal. Não há, e nunca houve, *standard* para administração da infraestrutura. O que houve foi uma proposta de modelo de gestão de negócio para o governo disponibilizar a infraestrutura por meio da Valec. Segundo esse ajuste, a administração da infraestrutura estaria exógena à regulação ferroviária sob a incumbência ANTT. Segundo COSTA (2020) o modelo horizontal tem uma estrutura de funcionamento mais elaborada do que o modelo vertical, com a administração distribuída por vários órgãos (gerenciador da rede, agência de segurança, órgão de concorrência e mercado, agência reguladora),

contemplando vários regimes de prestação de serviço (concessão para o administrador da infraestrutura, autorização para o operador ferroviário). De nada adianta se prever a possibilidade do OFI sem que estejam previstos os demais componentes estruturais do modelo horizontal que lhe garantam a operabilidade. Não é verossímil acreditar que o OFI poderia coexistir no sistema vertical como se fosse um uber ferroviário. Logo se conclui que os *standards* presentes até o momento são insuficientes para se viabilizar a implementação do modelo horizontal no Brasil.

Prorrogação antecipada das concessões

Abandonada a tentativa de se implementar o modelo horizontal no sistema ferroviário federal brasileiro, vem o que DAYCHOUM e SAMPAIO (2017:192) denominou de retorno do pêndulo, manutenção do modelo dos 90, que é a continuação dos contratos de concessão sob o modelo vertical.

Destaca-se nessa fase a edição da Lei n° 13.448/2017, permitindo a prorrogação antecipada das concessões ferroviárias. A prorrogação consiste em ajuste entre as partes, os concessionários que já operam e o Poder Concedente, para a prorrogação antecipada dos contratos, quando os instrumentos originários permitirem prorrogação (PINHEIRO, 2017: 168).

Trata-se de nova modelagem da concessão, em comum acordo entre as partes, onde os termos do contrato são redefinidos e passam a vigorar a partir da assinatura do novo contrato, sendo que o prazo de vigência compreende o período remanescente em que o contrato original estaria vigorando mais o prazo definido para prorrogação a partir desse ponto.

Solicitaram a prorrogação dos contratos as concessionárias de ferrovias Rumo Malha Paulista, Estrada de Ferro Vitória-Minas, Estrada de Ferro Carajás, Ferrovia Centro-Atlântica e Rumo Malha Sul. Sendo que as três primeiras listadas já tiveram o processo concluído e o novo contrato assinado, e as três restantes estão aguardando a conclusão do processo até a publicação deste trabalho.

TIPOS DE ARRANJOS REGULATÓRIOS: REGULAÇÃO POR CONTRATO E REGULAÇÃO POR REGULAMENTO

Na descrição feita na seção anterior já se delineia algumas propriedades do arranjo regulatório predominante no sistema ferroviário federal brasileiro. Nesta seção se caracteriza melhor essas propriedades e se apresenta outro arranjo regulatório, que pode ser considerado como uma evolução do arranjo atual.

Pode-se dizer que a característica do arranjo regulatório atual está baseada no arranjo inicial que se perpetuou sem sofrer críticas. O que caracteriza

esse arranjo regulatório é que a substância regulatória está embutida no contrato de concessão. Essa foi a solução encontrada no início em virtude de não se ter preparado um arcabouço regulatório para lidar com o novo paradigma de governança para o setor ferroviário. Não existia sequer uma agência reguladora nesse momento. A solução foi facilitada porque se estava tratando com um lote de concessões, o que permitiu que a mesma redação, e com isso a mesma substância regulatória, fosse dada a todos os contratos. Assim, o sistema ferroviário federal foi concebido como vários contratos de concessões celebrados entre o Poder Concedente e os concessionários. Sendo que a administração desse sistema tem se caracterizado como a gestão individual dos vários contratos.

A essa fórmula de regulação embutida no contrato, COSTA (2020) denomina de articulação da regulação pela via contratual, pois entende que esse modelo determina os contornos por onde a regulação vai se desenvolver. BROWN *et al* (2006:111) se referem à regulação por contrato onde há altos níveis de especificidades regulatórias no contrato. Para ARANHA (2018:95) a regulação por contrato, como uma das formas teóricas possíveis de regulação, satisfaz-se com regras contratuais acordadas caso a caso e se resume às normas administrativas firmadas em contratos administrativos. Essas referências fundamentam a denominação de regulação por contrato ao arranjo regulatório adotado no início de funcionamento do sistema ferroviário federal, e que se perpetua até hoje.

Outro arranjo regulatório possível, que surge como alternativa à regulação por contrato, é o que COSTA (2020) denomina de articulação da regulação pela via regulamentar. Neste arranjo a substância regulatória é tecida num estatuto, separado do contrato, sendo que os contratos são uma adesão a esse estatuto, como forma de selar o vínculo entre Poder Concedente e o concessionário. Com a separação entre o estatuto de um lado, e o contrato do outro, tem-se a separação dos conteúdos que são materialmente próprios de cada um. Assim, por exemplo, figuram como conteúdo próprio do estatuto os procedimentos da agência reguladora para supervisionar o sistema e as regras gerais de funcionamento setorial. Quando essas regras estão publicizadas no estatuto, não precisam ser construídas novamente no contrato, sem prejuízo de que estejam aí referenciadas. Já o conteúdo próprio do contrato são os parâmetros específicos para aquele contrato, como os parâmetros econômico-financeiros e os compromissos de execução por parte do concessionário. A articulação da regulação pela via regulamentar pode ser expressa mais diretamente como regulação por regulamento.

Com esses esclarecimentos explicam-se os conceitos de regulação por contrato e de regulação por regulamento, como arranjos regulatórios possíveis em sistemas de concessão de serviço público.

Cabe destacar que uma das principais características de um sistema ferroviário de transporte de longa distância é ser um sistema em rede, em que a operação da rede está distribuída por vários operadores. Nessa situação um operador precisa acessar a malha de outro operador para viabilizar um fluxo de transporte, assim, o operador precisa saber como essa interação acontece. Na regulação por contrato, onde os contratos são ajustados entre o Poder Concedente e os concessionários individualmente, a substância regulatória é ditada em forma de direitos e obrigações entre as partes signatárias. Mas vejamos que, além do vínculo entre as partes, é necessário se estabelecer o vínculo entre todos os participantes da rede, bem como a relação entre prestadores e usuários dos serviços. Daí advém a dificuldade em se fazer com que a substância regulatória contida em contratos individuais espelhe adequadamente a substância regulatória necessária para se administrar todo o sistema. O problema é que os operadores da rede não mantêm vínculos contratuais originários entre si na regulação por contrato, sendo que a interação entre os operadores deve acontecer sob a coordenação do Poder Concedente, ou entidade reguladora. Sobre esse ponto, ao discorrer sobre o sistema elétrico, BROWN *et al* (2006:53) observam a dificuldade de se regular eficientemente diferentes entidades atuantes no setor, continuamente interagindo entre si numa rede extensa, quando os vínculos acontecem apenas por meio de uma série de contratos de concessões individuais.

Deve-se observar ainda que os contratos são instrumentos frágeis para se abarcar toda a substância regulatória necessária para se administrar um subsistema complexo. Segundo BROWN *et al* (2006:114), “os contratos são inevitavelmente incompletos, é muito difícil de se antecipar como tratar situações imprevisas e imprevisíveis, nenhum contrato pode ser completamente especificado para o presente, quanto mais para os próximos 15 ou 25 anos”.

Do exposto, já se observa duas deficiências presentes na regulação por contrato: 1) a dificuldade de se colocar uma substância regulatória suficiente no contrato; 2) a necessidade de se ter procedimentos de coordenação complementares aos contratos para administrar o sistema. Quando essa coordenação é feita individualmente para cada contrato, torna-se um processo muito trabalhoso à medida que cresce o número de contratos. Quando essa coordenação é feita por intermédio de um estatuto, vai se observando a migração da regulação por contrato para a regulação por regulamento.

Segundo BROWN *et al* (2006:94;105), a regulação por contrato é conveniente como o primeiro estágio de um sistema regulatório que está se

iniciando, sendo que um estágio mais avançado se realizará com o advento de uma entidade reguladora com capacidade de modificar as obrigações regulatórias. A introdução da entidade reguladora, principalmente quando assume a forma de agência reguladora, ao trazer instrumentos de atuação mais desenvolvidos, é a peça que completa e aperfeiçoa o sistema regulatório.

Ainda que se possa falar de agência reguladora atuando por meio de regulação por contrato, de regulação por regulamento, ou de um modelo híbrido, cabe indagar qual o arranjo regulatório se casa melhor com a forma de atuar da agência reguladora? Se a regulação por contrato é indicada como o primeiro estágio de um sistema regulatório que está se iniciando, a presença da agência reguladora aumenta a sua versatilidade, sendo que o vetor de atuação da agência reguladora, o que lhe confere amplas possibilidades de atuação, é o exercício do seu poder normativo. Então, a questão que se deve colocar é qual o nível de desenvolvimento que se deseja dar à regulação. Pela via do desenvolvimento do regulamento estão dadas amplas possibilidades de atuação, que vão além do conceito de se atuar na dependência de uma fórmula dada no arranjo inicial, como no contrato. O regulamento funciona como o modulador do nível de regulação que se deseja imprimir. Agora não faz sentido se dispor de uma entidade poderosa como uma agência reguladora e não fazer uso de suas potencialidades. A inserção da agência reguladora é o mecanismo que viabiliza a “migração de um arranjo com base contratual fixa para um arranjo com regime estatutário flexível” (BROWN *et al*, 2006:120).

É importante repisar que essa discussão sobre estratégia de regulação não estiveram presentes na escolha do modelo regulatório do sistema ferroviário federal brasileiro porque o sistema teve que ser implantado às pressas e, nesse cenário, a regulação por contrato oferecia a solução inicial mais simples e adequada. A própria agência reguladora só viria a ser instituída cinco anos após a assinatura dos primeiros contratos de concessão, daí que foram dadas as condições de se pensar em outro modelo para a regulação ferroviária. Não obstante essa possibilidade, o modelo de regulação atualmente praticado segue fiel às suas origens, a regulação por contrato segue predominante. Por essas razões, atualmente se faz pertinente a comparação sobre o desempenho desses arranjos regulatórios para a regulação ferroviária.

AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO DOS ARRANJOS REGULATÓRIOS

Feito o reconhecimento das propriedades básicas dos arranjos regulatórios, é importante agora realizar uma avaliação comparativa do desempenho apresentado por esses arranjos. Como método de avaliação, busca-se identificar os principais resultados desejados para a atividade regulatória e se

avaliar como os mesmos podem ser alcançados com a utilização de cada arranjo regulatório. Uma referência para avaliação da regulação se encontra no Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura desenvolvido por BROWN *et al* (2006). O Guia elenca resultados que devem ser alcançados para se ter uma regulação efetiva. A metodologia é baseada no modelo de regulador independente, cuja principal característica é possuir processo decisório independente (*Ibidem*:50), e considera as dimensões da governança regulatória e da substância regulatória. A governança regulatória se refere ao desenho legal, ao aparato institucional e ao processo de produção da decisão regulatória, está relacionada a como é feita a regulação (*Ibidem*:19). A substância regulatória está relacionada ao que é produzido como produto da decisão regulatória e representa o conteúdo regulatório (*Ibidem*:20).

Quando considera a governança regulatória, o Guia estabelece três metaprincípios que devem ser satisfeitos – credibilidade, legitimidade e transparência –, que são desdobrados em outros dez princípios que representam os objetivos gerais da governança regulatória. São estabelecidos quinze padrões para demonstrar como os princípios podem se tornar operacionais. O objetivo dos padrões é criar uma lista de ações específicas que seriam necessárias para satisfazerem os três metaprincípios e os dez princípios gerais de forma concreta para se chegar ao funcionamento do regulador independente e se alcançar uma regulação de excelência.

Quando considera a substância regulatória, o Guia busca avaliar a qualidade da decisão produzida. Para isso se busca entender o que é a decisão e quais são os seus efeitos. Segundo BROWN *et al* (2006:151), uma decisão regulatória é o resultado concreto do sistema regulatório e se refere a qualquer ação ou inação da entidade reguladora que afete o interesse econômico dos participantes do setor. Para se avaliar se uma decisão foi boa ou má, o Guia preconiza que se deve considerar se a decisão ajudou ou atrapalhou a atingir o resultado adotado como objetivo regulatório. A metodologia procura compreender o quadro regulatório e definir critérios para se avaliar os efeitos das decisões, ou seja, como as decisões tomadas atingiram os resultados pretendidos. Assim, são estabelecidos indicadores, onde um indicador visa avaliar um componente específico do resultado da regulação. Exemplo de indicadores são indicadores de qualidade do serviço, da capacidade de investimento e manutenção da operação etc.

Os efeitos que os arranjos regulatórios produzem na regulação podem ser medidos pela referida metodologia. Ao utilizar uma técnica conhecida, procura-se trazer um padrão de objetividade à avaliação. Mas cabe ressaltar que outros referenciais de análise também estão aptos a demonstrar os efeitos dos arranjos regulatórios na regulação, como os métodos pautados em se demonstrar

analiticamente os efeitos sentidos na regulação em função da inter-relação do arranjo regulatório com o ordenamento jurídico. Para isso se leva em consideração os princípios e teorias jurídicas e administrativas que afetam a regulação.

Tendo como base esses referenciais, a comparação dos arranjos regulatórios é realizada observando a influência exercida por esses arranjos em várias dimensões da regulação, como descrito nas subseções a seguir.

Influência na formulação da regulação

Na regulação por contrato, o contrato, com conteúdo regulatório próprio, é confeccionado caso a caso pela agência reguladora. Participam da confecção do contrato a agência reguladora e o Tribunal de Contas da União – TCU. Segundo Costa (2020), ao ter a atribuição de fiscalizar os processos de concessão, por força da Lei 9.491/1998, o TCU acaba tendo papel determinante na confecção do contrato, uma vez que o contrato, como um instrumento da concessão, só segue adiante depois do aval do TCU. O TCU adquire na prática o poder tanto de barrar como de sugerir conteúdos no contrato de concessão.

Então, quem está formulando a política pública na área de regulação ferroviária é a agência reguladora com a participação do TCU. Essa interação raramente acontece sem atrito, pois dada a margem muito aberta que possui a agência reguladora de determinar o conteúdo do contrato isso também possibilita que o TCU igualmente verifique o que foi proposto. Segundo COSTA (2020), o próprio TCU tem reclamado dessa situação, alertando que muito da substância regulatória apresentada em primeira mão nos contratos deveriam vir antecipadamente definidas em regulamento. Isso evidencia que a estratégia de se colocar a substância regulatória diretamente no contrato, de se formular a regulação diretamente no contrato, já começa a provocar desgaste desde a origem.

Na regulação por regulamento a substância regulatória é colocada num regulamento tecido pela agência reguladora, adquirindo prontamente força legal, diminuindo assim as margens de apreciação do TCU, como também diminuindo as margens de liberdade do administrador público que está confeccionando o contrato. Assim, a regulação estaria sendo formulada com base em um regime regulatório previsível e não de uma forma casual como acontece na regulação por contrato.

A forma de atuar da agência reguladora por meio da regulação por contrato segue o modelo de administrador público, pois a agência atua interpretando leis para formular o contrato quando poderia usar o seu poder normativo para estabelecer as regras e procedimentos em um regulamento geral aplicável a todo o setor, que assim prontamente adquirem força legal. A menção

ao modelo de administrador público é apropriada porque a agência estaria fazendo uso dos mesmos instrumentos acessíveis a qualquer administrador público para exercer suas funções e se abstendo de usar os seus poderes especiais.

O Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura (BROWN *et al*, 2006), estipula vários padrões de governança regulatória relacionados à agência reguladora. Estipula o padrão de *estrutura institucional*, em que a agência reguladora deve estar constituída em lei, definindo-se a jurisdição de sua autoridade, deveres e responsabilidades. Estipula o padrão de *poderes legais*, em que a agência reguladora deve ser capaz de proferir decisões finais no seu domínio de atuação sem precisar obter a aprovação de outro órgão governamental. Estipula o padrão de *independência regulatória*, em que a agência reguladora deve ter a capacidade de formular as regras e políticas setoriais necessárias para cumprir suas obrigações. Estipula o padrão de *financiamento da agência reguladora*, em que a agência deve ter a sua disposição os recursos para custear o seu funcionamento. Todos esses padrões já estão incorporados no funcionamento da agência reguladora do sistema ferroviário federal brasileiro, não havendo muito em que se reparar aqui.

Segundo o padrão de *clareza das regras na regulação e na política*: a delimitação da fronteira entre os poderes, deveres e responsabilidades da agência reguladora, dos órgãos governamentais e de outras agências que atuam no setor devem estar definidos em lei; a base da política regulatória deve estar definida em lei, mas deve ser desdobrada pela ação da agência reguladora; a agência reguladora não pode ser requerida para aderir a uma política governamental que não esteja formalmente articulada em instrumentos legais (BROWN *et al*, 2006:66). O que se deve observar aqui é que o arranjo mais apropriado para se implementar essas recomendações é o da regulação por regulamento, onde as decisões regulatórias são tomadas com respaldo no ordenamento dado no regulamento, isso vale tanto para o domínio da regulação setorial como para o domínio de relacionamento entre as entidades governamentais. Ao passo que na regulação por contrato, com a agência atuando sob o modelo de administrador público, com extensa margem de liberdade para o administrador, persiste o ambiente para a tomada de decisões casuais em ambos esses domínios.

A diferença dos arranjos regulatórios na formulação da política regulatória recai, portanto, em como a substância regulatória é definida: diretamente no contrato na regulação por contrato; no regulamento na regulação por regulamento. Com efeito, tem-se uma política regulatória formulada de forma casual e imprevisível na regulação por contrato, com base no modelo de administrador público, e uma política regulatória formulada de forma

sistemática e previsível na regulação por regulamento, com base no modelo de agência reguladora no caso mais elaborado. A discussão sobre a influência dos arranjos regulatórios na formulação da regulação é importante porque a forma como a regulação se inicia vai ter consequências determinantes para os rumos dessa regulação.

Influência no processo formador da decisão regulatória

Na regulação por contrato cabe à agência reguladora a função de administrar o contrato, e nesse sentido ela atua interpretando as cláusulas contratuais. Dada a incompletude dos contratos, e ao estágio incipiente da regulação ferroviária à época da assinatura dos primeiros contratos, o administrador público atua para resolver as situações emitindo o seu juízo caso a caso, num complexo processo de interpretação em cadeia, que GUERRA (2017:64) denomina de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse contexto, não se pode garantir a uniformidade de entendimentos. Esse é um problema da discricionariedade administrativa em ambientes regulatórios complexos. Mesmo o conceito de discricionariedade precisa ser visto com um olhar atento para se compreender o seu real significado em Direito Administrativo.

Para SHIRATO (2009, *apud* COSTA, 2020) a discricionariedade administrativa são aquelas situações em que se confere ao administrador a faculdade de eleger uma dentre mais de uma solução possível ao caso concreto. Segundo o Autor, a discricionariedade pode decorrer de quatro situações distintas:

- (i) conferência expressa pelo comando normativo de discricionariedade; (ii) lacuna da norma jurídica quanto aos critérios de ação do administrador público; (iii) previsão legal expressa de mais de uma ação possível ao administrador no caso concreto; e (iv) existência de conceitos jurídicos indeterminados (i.e., conceitos fluidos, vagos, cuja precisa significação será dada no caso concreto pelo administrador) na hipótese normativa ou na consequência da ocorrência da hipótese, ou em ambas.

Para o Autor, a discricionariedade emerge de uma das quatro hipóteses acima mencionadas e está vinculada à realização prevista na norma criadora da legalidade, o qual não seria livremente definida pelo administrador público. O Autor menciona como duplo nível de discricionariedade a discricionariedade na lei e a discricionariedade no regulamento. A lei contém conceitos jurídicos indeterminados que deverão ser interpretados e dotados de concreção pela Administração Pública para aplicação ao caso concreto. No exercício de suas

competências discricionárias previstas na lei, a agência procura editar ato normativo que disciplinará ao menos parcialmente, de forma vinculante, o seu *modus* de atuação no exercício de competências discricionárias. Ao disciplinar normativamente (portanto, de forma geral e abstrata) os critérios, procedimentos e conceitos que adotará em determinada ação concreta, o administrador estará se vinculando ao conteúdo da norma (SHIRATO, 2009, *apud* COSTA, 2020).

Observa-se, dessa forma, que interpretar contratos discricionariamente ainda implica em adotar uma linha de coerência para os processos interpretativos. Dada a generalidade dos contratos, a agência ainda teria que definir procedimentos para dar consequência ao que foi iniciado nos contratos. Observa-se, assim, a necessidade de um regulamento mesmo na regulação por contrato.

E na ausência desse regulamento, quando a agência resolve atuar sob o modelo de administrador público na interpretação genuína dos contratos, o que acontece? Sem uma fórmula pré-estabelecida de atuar, ao ter que decidir caso a caso, segundo SHIRATO (2009), o administrador público se sujeita às normas do processo administrativo, isso significa que a sua decisão regulatória passa a existir inserta em um processo administrativo, com isso essa passa a ser parte de um encadeamento de atos interligados; dessa forma, como elemento fundamental na aferição da legalidade do manejo de competência discricionária, o administrador público deverá motivar e comprovar a consistência de sua decisão com tudo o que restou produzido ao longo do processo administrativo; com isso se produz a ampliação da legalidade, onde a noção de legalidade passa a não mais abranger somente a lei formal, mas sim a totalidade das normas jurídicas, incluídos os princípios jurídicos, a atividade administrativa passa ser vinculada não somente à lei formal, mas a todo o Direito; a ampliação da noção de legalidade trará como consequência o aumento do campo de apreciação do Poder Judiciário.

Nesse contexto, a administração de contratos se torna um trabalho muito árduo num sistema regulatório complexo como o de ferrovias, tanto quantitativa como qualitativamente. Por isso é mais apropriado o estabelecimento de procedimentos no nível de um regulamento para a administração eficiente dos contratos, buscando principalmente resguardar os aspectos de legalidade e legitimidade dos atos regulatórios. O estabelecimento de procedimentos complementares para cada contrato é um cenário bem melhor do que se ter que atuar como administrador público manejando conceitos jurídicos indeterminados. No entanto, uma vez que na regulação por contrato cada contrato tem a sua substância regulatória própria, haveria que se adotar um procedimento desse para a administração de cada contrato. Isso torna a regulação muito trabalhosa. Uma solução mais eficiente para a administração

regulatória seria ter um regulamento geral aplicável a todos os contratos, onde o contrato fosse parte do regulamento, e não se ter o regulamento como tributário do contrato.

O momento de proposição de um novo contrato também pode ser analisado sob a ótica da eficiência administrativa. Na regulação por contrato, todo o conteúdo regulatório é colocado no contrato, mas sem uma referência no regulamento para a substância regulatória, todo esse conteúdo inédito tem que ser submetido aos mecanismos de participação social presentes na regulação ferroviária federal brasileira, bem como ao controle exercido pelo TCU. Isso faz com que o processo seja moroso. E toda a vez que um novo processo de concessão for aberto, há que se repetir o mesmo procedimento. Se a substância regulatória que vai compor o contrato já estivesse previamente definida no regulamento, o processo de proposição de novas concessões seria mais célere, pois não haveria tanto o que se discutir sobre a fórmula a se aplicar. É apropriado se definir no regulamento a própria fórmula de como se fazer uma nova concessão, definindo-se desde os procedimentos preliminares até o conteúdo do contrato.

O Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura (BROWN et al, 2006) estipula o padrão *clareza e compreensibilidade das decisões regulatórias*, onde o método para tomada de decisão deve ser apresentado, com clareza, antecipadamente em documentos legais apropriados. Estipula o padrão *previsibilidade e flexibilidade*, onde as decisões regulatórias devem manter uma linha de coerência com o que foi produzido anteriormente e ainda preverem mecanismos para absorver as mudanças que se façam necessárias de forma gradual e adaptativa. Estipula o padrão *processo regulatório e transparência*, onde a agência reguladora deve ter definido claramente e publicizado o procedimento pelo qual ela produz, anuncia e publica as decisões regulatórias e suas justificativas. Essas recomendações, de publicização das regras regulatórias e do processo de tomada de decisão, são atendidas prontamente e sem ressalvas pela fórmula da regulação por regulamento.

A eficiência administrativa da regulação está intimamente relacionada ao processo formador da decisão regulatória. Para GUERRA (2018:230), a fórmula de se regular por meio de decisões discricionárias tomadas sob o manto da oportunidade e conveniência não é capaz de oferecer as soluções exigidas na regulação de sistemas complexos. O manejo inadequado da discricionariedade pode acarretar atritos entre os subsistemas regulatório e jurídico e, assim, impor uma resistência ao processo regulador.

Pode-se concluir que o primeiro passo para ter um processo decisório eficiente na regulação é se ter na origem um subsistema regulatório em

harmonia com subsistema jurídico. Nesse sentido, foi visto como a regulação por contrato, ao confiar no modelo de administrador público, fica na dependência de tomada de decisões discricionárias e aplicações de conceitos jurídicos indeterminados, e como isso torna a administração da regulação muito trabalhosa em um subsistema regulatório complexo. Foi visto também como a regulação por regulamento pode corrigir esse problema através de um processo formador da decisão embasado em regras regulatórias publicizadas no regulamento. Dessa forma, o processo formador da decisão evolui de uma abordagem casual e discricionária na regulação por contrato para uma sistêmica e vinculada à legalidade na regulação por regulamento, contribuindo para se eliminar os atritos entre o subsistema regulatório e o subsistema jurídico, o que, para GUERRA (2018:245), “tendem a produzir efeitos regulatórios mais eficientes”.

Influência na transparência da regulação

As regras regulatórias publicizadas no regulamento dão uma previsibilidade para a decisão regulatória bem maior do que quando se interpreta contratos pela aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Com a publicização das regras e procedimentos regulatórios no regulamento já se garante um primeiro nível de transparência.

Na regulação por contrato, cada contrato é feito caso a caso sem uma fórmula prévia regulamentada, mas com base no entendimento do administrador público que vai propor o contrato. O administrador que propõe o contrato também é quem vai administrá-lo. Então, relacionado à transparência, algumas perguntas devem ser feitas: quem é esse administrador e quem pode ter influência no processo de confecção do contrato? Qual é a consistência e a qualidade da substância regulatória assim produzida? Qual é a credibilidade irradiada por esse processo?

Atualmente a proposição de novo contrato no sistema ferroviário federal é de incumbência da agência reguladora. O que aparece como aprovado pela agência reguladora é o produto do contrato, baseado no entendimento do administrador público do que seja a melhor escolha, mas sem vinculação a uma fórmula regulamentada. Cabe esclarecer que mesmo que o processo tenha que ser submetido aos mecanismos de participação social, análise de impacto regulatório, e controle do TCU, ainda sobra uma margem muito grande para o administrador público impor a sua orientação. Mesmo anterior à redação do contrato, existe uma série de decisões tomadas para a preparação do contrato que se encaixam no conceito de decisões regulatórias e que, na ausência de uma fórmula estabelecida, estão sendo tomadas ao sabor do juízo do administrador público. Para GUERRA (2018:227), esse modelo aumenta o risco de

concentração e de excesso de poder nas mãos da Administração Pública, quando a regulação acontece sem referenciais objetivos na lei. Essa forma de confeccionar o contrato, definido caso a caso com base no entendimento do administrador público, é cópia fiel do modelo de administrador público mesmo quando a condução do processo é feita pela agência reguladora.

Esse modelo de administrador público, seguido pela agência reguladora para proposição de novo contrato, está mais suscetível à captura. Quando um novo contrato é proposto sem estar vinculado à regra anterior que o defina, é maior o risco de que ocorra direcionamentos. Tal hipótese não é mera ilação, LODGE *et al* (2017) constataram como corriqueira a prática do *gambling* em contratos de concessão de infraestrutura no Brasil, onde o termo *gambling* descreve a situação em que lances irrealistas são feitos nos leilões, refletindo um modelo de negócios com poucas chances de serem cumpridos, com o objetivo de se ganhar o direito de operação, já com a expectativa de se pleitear e obter a renegociação dos contratos. Em avaliação semelhante, GUASH (2004:87) constatou que comportamentos oportunistas, como a renegociação, são mais frequentes na regulação por contrato. É óbvio que tal situação só pode prosperar em um ambiente onde há falhas, incluída aí a conivência, na formulação dos contratos.

A regulação por contrato dá margem para direcionamentos na confecção do contrato, e, após o contrato entrar em vigor, as ações que se desenvolvem na administração do contrato ficam circunscritas às partes signatárias. Estamos falando de entendimentos que podem acontecer, que repercutem sobre a regulação, e que estão sob o domínio somente das partes integrantes da relação contratual. Um desses entendimentos pode ser a predisposição da agência reguladora fiscalizar com mais ou menos empenho uma determinada obrigação contratual. Uma coisa é se ter a obrigação como um compromisso contratual, que, dentre outros vários compromissos contratuais, pode passar despercebido, outra coisa é se ter a obrigação, e sua forma de fiscalização, definida no regulamento, onde passa a ser uma obrigação legal.

O que se pretende demonstrar com essa explanação é que a regulação por contrato dá margem para que a decisão regulatória seja feita ao sabor dos entendimentos entre as partes da relação contratual, de forma hermética, e sujeita a direcionamentos. Enquanto na regulação por regulamento um processo mais transparente seria obtido com as regras e procedimentos regulatórios publicizados no regulamento, com a definição das obrigações legais tanto dos entes regulados como do ente regulador.

Essas questões sobre transparência, inerentes à regulação por contrato, também terão reflexos na qualidade da substância regulatória apresentada no contrato. Será que estarão refletidas na substância regulatória do contrato as

melhores práticas regulatórias? Ora, se, no processo de confecção dos contratos, o administrador público conseguiu apurar a melhor técnica para a substância regulatória, é de se esperar que essa melhor técnica seja fixada no nível de um regulamento. Isso é um processo mais seguro do que confiar que o administrador público se esforçará para apurar a melhor técnica e que vai manter a uniformidade de entendimentos na proposição dos contratos futuros.

Na regulação por contrato é mais difícil mesmo se conhecer o regime regulatório, visto que cada contrato possui a sua substância regulatória própria. Já na regulação por regulamento se tem claro o regime regulatório exposto no regulamento. O conhecimento da regulação praticada é o primeiro passo para se refletir sobre a sua funcionalidade e, ainda, é essencial para que os entes interessados – governo, prestadores de serviço, usuários, academia, público em geral – tenham pleno conhecimento do que está acontecendo no setor regulado. Segundo (GUERRA, 2018:136), no Estado Regulador o governo abre mão do controle de um subsistema em prol de autoridade descentralizada dotada de independência regulatória. Assim, como perde a capacidade de dirigir diretamente o setor, na ausência de transparência, mesmo o Chefe do Poder Executivo pode carecer de conhecimento do que acontece no subsistema regulado.

É importante ter transparência de como é feita a regulação, ao mesmo tempo que é importante se conhecer com clareza qual é o produto dessa regulação, o que é efetivamente praticado como regulação, o regime regulatório, sendo que uma coisa leva a outra. Esse requisito de transparência para regulação, como foi visto, é prontamente atendido pelos mecanismos da regulação por regulamento, ao passo que na regulação por contrato é difícil mesmo se reconhecer o regime regulatório, visto que a substância regulatória é dada no âmbito de cada contrato, em um ambiente de informações circunscrito às partes da relação contratual. O regulamento é o mecanismo para se mitigar o risco considerável da falta de transparência no processo regulatório que pode ocorrer na regulação por contrato.

O Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura confere especial importância à transparência, considerando-a como um metaprincípio para a governança regulatória, junto com credibilidade e legitimidade. Segundo o Guia, o sistema regulatório deve operar transparentemente para que os investidores e consumidores “saibam os termos do negócio”, “quando os reguladores regulam em segredo, os consumidores tendem a assumir o pior – que o regulador ou o governo foi ‘capturado’ pelos novos investidores privados e que os consumidores acabarão pagando por esse ‘negócio secreto’” (BROWN *et al*, 2006:55). O Guia estipula o padrão de *governança de processos regulatórios e transparência*, em que se resume como

ideia central de que “o processo de tomada de decisão seguido pela agência deverá estar definido em regras claras e publicamente disponíveis” (BROWN *et al*, 2006:73).

Diante do exposto, observou-se como a transparência está relacionada a vários aspectos da regulação. A falta de transparência aumenta o risco de direcionamento e de conluio na regulação. Na regulação por contrato o processo de formulação da política regulatória é pouco transparente, pois feito caso a caso sob o modelo de administrador público, é imprevisível como serão elaborados o contrato e o seu conteúdo regulatório. Essa circunstância eleva o risco de se ter processos de direcionamento da concorrência, bem como o risco de captura ao se administrar esses contratos. Depois, esse processo casual e imprevisível dificulta mesmo se reconhecer o regime regulatório, o que traz um elemento de obscuridade na regulação que vai na contramão da transparência. Também se observa reflexos na qualidade da substância regulatória, pois como saber se a melhor técnica foi apurada para se definir a substância regulatória de cada contrato. Observou-se como essas falhas de transparência inerentes à regulação por contrato podem ser mitigadas por meio da regulação por regulamento, com as regras setoriais e procedimentos da agência reguladora sendo definidos de forma clara e publicizados no regulamento.

Influência na flexibilidade, dinamismo e evolução da regulação

O dinamismo se caracteriza como a capacidade de transformação da substância regulatória que, por sua vez, leva à evolução do sistema regulatório. Pode ser que depois de superar a fase de evolução, a substância regulatória de um subsistema regulatório chegue a um regime de estabilidade, mas até que isso aconteça são necessários mecanismos para se estar continuamente operando modificações nas regras. Para ARANHA (2018:53), a velocidade de transformação dos fatores influentes sobre os rumos do setor, o dinamismo, é uma realidade que deve ser tratada dentro do ordenamento jurídico.

Na regulação por contrato há uma maior dificuldade de se modificar o ajuste inicial por um receio de se frustrar o pacto selado, de que qualquer modificação venha frustrar o objeto da concorrência. Tal resistência existe mesmo em face do direito de regulamentação por parte do Poder Concedente. Esse zelo faz sentido até um certo ponto, para se prevenir o *gambling*, por exemplo, no entanto, contribui para deixar a regulação obsoleta em contratos de longo prazo.

Fazer a substância regulatória evoluir na regulação por contrato não é trivial, pois para se realizar uma modificação de alcance geral há que se operar modificações em vários contratos individualmente. Sendo que pode acontecer de esses contratos conterem substâncias regulatórias diferentes, o que exigiria

ajustes diferentes. Já na regulação por regulamento uma alteração feita no regulamento já estaria automaticamente replicada nos contratos. Nesse sentido, a regulação por regulamento é o arranjo que permite modificar a substância regulatória mais facilmente, permitindo se implementar o dinamismo de uma forma natural.

Ainda que se tenha a predisposição de se revisar os contratos periodicamente, deve-se considerar que a sua incompletude está relacionada também a limitação em se emular o ambiente de um sistema complexo por intermédio da linguagem jurídica presente no contrato, quando o mais apropriado seria pensar a regulação como um sistema lógica e funcionalmente estruturado, como aqueles encontrados nos modelos usados em linguagem computacional. Nesse sentido, dada a sua maior flexibilidade e trabalhabilidade, o regulamento permite que essa organização mais elaborada da regulação seja moldada na sua forma.

O que se faz no contrato é estipular direitos e obrigações entre as partes: Poder Concedente e concessionários. Como se observa nos contratos de concessões ferroviárias no Brasil, muitos dos direitos do Poder Concedente é uma mera declaração de um procedimento de atuação já institucionalizado, ou que assim deveria estar, e que, portanto, já é sabido, sendo desnecessário que se conste no contrato. É compreensível que esses tipos de cláusulas constassem nos primeiros contratos de ferrovia, pelo fato de que não havia ainda órgão regulador constituído, mas desnecessário nos contratos que sobrevieram a constituição da agência reguladora. É suficiente que a forma de atuação do órgão regulador esteja expressa no seu estatuto para não merecer menção no contrato. Esse tipo de matéria não é de natureza contratual.

A melhor solução para se organizar a regulação é desenvolver a substância regulatória em forma de módulos dentro do estatuto regulatório. Assim, por exemplo, a parte que corresponde aos direitos do Poder Concedente nos contratos ferroviários seriam contemplados exclusivamente dentro do estatuto, assim disciplinando todos os procedimentos cabíveis ao órgão regulador no exercício da função de regulação do subsistema. Cada componente da substância regulatória seria desenvolvido em um módulo, que conteria as regras regulatórias que materializam aquele componente. Assim, a substância regulatória presente no regulamento estaria replicada em todos os contratos, de tal sorte que diante de um novo contrato não seria mais necessário reescrever a fórmula. A fórmula já estaria determinada e pronta para uso.

Essa forma de se estruturar o regulamento em módulos contribui para a flexibilidade da regulação, pois sempre que for necessário atualizar um componente da substância regulatória já se tem delimitado a área do regulamento a ser trabalhada. Basta atualizar esse componente que o seu

conteúdo já está valendo para todos os contratos, não sendo mais necessário esperar 15 ou 20 anos até se finalizar um contrato para, então, introduzir-se um aperfeiçoamento somente na sua renovação. É menos custoso agir assim do que se trabalhar contrato a contrato para se operar as modificações.

Se do ponto de vista da estrutura funcional essa solução se mostra satisfatória para tratar o dinamismo, não se pode deixar de considerar as questões de natureza jurídicas, contratuais e regulatórias envolvidas. Considerando a visão de que uma alteração no contrato gera o risco de se promover uma mutação nos contratos conflitante com o estabelecido nos instrumentos de licitação, essa situação é resolvida na regulação por regulamento uma vez que a própria forma dos instrumentos da licitação – edital e contrato – estariam definidos no regulamento, em vez de serem estabelecidos caso a caso para cada novo contrato. Ademais, esses instrumentos estariam referenciando componentes da substância regulatória já definidos ao longo do regulamento. Dessa forma, qualquer alteração teria validade geral para todos os contratos e, assim, estaria reduzida a margem para se revisitar um contrato em particular e modificar um ponto segundo um interesse específico, diminuindo assim a possibilidade de *gambling*.

Dessa forma, o processo regulatório não estaria voltado para a definição do conteúdo regulatório de um contrato individualmente, e sim para a definição de uma forma geral de contrato. Mas ainda haveria os parâmetros dos contratos que deveriam ser respeitados independentemente de como a substância regulatória esteja definida. Para trazer um exemplo elucidativo, os parâmetros que descrevem a remuneração do lance vencedor do leilão devem ser preservados, ainda que possa haver alteração na fórmula de cálculo de equilíbrio econômico-financeiro, e esse equilíbrio entre fórmula e parâmetro deve ser buscado exaustivamente de tal forma a evitar conflitos. É preferível se ter uma fórmula flexível, com critérios para acertos, a um conjunto de prescrições rígidas incapazes de resolver uma situação concreta.

O maior interesse do concessionário recai na sua remuneração, e isso deve ser preservado conforme o pacto selado. No entanto, a prestação do serviço público deve atender ao interesse público. Portanto, não há que se falar em quebra do pacto diante de uma atualização da forma de prestação do serviço que vise aperfeiçoar a técnica que leve a uma melhoria do serviço. Para tanto, deve-se garantir que as modificações não sejam abruptas a ponto de afetar a capacidade de prestação do serviço por parte do concessionário, nem afetar a sua remuneração.

Para se permitir uma transição segura na atualização do regulamento são desenvolvimentos instrumentos regulatórios, como o de participação social e de análise do impacto regulatório, que permitem que as modificações no

regulamento aconteçam de forma gradual, previsível, sem ferir direitos dos agentes regulados, mas permitindo a regulação incorporar os aperfeiçoamentos necessários.

O Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura estipula o padrão de governança *previsibilidade e flexibilidade*, que indica que o processo decisório deve manter uma linha de coerência com o que foi praticado antes, mas também prever os mecanismos para se realizar as mudanças que se façam necessárias de forma gradual e adaptativa”, (BROWN et al, 2006:66).

Diante do exposto, observou-se a importância de se ter uma regulação flexível como forma de se obter uma regulação atualizada. Ao se analisar como os arranjos regulatórios convivem com a flexibilidade, verificou-se que na regulação por contrato é mais difícil se modificar as cláusulas contratuais, ainda mais num sistema com vários contratos, e que o meio mais fácil e ágil para se implementar a flexibilidade, que conta com instrumentos preparados para isso, é pela regulação por regulamento.

Influência na segurança jurídica

Uma das características presentes na regulação por contrato do sistema ferroviário federal brasileiro é ter a substância regulatória definida de forma generalista nas cláusulas contratuais. Essa generalidade faz com que as disposições regulatórias estejam a depender de regulamentações ulteriores para ganhar um sentido preciso e, com isso, passar a ter eficácia. Essas regulamentações nunca são feitas na medida que seriam necessárias.

Essa generalidade da regulação embutida nos contratos leva a que as decisões regulatórias sejam tomadas com base na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. É importante ter um regulamento bem elaborado, com regras regulatórias claras e precisas, para dar qualidade às decisões regulatórias. A ausência deste regulamento traz um elemento de imprevisibilidade, ao deixar muitas situações em aberto, tornando mais difícil de se tomar uma decisão regulatória. Isso deixa margem para o questionamento dessas decisões nas esferas administrativa e judicial. Dessa forma, aumenta-se o potencial de conflitos e a complexidade de sua resolução. Isso traz um elemento de incerteza para os rumos da regulação. Um regulamento bem especificado facilitaria a resolução dos conflitos mesmo quando esses fossem levados à esfera judicial.

Um exemplo que ilustra bem esse cenário é apresentado em Pinheiro (2017: págs. 303-337). Trata-se da revisão tarifária promovida pela ANTT no sistema ferroviário federal em 2011. Essa revisão tarifária aconteceu por provocação da Controladoria Geral da União – CGU. A associação que representa os concessionários julgou descabida a revisão, julgando equivocada

a interpretação que foi dada à cláusula 8.2 dos contratos pela ANTT, que essencialmente daria ao Poder Concedente liberdade para alterar arbitrariamente as tarifas, desrespeitando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (*Ibidem*: 304). Cabe ressaltar que em 2011 já se haviam passados 15 anos do início das concessões, ou seja, metade do prazo previsto, sem que tivesse havido revisões tarifárias, a partir daí a ANTT define a metodologia para a revisão tarifária. Para Pinheiro (*Ibidem*:320), a ANTT teria criado um novo contrato de concessão no que tange aos aspectos remuneratórios, visto que “a adoção de uma nova metodologia de cálculo, alterando ou criando critérios, em si, para definir as tarifas, além de violar, de forma superveniente, o instrumento convocatório que informou a concessão e a formação da tarifa (art. 4º e 9º, da Lei nº 8.987/1995), equivale a mais direta alteração unilateral da cláusula econômica da concessão”.

Não se faz necessário tomar partido dessa discussão para se constatar que o imbróglgio se formou por lacunas nos contratos de concessão que, por sua vez, deu margem para os defensores da regulação por contrato argumentarem que a agência reguladora estava indo por caminhos não previstos inicialmente. Isso demonstra como situações mal especificadas, tanto do ponto de vista formal como material da regulação, podem gerar incertezas e dificultar a tomada de uma decisão regulatória, trazendo assim insegurança jurídica.

A regulação capaz de mitigar a insegurança jurídica deve deixar claro não somente as regras de funcionamento setorial como também os mecanismos para tratamento das contingências regulatórias, como as relacionadas às necessidades de atualização do regulamento, por exemplo. Dessa forma a agência reguladora passa a ter legitimidade para atuar e fazer valer a sua autoridade. O vetor para se obter essa qualificação é o regulamento bem especificado, que seja capaz de dar um tratamento preciso às situações envolvidas na regulação, que deixe claro os mecanismos de decisão regulatória e que elimine as generalidades e a necessidade de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados para se regular.

O Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura estipula o padrão de governança *direitos contratuais e de propriedade* (BROWN *et al*, 2006:65), onde se observa que nenhuma ação que afete a propriedade ou direitos contratuais devem ser tomadas sem critérios, e sem o direito de contestação da parte afetada e, para ter essa garantia, que a entidade reguladora não deve tomar nenhuma ação que não tenha o procedimento formalmente definido e publicizado.

Para Guerra (2017:371) o princípio da segurança jurídica se assenta na manutenção da previsibilidade do pacto. O Autor constata que a segurança jurídica se encontra em posição desfavorável quando os “meios de

materialização dos comandos normativos técnicos encontram-se no campo da discricionariedade administrativa” (*Ibidem*: 407), e aponta as vantagens na padronização dos mecanismos de edição de normas regulatórias para reduzir, naquilo que for possível, incertezas no Direito Administrativo brasileiro (*Ibidem*: 397).

Diante do exposto, observou-se que a insegurança jurídica está associada à imprevisibilidade, à falta de referência a regras ou procedimentos para se tomar uma decisão regulatória, sendo necessário recorrer a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, com todas as consequências daí advindas. Esse cenário é o retrato que se observa na administração por contrato, sobretudo pela generalidade das regras regulatórias definidas no contrato, sendo que essa situação pode ser corrigida pela regulação por regulamento, com a substância regulatória definida no regulamento.

Influência na competitividade

A competição no sistema de concessões ferroviárias acontece principalmente no momento da disputa pela prestação do serviço, ainda que possa haver competição na prestação do serviço, dependendo de como os segmentos ferroviários foram modelados e distribuídos para permitir essa competição entre os operadores ferroviários. Em todo o caso, o nível de competição é dependente de como a concessão foi planejada.

A operação do serviço ferroviário exige altos volumes de investimentos e operador altamente especializado. O operador que reúne tais condições deve ser buscado no âmbito nacional e internacional, num sistema regulatório interessado em potencializar a competição. Esse maior número de interessados só serão atraídos se os mesmos conhecerem o sistema regulatório e nele confiarem. O primeiro passo para que isso aconteça é a regulação operar com base em regras claras e transparentes, bem como que essas regras tenham a consistência necessária, isso para dar a credibilidade ao sistema regulatório que os investidores interessados em operar estão esperando.

A regulação por regulamento é mais propícia para se construir tal ambiente, com regras claras e publicizadas no regulamento, permitindo se obter uma regulação estável e previsível. De outra forma, com a regulação sendo feita a cada contrato na regulação por contrato, é difícil para os agentes saberem que substância regulatória estará presente nos contratos futuros. Depois que o certame competitivo se inicia, o tempo é escasso para que um interessado, principalmente entrante no sistema, possa conhecer o ambiente regulatório envolvido em cada contrato e, com isso, fazer suas análises. Melhor do que fazer uma análise caso a caso seria conhecer as propriedades sistêmicas da regulação, dessa forma o conhecimento do regime regulatório estaria à vista de todos, e

todos teriam muito mais capacidade de fazer suas avaliações. Ainda pesa o fato de que a regulação por contrato vem sofrendo críticas no Brasil por facilitar o direcionamento dos processos de concorrência, o que frustra a expectativa de dar credibilidade à intenção de promover a competitividade em qualquer subsistema regulatório.

No Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura se aponta indicadores de competitividade para a regulação de setores de infraestrutura, em que consta o número e qualidade dos competidores no processo licitatório, BROWN *et al* (2006:163). Para atrair os competidores é necessário que os procedimentos sejam pensados dentro da regulação, ou seja, já inseridos no regulamento. Se não for assim, nada garante que o administrador público vai contemplar critérios de competitividade quando estiver elaborando cada processo de concorrência pela regulação por contrato.

Diante do exposto, observou-se que a competição em regimes de concessão de serviço público acontece principalmente na disputa pela operação, que depende do planejamento para a competição dado na modelagem do processo de concorrência, e que para se atrair o maior número de competidores para a concorrência é preciso afastar qualquer tipo de desconfiança com relação a possíveis direcionamentos, bem como é necessário deixar a mostra todas as propriedades do regime regulatório, para permitir que os interessados tenham todos os subsídios necessários para fazerem suas avaliações. Como ficou demonstrado, o arranjo regulatório que melhor permite obter esses atributos essenciais para a competitividade é a regulação por regulamento.

Influência na qualidade da regulação

A qualidade da regulação nada mais é que o reflexo de vários atributos de boas práticas regulatórias incorporados na regulação. Nesta seção foi desenvolvido um método que avalia os resultados produzidos pelos arranjos regulatórios em seis dimensões da regulação, sendo que, como se demonstrou, esse conjunto contempla os principais critérios de avaliação de sistemas regulatórios para infraestrutura desenvolvidos em BROWN *et al* (2006). Assim, a qualidade da regulação produzida pelos arranjos regulatórios pode ser analisada pela ótica da resposta dada ao conjunto de componentes dessa base, que são: 1) formulação da regulação; 2) processo formador da decisão; 3) transparência; 4) dinamismo; 5) segurança jurídica; 6) competitividade. A seguir se resume os resultados observados.

Na regulação por contrato a formulação da regulação é feita caso a caso no âmbito de cada contrato, assim como caso a caso também é feita a administração do contrato, o que vai gerar muito trabalho para se formular e administrar o contrato, à medida que cresce o número de contratos. Nesse

cenário, a regulação se torna rígida, sem dinamismo. O processo de formação da decisão regulatória nesse sistema é complexo, pois baseado na aplicação de conceitos jurídicos e tendo que obedecer ao regime de processo administrativo, além de muito trabalhoso, estará sujeito a muitos entraves e vulnerável a questionamentos. Observa-se, assim, um processo de administração da regulação pouco eficiente. O sistema é suscetível a direcionamentos, seja na formulação como na administração do contrato, o que o torna pouco transparente. Nesse cenário, não é possível se reconhecer mesmo um regime regulatório e se conhecer as regras do jogo com clareza, o que afeta mais ainda a transparência, traz insegurança jurídica, e mina a competitividade, pois desestimula novos entrantes a se arriscarem a operar em tal ambiente regulatório obscuro.

Nesse cenário traçado para a regulação por contrato não se trata de adotar um tom alarmista baseado em uma hipotética possibilidade de ocorrer as falhas expostas, mas, uma vez que a vulnerabilidade existe, é grande o risco que o sistema regulatório venha a funcionar acomodado na convivência com essas falhas, as vezes sem ter consciência que as mesmas existem, ou mesmo deliberadamente tirando proveito delas.

Sendo assim, vejamos o comportamento do outro arranjo regulatório pela mesma base de critérios. Na regulação por regulamento a formulação da regulação é feita no regulamento, ou seja, é possível se conhecer o regime regulatório publicizado no regulamento, o que dá conhecimento e confere transparência em relação à regulação praticada. O estatuto regulatório vale para todos os contratos, dando um procedimento padrão de administração dos contratos, facilitando assim esse trabalho. O processo formador das decisões tem o regulamento como guia, onde a substância regulatória pode estar definida com muito mais densidade, ou seja, as questões que envolvem a regulação podem estar aí mais precisa e completamente resolvidas, resolvendo assim tantos os aspectos técnicos quanto formais inerentes à legalidade das decisões, o que implica numa frequência muito menor de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo administrador, levando assim a um processo formador da decisão mais eficiente do ponto de vista do processo administrativo e menos suscetível a questionamentos. A regulação se torna mais dinâmica, pois um novo aperfeiçoamento pode ser muito mais facilmente incorporado ao regulamento do que ao contrato, permitindo assim se ter uma substância regulatória sempre atualizada. Ao se favorecer a transparência, com o regime regulatório publicizado no regulamento, com o processo formador da decisão baseado em regras regulamentares, reduz-se a margem para ocorrência de imprevisibilidades nas decisões regulatórias, reduzindo as incertezas e com isso a insegurança jurídica na regulação. Da mesma forma, a transparência e o

conhecimento do regime regulatório contribuem para aumentar a competitividade na regulação por regulamento. Primeiro porque com o procedimento de disputa definido em regras regulatórias, e não de forma casual a cada certame, isso diminui as chances de a entidade reguladora direcionar o processo, aumentando a confiança quanto a sua imparcialidade. Depois, com o regime regulatório conhecido, facilita para os interessados avaliarem a possibilidade de entrar na competição, isso tem o potencial de atrair o maior número de interessados.

Ao se avaliar a qualidade da regulação produzida pelos arranjos regulatórios, considerando a base de comparação adotada, o resultado observado em cada dimensão vai repercutindo em cadeia de uma dimensão para outra dimensão para formar a qualidade geral da regulação atribuída ao arranjo regulatório. Nesse sentido, observou-se como a regulação por regulamento possibilita uma qualidade da regulação melhor do que a da regulação por contrato.

Cabe ressaltar que a regulação por contrato é viável como o primeiro estágio de um sistema regulatório, mas à medida que o sistema cresce e evolui em termos de conhecimento, a técnica de se elaborar a substância regulatório contrato a contrato evidencia as suas limitações, pois é trabalhosa de se operar, carrega um mecanismo decisório ineficiente, é fator que causa estagnação da regulação e eleva o seu risco moral. Outro fator a se destacar é que não é possível regular um subsistema complexo como o de ferrovias sem que exista um mínimo de planejamento sistêmico, sob o risco de se perder no meio do caminho. A abordagem incremental da regulação por contrato não favorece esse planejamento. Por outro lado, na regulação por regulamento, esse planejamento é favorecido à medida que o próprio regulamento já é o instrumento portador de planejamento, uma vez que permite que se pense a estrutura dos procedimentos que orientarão a regulação.

Cabe destacar que tal ordem de regulação superior conseguida pela regulação por regulamento somente é possível na presença de entidades reguladoras com poderes especiais para atuar, como o poder normativo. Mas, se diante da presença de tal entidade reguladora, a regulação estiver sendo praticada nos moldes da regulação por contrato, estará operando aquém das possibilidades e, portanto, desperdiçando recursos.

CONCLUSÃO

Este trabalho iniciou apresentando um panorama do atual modelo de regulação ferroviária brasileira, apontou-se como ponto de partida para o modelo o processo de desestatização da rede ferroviária federal em posse do Estado, alinhado a um movimento de abrangência mundial pela mudança na

função do Estado no que diz respeito à governança do ambiente socioeconômico. Explicou-se como aconteceu no Brasil as reformas institucionais que permitiram a mudança do regime de prestação de serviços públicos do público para o privado e como essa transição aconteceu no transporte ferroviário pela repartição da malha original em vários trechos, e as suas respectivas concessões à iniciativa privada. Assim, o modelo de regulação ferroviária brasileira surgiu como a administração individual de vários contratos de concessão.

Foi visto como, sobre o aspecto funcional regulatório, essas circunstâncias iniciais reproduzem o arranjo regulatório da regulação por contrato, onde a substância regulatória está embutida nos contratos. Em análise preliminar, ao se analisar as propriedades desse arranjo, já se identificou algumas limitações da regulação por contrato para se promover a regulação eficiente de um subsistema complexo como o de ferrovias, no entanto, constatou-se que a regulação por contrato é interessante como um primeiro estágio de um sistema que está se iniciando, pois permite se implementar um modelo regulatório mesmo antes de se dispor de um aparato institucional mais elaborado. Dessa forma aconteceu na regulação ferroviária brasileira, onde a agência reguladora foi instituída depois que o modelo começou a operar. Isso justifica a adoção da regulação por contrato num primeiro momento.

Com o aparecimento da agência reguladora, outras formas de organização da regulação se tornaram possíveis, mas chamou a atenção o fato de que, depois de mais de duas décadas da criação da agência, a regulação por contrato segue dominante na regulação ferroviária brasileira. Com esse diagnóstico, chegou-se aos objetivos deste trabalho, que foram: 1) identificar quais as formas de organização da regulação são possíveis segundo o aparato institucional desenvolvido para a regulação ferroviária federal brasileira; 2) e avaliar os seus desempenhos. Cabe ressaltar que embora esses objetivos tenham se transformado nos principais resultados extraídos deste trabalho, eles surgiram subsidiariamente como uma necessidade de buscar instrumentos para se avaliar o sistema de regulação ferroviária brasileiro de forma objetiva, e para isso foi necessário desenvolver um método capaz de relacionar os comandos regulatórios com os resultados observados para a regulação e avaliar a eficiência do conjunto. Assim, as formas de organização da regulação, também denominadas de arranjos regulatórios, identificadas como possíveis, foram as da regulação por contrato e da regulação por regulamento.

O método para se avaliar os arranjos regulatórios consistiu em tomar como referência a metodologia desenvolvida no Guia de Avaliação de Sistemas Regulatórios para Infraestrutura (BROWN *et al*, 2006), para montar uma base de critérios que desse respaldo à comparação objetiva entre os arranjos

regulatórios. O Guia de Avaliação define padrões que devem estar presentes na regulação e indica como esses padrões devem ser trabalhados para se alcançar a regulação de excelência. Com base nesses padrões, formulou-se uma base de seis dimensões da regulação que serviram como critério para a comparação entre os arranjos regulatórios. Cabe ressaltar que embora essa base esteja amparada nos padrões do Guia de Avaliação, a mesma está articulada numa ordem própria, que se julgou mais apropriada para se mostrar as propriedades mais críticas da regulação ferroviária brasileira na atualidade. A base de seis dimensões da regulação é composta por: 1) formulação da regulação; 2) processo formador da decisão; 3) transparência; 4) dinamismo; 5) segurança jurídica; 6) competitividade. A seguir se resume, por dimensão dessa base, os resultados verificados na comparação entre os arranjos regulatórios.

A formulação da regulação é feita caso a caso com a substância regulatória materializada nos contratos na regulação por contrato, e sistematicamente com a substância regulatória materializada no regulamento na regulação por regulamento. Com efeito, a regulação por contrato está associada ao modelo de gestão pelo administrador público, e à regulação por regulamento está associada ao modelo de gestão por agência reguladora. Dada a incompletude dos contratos, é muito difícil se conseguir prever todas as situações num contrato, a confecção de cada contrato gera muito trabalho e é demorada, sobretudo pela incidência do controle externo brasileiro, e como cada contrato tem a sua própria substância regulatória, o regime regulatório é mais difícil de ser notado na regulação por contrato. Com o regime regulatório definido no regulamento, é menos trabalhoso agregar um novo contrato, pois a substância regulatória já está pronta e é aplicável a todos os contratos, esse é o primeiro ganho de desempenho da regulação por regulamento em relação à regulação por contrato. Para a formulação da regulação é suficiente se descrever apenas essas características principais dos arranjos regulatórios, pois como o desenvolvimento da regulação estará vinculado ao arranjo regulatório, outras características que decorrem da escolha do arranjo regulatório estarão refletidas nas outras dimensões da base, vistas a seguir.

Com relação **ao processo formador da decisão**, observou-se na regulação por contrato maior esforço administrativo para se produzir uma decisão em decorrência de um processo formador da decisão complexo – pois largamente dependente da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, sendo que a qualidade da decisão assim produzida também é frágil, pois torna-se vulnerável a questionamentos, isso faz com que o processo formador da decisão esteja sujeito a muitos entraves -, que se agrava à medida que cresce a quantidade de contratos, visto que cada contrato pode ter uma substância regulatória própria, exigindo um mecanismo de administração próprio. Essa

situação é característica da regulação por contrato, dada a incompletude natural dos contratos, que se agrava por falhas na confecção do contrato, como a substância regulatória incorporada de forma casual e desordenada, sem que sejam pensadas estratégias de harmonização entre os subsistemas jurídico, administrativo e regulatório para se obter um processo formador de decisão eficiente. Essa situação é corrigida na regulação por regulamento com o regulamento exercendo a função de harmonizador dos referidos subsistemas e de ordenador e racionalizador dos procedimentos regulatórios. O regulamento serve para permitir se materializar o aspecto legal dos procedimentos regulatórios, fazendo com que as decisões regulatórias sejam tomadas como atos administrativos vinculados, o que confere mais celeridade e eficácia nas tomadas de decisões regulatórias, sendo que esse mecanismo trabalha tanto melhor quanto mais desenvolvido esteja o regulamento. O que se observa, dessa forma, é que a regulação por regulamento permite implementar um processo formador da decisão mais eficiente do que é possível se conseguir com a regulação por contrato.

Com relação à **transparência**, observou-se na regulação por contrato que a substância regulatória formulada caso a caso no contrato, sem um regime regulatório, ao sabor das preferências do administrador público, que da mesma forma vai administrar o contrato, fazendo com que muitas informações sobre a administração do contrato fiquem represadas entre as partes da relação contratual, gera um ambiente regulatório turvo, sem critérios, imprevisível, com brechas ao conluio entre as parte e que pouco privilegia a divulgação de informação, o que vai refletir como falhas na transparência. A transparência é maior na regulação por regulamento, visto que o próprio regime regulatório está publicizado no regulamento, dessa forma é possível se conhecer quais regras e procedimentos compõem a regulação e, com isso, conhecer suas propriedades e avaliar a sua capacidade de operar o subsistema regulado, coisa que é mais difícil de acontecer na regulação por contrato pela dificuldade mesmo de se reconhecer o regime regulatório.

Com relação ao **dinamismo**, observou-se um processo emperrado na regulação por contrato, pois, pelo fato de a substância regulatória estar no contrato, para se modificar um procedimento regulatório há que se alterar vários contratos, sendo que esses contratos podem ter substâncias regulatórias diferentes, o que torna a tarefa mais trabalhosa. Na regulação por regulamento o dinamismo é automático, pois a modificação de um procedimento regulatório na regulação acontece alterando a parte do regulamento correspondente ao procedimento que, dessa forma, a nova disposição passa a valer para todos os contratos. Dessa forma, na regulação por regulamento é muito mais fácil de se trabalhar o dinamismo do que na regulação por contrato.

Com relação à **segurança jurídica**, observou-se que na regulação por contrato a ausência de um regime regulatório precariza o processo formador da decisão, que deve ser feito com base em interpretação de contrato e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o que traz imprevisibilidades e incertezas, o que é sinônimo de insegurança jurídica. Na regulação por regulamento com o regime regulatório publicizado no regulamento, as decisões regulatórias tomadas com base no regulamento são mais consistentes e, assim, menos sujeitas a questionamentos, e mesmo os litígios são mais facilmente resolvidos quando acontecem em face de regras regulatórias. Nesse sentido, a regulação por regulamento tende a causar menos insegurança jurídica, e a segurança jurídica será tanto maior quanto mais elaborados forem os procedimentos regulatórios abarcados no regulamento.

Com relação à **competitividade**, em regimes de concessão a competição acontece principalmente na disputa pela prestação do serviço. Na regulação por contrato, com cada certame feito caso a caso, sem um regime regulatório, num ambiente pouco transparente, aumenta-se o risco de direcionamentos, esses fatos inibem a atração de mais competidores para a disputa. Na regulação por regulamento, com o regime regulatório publicizado no regulamento, inclusive disciplinando a forma de disputa, isso traz conhecimento e mais subsídios para que os potenciais competidores façam as suas avaliações. Isso é um elemento chave para atrair mais interessados.

Ao se observar os efeitos por dimensões da regulação produzidos por cada arranjo regulatório, considerando o conjunto das dimensões analisadas, extrai-se a qualidade da regulação que pode ser obtida com a utilização de cada arranjo regulatório, ou seja, os resultados que podem se esperar para a regulação com a utilização do arranjo regulatório. Esses resultados demonstram que a regulação por regulamento é o arranjo regulatório capaz de resolver melhor os pontos críticos que devem ser enfrentados pela regulação para se obter uma regulação de qualidade. Não se pode olvidar que o melhor desempenho da regulação por regulamento acontece em virtude do uso de instrumentos mais elaborados de atuação, como o poder normativo para se trabalhar o regulamento, possível com o advento da agência reguladora. Como se demonstrou, o regulamento é o vetor que permite resolver os entraves da regulação. Portanto, pode-se falar em capacidades regulatórias antes e depois da agência reguladora.

Deve-se observar que embora o cenário de análise deste estudo tenha se baseado principalmente na regulação de um subsistema de concessões ferroviárias, foram estudadas as propriedades gerais de um regime de concessão, o que faz com que os conceitos estudados sejam aplicáveis a qualquer subsistema de concessões.

Conhecidas as propriedades dos arranjos regulatórios e a sua relação com a qualidade da regulação, é possível resumir o seguinte quadro observado para a regulação do sistema brasileiro de concessões ferroviárias. Observou-se como desde a sua origem até os dias de hoje a regulação por contrato prevalece no sistema de regulação ferroviária brasileiro, isso é corroborado pelos mais recentes contratos assinados, sobretudo na fase então denominada de repactuação. Embora o sistema tenha crescido, abrangendo as etapas de concessão de exploração das ferrovias já construídas e incorporando a construção de novas ferrovias, não há um regulamento desenvolvido pela agência reguladora, ou emanado de lei, organizando o setor como um todo, ou mesmo organizando os serviços em funcionamento com a substância regulatória necessária para se regular com qualidade um subsistema complexo como o de ferrovias. Observou-se também que há uma confusão de atribuições entre o Governo Central e a agência reguladora, sendo que a agência reguladora tem sido requisitada para atuar fora da sua função reguladora, como mero órgão supervisor da execução de obras. Essa ausência do instrumento de organização e planejamento dado no regulamento tem emperrado o desenvolvimento da regulação ferroviária, os novos contratos demoram a sair do papel, e são de qualidade duvidosa, a reordenação setorial tentada para se instituir o modelo horizontal falhou principalmente por menosprezar a importância de um ordenamento legal bem estruturado. O principal diagnóstico observado é que, com a regulação por contrato ainda predominando na regulação ferroviária brasileira, a agência reguladora faz pouco uso do seu poder normativo para desenvolver o regulamento como instrumento de atuação, prefere atuar sob o modelo de administrador público, e com isso a regulação opera num nível aquém das suas possibilidades.

Em síntese, o que se buscou neste trabalho foi levantar a importância de se pensar a organização da regulação e os benefícios que isso pode trazer para se conhecer, planejar e avaliar os sistemas regulatórios, onde foram apresentados dois arranjos regulatórios aplicáveis aos regimes de concessões, como eixos ordenadores da regulação, a regulação por contrato e a regulação por regulamento, e demonstrado o papel que esses arranjos regulatórios exercem no desenvolvimento da regulação. Cabe concluir ressaltando que esse trabalho foi uma primeira abordagem para se desenvolver instrumentos que permitam discutir com mais propriedade a regulação praticada no Brasil, mas que obviamente esses instrumentos estão passíveis ainda de serem bem mais aprimorados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLI, Rodrigo Girdwood. **Os Mecanismos de Financiamento das Ferrovias Brasileiras**, 2017. Dissertação apresentada na Universidade Federal do Rio de Janeiro – COPPE.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.
- ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. Imprensa: London, Laccademia Publishing, 2018.
- BANDEIRO DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BENINI, Rafael Antonio Cren. **Avaliação econômico-financeira das concessionárias de ferrovias no Brasil: uma análise de precificação de frete**. Dissertação- Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, 2012.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão nº 2.195/2018**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Processo TC 026.071/2017-17. Ata 36/2018. Brasília-DF. Sessão 19/09/2018.
- BROWN, Ashley C.; STERN, Jon; TENENBAUM, Bernard with GENCER, Defne. **Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems**. World Bank Publications, 1st edition (June 7, 2006).
- COSTA, Adriano Soares da. **Poder normativo e regulação ferroviária no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 197-208, abr./jun. 2018.
- . **A relação regulamentar-contratual e os reflexos na regulação ferroviária**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 68, p. 171-211, jan./mar. 2020.
- DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. **Regulação e Concorrência no transporte Ferroviário: um estudo das experiências brasileira e alemã**. In: Coleção Jovem Jurista / Evandro Proença Süsseskind...[et al.]. – Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV DIREITO RIO. – 2014. 336p.
- ; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário**. 1º. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum,2003.
- . **Direito administrativo**. - 21. ed.- São Paulo: Atlas, 2008.

- GUASCH, J. Luis. 2004. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions : Doing it Right**. WBI Development Studies. Washington, DC: World Bank. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15024> License: CC BY 3.0 IGO.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 4. ed.rev. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 461p.
- LODGE, Martin; VAN STOLK, Christian; BASTISTELLA-MACHADO, Julia; SCHWEPPENSTEDDE, Daniel; Stepanek, Martin. **Regulation of logistics infrastructure in Brazil**. Published by the RAND Corporation, Santa Monica, Calif., and Cambridge, UK, 2017.
- PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias**. Rio de Janeiro: Editora FGV:FGV, IBRE, 2017.
- SCHIRATO, Vítor Rhein. **Discricionariedade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 17, fevereiro/março/abril, 2009.
- SCOTT, Collin. **Standard-Setting in Regulatory Regimes**. In: Baldwin, Robert; Cave, Martin; Lodge, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, 2013.
- SOUSA, R.A.; PRATES, H.F. **O Processo de Desestatização da RFFSA: principais aspectos e primeiros resultados**. 1997 Disponível em: < <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/13817?mode=full> >
- SOUTO, Marcos Jurueña Villela. **Função Regulatória**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 13, fevereiro/março/abril, 2008.
- YEUNG, Karen. **The Regulatory State**. In: Baldwin, Robert; Cave, Martin; Lodge, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, 2013.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

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

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

E-mail: nds@unb.br

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