

REFORMANDO MARCOS REGULATÓRIOS DE INFRAESTRUTURA – PRIMEIRAS NOTAS AO CASO DAS FERROVIAS

Leonardo Coelho Ribeiro*

Sumário: Introdução. 1. O modelo atual de delegação do serviço público de transporte ferroviário de cargas. 2. Colocação preliminar: reformando marcos regulatórios de infraestrutura. 2.1. Reforma regulatória e estabilidade institucional. 2.2. Reforma de marcos regulatórios de infraestrutura: peculiaridades e o caso do setor ferroviário. 3. O novo modelo regulatório das ferrovias. 3.1. A Empresa de Planejamento e Logística e o Programa de Investimentos em Logística. 3.2. Panorama do novo modelo regulatório de delegação das ferrovias. 4. Fragilidades jurídicas das inovações do modelo de delegação proposto para o setor de ferrovias. 4.1. Ausência de marco legal prevendo o novo modelo e seu regime de coexistência com o modelo atual. 4.2. A desverticalização das ferrovias e suas limitações. 4.3. Repartição de riscos: a assunção do risco da demanda pela VALEC. 4.4. A falta de garantias institucionalizadas da delegação e o risco VALEC. 4.5. A antecipação de receitas sem previsão legal. 5. Conclusão.

Introdução

Os gargalos de infraestrutura¹ e seus perversos efeitos para o desenvolvimento nacional nunca estiveram em tanta evidência.

Tem sido lugar comum assistir a noticiários evidenciando os impactos que a precariedade da infraestrutura logística (ferrovias, rodovias, portos e aeroportos, principalmente) vem causando à competitividade e ao desenvolvimento do país.

* Mestrando em Direito Público pela UERJ. Especialista em litígios e soluções alternativas de conflitos pela FGV Direito Rio (*LL.M Litigation*). Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial, Estado e Regulação na FGV Direito Rio, EMERJ e UCAM. Advogado.

¹ Segundo Neil Grigg: “Infraestrutura se refere aos sistemas físicos que fornecem transporte, água, edificações e outras instalações públicas necessárias para satisfazer as necessidades sociais e econômicas do homem. As pessoas necessitam dessas instalações, independentemente do seu nível de desenvolvimento econômico. Quando a infraestrutura não está presente ou não funciona adequadamente, é impossível fornecer os serviços básicos como distribuição de alimentos, abrigo, atendimento médico e água potável segura. A manutenção da infraestrutura é um processo constante e caro, muitas vezes negligenciado em favor de objetivos políticos mais atraentes.” GRIGG, Neil S. *Infrastructure Engineering and Management*, New York: John Wiley e Sons, 1988, p. 1. *Apud* MARTLAND, Carl. D. *Avaliação de projetos: por uma infraestrutura sustentável*. (Trad. Luiz Claudio de Queiroz Faria; revisão técnica Vera Regina Tângari). Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 3.

Essa precariedade se deve a inúmeros fatores que desbordam o aspecto jurídico, mas a ele não é indiferente, especialmente quando se leva em consideração a regulação e o importante papel que protagoniza neste contexto.

Com efeito, com o início do processo de desestatização na década de 1990, o Estado brasileiro passou a reduzir sua atuação direta na economia, fomentando o surgimento de mercados e sua modelagem pela concorrência. Em paralelo, buscou assumir uma postura primordialmente regulatória, por meio de agências técnicas e independentes, projeto que, diga-se de passagem, nunca chegou a se concretizar em sua plenitude.

Postos à parte os problemas de politização das agências, desestrutura e contingenciamento de recursos, fato é que foram criados marcos regulatórios² para orientar o desenvolvimento setorial da infraestrutura logística nacional.

Como tais marcos regulatórios setoriais, segundo uma visão econômica do Direito, são microsistemas voltados à criação de incentivos e desincentivos em busca da realização de certos objetivos eleitos³ (universalização, concorrência, proteção a usuários, eficiência e desenvolvimento tecnológico, por exemplo), tem-se identificado em sua reforma o método escolhido para suprir as carências da infraestrutura logística nacional que persistiram à luz dos marcos que lhes eram contemporâneos.

Diante disso, assume grande relevância compreender as propostas de reforma regulatória desses setores – que conta, em geral, com o recrudescimento da intervenção estatal por meio da criação de estatais e da transferência de atribuições das agências reguladoras para estas, ou mesmo para as Secretarias que assessoram o chefe do Executivo – no intuito de contribuir criticamente para que a modelagem em desenho forneça os incentivos mais adequados ao bom desenvolvimento da infraestrutura logística do país.

² Em sentido geral, emprega-se neste artigo a definição de marco regulatório confeccionada por Alexandre Santos de Aragão: “Em um mundo onde as relações econômicas, sociais, políticas e até mesmo pessoais estão cada vez mais sujeitas a instabilidades e a mudanças imprevisíveis ou imprevisíveis, mister se faz, mormente nos serviços públicos, pelos altos investimentos que demandam e relevantes interesses públicos que envolvem, que sejam estabelecidos parâmetros normativos mínimos, em razão dos quais a instabilidade seja mitigada. Estes parâmetros normativos dotados de maior estabilidade, mas aptos a serem eventualmente adaptados/atualizados no futuro, constituem o que a doutrina do Direito Administrativo Econômico chama de marco regulatório. O marco regulatório propicia a estabilidade necessária para os investidores em serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, ainda que a total segurança jurídica seja impossível de ser alcançada no mundo contemporâneo e, menos ainda, em se tratando de atividades em relação às quais a Administração Pública possui *ius variandi* para adaptá-las constantemente à evolução dos interesses públicos. O marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público, sempre respeitadas as garantias básicas dos delegatários e usuários. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, n. 27, ano 6, Setembro/Outubro 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50327>>. Acesso em: 10/01/2014.

³ Somando-se à definição de marco regulatório elaborada por Alexandre Santos de Aragão acima citada, leva-se também em consideração no presente estudo a definição de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo: “Um marco regulatório é uma engrenagem que visa a criar uma estrutura de incentivos para os agentes que participam do respectivo setor.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 241.

É o que se passa a fazer enfocando o setor ferroviário, talvez o mais precário dentre os quatro exemplificados, e o mais polêmico do ponto de vista das mudanças regulatórias encetadas.

Para isso, será brevemente apresentado o modelo atual de delegação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, de modo que a partir dele seja possível tecer comentários sobre mudanças regulatórias de setores de infraestrutura de uma forma geral, e, em específico, identificar criticamente as fragilidades que o novo modelo proposto apresenta à luz dos objetivos que pretende realizar.

1. O Modelo Atual de Delegação do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas

O modelo atual de delegação do serviço público de transporte ferroviário teve origem na desestatização da estrutura ferroviária de patrimônio da Rede Ferroviária Federal – RFFSA, no início da década de 1990⁴.

Com o intuito de reposicionar o Estado na economia, foram realizadas licitações para conceder a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas⁵ segundo um critério geográfico, o que revela que o objetivo primordial de delegar na ocasião era diminuir o Estado de uma forma geral, por meio da tentativa de desonerá-lo ao atrair investimentos privados para o setor, ainda que isso implicasse certo monopólio regional da concessionária detentora da outorga da malha ferroviária.

Isso porque neste modelo, que pode ser tido como horizontal ou concentrado, acabaram por se acumular na figura do concessionário não só as atividades de construção e manutenção da malha ferroviária, e a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas (operação), como também o papel de ser o próprio usuário/proprietário da carga a ser transportada.

Não à toa, portanto, terem sido principalmente empresas mineradoras, ou de agronegócio, aquelas que acorreram aos certames licitatórios, a fim de superar a rigidez locacional de seus empreendimentos⁶ por meio de uma logística capaz de viabilizar,

⁴ Seguida da desestatização da Companhia Vale do Rio Doce, neste caso, por meio da venda de seu próprio controle acionário.

⁵ Ricardo Wagner bem anota que, junto ao contrato de concessão, foi também celebrado contrato de arrendamento para viabilizar a operação: “Aspecto peculiar da desestatização das malhas da RFFSA constitui a combinação de duas modalidades previstas na Lei nº 8.031/90, (i) a concessão, outorga clássica relativa à delegação dada pelo Estado para o exercício de atividade da qual é titular, constituindo-se no instrumento principal, e (ii) o arrendamento, contrato atípico entre duas sociedades, de caráter patrimonial, acessório mas materialmente viabilizador desta outorga ao definir os respectivos meios de operação, na medida em que a RFFSA não foi privatizada mas seus ativos operacionais estavam vinculados às respectivas malhas desestatizadas eram vitais à operação destas e, ao equilíbrio econômico-financeiro da outorga, já que os respectivos preço foi calculado levando-se em conta os parâmetros históricos de produção, para os quais concorreu o referido acervo patrimonial.” OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. *Direito dos transportes ferroviários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124.

⁶ Como já se pôde anotar “a extração de minérios se submete à denominada *rigidez locacional*, impedindo-a de ser desempenhada em lugar de livre escolha, na medida em que depende de formações geológicas espontâneas propícias, ganha especial relevo para a sua viabilização a atividade de

muitas vezes a custo mais baixo que o rodoviário, em virtude da economia de escala, o transporte das *commodities* minerais/agrícolas da mina/do campo ao porto.

Isso trouxe pouca competição pelas concessões ferroviárias e concentração ao setor, que já é naturalmente dotado de um número restrito de agentes econômicos em virtude de sua natureza de monopólio natural⁷⁻⁸.

Em paralelo, observou-se também uma forte expansão econômica mundial que demandou, reflexamente, a intensificação da produção de *commodities* minerais e agrícolas, atividades representativas na economia brasileira.

escoamento/transporte do minério extraído. O que se vê na prática, muitas vezes, são minas situadas em regiões interioranas do país e que dependem, por isso, de um meio de transporte do minério extraído até um porto, principal canal de exportação dos produtos minerais atualmente. Esse trânsito da mina ao porto pode ser feito por diversos modais, valendo-se de rodovias, ferrovias, dutovias etc.” SILVA, Luiz Eduardo Lessa; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. *Mineroduto e Servidão Civil Contratual: Uma Alternativa à Servidão Administrativa e à Servidão de Mina Independente de Manifestação Prévia do Poder Público*. In: FEIGELSON, Bruno; LIMA, Marcello Ribeiro. *Desafios Jurídicos na implantação de Grandes Projetos de Mineração e Infraestrutura*. Rio de Janeiro: Editório, 2013, p. 83.

⁷ Segundo Ben W.F. Depoorter, do Centro de Estudos avançados em Direito e Economia da University of Ghent, Bélgica, “A natural monopoly exists in an industry where a single firm can produce output such as to supply the market at a lower per unit-cost than can two or more firms. The telephone industry, electricity and water supply are often cited as examples of natural monopolies. These industries face relatively high fixed cost structures. The costs necessary to produce even a small amount are high. In turn, once the initial investment has been made, the average costs decline with every unit produced. Competition in these industries is deemed socially undesirable because the existence of a large number of firms would result in needless duplication of capital equipment. The classic example might be that of two separate companies providing local water supplies, each constructing underground pipelines.” DEPOORTER, Ben W.F. *Regulation of Natural Monopoly*, 1999, p. 498. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/5400book.pdf>. Acessado em: 03/01/2014. Em sentido diverso, entendendo que a definição de monopólio natural não deve ser focalizada no número de players que atuam no mercado participando do fornecimento de um dado grupo de bens e serviços, mas sobretudo em uma análise da relação entre a demanda e a tecnologia da oferta, Richard Posner anota: “Natural monopoly does not refer to the actual number of sellers in a market but to the relationship between demand and the technology of supply.”

⁸ POSNER, R. *Natural Monopoly and Its Regulation*. *Stanford Law Review*, Vol. 21, p. 518-643, 1969.

⁸ Fabio Ferreira Durço, compartilhando da mesma opinião acerca do monopólio natural e de seus efeitos no caso do setor ferroviário brasileiro, conclui: “O monopólio natural surge quando há grandes economias de escala (custo médio e custo marginal decrescentes) para toda a produção. Nesse caso, apenas uma empresa deveria atender todo o mercado, com custo inferior ao que existiria caso houvesse outras empresas. A existência do monopólio natural também está associada à relevância do custo fixo no cálculo do custo total da empresa. Os mercados de distribuição de energia, saneamento básico e transporte rodoviário são exemplos de monopólio natural. Neles, o custo fixo é significativamente maior em relação ao custo marginal, de forma que o custo médio é declinante à medida que a produção cresce. (...) O problema do monopólio natural é a existência de um conflito fundamental entre eficiência produtiva e eficiência alocativa. Nessa perspectiva, a eficiência produtiva requer que apenas uma empresa produza, porque o valor dos recursos utilizados para atender o mercado é minimizado. Entretanto, *como ocorre no setor ferroviário brasileiro, a produção ou a prestação do serviço por uma única empresa conduz à precificação acima dos custos incorridos, com o propósito de maximizar o lucro das concessionárias*. Para alcançar a eficiência alocativa, é necessário que existam empresas competindo com preço abaixo do custo marginal. Portanto, *há um argumento favorável para a intervenção do agente regulador quando o mercado é caracterizado como monopólio natural*.” (Os grifos não são do original). DURÇO, Fábio Ferreira. *A Regulação do Setor Ferroviário Brasileiro: Monopólio Natural, Concorrência e Risco Moral*. Dissertação apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, em 2011, como requisito para obtenção do título de Mestre em Economia. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 21/01/2014.

Pois bem. A verticalidade da operação ferroviária como um todo, e a forte expansão da atividade agrícola e minerária no país, geraram efeitos que, em certa medida, colocaram em xeque esse modelo regulatório do ponto de vista dos incentivos nele dispostos.

De um lado, a concentração de todas as atividades em um usuário direto do serviço público de transporte ferroviário criou ou agravou problemas concorrenciais característicos às ferrovias, como o de barreira à entrada⁹, trazendo à tona questões de compartilhamento da infraestrutura¹⁰ como tráfego mútuo¹¹, direito de passagem¹² e a tutela regulatória da relação entre concessionário e usuário dependente¹³.

De outro lado: i) os contratos de concessão de serviço público de transporte ferroviário celebrados no contexto da desestatização da década de 1990 o foram por longo prazo de vigência¹⁴; ii) a modernização e a ampliação da prestação do serviço restaram contratualmente fixados como direitos do concessionário, devido à titularidade do serviço pertencer ao concedente, bem como para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, tendo em

⁹ As denominadas barreiras à entrada são os fatores que tornam mais difícil a uma organização começar a atuar num determinado segmento ou *mercado*. As principais barreiras de entrada são: (i) Financeiras - altos custos iniciais; (ii) Técnicas - Bens ou serviços que requerem muito conhecimento tecnológico; (iii) Legais - muitas vezes devem passar pela *fiscalização* governamental. A respeito, confira-se: FAGUNDES, Jorge; PONDE, João Luiz. *Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias*. Disponível em: http://ww2.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrancia.pdf. Acesso em 21/01/2014.

¹⁰ A respeito do tema, confira-se: 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 em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 21 de jan. de 2014.

¹¹ A Resolução Nº 3.695/11 da ANTT, de 14 de julho de 2011, que regulamenta as operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional, define em seu artigo 2º, IX “Tráfego Mútuo” como a IX – “operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas” Explica Maurício Portugal que “o direito de passagem e o tráfego mútuo se caracterizam, do ponto de vista jurídico, como obrigação dos concessionários de ferrovias (concessionário(s) visitado(s)), prevista nos respectivos contratos, de permitir o uso por outros concessionários (concessionário (s) visitante (s)) dos recursos operacionais da ferrovia sob a responsabilidade do visitado, para que o visitante complete prestação de serviço iniciada na sua malha.” RIBEIRO, Maurício Portugal. Aspectos Jurídicos e Regulatórios do Compartilhamento de Infra-estrutura no Setor Ferroviário. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 21 de jan. de 2014.

¹² A mesma Resolução nº 3.695/11, da ANTT, de 14 de julho de 2011 define, em eu artigo 2º, inciso VI, “Direito de Passagem” como “a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço.”

¹³ O artigo 27 da Resolução 3694/11 define como “Usuário Dependente” O usuário ou a pessoa jurídica que considere a prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas indispensável à viabilidade de seu negócio o qual, apresentará à ANTT a declaração de dependência do transporte ferroviário de cargas, especificando o fluxo a ser transportado para, pelo menos, os próximos cinco anos, conforme Anexo I da referida resolução.

¹⁴ Como este tipo de ajuste normalmente requer, em virtude do vulto dos investimentos envolvidos, e da longa amortização que demanda.

vista o valor final da tarifa e sua modicidade¹⁵; iii) a forte expansão da carga mineral e agrícola transportada não havia sido contemplada na projeção levada em conta quando da celebração dos contratos¹⁶; e iv) a fiscalização do contrato pelo poder concedente não parece ter sido adequada, como costuma ocorrer nos contratos administrativos em geral, aliás¹⁷ – até porque não se tem notícia de que os contratos de concessão tenham sido reequilibrados à luz da demanda acima da projetada, o que poderia implicar novas obrigações ao concessionário em contrapartida, e também porque se tem notícia de que parte da malha concedida caiu em desuso e abandono, devido ao desinteresse dos concessionários e à falta de fiscalização do concedente.

Esse sistema – e a aplicação que dele se fez –, se de um lado conseguiu transferir o ônus do investimento para iniciativa privada, de outro lado, incentivou o monopólio e a restrição do uso das ferrovias, ocasionando os fatores acima referidos que concorreram para a não expansão adequada da malha ferroviária nacional, culminando na defasagem atualmente experimentada.

Todo o exposto denota que a modelagem jurídica precisa de ajustes que forneçam os incentivos adequados para dotar o Brasil, um país continental, de um sistema ferroviário que cubra os pontos de demanda reprimida existentes em seu território, desafogando as estradas, contribuindo para uma maior eficiência à logística nacional e causando menos impacto ao meio ambiente.

Reformar um sistema regulatório setorial de infraestrutura, e o setor de ferrovias, em particular, todavia, não é tarefa simples.

¹⁵ Como ressalta Ricardo Wagner: “A concessionária tem o direito de modernizar e ampliar a prestação do serviço. Observe-se que tais ações não foram impostas como obrigações da concessionária, (i) por serem de titularidade da concedente e (ii) para assegurar o equilíbrio da equação financeira dos contratos, uma vez que a tarifa a ser cobrada do usuário para cobrir os investimentos necessários à reconstrução das malhas da RFPFA inviabilizaria a própria desestatização. A concessionária tem ainda o direito de dar garantia de financiamentos para custeio ou investimento na malha os bens de sua propriedade vinculados à concessão e os direitos emergentes desta, assegurada a continuidade do serviço público.” OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. *Direito dos transportes ferroviários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 126.

¹⁶ Daí as seguintes colocações de Bernardo Figueiredo a respeito, já no ano de 2001: “Os investimentos em ferrovia têm um longo prazo de maturação. Para que se habilite o sistema ferroviário a ter uma participação mais importante no mercado de transporte, é necessário que se faça uma opção imediata pela viabilização de investimentos que ampliem a capacidade desse sistema. As concessionárias de transporte ferroviário de cargas estão superando os compromissos formais de aumento de produção e segurança das ferrovias, mas, esse esforço não é suficiente para dotar o país da infra-estrutura de transportes necessárias à sustentação do processo de crescimento.” FIGUEIREDO, Bernardo. *Transporte Ferroviário: Situação Atual e Perspectivas*. In: Revista de Política Agrícola - Ano X - nº 02 - Abr-Mai-Jun - 2001, pp. 42/43.

¹⁷ Flavio Amaral Garcia explicita que “O problema das licitações está menos na legislação e mais na sua aplicação. A eficiência certamente será alcançada com o advento de novas tecnologias (como o pregão eletrônico), aliadas à capacidade da Administração de aprimorar e incrementar o seu processo de gestão e fiscalização dos contratos.” (Os grifos não são do original). GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: (casos e polêmicas)*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 60.

2. Colocação Preliminar: Reformando Marcos Regulatórios de Infraestrutura

2.1. Reforma Regulatória e Estabilidade Institucional

Reformar um marco regulatório não é empreitada corriqueira e infensa a considerações e cuidados prévios. Implica, em última análise, ponderar entre estabilidade e mudança institucional¹⁸⁻¹⁹.

Assim, se, por um lado, um marco regulatório pode precisar de reforma pelo fato de não se ter alcançado os objetivos pretendidos sob sua vigência – ou mesmo diante da mudança desses objetivos com o passar do tempo –, por outro, mudar integralmente o arcabouço jurídico de um setor regulado de uma só tacada é medida drástica que opera fortes impactos na estabilidade das instituições envolvidas²⁰ e na segurança jurídica das relações estabelecidas naquele ambiente negocial²¹. O novo

¹⁸ Agradeço a Rodrigo Zambão pela indicação bibliográfica sobre mudanças institucionais aqui empregada. Segundo Basília Aguirre: “Por um lado, tem-se a necessidade de estabilidade, condição para a redução da incerteza; por outro, tem-se a necessidade de mudança imposta pela busca da eficiência adaptativa. Estabilidade e mudança são dois extremos que podem estar em conflito na busca pela estrutura institucional que potencialize o desempenho econômico. *O excesso de estabilidade pode embutir perda de oportunidades e a consequente estagnação; o excesso de mudança pode trazer incerteza e a consequente paralisia. Na verdade, são dois extremos que, para desenharem um papel virtuoso, necessitam ser contrabalaneados.*” AGUIRRE, Basília. *Mudança institucional: a perspectiva da Nova Economia Institucional*. In: ZYLBERSZTAIN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Campos, 2005, p. 239.

²⁰ A importância das instituições para a economia e a vida em sociedade, em geral, e seu impacto nas transações e na direção das atividades produtivas dos agentes econômicos, em particular, foi destacada por autores como Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North. Nas palavras de Douglass North: “In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social or economic. *Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change.* (...) In the jargon of the economist, institutions define and limit the set of individual choices.” (Os grifos não são do original). NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, pp. 3/4.

“Coase said a number of fundamentally important things in both in this essay (The Problem of Social Cost – 1960) and his ‘The Nature of the Firm’ (1937). *The most important message, one with profound implications for restructuring economic theory, is that when it is costly to transact, institutions matter.*” (Os grifos não são do original). (p.12).

“Even more important is that the specific institutional constraints dictate the margins at which organizations operate and hence make intelligible the interplay between the rules of the game and the behavior of the actors. *If organizations – firms, trade unions, farm groups, political parties, and congressional committees to name a few – devote their efforts to unproductive activity, the institutional constraints have provided the incentive structure for such activity.*” (Os grifos não são do original). (p. 110).

²¹ Ambiente negocial aqui referido diz respeito ao espaço de relação e realização de trocas entre Estado e particulares. Diante dos estímulos inadequados que são conferidos por diversas disposições envolvendo a contratação pública e a relação entre Estado e particulares, entende-se que acabou sendo criado um ambiente negocial paralelo e prejudicial ao interesse público, como já se pôde discorrer nos seguintes termos: “A postura reflete o que ora se toma por manutenção do ambiente negocial, preocupação que se deve ter por foco não só quando dos momentos de reforma institucional como, também, durante toda a quadra do relacionamento entre os agentes que estiverem em interação. (...) Na evolução construtiva de uma ‘administração para os administrados’, manter um ambiente negocial transparente, igualitário e dotado de previsibilidade pode influenciar diretamente os custos transacionais, reduzindo os impactos negativos que a atividade administrativa pode implicar ao desenvolvimento nacional. (...) É possível identificar, de plano, que o modelo de ausência de repartição de riscos, cumulado a uma

sempre provoca efeitos desconhecidos.

Desse modo, antes de alterar integralmente a estrutura jurídica que rege a lógica de dado setor, pode ser mais apropriado buscar o aperfeiçoamento do modelo já existente por meio de duas formas: i) corrigindo vícios de operação do modelo e que, portanto, não são falhas de incentivo em si; e ii) realizando experiências regulatórias com alcance pontual, para que, uma vez testadas e confirmadas como bem sucedidas, tenham sua abrangência ampliada.

A adoção dessas medidas, a uma só vez: i) contribui para a longevidade institucional ao evitar rupturas ríspidas, sinalizando estabilidade e continuidade; ii) evita o equívoco de se pretender combater, com mudança da modelagem regulatória, problemas que já recebiam os incentivos adequados, mas não tinham suas soluções adequadamente endereçadas do ponto de vista prático por outros fatores – como falta de pessoal, omissão administrativa, contingenciamento, politização etc; iii) ao estender para todo o setor apenas experiências previamente testadas e bem sucedidas, evita abrir mão de boas práticas empregadas no marco regulatório anterior, reformulando cirurgicamente apenas o que pode ser aperfeiçoado por meio de novos incentivos e modelos mais adequados aos objetivos perseguidos; e iv) com tudo isso, garante uma transição gradual e melhor aceita pelo mercado, o que sempre contribui para a efetivação das novas normas e seu bom funcionamento.

2.2. Reforma de Marcos Regulatórios de Infraestrutura: Peculiaridades e o Caso do Setor Ferroviário

Como visto, se reformar um marco regulatório já não é, por si, uma tarefa trivial, a questão ganha em complexidade especialmente quando o setor sob reforma integra a infraestrutura do país.

Isso porque as atividades dos setores de infraestrutura têm por características particulares a elevada escala, integração e indivisibilidade; a necessidade de construção de extensas redes estruturais; e o elevado custo fixo de instalação, o que as denota capitais-intensivas em tecnologia e demandantes de profissionais qualificados para sua operação e gestão.²²

gestão/fiscalização deficiente dos contratos, concorre para a criação de um ambiente negocial paralelo ao do mercado como um todo. (...) Esse ambiente artificial gera diversas práticas contraproducentes do ponto de vista da eficiência econômica tanto para o setor público, quanto para o setor privado, como a formulação de propostas com sobrepreços pelos particulares; o dispêndio desmedido de recursos públicos pela Administração Pública; o afastamento de potenciais interessados; a violação aos princípios da competitividade e da realidade; a possível contratação de maus parceiros; enfim, a ineficiência das licitações e contratações públicas.” RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. *Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa*. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Cumprimento de contratos e Razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 371, 372 e 385.

²² Cf. PINTO JUNIOR, Helder Queiroz; MACIEL, Cláudio S.; BICALHO, Ronaldo; QUADROS, Saul R. (Coord.). *Perspectivas do Investimento em Infraestrutura*. Rio de Janeiro: Synergia: UFRJ, Instituto de Economia; Campinas: UNICAMP, Instituto de Economia, 2010, p. 6.

Por conta disso, precisam de um alto volume de recursos, obtidos pela remuneração da prestação do serviço, por verbas do orçamento, financiamentos públicos e privados viabilizados por mecanismos de garantia, bem como financiamentos mediante fundos vinculados para novos investimentos de longa maturação. Comportam, em suma, investimentos de grande porte amortizáveis apenas a longo prazo.

São essas mesmas características, e o fato dos setores de infraestrutura serem meios viabilizadores de outras atividades, importando ao desenvolvimento nacional em acepção ampla²³, que tornam peculiar a reforma de um marco regulatório de infraestrutura, na medida em que demandam um ambiente no qual o valor segurança jurídica seja prioritariamente considerado, tudo em favor do alcance dos objetivos finais.

Dessa feita, é preciso redobrar as cautelas ao se proceder a alterações regulatórias, de modo que seus impactos não acabem por ser mais caros aos objetivos pretendidos que os benefícios advindos da mudança.

É dizer: se hoje, em atenção ao princípio da subsidiariedade²⁴, e em busca de uma melhor qualidade regulatória, as agências reguladoras brasileiras começam a adotar procedimentos de análise de impacto regulatório antes de editarem as normas, o que dizer então de uma reformulação ampla e profunda de um marco regulatório setorial de infraestrutura como um todo, no qual a opção é delegar a prestação do serviço público para que a iniciativa privada assumira riscos e acuda com pesados investimentos e gestão de longo prazo?

²³ Fábio Nusdeo oferece essa concepção ampla da expressão “desenvolvimento” na Constituição: “Já na atual Constituição de 1988, a expressão perdeu o seu qualificativo econômico para aparecer de maneira mais ampla e correta como desenvolvimento nacional (art. 3º, II), quedando-se, pois, fora do Título VII dedicado à Ordem Econômica e Financeira. Como já acima assinalado, o desenvolvimento não pode ser restringido ao campo puramente econômico, devendo abarcar necessariamente o institucional, o cultural, o político e todos os demais. NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

²⁴ “Não há dúvida de que o princípio da subsidiariedade regula a intervenção do Estado na Economia. Sendo esta uma atividade essencialmente privada, o Estado, cuja função é buscar o bem comum e da justiça distributiva, não tem a competência originária de atuação. Se ele deve corrigir distorções e para tanto intervir, isto deve ser feito em nome do bem comum e da justiça distributiva e não em razão da maior ou menor eficácia das sociedades inferiores. Em outros termos, a subsidiariedade é intrínseca à função do Estado em matéria econômica.” Floriano. Intensidade da regulação. Regular ou nem regular. Subsidiariedade. Citar MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 6992, jan./mar. 2003.

Não se desconhece, no entanto, a crítica ao emprego da subsidiariedade enquanto parâmetro à atuação do Estado no domínio econômico, formulada por Claudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça. Todavia, acredita-se que ela parte de uma premissa invertida à revelada pelos fatos, qual seja, a de que há uma supervalorização da liberdade de iniciativa justo no Brasil, um país histórica e precipuamente interventivo em suas atividades econômicas; no qual o Estado ainda ocupa uma posição de centralidade. MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.) A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709-741.

Sobre a manutenção da centralidade do Estado na sociedade, ainda que no Estado Pós Moderno, cf. BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Não há dúvidas, inclusive à luz de um critério de proporcionalidade, que antes da adoção da medida mais drástica – reformar integralmente o marco regulatório – é preciso percorrer os dois passos anteriormente dispostos, adequando práticas que puderem ser aprimoradas, contribuindo para a formação da reputação institucional das entidades públicas envolvidas no setor, garantindo a estabilidade e a continuidade das relações jurídicas travadas naquele ambiente negocial, bem como inovando, sem abrir mão das práticas bem sucedidas, apenas naquilo que for necessário, e da forma que se mostrar experimentalmente bem sucedida.

A garantia de segurança jurídica para contratos de longo prazo, como os dos setores de infraestrutura, não advém nem da imutabilidade, nem da mudança que rompe puramente com o que está posto. Advém, isso sim, da certeza da mudança²⁵ concertada aos objetivos que se quer efetivar.

O *design* regulatório²⁶, dessa forma, precisa adotar os incentivos mais adequados aos fins que a reformulação do marco pretende realizar, de modo a mitigar os riscos que não podem ser adequadamente administrados pelo particular investidor.

Tudo quanto exposto pode ser testado na pretensa reforma regulatória do setor ferroviário da forma pela qual se apresenta até agora.

O primeiro problema que se nota é que a reforma não parece ter envolvido, adequadamente, os agentes do setor em sua concepção, o que deveria ter sido feito por meio de audiências e consultas públicas – em que pese serem eles parte importante desse processo, na medida em que vivenciam seu dia a dia e podem contribuir consideravelmente para o seu aprimoramento. E isso, pra começar, gera incerteza e insegurança, diante das especulações que se propagam em tal cenário.

²⁵ Como expõem Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano: “Essa realidade dinâmica é ainda mais acentuada em setores sensíveis e com maior capilaridade social – como nos casos de grande parte dos serviços públicos. Serviços de telefonia, água e saneamento, transportes, energia elétrica, gás, etc., demandam inovações tecnológicas e atualizações constantes, de tal sorte que somente uma atividade regulatória mutável e ágil poderá satisfazer aos anseios da sociedade. Apenas com a percepção dessa dinâmica do mercado é que será possível se pretender uma regulação eficiente (no sentido de tornar regular a atuação dos agentes). Frise-se: para ser estável e perene é imprescindível ser mutável. Por isso é que se pode dizer que, em tempos pós-modernos, nada mais adequado do que afirmar que a segurança advém da certeza de mudança.” MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011.

²⁶ Design regulatório ou institucional, compreendido nos seguintes termos: “the practice of analyzing and devising the rules of the game that the agents will play as they make decisions in specific action arenas – is the domain where the practical relevance of institutional ideas and theory is tested (Ostrom, 1993; Goodwin, 1996; Weimer, 1995; Koremenos et al, 2004). While institutional theory is an epistemic basis of institutional design, institutional design could be seen as an extension in the practical realm of institutional theory. Institutional design, ideas driven institutional change and (self fulfilling) predictions are intrinsically linked. By its very definition, *institutional design* points out towards the ideas driven institutional change in its most unadulterated and rational (conscious) form. The process of institutional design is deliberated, intentional, explicit and rooted in strategic rationality. As such not only it implies a very robust predictive element but also it illuminates the role of ideas in the neatest and the most explicit mode possible.” ALIGICA, Paul Dragos. *Institutional Design, Self Altering Predictions and Institutional Theory*. Disponível em: <http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/02.1/Aligica.pdf> Acesso em: 02/02/2014.

No mais, antes de se optar por reformular o marco regulatório das ferrovias, melhor seria que fossem adequados os contratos de concessão existentes às condições de fato que hoje são subjacentes a tais ajustes, por meio de termos aditivos celebrados entre concedente e concessionários.

A fiscalização desses contratos deveria ser aperfeiçoada para que seu objeto e obrigações sejam cumpridos de forma fiel ao contratado. Muitas vezes, mais importante do que celebrar o contrato é acompanhar e conduzir sua boa execução.

E, como se verá na sequência, a partir da análise da proposta de novo marco regulatório, deveria ser dada preferência a formas consagradas de delegação de serviços públicos, como concessão comum ou especial patrocinada de serviço público, conforme a modelagem.

O que não é o mais recomendado e, no entanto, vem sendo feito até agora, é formular uma sistemática de delegação envolvendo novas estatais – Empresa de Planejamento e Logística – EPL – e conferindo novas funções a estatais já existentes – VALEC como interveniente anuente e compradora/comercializadora da capacidade de carga da ferrovia –, mudando consideravelmente o nível de intervenção estatal, sem sequer proceder-se a alterações legislativas adequadas, propagando os riscos da incerteza e a paralisia do setor.

É pela mudança experimental das práticas institucionais, atenta às peculiaridades nacionais, mas que não se descuida dos parâmetros transnacionalmente adotados, que se garante estabilidade, aprimora as instituições e atrai investimentos para os setores de infraestrutura.

Já passou da hora de se fazer um pacto pela infraestrutura, com um consenso mínimo e além do qual não se retorne, de modo a compatibilizar a longa amortização de investimentos com a maturação institucional do poder público e sua atuação em tais setores.

Soluções milagrosas, que reformulam abruptamente arranjos institucionais, segundo a lógica maniqueísta²⁷ de bem e mal, certo e errado, tudo ou nada, ainda que

²⁷ O que se tem visto é que essa lógica maniqueísta tem sido adotada na reformulação da atuação regulatória do Estado brasileiro de uma forma geral, e cada vez mais interventiva, remontando a um superado enfoque antagonista entre Estado detentor do monopólio do interesse público *versus* iniciativa privada detentora do monopólio da eficiência, para usar a expressão de Gustavo Binbenbom ao formular crítica aplicável à hipótese. Nas palavras do autor, inspirado no discurso de posse de Barack Obama: “Há que se reconhecer que o Estado não tem o monopólio do interesse público, assim como o livre mercado não tem o monopólio da eficiência. Haverá Estado onde sua presença for moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável.” BINBENBOJM, Gustavo. Prefácio. In RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Até porque vale lembrar, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que não só o interesse público é múltiplo, como deve ser desmonopolizado do Estado, já que antes pertence à sociedade: “Por outro lado, ocorre que, no Direito contemporâneo, cada vez mais os interesses públicos nem se apresentam homogêneos nem, tampouco, se constituem como um monopólio do Estado. Como agudamente alguns estudiosos da evolução do Direito Público tem observado, passou-se a admitir – com Massimo Severo Giannini, na Europa e, entre nós, com Odete Medauar – a *heterogeneidade* e a *multiplicidade* do interesse público, daí decorrendo que sua promoção e defesa, em muitos de seus aspectos, devam ser compartilhadas com a sociedade através de suas próprias organizações, pois, na dicção de Umberto Allegretti, ‘o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social’” (os grifos são do autor). MOREIRA NETO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 14.

possam acenar com alguns passos adiante, quase sempre pecam por desconsiderar a experiência acumulada e a insegurança que imediatamente causam. O resultado são muitos outros passos pra trás. As instituições brasileiras não precisam de revoluções, mas de reformas e continuidade.

3. O Novo Modelo Regulatório das Ferrovias

O novo modelo institucional que vem sendo desenhado para o setor de ferrovias se insere num contexto mais amplo de mudanças da regulação em geral, a partir de um rearranjo de competências entre entidades da Administração Pública e da elaboração de planos de governo focados no segmento logístico.

Esse rearranjo tem consistido, basicamente, na fragmentação de competências que até então restavam concentradas nas agências reguladoras e, agora, vem sendo cometidas a outras entidades estatais, velhas ou novas.

O que se vê, a partir desta e de outras mudanças em curso – envolvendo a politização e baixa tecnicidade de dirigentes das agências reguladoras, bem como o exercício demasiado e intrusivo de interferência em suas decisões técnicas pelos órgãos de controle – é a manutenção da estrutura regulatória no plano formal, em contrapartida ao esvaziamento paralelo de seu espaço decisório e de influência na conformação e direção do setor regulado no plano real/material²⁸.

O setor de ferrovias, e a mudança regulatória que nele se pretende estabelecer, é fiel exemplo do que aqui se vem de dizer, tendo tal movimento se iniciado por meio da criação da Empresa de Planejamento e Logística e da formulação do Programa de Investimentos em Logística.

²⁸ Nesse sentido, interessa observar a colocação de Vitor Rhein Schirato: “Vem sendo prática muito comum no Brasil o fracionamento da competência das autoridades reguladoras em diversos órgãos e entidades públicos. Ao invés de se concentrar as atividades necessárias ao bom funcionamento do setor regulado em uma autoridade reguladora independente, é corriqueira a criação de diversos órgãos e entidades que recebem a competência de exercer parcelas dessas atividades, esvaziando as competências das autoridades reguladoras e coartando parcela considerável de suas decisões. (...)”

No setor de logística a situação não é nada diferente. As competências das agências setoriais (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) vêm sendo sensivelmente fragmentadas. (...)

O movimento que leva a isso é claro. O Governo, com a finalidade de não demonstrar ao mercado o desmanche do sistema regulatório, cria órgãos e entidades por ele controlados e transfere a esses competências das autoridades de regulação. Já que não se pode formalmente mudar a lei que assegura autonomia às autoridades reguladoras, porque prejudicaria o ambiente de investimentos no País, faz-se um *institutional by pass*, ou, em tradução aproximada, um contorno institucional para que a vontade política prevaleça sobre a vontade reguladora (independente e isenta).” SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicnt=99036>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

Egon Bockmann Moreira, a seu turno, refere-se a uma captura pública dos setores econômicos, seguida por uma endorregrulação por meio de empresas estatais. Confira-se: MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

3.1. A Empresa de Planejamento e Logística e o Programa de Investimentos em Logística

A Empresa de Planejamento e Logística foi concebida a partir de processos legislativos, pra dizer o mínimo, conturbados²⁹.

Sua origem primeira remonta à MP nº 511/2010, que tinha por objeto inicial exclusivamente autorizar a União a garantir, via Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o financiamento do Trem de Alta Velocidade (TAV), em favor de seu futuro concessionário. Entretanto, emendas parlamentares foram propostas durante o trâmite do processo legislativo, resultando na edição da Lei nº 12.404/2011, que veiculou a criação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. (ETAV), com objeto social de “planejar e promover o desenvolvimento do transporte ferroviário de alta velocidade de forma integrada com as demais modalidades de transporte, por meio de estudos, pesquisas, administração e gestão de patrimônio, desenvolvimento tecnológico e atividades destinadas à absorção e transferência de tecnologias” (art. 3º).

A Lei nº 12.404/2011, por sua vez, foi logo alterada pela MP nº 576/2012, para se ver modificada a denominação de ETAV para Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), bem como para ampliar significativamente seu objeto social para dele fazer constar também a “construção da infraestrutura, operação e exploração do serviço” do transporte ferroviário de alta velocidade e a prestação de “serviços na área de estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento do setor de transportes no País” (MP nº 576/2012, art. 3º, incs. I e II). Do planejamento e desenvolvimento alargou-se o passo para abarcar, também, a construção, operação e exploração da infraestrutura.

Convertida a MP nº 576/2012 na Lei nº 12.743/2012, além da ampliação de competências acima relatada, foi ainda incluído no objeto social da EPL “prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento do setor de transportes no País”, o que compreende “prestar serviços na área de projetos, estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento da logística e dos transportes no País, consideradas as infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário” (art. 3º, II, da Lei nº 12.404/2012).

A EPL, portanto, passou a congrega a extensa palheta de competências de realizar os estudos para o planejamento estatal de todos esses setores listados, o que certamente desloca o eixo regulatório da infraestrutura logística nacional e esvazia, em muito, a atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ³⁰.

²⁹ O sintético relato das alterações legislativas que segue se beneficiou da detalhada descrição e análise dependida em MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

³⁰ Egon Bockmann Moreira apresenta interessantes conclusões com as quais se está de inteiro acordo a anotar que: “Assim, pode-se constatar que a atual redação da Lei nº 12.404/2011 é ótimo exemplo da

Ainda neste contexto, em 15 de agosto de 2012 foi lançado pelo governo federal o Programa de Investimentos em Logística – PIL, a fim de fomentar o desenvolvimento de um sistema de transportes moderno e eficiente por meio de parcerias estratégicas com o setor privado, promovendo-se sinergias entre as redes rodoviária e ferroviária, hidroviária, portuária e aeroportuária.

No setor ferroviário, o programa prevê investimentos de R\$ 99,6 bilhões em construção e/ou melhoramentos de 11 mil km de linhas férreas, e tem como principais diretrizes ampliar, modernizar e integrar a rede ferroviária internamente, bem como com os outros modais de transporte, criando cadeias de suprimentos eficientes e competitivas, sem no entanto se descuidar da modicidade tarifária³¹.

Está em curso no país, portanto, uma ampla investida de reforma do regime jurídico de administração e gestão de sua infraestrutura logística, encontrando-se no caso específico do segmento de transporte ferroviário um de seus mais claros exemplos de mudança, na medida em que envolve a alteração do ambiente institucional por meio do lançamento do PIL e, principalmente, da criação da EPL e da consequente redistribuição de competências entre as autoridades do setor que se deu diante disso.

Mas está longe de ser só. Toda essa mudança institucional vem ainda acompanhada pela pretensa mudança da modelagem jurídica que reveste a delegação do serviço público de transporte ferroviário, que não se subsume a uma tradicional concessão comum de serviços públicos, nem tampouco é veiculada pelo poder concedente como sendo uma parceria público-privada (concessão especial de serviços públicos).

*multiplicidade de tarefas que o Estado brasileiro contemporâneo pretende exercer, a fim de regular determinado setor econômico (e adjacências). Existe uma multidão de verbos a definir as competências da EPL, que não se limitam àquilo que o art. 173, §1º, da Constituição circunscreve como exploração de atividade econômica, nem, muito menos, ao que o art. 966 do Código Civil denomina de empresário (“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”). A EPL é muitíssimo mais do que uma empresa pública nos moldes do já anção Decreto-Lei nº 200/1967. A riqueza de alternativas previstas na redação atual da Lei nº 12.404/2011 é exemplo hiperbólico de aplicação dos arts. 173 e 174 da Constituição, combinados e reciprocamente potencializados. Já a breve leitura de seu objeto social e da sua competência permite constatar que a EPL, ao mesmo tempo em que construirá a obra e deterá a execução do serviço, estabelecerá regras para ele e para os que lhe dizem respeito (exercitando as técnicas regulamentares de gestão e normativa). (...) Dizer que a EPL reedita a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras ou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT seria subestimá-la. Afinal, o objeto da regulação a ela atribuído partirá do próprio funcionamento da EPL e chegará ao planejamento de vários modais de transporte, passando pelo comportamento dos agentes econômicos (inclusive contratados e operadores de setores concorrentes, como, p. ex., a aviação civil) e fixação de parâmetros técnicos e éticos para a prestação dos respectivos serviços. O que surgirá a partir da efetiva criação da EPL (cujo decreto de criação não havia sido editado até março de 2013) é um grande enigma regulatório. O que se passará, portanto, envolve a compreensão compartilhada de várias modalidades do Direito da regulação econômica, a conviver num modelo centralizado — cuja atribuição da titularidade regulamentar não mais repousa na Presidência da República ou na diretoria colegiada de uma agência reguladora, mas sim na diretoria de uma empresa estatal. MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.*

³¹ Dados extraídos de <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2>. Acesso em: 24/01/2014.

Como se verá, trata-se de uma arquitetura jurídica nova e despida de previsão legal expressa, à qual a própria EPL denomina de *novo modelo de concessão*³².

3.2. Panorama do Novo Modelo Regulatório de Delegação das Ferrovias

O novo modelo regulatório que vem sendo desenhado para a delegação do serviço público de transporte ferroviário, como se pode deduzir do exposto no PIL, e das minutas de edital e contrato disponibilizadas ao público por meio da Tomada de Subsídio nº 005/2013³³, promovida pela ANTT em meados de 2013, visa a reestruturar o modelo de investimentos e exploração das ferrovias, a fim de expandir e aumentar a capacidade da malha ferroviária nacional.

O modelo imaginado tem sido designado por *open acess* ou horizontal, em contraposição ao modelo verticalizado vigente, na medida em que sua estruturação compreende separar (desverticalizar, como será visto adiante) a construção e manutenção da infraestrutura da prestação do serviço público de transporte ferroviário, com o propósito de possibilitar que diversos operadores atuem na mesma malha ferroviária, competindo entre si e produzindo, com isso, reflexos na modicidade das tarifas.

Neste arranjo: i) a concessionária deverá construir, manter, operar e gerir a malha ferroviária, ficando, no entanto, impedida de ser sua própria usuária; e ii) serão usuários da malha ferroviária as pessoas físicas ou jurídicas que dela se valham para o transporte de carga própria, ou de terceiro.

O sistema de remuneração recebeu inovações particulares, na medida em que, com o propósito de reduzir o risco da demanda para atrair interessados nas concessões, ficou arquitetado que: i) a VALEC, figurando como interveniente/anuente nos contratos de concessão, comprará a integral capacidade da ferrovia, celebrando contratos de cessão onerosa do direito de uso para tanto, e remunerando a Concessionária por meio da Tarifa pela Disponibilidade da Capacidade Operacional – TDCO; e ii) em paralelo a isso, a VALEC venderá essa capacidade aos usuários por meio de contratos de subcessão onerosa do direito de uso veiculados em ofertas públicas a embarcadores, operadores ferroviários independentes e a concessionários ferroviários (desde que de outros trechos ferroviários), devendo ainda o usuário pagar ao concessionário uma Tarifa Básica de Fruição – TBF da via diretamente ao concessionário, para fazer frente aos custos com o desgaste da utilização da malha ferroviária concedida.

Como a soma dessas tarifas compõe a remuneração da concessionária, será o valor a elas conferido pelo concessionário o parâmetro para a realização de sua proposta econômica na licitação, a partir de um teto fixado em edital.

³² Cf. <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2>. Acesso em: 24/01/2014.

³³ Tomada de subsídios, na forma do art. 2º, inciso I, da Resolução ANTT nº 3.705/2011, conceitua o instituto de de Participação e Controle Social nos seguintes termos: “Art. 2º Para fins desta Resolução são instrumentos de Participação e Controle Social: I – Tomada de Subsídio: instrumento utilizado para a construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas, que, a critério da ANTT, pode ser aberto ao público ou restrito a convidados, e que possibilita aos interessados o encaminhamento de contribuições por escrito à Agência sobre matéria definida pela ANTT, em momento diverso da sessão presencial.”

A modelagem remuneratória conta ainda com a antecipação, pela VALEC, de 15% (quinze por cento) de todos os investimentos em bem de capital a serem realizados pela concessionária na fase pré-operacional, adiantamento que será abatido linearmente durante os anos operacionais da remuneração ordinária, desde que o concessionário cumpra o cronograma de execução física³⁴.

As linhas gerais apresentadas acima expõem a inovadora e complexa modelagem regulatória proposta para as delegações de serviço público de transporte ferroviário, revelando como preocupações por trás do modelo: i) quebrar o monopólio das concessionárias, da forma que acontece no modelo atual, fomentando a concorrência no setor; ii) contornar o risco de demanda e a incerteza na receita do futuro concessionário, a fim de manter a atratividade das concessões para a iniciativa privada; e iii) conferir provimento financeiro inicial que permita aliviar o concessionário durante a aplicação mais intensiva de capital na fase pré-operacional envolvendo a aquisição de bens e a realização de obras.

Todas essas são preocupações legítimas. Mas será que atacadas por escolhas institucionais adequadas? É este o fio condutor que levará à análise das peculiaridades do modelo proposto na sequência.

4. Fragilidades Jurídicas das Inovações do Modelo de Delegação Proposto para o Setor de Ferrovias

O novo modelo de delegação proposto para o setor de ferrovias apresenta fragilidades de desenho institucional na medida em que certos mecanismos de incentivos eleitos podem, ao fim e ao cabo, não produzir o efeito esperado de quebrar o monopólio e fomentar a concorrência, contornando o risco de demanda e a incerteza na receita do futuro concessionário, para que assim se amplie, modernize e integre a rede ferroviária internamente, bem como com os outros modais de transporte, criando cadeias de suprimentos eficientes, competitivas e de custos módicos, como se diz pretender.

Tendo isso em vista, é preciso examinar as inovações da modelagem jurídica para avaliar se são elas as escolhas mais adequadas para criar os incentivos necessários à realização dos objetivos elencados.

A ausência de um novo marco legal propriamente dito, dispondo inclusive sobre como será o cenário regulatório de convívio das concessões tuteladas pelo regime anterior e das futuras concessões, o emprego da técnica de desverticalização (*unbundling*) no setor para fomentar a concorrência, a repartição de riscos e a aquisição integral da capacidade operacional pela VALEC, seguida de ofertas públicas dirigidas pela estatal ao mercado, a falta de garantias institucionalizadas da delegação e a antecipação de receitas com base em decreto e previsão contratual são todas medidas que precisam ter seus propósitos e efeitos devidamente avaliados.

Passo então a me dedicar a essas questões.

³⁴ Cf. disposto em: <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2>. Acesso em: 31/01/2014.

4.1. Ausência de Marco Legal Prevendo o Novo Modelo e seu Regime de Coexistência com o Modelo Atual

Um ponto estrutural, e de direto impacto na confiança de investidores particulares para aderirem ao novo modelo de delegação proposto para o setor de ferrovias, está na falta de um marco legal que o sustente.

A saber, em nenhum momento foi submetido ao processo legislativo ordinário projeto de lei dedicado ao tema, e que dispusesse sobre essa nova e complexa modelagem proposta.

Todo o arranjo exposto acima tem previsão basicamente editalícia e contratual. E o edital e o contrato administrativo, como se sabe, são instrumentos jurídicos unilateralmente elaborados pela Administração Pública (Poder Executivo, leia-se).

O único normativo que, em alguma medida, interage com o novo modelo de delegação proposto, é o Decreto nº 8.129/2013, que se dedica a instituir a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal e dispõe sobre a atuação da VALEC para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário³⁵.

O Decreto nº 8.129/2013 foi editado com base na competência de organização e gestão da Administração Pública federal que a Constituição confere ao Presidente da República para regulamentar a Lei nº 11.772/2008, que cuida da reestruturação da VALEC. Não deve ser tratado, portanto, como suficiente a caracterizar um novo marco regulatório do setor ferroviário, é bom que se antecipe.

Todavia, é preciso registrar que o Decreto, ainda que sob o pretexto de limitadamente tratar da VALEC e de outras questões de organização e gestão administrativa, pretende-se inaugural de um marco regulatório ao instituir a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, voltada para o desenvolvimento do setor ferroviário e para a promoção de competição entre os operadores ferroviários, que fixa quatro diretrizes segundo as quais as concessões de infraestrutura ferroviária serão outorgadas³⁶.

Essas diretrizes afirmam: i) a intenção de desverticalizar o setor, segmentando sua cadeia de desenvolvimento por meio da separação em outorgas para exploração da infraestrutura ferroviária e outorgas para a prestação de serviços de transporte ferroviário; ii) a pretensão estatal de viabilizar o direito de passagem e, novamente, com isso coibir o uso monopolístico da infraestrutura ferroviária em prejuízo de

³⁵ O Decreto nº 8.134/2013 também trata da VALEC, dispondo sobre sua estruturação para a execução das atividades de desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário e aprovando seu Estatuto Social.

³⁶ Cf. Art. 1º Fica instituída a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, voltada para o desenvolvimento do setor ferroviário e para a promoção de competição entre os operadores ferroviários. Parágrafo único. As concessões de infraestrutura ferroviária serão outorgadas conforme as seguintes diretrizes: I - separação entre as outorgas para exploração da infraestrutura ferroviária e para a prestação de serviços de transporte ferroviário; II - garantia de acesso aos usuários e operadores ferroviários a toda malha integrante do Subsistema Ferroviário Federal; III - remuneração dos custos fixos e variáveis da concessão para exploração da infraestrutura; e IV - gerenciamento da capacidade de transporte do Subsistema Ferroviário Federal pela Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., inclusive mediante a comercialização da capacidade operacional de ferrovias, próprias ou de terceiros.

concorrentes que não detém sua titularidade; iii) a determinação de que as outorgas prevejam a remuneração tanto dos custos fixos, quanto dos custos variáveis da concessão para exploração da infraestrutura; e iv) que o gerenciamento da capacidade de transporte será feito pela VALEC, inclusive mediante a comercialização da capacidade operacional de ferrovias, próprias ou de terceiros.

Além disso, veja-se que não há, nem mesmo no referido Decreto, qualquer menção a um necessário regime de coexistência entre a operação das concessões realizadas segundo o regime atual, e aquelas que poderão ser concedidas sob o novo regime. Este, aliás, um fator de insegurança não só aos interessados em entrar no setor, mas principalmente àqueles que já são concessionários, e não podem prever qual será o impacto da nova modelagem em seus contratos e operações.

Pois bem. Retomando o ponto, a observação de ser o Decreto o único ato normativo sobre o novo modelo não é desimportante, na medida em que se trata de ato exclusivo do Presidente da República – também um instrumento jurídico unilateral, portanto-, passível de revogação a qualquer tempo, e que não se submete ao teste do processo deliberativo democrático do Poder Legislativo, mais adequado para a construção de ideias que, após o debate, em alguma medida representam um consenso mínimo.

Dessa forma, dar início à formulação de um novo marco regulatório por decreto – e, menos ainda, pretender construí-lo exclusivamente por este mecanismo normativo – não parece ser o melhor caminho para conferir a segurança e estabilidade necessárias que, como se sabe, setores de infraestrutura como o de ferrovia, por sua forte demanda de vultosos investimentos e prolongada amortização, precisam para apresentar avanços e bom desempenho, diminuindo os gargalos logísticos do país.

O consenso mínimo que a lei traduz melhor que o decreto é muito caro a esses setores, porque a estabilidade para neles investir vem da crença de que a decisão de desenvolvê-los da forma posta se trata de uma política pública de Estado, e não de governo (referente a um mandato de ocasião, portanto)³⁷. Como que um projeto do país. E desconsiderar isso é um erro estratégico que pode colocar em xeque o melhor dos sistemas de incentivo imaginado em tese.

Assim, e até mesmo diante da singeleza do Decreto, entende-se que ele não é suficiente para tratar do tema e, por consequência, para prever as regras do jogo e

³⁷ Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto: “*Políticas de estado são aquelas definidas por lei, no processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo. Nelas vêm consignadas as premissas e objetivos que o Estado brasileiro, num dado momento histórico, quer ver consagrados para um dado setor da economia ou da sociedade. As políticas de estado não são marcadas por um traço de estabilidade, embora possam ser alteradas para sua adequação a um novo contexto histórico, bastando para isso a alteração no quadro legal. (...) Políticas de governo são objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. Dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor. Não de estar adstritas, obviamente, às políticas de estado.*” (Os grifos não são do original). MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. 1ed. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 85/86.

garantir a atração e manutenção de investimentos³⁸. O novo modelo de delegação do setor de ferrovias, que como se verá em momento oportuno adiante, não se subsume a uma concessão de serviço público comum, padece da falta de marco legal e isso, de partida, pode por si só frustrar os objetivos pretendidos.

4.2. A Desverticalização das Ferrovias e suas Limitações

Uma das principais medidas previstas no desenho institucional do novo modelo de delegação do serviço público ferroviário está em desverticalizar o setor.

A desverticalização (*unbundling*)³⁹, em linhas gerais, consiste em separar as atividades que, no modelo atual, são exercidas por um único agente econômico, para assim quebrar seu monopólio geral com o intuito de fomentar a concorrência nos segmentos da atividade em que isso se mostre possível – separar atividades competitivas das não competitivas, aplicando-lhes regimes diferentes em função disso, portanto – e conferir transparência às informações do setor, permitindo que seja melhor regulado. O que se busca, em suma, é maior eficiência sem afetar a modicidade permitida pelo ganho de escala advindo da natureza da atividade.

A desverticalização contábil, jurídica ou societária, será considerada contábil quando implica a contabilização de receitas e despesas separadas por segmento; jurídica, quando impede a atuação de uma mesma pessoa jurídica em mais de uma etapa do mercado; e societária quando impede que um mesmo grupo econômico controle mais de uma fase da atividade⁴⁰.

A desverticalização de um mercado que já está em funcionamento com a participação atuante de empresas privadas é medida muito custosa e que envolve uma

intervenção regulatória muito intensa, a exemplo da determinação de venda de ações de empresas privadas e devolução ou venda de outorgas para a prestação de serviços públicos relacionados. Em geral, a desverticalização está associada a momentos privatizantes, por serem eles oportunidades únicas para que o Estado exerça seu poder de direção da economia⁴¹ e desenhe um sistema de delegação do serviço público desagregado⁴².

A prática de desverticalizar serviços públicos em momentos privatizantes não é nova no Brasil, onde foi experimentada, por exemplo, nos setores de petróleo, energia elétrica e telecomunicações⁴³.

No caso específico do que se vem de propor para o setor de ferrovias com a nova modelagem, fraturando o modelo vertical atualmente vigente ao meio: i) o concessionário da via férrea fica incumbido da construção, manutenção e gestão de sua infraestrutura; e ii) o usuário, pessoa física ou jurídica que pode transportar

³⁸ Como tive a oportunidade de expor em notícia veiculada na Revista Ferroviária. Cf.: RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Decreto pode não atender TCU e mercado*. Disponível em: <http://www.revistaferroviaria.com.br/index.asp?InCdEditoria=1&InCdMateria=20622>. Acesso em: 24/01/2014.

³⁹ Sobre *unbundling* e seu emprego na reestruturação de *public utilities* (portanto, adaptável a serviços públicos), confira-se: OCDE. *Restructuring Public Utilities for Competition*. 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/19635977.pdf>. Acesso em: 26/01/2014; NESTOR, Sliptor; MAHBOOBI, Ladan. *Privatisation of public utilities: the OECD experience*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/1929700.pdf>. Acesso em: 26/01/2014.

⁴⁰ Cf. discorre Luciano Magno Albertasse Bravo: “Da desagregação decorrem duas manifestações – sobre a estrutura empresarial – dos agentes envolvidos e outra sobre a dualidade de regimes jurídicos aplicáveis sobre os seguimentos competitivos e não competitivos. A primeira manifestação – sobre a estrutura empresarial – compromete os arranjos contábeis (separação contábil) ou empresariais dos agentes (separação jurídica ou societária). Assim, a desagregação a) é contábil quando implica o dever de contabilizar receitas e despesas dos diversos segmentos separadamente; b) é jurídica quando à mesma pessoa jurídica seja vetada a exploração de mais de uma fase de exploração da atividade, ou a mesma fase de um mercado relevante; e, por fim, c) é societária quando há proibição de que o mesmo grupo econômico concentre mais de uma das etapas do ciclo econômico. BRAVO, Luciano Magno Albertasse. Anotações Sobre a Desagregação de Atividades Desestatizadas e a Aplicação de Instrumentos Concorrenciais nos Setores Regulados. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; FARIAS, Sara Jane Leite de; BRAVO, Luciano Magno Albertasse (Coord.). *Direito Empresarial Público III*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 523/524

⁴¹ Cf. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁴² É como anotam Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge: “The unbundling and liberalization described above leads directly to the issue of separation. Before the wave of privatization in Europe since 1980, utility companies were typically vertically integrated public corporations. Many remain in this form – such as the Royal Mail. Others are in partial public ownership. Privatization creates an opportunity for the government to impose a different structure, for example creating several companies for sale, broken down horizontally by service and/or vertically by function. It is an unrepeatable opportunity, since restructuring assets in private ownership, through such measures such as compulsory divestment, is much harder to achieve.” BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin; *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practise*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 466.

⁴³ Cf. os exemplos trazidos por Luciano Magno Albertasse Bravo: “Vejamos como se deu a desagregação dos setores de petróleo e gás, eletricidade e telecomunicações durante o processo de desestatização no país: I – *Setor de Petróleo e Gás*: Segundo a OECD, comumente, apenas os seguimentos de transporte em alta pressão de gás e a distribuição em áreas de baixa densidade populacional não podem ser abertos à livre concorrência, por constituírem monopólios naturais. No país, a primazia Estatal sobre a atividade, exercida pela Sociedade de Economia Mista Petrobrás S/A, foi flexibilizada pela Emenda Constitucional nº9/1995, que deu nova redação ao art. 177. Assim, os segmentos que compõem o setor (Lei 9478/97, art. 4º) foram abertos à iniciativa privada, que poderá exercê-la mediante concessão ou autorização em regime de livre concorrência (Lei 9478/97, art. 5º). II – *Setor de Eletricidade*: O modelo nacional de regulação do setor cindiu as atividades antes exercidas pelas estatais em quatro seguimentos (Decreto 2.655/98, art. 1º), ou seja, geração e comercialização (potencialmente competitivas); transmissão e distribuição (não competitivas). O mesmo texto legal, art. 3º, fixou também o critério de desagregação contábil a ser observado pelos agentes que atuem concomitantemente em mais de um segmento no setor. III – *Setor de Telecomunicações*: Segundo OECD, a desagregação nos setores de telecomunicação, em geral, deve envolver uma ou mais das seguintes abordagens: a) a separação das redes em redes menores, cada uma conectada a um grupo de pessoas, com a separação de uma prestadora em unidades que prestem apenas serviços de telefonia local; b) separação dos seguimentos não competitivos (como os serviços locais, a ‘last mile’) dos competitivos (como é o caso dos serviços de longa distância); e c) separação dos operadores segundo a tecnologia com a qual operam (como a serviços de televisão à cabo e via satélite). No país, o legislador utilizou a expressão ‘modalidade’ para designar os segmentos de mercado desagregados. Desta forma, foram cindidos os serviços de telefonia fixa, a os de longa-distância, os de telefonia celular etc.” BRAVO, Luciano Magno Albertasse. Anotações Sobre a Desagregação de Atividades Desestatizadas e a Aplicação de Instrumentos Concorrenciais nos Setores Regulados. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; FARIAS, Sara Jane Leite de; BRAVO, Luciano Magno Albertasse (Coord.). *Direito Empresarial Público III*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 525/526.

carga própria ou de terceiro (operador logístico, neste caso), mas não pode ser o concessionário da própria via⁴⁴.

Tudo isso com a peculiaridade da VALEC comprar prontamente a integral capacidade da malha ferroviária concedida para vendê-la em procedimentos seletivos aos usuários, inserindo-se entre os momentos 'i' e 'ii' acima, portanto.

Apesar da dificuldade de se precisar, em virtude da falta de lei disciplinando o modelo proposto, pelo disposto até então parece que a desverticalização contemplará as modalidades contábil e, ao menos, jurídica do setor⁴⁵. E isso provocará mudanças. A primeira delas, quanto ao perfil do próprio concessionário.

Se o modelo verticalizado, como visto, atraía basicamente quem tinha carga e precisava vencer a rigidez locacional com uma solução logística ferroviária, agora, com a desagregação, quem tem carga terá de ser usuário das novas vias que forem licitadas e, reflexamente, não poderá disputar a concessão.

Impede-se, com isso, a atuação direta de mineradoras e produtores do agronegócio como concessionários do serviço público das ferrovias nas quais tenham interesse em transportar sua carga, portanto.

De outro lado, como o concessionário terá as funções de construir, manter e gerir a infraestrutura, o perfil do potencial interessado nessas licitações passa a ser o das empreiteiras, vocacionadas que são para esses tipos de atividade.

Essa mudança de perfil do concessionário pode operar benefícios concorrenciais, na medida em que, não sendo mais o concessionário um usuário direto da via, não terá ele incentivos para dificultar o acesso à infraestrutura que detém a nenhum outro

⁴⁴ O escopo deste estudo não permite aprofundar o ponto aqui, mas é preciso noticiar que a adoção do mecanismo de desverticalização no setor ferroviário não foi bem sucedida na Inglaterra e, ainda, vem sendo amplamente discutida no âmbito da União Européia. Não que a experiência internacional seja determinante ao caso brasileiro (*path dependence*), mas especialmente em setores de infraestrutura, que muitas vezes precisam atrair o capital transnacional, não se pode descuidar de estar alinhado naquilo que for nuclear, e não houver qualquer peculiaridade no caso nacional para se diferenciar ao que vem sendo testado em outras experiências transnacionais.

A respeito da experiência inglesa, confira-se o relato de Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge: "In railways, there has been an ongoing debate about the desirability of separating provision of the network of tracks and stations from running freight or passenger services. The experience of a more complex separation in the UK, where the provision of rolling stock and track maintenance were also separated functions, was not success. LODGE, Martin; BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practise*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 469.

A respeito da discussão na União Européia, cf.: KVIZDA, Martin. *Impacts of Unbundling on Competitiveness of Railways*. Disponível em: <http://railway.econ.muni.cz/en/publikovane-clanky/oddeleni-provozu-site/impacts-unbundling-competitiveness-railways>. Acesso em: 25/01/2014; e KEATING, Dave. *Unbundling causes rail industry row*. Disponível em: <http://www.europeanvoice.com/article/imported/unbundling-causes-rail-industry-row/74816.aspx>. Acesso em: 25/01/2014.

Sobre o tema, em geral, cf. GOMÉZ-IBÁÑEZ, José A.; DE RUS, Ginés. *Competition in the railway industry: an international comparative analysis*. Edward Elgar, 2006.

Ressaltando a questão dos investimentos transnacionais, e do papel do Direito administrativo diante disso, cf. nosso: BAPTISTA, Patrícia. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Direito Administrativo Global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos*. In ROSADO, Marilda. *Direito Internacional dos Investimentos*. No prelo em 27/01/2014.

⁴⁵ Quanto à desverticalização societária ainda não é possível ser assertivo.

usuário. Justo o oposto. Fosse ele o vendedor direto da capacidade de transporte da via que lhe foi outorgada, seu incentivo seria exatamente o de ter o maior número de usuários concorrentes possíveis para, daí, cobrar melhores preços em virtude da alta procura sempre que possível.

Os desdobramentos, no entanto, ganham em complexidade com a interposição da VALEC no ciclo econômico do setor.

A compra integral da capacidade da ferrovia concedida pela VALEC, ao mesmo tempo em que blinda o concessionário do risco de demanda – como será visto adiante –, cria para a VALEC um monopólio da oferta no setor.

Isso não era, em absoluto, necessário. Como visto, não sendo as empreiteiras interessadas em usar a via, poderiam negociar livremente com os operadores logísticos que transportam carga de terceiros e com os usuários diretos detentores de carga própria, independente da realização de procedimentos seletivos ao modo dos que a VALEC terá de fazer – provavelmente mais burocráticos que as práticas comerciais da iniciativa privada.

Bastaria, desse modo, uma regulação eficiente principalmente das variáveis de entrada e segurança/qualidade do serviço, pela ANTT, para garantir o bom funcionamento do setor.

A interposição da VALEC no setor, para os propósitos da modelagem do ponto de vista da desverticalização, é claramente dispensável. E mais: cria um controle artificial da demanda e da oferta – monopólio – sem qualquer previsão no ordenamento jurídico.

Se a instituição de monopólios de direito por meio de lei já é vedada para além das hipóteses constitucionalmente previstas, que dirá por meio de Decretos e arranjos contratuais⁴⁶. A inconstitucionalidade da modelagem no ponto é, desse modo, inconteste.

A argumentação desenvolvida permite concluir que, não houvesse a interposição da VALEC entre os dois segmentos criados pela desverticalização, e os mecanismos de redução de riscos fossem tratados diretamente – e não artificialmente,

⁴⁶ Ressalte-se, no ponto, que as hipóteses de monopólio são constitucionalmente previstas em rol taxativo. Como explica Alexandre Santos de Aragão: *uma importante diferença formal dos monopólios públicos em relação a outras atividades econômicas exploradas pelo Estado é o fato de eles não poderem ser criados por lei, existindo apenas os monopólios públicos já previstos na CF. Os monopólios não têm dispositivo genérico, nem delegação do Constituinte para que o Legislador possa criar outros além dos já previstos na própria Constituição. Os monopólios já são estabelecidos exaustivamente na Constituição, e todos nela foram instituídos apenas em favor da União Federal (...)*. (Os grifos não são do original) ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 453. Nesse sentido também Rafael Carvalho Rezende Oliveira comenta a respeito dos monopólios estatais que: *os monopólios públicos ou estatais são atividades econômicas titularizadas, por determinação constitucional, pelo Poder Público que pode prestá-las diretamente, por meio de estatais ou por meio de contratação de empresas privadas. É possível afirmar que os monopólios públicos são monopólios de direito, com previsão expressa no ordenamento jurídico. Por se tratar de exceção ao princípio da constitucional da livre iniciativa, os monopólios estatais dependem de previsão expressa na Constituição Federal, sendo vedada a sua instituição pela legislação infraconstitucional*. (Os grifos não são do original). OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo Método, 2013, p. 513.

por meio de interposta pessoa –, o modelo poderia ser mais eficiente – quebraria uma fase burocrática – e transparente, transmitindo maior segurança aos interessados em interagir nesse ambiente negocial.

Inserir a VALEC no meio da operação, conferindo-lhe o poder de regular por dentro o setor, por meio do controle de preços mediante a oferta, não cria qualquer incentivo ao avanço das ferrovias e ao fortalecimento da concorrência setorial. Não sendo nenhum destes o propósito da medida, trata-se de inadequação do modelo aos seus propósitos e que, por isso, precisa ser revista, já que carente do poder de efetivar o interesse público a pretexto do qual é disposta.

4.3. Repartição de Riscos: a Assunção do Risco da Demanda pela VALEC

Uma das características mais destacadas da nova modelagem proposta para o setor ferroviário está no dever da VALEC comprar integralmente a capacidade de transporte das novas ferrovias que vierem a ser concedidas segundo o modelo, cabendo, em contrapartida, à concessionária receber diretamente da VALEC o pagamento da Tarifa de Disponibilidade de Capacidade Operacional – TDCO e, dos usuários, o pagamento da Tarifa Básica de Fruição – TBF.

Com essa medida, o Poder Concedente, por meio de uma empresa pública estatal, assumirá integralmente o risco de demanda pelo serviço concedido de transporte de cargas via ferrovia.

O ponto é controverso, especialmente à luz da opção por celebrar as delegações do serviço público de transporte ferroviário por meio de concessões comuns, e traz a necessidade de alguns aportes teóricos prévios para ser destrinchado. A começar pela definição do que é risco, e de como ele se relaciona com a formação dos contratos administrativos⁴⁷.

Risco pode ser brevemente conceituado como a possibilidade de correr perigo; de sofrer dano ou prejuízo. No que ora importa: de experimentar perdas inesperadas ou deixar de experimentar acréscimos planejados em virtude de incertezas significativas⁴⁸.

A relação do tema “risco” com o contrato se deve ao fato de ser o contrato o mecanismo que, por excelência, realizará a distribuição dos riscos entre as partes⁴⁹.

⁴⁷ Já tive a oportunidade de abordar o tema em RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Cumprimento de contratos e Razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 371, 372 e 385.

⁴⁸ Anthony T. Kronman e Richard A. Posner registram o pensamento de Charles O. Hardy (retirado da obra “*Risk and risk-bearing*”) neste sentido: “Risk may be defined as uncertainty in regard to cost, loss, or damage. In this definition, emphasis is on the word *uncertainty* [...]”. KRONMAN, Anthony T.; POSNER, Richard A. *The economics of contract law*. Boston e Toronto: Little, Brown and Company, 1979, p. 26.

⁴⁹ Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado asseveram: “A distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (os riscos negativos) ou,

Assim é que na disciplina dos contratos, de uma maneira geral, o preço atribuído a uma prestação contratual leva consigo embutido o risco com o qual se terá que arcar; precifica-se a proposta levando em consideração não só as certezas, mas também as incertezas que podem afetar a futura execução do contrato. A dúvida quanto à titularidade de determinado risco faz com que o particular tenha que considerá-lo como seu. Por isso é importante o planejamento, a identificação, a distribuição e a gestão eficiente dos riscos, que deve ser feita caso a caso, amoldando-se à hipótese específica.

Tratando especificamente dos contratos de concessão comum de serviços públicos, e que ora interessam em especial, a Lei nº 8.987/95 dispõe que o concessionário desempenhará o serviço público concedido por sua conta e risco⁵⁰.

Em que pese haver na doutrina certa repetição seca da lei, não parece que o propósito legislativo seja o de arquitetar um sistema de distribuição de riscos no qual todos os riscos pertençam ao concessionário⁵¹.

Isso porque, como leciona Marcos Augusto Perez: (i) trata-se de um contrato comutativo, e não aleatório, devendo haver equivalência entre os encargos contratuais das partes; e, ainda, (ii) maiores riscos significam maiores custos transferidos aos usuários⁵², o que acabaria por contradizer o dever de modicidade tarifária previsto no art. 6º da Lei nº 8.987/95.

pelos menos, as suas consequências – por exemplo, contratando seguros; e, por outro, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhe sejam benéficas – por exemplo, no caso da parte prestadora de um serviço, a melhoria da qualidade do serviço, para aumento da demanda, e, portanto, das suas receitas operacionais.” (Os grifos não são do original). RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria público privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117.

⁵⁰ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado;

⁵¹ Carlos Ari Sunfeld enfrenta o ponto: “A circunstância de a Lei de Concessões definir a concessão de serviço público como aquela em que o concessionário atua “*por sua conta e risco*” (art. 2º, II) não importa devam ser atribuídos ao concessionário “*todos os riscos*”. Aliás, a própria existência da “revisão” aí está para prová-lo (Lei de Concessões, arts. 18, VIII, 23, IV, e 29, V). *Assim, a alocação de riscos é, sim, matéria contratual*.” (Os grifos não são do original). SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

⁵² Nas palavras de Marcos Augusto Perez: “Ora, a noção de equivalência entre os encargos contratuais das partes, bem como o prévio conhecimento destes, opõe-se frontalmente à idéia de transferência de todos os riscos da contratação para uma única parte: o concessionário. Havendo comutatividade – e não aleatoriedade –, à prestação realizada pelo concessionário deverá corresponder uma contraprestação, pré-conhecida, certa e relativamente equivalente, fixada no contrato (o pagamento de tarifa; o ônus de realizar determinados subsídios; a obrigação de aplicação de reajustes, entre outras). A comutatividade importa, inclusive, salvaguarda dos contratantes quanto aos riscos inerentes a situações alheias à sua vontade e imprevisíveis (cláusula *rebus sic stantibus*), como veremos em seguida. Esta, todavia, não é a única contradição teórica relacionada à doutrina tradicional do risco na concessão de serviços. Outra se encontra no fato da concessão de serviço público (e este é mais um ponto incontestado, em função, inclusive, do previsto no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95) ser regida pelo princípio da modicidade tarifária. É que desfaz de qualquer bom senso imaginar que há possibilidade de reforçar-se a carga de riscos do concessionário ou transferi-los todos a ele, como aparenta sustentar a doutrina tradicional do risco na concessão, e simultaneamente reduzir a tarifa, isto é, a contraprestação pelos serviços prestados, a valores módicos. Maiores riscos significam, necessariamente, maiores custos transferidos ao usuário.” PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 104/105.

Como as concessões de serviços públicos costumam demandar investimentos vultosos e ter longos prazos de duração, até para que seja possível viabilizar tais investimentos, o mais adequado para se assegurar a estabilidade da prestação do serviço público seria realizar um planejamento capaz de identificar os riscos potenciais, a serem expressamente repartidos entre as partes no contrato à luz de sua melhor capacidade de gerir determinado risco.

Essa forma de proceder, além de aumentar a segurança jurídica da contratação, favorece a instalação de um ambiente competitivo em torno do contrato e fortalece as possibilidades do efetivo atendimento ao dever legal de modicidade tarifária. Em síntese: dota o contrato de maior aptidão para realizar os interesses públicos que lhe sejam subjacentes.

Dando um passo adiante no tratamento contratual dos riscos, as concessões especiais regidas pela Lei nº 11.079/04 – Parcerias público-privadas – contam com disciplina expressa no sentido de que deverá ser feita uma repartição objetiva de riscos no contrato, inclusive para hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária⁵³.

Essa alocação de riscos é fator de importante economia contratual, eis que a partilha dos riscos leva em consideração a capacidade de sua gestão por cada uma das partes. Cada risco determinado, portanto, deverá ser relacionado à parte que tenha maior capacidade para evitá-lo ou, ainda, absorvê-lo no caso de sua ocorrência, da forma mais econômica possível⁵⁴. A medida é norteada, portanto, pelo princípio constitucional da eficiência.

É positivo, assim, que a lógica da repartição de riscos esteja sendo levada em consideração para a modelagem do novo marco regulatório do setor de ferrovias, no qual se vem de propor que ao concessionário caberá o risco de engenharia, envolvido

⁵³ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; e Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

⁵⁴ Marcos Barbosa Pinto, após formular crítica sobre o tratamento dos riscos nos contratos administrativos, faz interessante registro sobre a economia propiciada nos contratos de parceria público-privada em virtude de uma adequada partilha de riscos: “Sem dúvida, essa solução rompe com a tradição brasileira em matéria de contratos administrativos. Em geral, nossos contratos tratam de repartição de riscos de forma sumária, muitas vezes relapsa. Resolve-se a questão, normalmente, mediante aplicação do abstrato princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujas diretrizes conformadoras estão fixadas em lei, mas cuja aplicação prática é feita pelo Judiciário a cada caso, com o auxílio da doutrina acadêmica. [Em nota de rodapé, na seqüência]: Ficamos, a meu ver, no pior dos mundos. Sendo a lei e o contrato extremamente genéricos sobre o assunto, um imenso peso recai sobre a jurisprudência, que se vê obrigada a decidir, ex post e com uma óbvia deficiência de informações técnicas, qual a melhor alocação de riscos. Ao romper com esse paradigma, o Congresso Nacional reconheceu que a alocação de riscos é um dos aspectos mais importantes das PPPs. Alocar riscos para a parte que pode suportá-los a um custo mais baixo gera grandes economias, seja no setor público, seja no setor privado. No Reino Unido, por exemplo, estima-se que 60% da economia obtida com as PPPs advinha de uma eficiente alocação de riscos nos contratos.” (Os grifos não são do original). PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: *Revista do BNDDES*, v. XIII, n. 25, jun. 2006, pp. 158-159.

na construção, manifestação e gestão da infraestrutura ferroviária, ao passo que à VALEC – ainda que não seja ela a concedente, mas a ANTT – caberá o risco de demanda, na medida em que a estatal terá o dever de comprar toda a capacidade da malha ferroviária, havendo ou não contratantes a subceder o uso da via na etapa subsequente do ciclo econômico setorial.

O que não é justificável, no entanto, é o modo como se propõe que isso seja feito, mediante: i) a celebração de uma concessão comum de serviço público; e, ainda, ii) com a artificial interposição da VALEC em meio ao ciclo econômico do setor, transformando-a em instrumento de subsídio sem autorização legal.

As críticas se autorrelacionam, o que as leva a serem analisadas conjuntamente.

Ainda que aqui se defenda, como visto, que a disciplina legal das concessões comuns permite a veiculação de repartição de riscos no contrato em concreto, fato é que são as parcerias público-privadas que ostentam uma disciplina mais avançada e inequívoca no tema, além de serem vocacionadas, por meio de sua modalidade patrocinada, para casos de parceria com o setor privado nos quais a operação da atividade delegada não seja autossustentável.

A concessão patrocinada toma lugar quando a delegação envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado⁵⁵.

É exatamente como se passa na hipótese presente, em que a remuneração paga pelo usuário ao concessionário – TBF – é voltada apenas para compensar os custos com o desgaste da utilização da malha ferroviária e tem caráter adicional à TDCO, paga diretamente pela VALEC à concessionária pela compra da capacidade operacional disponibilizada.

Não sendo a VALEC usuária da via, conforme arranjo visto anteriormente, resta desqualificada a natureza da TDCO como sendo uma tarifa⁵⁶. Trata-se, sem espaço para dúvidas, de subsídio externo à concessionária do serviço público concedido⁵⁷.

⁵⁵ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

⁵⁶ Segundo Aline Paola C. B. C. de Almeida “A principal fonte de remuneração do concessionário é a tarifa, parcela que, advinda do usuário, tem por finalidade recuperar o capital investido, proporcionar a prestação do serviço adequado e, ainda, conferir lucro ao concessionário.” ALMEIDA, Aline Paola C. B. C. *As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 205.

⁵⁷ Conforme a classificação disposta por Vitor RheinSchirato: “A noção de subsídio tarifário é extremamente ampla. Há subsídios internos e externos. Os internos são os que provêm do próprio sistema, sem o aporte de recursos externos, por meio do pagamento a maior por determinada classe de usuários para subsidiar a prestação a outra classe menos abastada. De outro turno, os subsídios externos são aqueles que provêm de fontes externas aos serviços, como pagamentos aportados pelo Poder Público, com recursos orçamentários.” SCHIRATO, Vitor Rhein. O Reajuste Tarifário nas Concessões de Serviços Públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo em Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, out./dez., 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=98514>>. Acesso em: 03/02/2014.

O instrumento contratual eleito para o novo modelo até poderia ser uma concessão comum, desde que isso fosse acompanhado por uma lei autorizativa permitindo o subsídio da concessão, como determina o art. 17 da Lei nº 8.987/1995⁵⁸.

Fazê-lo sem lei, aliás, foi inclusive objeto do veto do art. 24, que permitia ao poder concedente garantir um nível mínimo de receita ao concessionário⁵⁹.

As razões de veto são esclarecedoras quanto ao seu propósito, dispondo que “*Garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional do concessionário, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo Poder Público.*”

Mas se não há uma lei fixando a moldura regulatória do novo modelo, a ser integrada nos níveis normativos subsequentes até o contrato, melhor destino não se segue quanto à necessária lei autorizativa para a realização de subsídios, igualmente inexistente.

Veja-se, aliás, que a própria sistemática da Lei de PPP não confere ao Poder Executivo um cheque em branco quanto ao percentual do risco de demanda que pode assumir, fixando também a necessidade de lei autorizativa específica para o caso de concessão patrocinada na qual mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado seja paga pela Administração Pública⁶⁰.

A exigência de lei autorizativa, nesses casos, não é uma formalidade despropositada. Dedicar-se a submeter ao processo deliberativo majoritário o debate de um tema importante e que pode impactar consideravelmente na gestão fiscal⁶¹.

Por fim, há ainda uma outra razão que advoga a preferência do modelo de concessão especial patrocinada em face do de concessão comum nesse caso: o incentivo à eficiência do concessionário.

⁵⁸ Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

⁵⁹ Art. 24. O poder concedente poderá garantir, no contrato de concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão.

⁶⁰ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

⁶¹ Tanto é assim que a Secretaria do Tesouro Nacional editou a Portaria nº 614/2006, na qual trata das contas públicas envolvendo parcerias público-privadas e revela sua preocupação fiscal a dispor claramente que: Art. 4º *A assunção pelo parceiro público de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos.* § 1º Para efeito dessa Portaria *considera-se* que o parceiro público assume *parte relevante*: I - do risco de demanda quando garantir ao parceiro privado receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperado para o projeto, independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria. Define-se risco de demanda como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público; (...)

Uma vez colocado em prática o modelo da forma como proposto, o único incentivo que o concessionário terá será o de construir e manter a via em bom estado de funcionamento, pouco lhe importando se ela tem, de veras, alguma utilidade no mundo dos fatos, ou se remanesce na mais pura ociosidade.

Garantida a receita do concessionário por meio da TDCO, o risco de demanda é integralmente transferido à VALEC, deixando de ser uma questão que lhe interesse. E isso é ruim à eficiência do modal ferroviário. Repartir riscos não é, necessariamente, alocá-los integralmente a um ou outro contratante. É, isso sim, graduar essa partilha objetivamente, tendo em conta as capacidades de gestão de cada parceiro e a busca pela eficiência econômica do contrato.

Ainda que seja necessário subsidiar a operação da ferrovia, também do ponto de vista da eficiência contratual melhor seria adotar-se o modelo de concessão especial patrocinada, o que permitiria desenhar um sistema de remuneração variável que levasse em consideração o nível de capacidade operacional efetivamente utilizado na malha, favorecendo o concessionário e o concedente com os ganhos de eficiência obtidos. Desse modo, a demanda não estaria totalmente garantida, e haveria incentivo à concessionária para buscar o incremento do uso da infraestrutura ferroviária.

No mais, veja-se que essa atividade, de prospecção comercial, provavelmente seria melhor realizada pelo parceiro privado do que pelo parceiro público (considerando-se o Concedente, ou mesmo a VALEC), na medida em que é da essência da atuação do parceiro privado atuar em busca do lucro.

Isso contribuiria, ainda – e onde fosse possível –, para a concorrência intermodal, na medida em que o parceiro privado teria interesse em prospectar clientes que se valem de outros meios logísticos, como o rodoviário.

Em síntese, se o propósito é o de fomentar o desenvolvimento de um sistema de transportes moderno e eficiente, expandindo e aumentando a capacidade da malha ferroviária nacional por meio de parcerias estratégicas com o setor privado, a adoção do modelo de concessão comum, seguido de um subsídio travestido da nomenclatura de tarifa, a ser realizado por meio de uma empresa estatal que comprará toda a capacidade do setor parece uma engenhosidade desnecessária, se não para evitar: i) o debate democrático encetado pela lei autorizativa necessária; ii) o destaque do volume de subsídios repassados para o setor; iii) o controle da responsabilidade fiscal; e iv) a celebração de uma concessão especial patrocinada.

4.4. A Falta de Garantias Institucionalizadas da Delegação e o Risco VALEC

Se o compromisso da VALEC de comprar toda a capacidade operacional da ferrovia concedida, por meio de sua interveniência/anuência nos contratos de concessão a serem celebrados, assumindo integralmente o risco da demanda, em tese funciona como uma garantia de receita que imuniza os interessados em disputar as outorgas de concessão quanto a este aspecto, na prática esta pode não ser uma forma de garantia tão segura assim, devido à sua baixa sustentação institucional.

A VALEC, como se sabe, é uma empresa pública federal. Assim, ainda que seja integrante da Administração Pública Indireta, e isso a retire de um controle hierárquico direto por parte do Chefe do Executivo, não a exime de se submeter a uma supervisão externa de caráter finalístico de suas atividades (tutela administrativa), financeiro (sob a ótica da gestão fiscal), orçamentário (dirigismo da estatal por meio do orçamento) e contábil (realizado pelo Tribunal de Contas da União sobre suas despesas)⁶².

Como se vê, uma empresa estatal em geral submete-se a múltiplos controles que concentram o poder do Chefe do Executivo sobre sua atuação. E esses controles podem ainda variar de intensidade, conforme a autossuficiência econômica ou dependência da estatal.

Desse modo, estatais que não auferem lucros no exercício de suas atividades, dependendo do repasse de recursos públicos para custeio, são classificadas como estatais dependentes⁶³ ou subvencionadas, e recebem um dirigismo ainda mais intenso do Executivo central.

É exatamente como se passa com a VALEC. De acordo com estudo elaborado pelo Ministério do Planejamento acerca do perfil das empresas estatais do país, “no grupo de empresas dependentes do Tesouro, a VALEC esteve entre as maiores em valores registrados no ativo imobilizado e no patrimônio líquido. Essa mesma empresa, em conjunto com o Hospital Nossa Senhora da Conceição e com a CBTU, também estiveram entre as que registraram maior prejuízo em 2010.”⁶⁴

O severo estado de dependência da VALEC faz com que o controle do Chefe do Executivo sobre suas atividades seja consideravelmente intenso, concentrando nele o poder de dirigi-la.

Enquanto este poder é exercido por um entusiasta da política de governo transparente no novo marco regulatório em comento, pode até ser que a garantia de demanda por meio da VALEC funcione. Todavia, não se pode perder de vista que nem as leis orçamentárias, nem o mandato do Presidente da República, são capazes de traçar um horizonte para além de 4 (quatro) anos, ao passo que os contratos de concessão vigerão por décadas.

Não sendo capaz de superar esse obstáculo, a modelagem proposta deixa latente o risco político a que estará exposto o concessionário, na medida em que novos governantes poderão fazer escolhas orçamentárias diferentes, pondo em xeque o mecanismo de garantia desenhado, sendo possível ainda que alterem unilateralmente

⁶² Valho-me da classificação apresentada por Mario Engler Pinto Júnior. Cf.: PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 91/133.

⁶³ SUNDNFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A Superação da Condição de Empresa Estatal Dependente. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). *Direito Administrativo - Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 793-828.

⁶⁴ Cf. Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Perfil das Empresas Estatais Federais*, 2010 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Brasília: MP/SE/DEST, 2011, p. 17.

e a qualquer tempo o dito mecanismo, já que encartado apenas pelo art. 3º do Decreto nº 8.129/2013, sem qualquer respaldo legal⁶⁵.

A isso tudo se tem denominado midiaticamente de risco VALEC. Um risco que surge colateralmente do design institucional do marco regulatório proposto e que poderia ser facilmente evitado caso, novamente, fosse adotado o modelo de concessão especial patrocinada.

Isso porque, como se sabe, uma das grandes vantagens das parcerias público-privadas está justamente no sistema de garantias institucionalizadas das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública que veicula em seu art. 8º, podendo prever a vinculação de receitas, a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, a contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, ou outros mecanismos admitidos em lei⁶⁶.

Logo, o compromisso da VALEC de comprar toda a capacidade operacional da ferrovia concedida, por meio de sua interveniência/anuência nos contratos de concessão a serem celebrados, assumindo integralmente o risco da demanda, não é um mecanismo de garantia institucionalizado e perene; que já tenha sido testado com sucesso e, ainda e principalmente, que seja suficiente a confiar sua manutenção durante o longo prazo de vigência da concessão.

Novamente se afigura mais adequado às finalidades de reduzir os riscos da delegação do serviço público de ferrovias em questão celebrar uma PPP, que tem sistemática experimentada em outros setores e internacionalmente, além de ser mais imune à flutuação de políticas de governo por meio dos mecanismos de garantia que apresenta, dentre outras características, o que é tão caro a setores de infraestrutura.

⁶⁵ Em complemento, e talvez de forma mais polemica, não se pode deixar de vista que o risco de reputação institucional da VALEC também influencia para a avaliação da higidez do mecanismo de garantia de demanda formulado. Mais um sinal de que inseri-la em meio ao ciclo econômico do setor antes joga dúvidas sobre ele do que lhe confere credibilidade. E veja-se: reputação institucional não é algo que se mude prontamente com letras em papel, como parece pretender o Decreto nº 8.134/2013, que visa modificar a gestão da VALEC alterando sua governança.

Sobre a consideração da reputação institucional como parâmetro importante à intensidade do controle judicial sobre atos de agências reguladoras, por exemplo, cf.: ABRAMOWICZ, Michael B. Toward a jurisprudence of cost benefit analysis. *George Washington Law School Public Law and Legal Theory Paper nº 2013/98*, pp. 1738/1741. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2286780. Acesso em: 31/01/2014.

⁶⁶ Sobre o tema, cf. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As garantias nas parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=64269>. Acesso em: 3 fev. 2014.

4.5. A Antecipação de Receitas sem Previsão Legal

Finalizando a abordagem das fragilidades identificadas nas inovações propostas, é preciso abordar brevemente a previsão de que a VALEC, conforme o art. 4º do Decreto nº 8.129/2013, poderá antecipar, em favor do concessionário, até quinze por cento dos recursos referentes aos contratos de cessão de direito de uso da capacidade de transporte da ferrovia, desde que haja previsão expressa no edital e no contrato.

O mecanismo inspira-se no art. 6º, §2º, da Lei nº 11.079/2004, tendo a ela sido incluído tão somente com a alteração legislativa realizada por meio da edição da Lei nº 12.766/2012, prevendo a possibilidade do contrato de PPP estabelecer o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que autorizado no edital de licitação⁶⁷.

A inovação legislativa, no âmbito das parcerias público-privadas, veio justamente para corrigir uma ineficiência econômica que se dava diante da ausência de previsão neste sentido.

Iniciada a execução do contrato, o parceiro privado precisava acorrer com vultosos investimentos iniciais, mas não podia, por força do art. 7º da Lei de PPP, receber qualquer contraprestação pública antes de disponibilizar a fruição do serviço contratado, ao menos parcialmente. O parceiro privado, por conta disso, acabava tendo de buscar crédito no mercado, mesmo diante da disponibilidade de recursos do parceiro público para fazer frente aos custos.

A ineficiência econômica anteriormente experimentada nas parcerias público-privadas só foi superada, como se disse, por meio de alteração legislativa. E aqui está, novamente, um problema que assola toda a estrutura do marco regulatório proposto para o setor de ferrovias: a falta de previsão legal para a antecipação, pela VALEC, de 15% (quinze por cento) de todos os investimentos em bem de capital a serem realizados pela concessionária na fase pré-operacional, adiantamento que será abatido linearmente durante os anos operacionais da remuneração ordinária, desde que o concessionário cumpra o cronograma de execução física.

O ponto, portanto, novamente demonstra a melhor aptidão institucional do modelo de concessão especial para instrumentalizar a delegação do serviço público de transporte ferroviário, diante da segurança que a expressa previsão legal possibilitando a antecipação de receitas durante a fase inicial de construção da infraestrutura confere aos interessados em concorrer pelo contrato.

⁶⁷ Sobre a inserção da possibilidade de aporte na Lei de PPP, Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro discorrem: “Bem verdade que a introdução da figura do “aporte” no regime contratual de PPP passou a viabilizar o pagamento no decorrer das obras. Ainda assim, como a liberação dos recursos está vinculada à execução prévia de parcelas dos investimentos, tem-se sistema sólido de controle da qualidade, sendo certo que ao não executar os investimentos previstos a concessionária perde o direito ao recebimento dos valores de aporte.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 81-107, abr./jun. 2013.

5. Conclusão

A decisão de reformar marcos regulatórios de infraestrutura, e a maneira pela qual isso vem sendo feito, deveriam levar em maior consideração a dinâmica dos setores sob reforma.

Reformar um marco regulatório é ponderar entre estabilidade e mudança institucional. Mais: no caso dos setores de infraestrutura, é fazê-lo tendo especialmente em conta que a segurança jurídica é um norte primordial garantido não pela imutabilidade, ou pela mudança que rompe puramente com o que está posto, mas com a certeza da mudança concertada aos objetivos que se quer efetivar.

Sendo assim, antes de reformar um marco regulatório na íntegra, melhor seria aperfeiçoar o modelo posto, corrigindo vícios de operação – que não sejam falhas de incentivo em si – e realizando experiências regulatórias com alcance pontual, para que, uma vez testadas e confirmadas como bem sucedidas, tenham sua abrangência ampliada.

É desse modo que se favorece a longevidade e a estabilidade institucional, permitindo-se trilhar um caminho mais proveitoso ao desenvolvimento sustentável desses setores por meio das parcerias de longo prazo celebradas em seu ambiente.

O *design* regulatório, dessa forma, precisa adotar os incentivos mais adequados aos fins que a reformulação do marco pretende realizar, de modo a mitigar os riscos que não podem ser adequadamente administrados pelo particular investidor.

Assumida essa premissa, a análise das inovações do modelo regulatório proposto para o setor de ferrovias permite concluir que, mesmo quando fixa pontos vantajosos em tese, o arranjo acaba criando um esquema de incentivos frágil à consecução das finalidades pretendidas.

E isso se dá basicamente por dois motivos: i) ausência de previsão legal, já que o novo modelo, até então, só encontra previsão colateral em Decreto elaborado ao pretexto de regulamentar as atividades da VALEC; e ii) inserção da VALEC em meio ao ciclo econômico do setor, criando-se uma artificialidade desnecessária, implicando fuga à forma jurídica de delegação mais adequada ao caso – concessão especial de serviço público –, subsídio do serviço às escuras, por dentro da estatal e, ainda, um potencial monopólio inconstitucional que, no limite, contamina todo o sistema de incentivos à luz dos objetivos pretendidos.

Diante disso, entende-se que as medidas propostas negligenciam as necessidades demandadas pelo desenvolvimento sustentável das ferrovias no país.

Adotado o arranjo jurídico mais adequado, a VALEC sequer precisaria figurar na relação de concessão do serviço público ferroviário. Sua interposição a essa relação, aliás, mais fragiliza do que assegura.

É preciso corrigir os descaminhos da proposta de novo marco regulatório das ferrovias antes que os desincentivos e riscos a ela embutidos se propaguem para as relações travadas no setor.

O atraso atual já é grande demais. Perder a oportunidade de conferir ao setor os melhores incentivos de que se pode dispor é contribuir para torná-lo ainda mais agudo. Esse é um preço que o país não pode pagar.

Bibliografia

- ABRAMOWICZ, Michael B. Toward a jurisprudence of cost benefit analysis. George Washington Law School Public Law and Legal Theory Paper nº 2013/98, pp. 1738/1741. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=2286780>. Acesso em: 31/01/2014.
- AGUIRRE, Basília. Mudança institucional: a perspectiva da Nova Economia Institucional. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito & Economia: Análise Econômica do Direito. Rio de Janeiro: Campos, 2005.
- ALIGICA, Paul Dragos. Institutional Design, Self Altering Predictions and Institutional Theory. Disponível em: <http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/02.1/Aligica.pdf> Acesso em: 02/02/2014.
- ALMEIDA, Aline Paola C. B. C. As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 27, ano 6, Setembro/Outubro 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50327>>. Acesso em: 10/01/2014.
- _____. Serviços Públicos e Concorrência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 21 de jan. de 2014.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin; Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practise. New York: Oxford University Press, 2012.
- BAPTISTA, Patrícia. RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito Administrativo Global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In ROSADO, Marilda. Direito Internacional dos Investimentos. No prelo em 27/01/2014.
- BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. Prefácio. In RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BRAVO, Luciano Magno Albertasse. Anotações Sobre a Desagregação de Atividades Desestatizadas e a Aplicação de Instrumentos Concorrenciais nos Setores Regulados. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; FARIAS, Sara Jane Leite de; BRAVO, Luciano Magno Albertasse (Coord.). Direito Empresarial Público III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Perfil das Empresas Estatais Federais, 2010 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Brasília: MP/SE/DEST, 2011
- DEPOORTER, Ben W.F. Regulation of Natural Monopoly, 1999, Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/5400book.pdf>. Acessado em: 03/01/2014.
- DURÇO, Fábio Ferreira. A Regulação do Setor Ferroviário Brasileiro: Monopólio Natural, Concorrência e Risco Moral. Dissertação apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, em 2011, como requisito para obtenção do título de Mestre em Economia. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9349/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Vers%C3%A3o%20Final%20FFD%20%2804.03.2012%29.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 de jan. de 2014.
- FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias. Disponível em: http://ww2.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrenca.pdf. Acesso em 21/01/2014.
- FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIGUEIREDO, Bernardo. Transporte Ferroviário: Situação Atual e Perspectivas. In: Revista de Política Agrícola - Ano X - nº 02 - Abr-Mai-Jun – 2001.
- GARCIA, Flavio Amaral. Licitações e contratos administrativos: (casos e polêmicas). 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GOMÉZ-IBÁÑEZ, José A.; DE RUS, Ginés. Competition in the railway industry: an international comparative analysis. Edward Elgar, 2006.
- GRIGG, Neil S. Infrastructure Engineering and Management, New York: John Wiley e Sons, 1988, p. 1. Apud MARTLAND, Carl. D. Avaliação de projetos: por uma infraestrutura sustentável. (Trad. Luiz Claudio de Queiroz Faria; revisão técnica Vera Regina Tângari). Rio de Janeiro: LTC, 2014.
- KEATING, Dave. Unbundling causes rail industry row. Disponível em: <http://www.europeanvoice.com/article/imported/unbundling-causes-rail-industry-row/74816.aspx>. Acesso em: 25/01/2014.

KRONMAN, Anthony T.; POSNER, Richard A. The economics of contract law. Boston e Toronto: Little, Brown and Company, 1979.

KVIZDA, Martin. Impacts of Unbundling on Competitiveness of Railways. Disponível em: <http://railway.econ.muni.cz/en/publikovane-clanky/oddeleni-provozu-site/impacts-unbundling-competitiveness-railways>. Acesso em: 25/01/2014.

LODGE, Martin; BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practise. New York: Oxford University Press, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. 1ed. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 81-107, abr./jun. 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. As garantias nas parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out./dez. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo. Curso de Direito Administrativo. 15 ed, Rio de Janeiro, Forense, 2009.

NESTOR, Sliptor; MAHBOOBI, Ladan. Privatisation of public utilities: the OECD experience. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/1929700.pdf>. Acesso em: 26/01/2014.

NORTH, Douglass. Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge University Press, 1990.

OCDE. Restructuring Public Utilities for Competition. 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/19635977.pdf>. Acesso em: 26/01/2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo Método, 2013.

OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. Direito dos transportes ferroviários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEREIRA, Daniel Silva. Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Um Estudo à Luz do Novo Marco Regulatório Portuário. Trabalho de conclusão do Curso de pós-graduação em Direito Administrativo Empresarial, apresentado à Universidade Cândido Mendes em 2013.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa estatal: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz; MACIEL, Cláudio S.; BICALHO, Ronaldo; QUADROS, Saul R. (Coord.). Perspectivas do Investimento em Infraestrutura. Rio de Janeiro: Synergia; UFRJ, Instituto de Economia; Campinas: UNICAMP, Instituto de Economia, 2010.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: Revista do BNDDES, v. XIII, n. 25, jun. 2006.

POSNER, R. Natural Monopoly and Its Regulation. Stanford Law Review, Vol. 21, p. 518-643, 1969.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Decreto pode não atender TCU e mercado. Disponível em: <http://www.revistaferroviaria.com.br/index.asp?InCdEditoria=1&InCdMateria=20622>. Acesso em: 24/01/2014.

RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In CORRÊA, André Rodrigues;

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Cumprimento de contratos e Razão de Estado. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Aspectos Jurídicos e Regulatórios do Compartilhamento de Infra-estrutura no Setor Ferroviário. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 21 de jan. de 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP – Parceria público privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99036>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

_____. O Reajuste Tarifário nas Concessões de Serviços Públicos. A&C – Revista de Direito Administrativo em Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, out./dez., 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98514>>. Acesso em: 03/02/2014.

_____. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64269>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

SILVA, Luiz Eduardo Lessa; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Mineroduto e Servidão Civil Contratual: Uma Alternativa à Servidão Administrativa e à Servidão de Mina Independente de Manifestação Prévia do Poder Público. In: FEIGELSON, Bruno; LIMA, Marcello Ribeiro. Desafios Jurídicos na implantação de Grandes Projetos de Mineração e Infraestrutura. Rio de Janeiro: Editório, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A Superação da Condição de Empresa Estatal Dependente. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). Direito Administrativo - Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.