INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA

A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO MITIGADOR DO RISCO DE CAPTURA NO PROCESSO DE RENOVAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA POLÍTICA POSITIVA DA REGULAÇÃO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

THERTISON TEIXEIRA DE OLIVEIRA

BRASÍLIA-DF

2018

THERTISON TEIXEIRA DE OLIVEIRA

A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO MITIGADOR DO RISCO DE CAPTURA NO PROCESSO DE RENOVAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA POLÍTICA POSITIVA DA REGULAÇÃO

Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, área de concentração em Economia, para a obtenção do título de Mestre.

Prof. Dr. Fabiano Mezadre Pompermayer

BRASÍLIA-DF

2018

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA

Oliveira, Thertison Teixeira de

O48a A análise de impacto regulatório como instrumento mitigador do risco de captura no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da América Latina Logística Malha Paulista : uma análise sob a ótica da teoria política positiva da regulação / Thertison Teixeira de Oliveira. – Brasília : IPEA, 2018.

115 f. : il.

Dissertação (mestrado) – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, área de concentração em Economia, 2018

Orientação: Fabiano Mezadre Pompermayer

Inclui Bibliografia.

1. Teoria da Regulação. 2. Análise de Impacto Regulatório. 3. Risco de Captura. 4. Estudos de Casos. I. Pompermayer, Fabiano Mezadre. II. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. III. Título.

CDD 352.8

Ficha catalográfica elaborada por Patricia Silva de Oliveira CRB-1/2031

THERTISON TEIXEIRA DE OLIVEIRA

A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO MITIGADOR DO RISCO DE CAPTURA NO PROCESSO DE RENOVAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA POLÍTICA POSITIVA DA REGULAÇÃO

Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, área de concentração em Economia, para a obtenção do título de Mestre.

Defendida em 16 de fevereiro de 2018.

COMISSÃO JULGADORA

_____

Prof. Dr. Fabiano Mezadre Pompermayer – IPEA

_____

Prof. Dr. Gabriel Godofredo Fiuza de Bragança – IPEA

_____

Dra.Márcia Lika Mon-Ma - ANTT

BRASÍLIA-DF

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio e compreensão. Foram os principais incentivadores dessa empreitada e estiveram presentes em todo o momento, com amor, sabedoria, paciência e abnegação.

De grande valia foram os conselhos de meu orientador, Fabiano Pompermayer, que me apoiou nesse interessante e atípico projeto. Agradeço aos conselhos, sugestões e comentários dos professores Gabriel Fiuza e Alexandre Gomide, durante minha banca de qualificação. Agradeço a gentileza do professor Bernardo Mueller em me encaminhar os textos necessários à boa compreensão da Teoria Política Positiva da Regulação. Agradeço ao professor José Expedito Brandão Filho pelo uso de dados essenciais.

Expresso minhas congratulações às equipes do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em especial ao professor Fernando Gaiger, e da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP por proverem um espaço de excelência para promoção do debate construtivo de ideias essenciais à Administração Pública.

Por fim, pelo apoio institucional, agradeço à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Meu amor, disciplina é liberdade, compaixão é fortaleza, ter bondade é ter coragem
Renato Russo (1960-1996)

LISTA DE SÍMBOLOS E ABREVIATURAS

AIR	Análise de Impacto Regulatório
ALLMP	América Latina Logística Paulista S/A
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional de Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP	Audiência Pública
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CBA	Cost-Benefit-Analysis
CEA	Cost-Effectiveness-Analysis
CNT	Confederação Nacional dos Transportes
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DP	Direito de Passagem
ECT	Economia dos Custos de Transação
EFC	Estrade de Ferro Carajás

EFVM	Estrade de Vitória Minas
EUA	Estados Unidos da América
E&P	Estrutura e Processo
FCA	Ferrovia Centro Atlântica
FNS	Ferrovia Nortes Sul
FTC	Ferrovia Tereza Cristina
FTL	Ferrovia Transnordestina Logística
NEI	Nova Economia Institucional
NICE	Novos Investimentos em Concessões Existentes
NPT	Normative Analysis as a Positive Theory
MCA	Multicriteria Analysis
MT	Ministério dos Transportes
MPU	Ministério Público da União
OEDC	Organisaton for Economic Co-operation and Development
OFI	Operador Ferroviário Independente
PIL	Programa de Investimento e Logística
PND	Plano Nacional de Desestatização
PPCS	Processo de Participação e Controle Social
PRO-REG	Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
RACOM	Relatório de Acompanhamento
RFFSA	Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima
TER	Teoria Econômica da Regulação
TF	Tráfego Mútuo

TFC	Transporte Ferroviário de Cargas
TPPR	Teoria Política Positiva da Regulação
TCU	Tribunal de Contas da União
VPL	Valor Presente Líquido

Lista de Figuras e Tabelas

FIGURAS

Figura 1 **- Principais mercadorias transportadas por ferrovias no período de 2011 a 2014 (em % do total de TU)..... 26**

Figura 2 - **Evolução da produção de cargas no TFC desde 2006 a 2014 (em bilhões de TKU)..... 28**

Figura 3 – S**istema Ferroviário Brasileiro)..... 34**

Figura 4 – **Negociação Poder Legislativo 52**

Figura 5 – **negociação com poder de veto).....53**

Figura 6 – **Configuração geográfica da ALLMP 76**

Figura 7 - **Área de influência do mercado da ALL Malha Paulista 78**

Figura 8 - **Operacionalização da variável dependente..... 89**

TABELAS

Tabela 1 – C**lassificação das Agências Reguladoras..... 18**

Tabela 2 - **Origens e extensão das principais malhas ferroviárias..... 29**

Tabela 3 - **Classificação e definição de modalidades de captura..... 70**

Tabela 4 - **Estimativa dos encargos da concessionária em favor do Poder Concedente..... 29**

Tabela 5 – **Atores envolvidos na ação regulatória..... 79**
Tabela 6 – **Impactos da ação regulatória/opção 1..... 81**
Tabela 7 – **Impactos da ação regulatória/opção 2..... 81**
Tabela 8 – **Impactos da ação regulatória/opção 3..... 82**
Tabela 9 – **Impactos da ação regulatória/opção 4..... 82**
Tabela 10 – **Matriz de avaliação de impactos das opções regulatórias..... 83**
Tabela 11 – **Orçamento dos projetos e investimentos..... 85**
Tabela 12 – **Contribuições escritas válidas..... 87**
Tabela 13 – **Nível de aceitação das contribuições..... 87**

Resumo

A ascensão do Estado Regulador foi um fenômeno global, imposto por uma nova conjuntura político-econômica, que consolidou um modelo no qual o papel estatal mudara significativamente. Em seu novo ofício, o Estado, outrora provedor de serviços públicos, agora regula a prestação desses mesmos serviços públicos realizada por meio de agentes privados. Consequentemente, desenvolveram-se, no campo da Teoria da Regulação, diversas linhas de pesquisa dedicadas a estudar os fenômenos decorrentes da relação entre esses agentes e o regulador, em especial o fenômeno da captura e seu pretenso nêmesis regulatório (a análise de impacto regulatório – AIR). Nesse sentido, a Teoria Política da Regulação -TPPR é uma dessas linhas de pesquisa, pois, ao privilegiar o papel das instituições políticas no processo decisório da regulação, confere maior realismo aos fenômenos de comportamento específicos da regulação, como por exemplo o papel institucional da AIR sobre o processo de captura. Tendo isso em mente, essa dissertação buscou identificar, por meio de um estudo de caso da renovação antecipada do contrato de concessão da ALLMP, sob a ótica da TPPR, qual a função da AIR na minoração do risco de captura *ex-post* do regulador. Para atingir esse intento, antes, foi necessário analisar: sucintamente os principais aspectos do setor regulado em tela; (ii) os principais tópicos teóricos da relação entre os atores em tela; (iii) a relação entre AIR e captura no caso selecionado. Esses objetivos foram alcançados por meio de uma pesquisa aplicada, de caráter tanto exploratório quanto descritivo, onde procedeu-se a identificação, conceitual e operacional, das variáveis envolvidas na relação. Após, os resultados foram expostos no formato qualitativo, a partir de uma coleta combinada de informações tanto de fontes primárias, quantos secundárias relacionados ao caso específico. A principal parte desses resultados pode ser assim resumida: (i) ocorreu uma tentativa de captura, na proposta contratual de renovação antecipada da ALLMP; (ii) tal tentativa de captura foi frustrada pela utilização da AIR como solução institucional, graças a participação de grupos de interesse (*fire alarms*), confirmando o previsto pela TPPR; (iii) esse *fire alarms* não tiveram um papel de preponderância frente aos órgãos de controle externo (*watch dogs*), destoando do previsto pela TPPR; (iv) a solução institucional adotada teve, como efeito colateral para o processo de renovação antecipada da ALLMP, maiores custos, maior atraso e maior rigidez, conforme previsto pela TPPR; e (v) de forma geral, a AIR teve um papel redutor do risco de captura *ex-post* do regulador, conforme previsto pela TPPR.

Palavras-Chave: regulação, captura, AIR, TPPR

Abstract

The rise of the Regulatory State was a global phenomenon, imposed by a new political-economic conjuncture, which consolidates a model without state qualification in the economy had changed significantly. In its new office, the State, once provider of public goods and services, now regulates the provision of the same public goods and services carried out by private agents. Consequently, in the field of Regulation Theory, several lines of research were developed to study the phenomena arising from the relationship between these agents and the regulator, especially the phenomenon of capture and its alleged regulatory nemesis (a regulatory impact analysis - RIA). In this sense, the Positive Political Theory of Regulation -PPTR is a lines of research because, the privilege or role of political institutions in the decisive process of regulation, it confers more realism to the phenomena of specific behavior of regulation, such as the institutional role of RIA on the capture process. Thus, it was sought to identify, through a case study of the early renewal of the ALLMP concession, from PPTR's point of view, which is a function of RIA in the lowest ex-post capture risk rating of the regulator. This parameter it was necessary to analyze: (i) succinctly the main components of the sector regulated in screen; (ii) the main theoretical topics of the relationship between the actors on the situation; (iii) the relationship between RIA and capture in the selected case. These objectives were reached, through an applied research where the conceptual and operational identification of the variables involved in the relationship. Afterwards, the results were presented in the qualitative format, from a combined collection of information from both primary and secondary sources related to the specific case. A major part of the results can be summarized as follows: (i) to find an attempt to capture the proposed contractual renewal of ALLMP; (ii) such attempted capture to frustrate the use of RIA as an institutional solution, thanks to a stakeholder participation (fire alarms), confirming the provided by PPTR; (iii) these fire alarms do not play a preponderant role against external control organs (watch dogs), disregarding the one provided by PPTR; (iv) the institutional solution adopted had, as a side effect for the process of early renewal of ALLMP, higher cost, greater delay and greater rigidity, as provided by PPTR; and (v) in general, a RIA plays a role in reducing the risk of ex-post capture of the regulator, as advocated by PPTR.

Keywords: regulation, capture, RIA, PPTR

Sumário

1 INTRODUÇÃO 16

2 O TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL 24

2.1 **PRINCIPAIS ASPECTOS TÉCNICOS-ECONÔMICOS DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS** 25

2.2 **PRINCIPAIS ASPECTOS ORGANIZACIONAL-ADMINISTRATIVOS DA INDÚSTRIA DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL** 27

2.3 **A REGULAÇÃO DO SETOR** 31

3 REFERENCIAL TEÓRICO 35

3.1 **UMA VISÃO GERAL DA TEORIA DA REGULAÇÃO** 35

3.2 **A TEORIA POLÍTICA POSITIVA DA REGULAÇÃO** 42

3.2.1 A regulação como um bem econômico 44

3.2.2 Da oferta de regulação como um bem econômico 47

3.2.3 A Dominância pela coalizão política 49

3.3 **A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO - AIR** 55

3.3.1 A Melhoria da qualidade regulatória 56

3.3.2 Ferramental da melhoria da qualidade regulatória 57

3.3.3 A AIR como ferramenta mitigadora do risco de captura 59

3.3.4 Observações sobre a AIR no Brasil 62

3.4 **A PROVA INDICIÁRIA** 63

3.4.1 A lógica da prova indiciária 64

3.4.2 Demais aspectos relevantes da prova indiciária 65

4 ABORDAGEM METODOLÓGICA 67

4.1 **TIPO E DESCRIÇÃO GERAL DA PESQUISA** 67

4.2 **ESTRATÉGIA DE PESQUISA** 67

5 ANÁLISE DA RENOVAÇÃO ANTECIPADA DA CONCESSÃO DA ALL MALHA PAULISTA S/A 72

5.1 **PERÍODO PRÉ-AUDIÊNCIA PÚBLICA** 72

5.2 **PERÍODO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA** 75

5.2.1 **Do panorama geral da Malha Paulista e do levantamento de suas questões problema** 77

5.2.2 **Da Análise de Impacto Regulatório** 80

5.2.3 Dos encargos devidos pelo concessionário e dos estudos operacionais 85
5.3 **PERÍODO PÓS - AUDIÊNCIA PÚBLICA** 88
5.3.1 Dos indícios de tentativa de captura por conhecimento técnico superior 90
5.3.1.1 Da procura do indício 91
5.3.1.2 Do exercício indutivo-dedutivo 94
5.3.1.3 Da submissão ao modelo da teoria eclética de análise de prova 96
5.3.2 Dos indícios de tentativa de captura burocrática 98
5.3.2.1 Da procura do indício 101
5.3.2.2 Do exercício indutivo-dedutivo 103
5.3.2.3 Da submissão ao modelo da teoria eclética de análise de prova 104
5.4 **CONCLUSÕES PARCIAIS** 105
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 106
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 109

1 INTRODUÇÃO

A mutação do Estado Social para o Estado Regulador foi um fenômeno global, imposto por uma nova conjuntura político-econômica, que consolidou um modelo no qual o papel estatal na economia mudara significativamente, chegando inclusive *a Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD* a sugerir metas de políticas regulatórias para seus países membros e não membros (OECD, 2012)[1]. Em seu novo ofício, o Estado, outrora provedor de bens e serviços públicos, agora regula a prestação desses bens e serviços públicos realizada por meio de agentes econômicos privados, Polliti (2002 *apud* PÓ; ABRUCIO 2006) nomeia esse fenômeno de "*agentificação",* devido à faceta mais visível desse novo Estado ser a instituição das Agências Reguladoras.

Um dos alicerces desse fenômeno foi a difundida crença que instituições (as chamadas Agências Reguladoras) dotadas de: (i) autonomia financeira; (ii) autonomia administrativa; (iii) ausência de subordinação hierárquica; (iv) notório conhecimento especializado; e (v) mandato fixo e estável de seus dirigentes teriam o condão de produzir uma regulação[2] capaz de gerar benefícios socioeconômicos superiores aos seus custos, contribuindo assim para o bem-estar social.

Essa mesma regulação teria o componente estratégico de se concentrar, *a priori*, em setores de infraestrutura econômica, onde, em tese, as falhas de mercado motivariam e legitimariam a chamada regulação econômica[3]. Salgado (2003 *apud* SANTOS 2003) classifica as agências que atuam nesses setores de agências reguladoras de Estado (em oposição às chamadas agências reguladoras de Governo), dada a importância desses setores para o desenvolvimento. Para Briceno *et al*. (2004 *apud* SUPRANI 2012) essa importância distintiva se materializaria por meio dos canais de operação dos efeitos da infraestrutura no desenvolvimento que, para as firmas, ocorreria no sentido de diminuição dos custos e consequente expansão dos mercados (energia, comunicação e transportes), gerando ganhos de

[1] Para uma crítica sobre a consistência desse modelo, nos diferentes contextos institucionais de determinados países, ver Vogel (1996)

[2] Acerca dos diversos conceitos de regulação, parece-nos apropriada a explicação de Salgado *et al* (2010), para quem a regulação, definida pela OECD, como a variedade de instrumentos que os governos dispõem - leis, ordens formais e informais, normas emitidas por organismos não governamentais ou autorreguladores com poderes normativos - para estabelecer exigências para as empresas e cidadãos, pode ser resumida como qualquer medida ou intervenção governamental que tenha como objetivo modificar o comportamento de indivíduos ou grupos. Nesse sentido, fica claro que não somente as agências reguladoras podem realizar regulação no sentido *lato sensu*, mas toda a Administração Pública.

[3] Cruz (2009) afirma que a OECD, para fins didáticos, faz a seguinte classificação de espécies de regulação: (i) econômica - caracteriza-se pela intervenção direta nas decisões de mercado, tais como definição de preços, competição, entrada e saída de novos agentes. As intervenções devem visar o aumento da eficiência econômica por meio da redução de barreiras à competição e à inovação; (ii) social – destina-se a proteger o interesse público nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e em questões nacionais. Em muitos casos, essa regulação deve atuar sobre recursos sociais que não estão sujeitos a transações de mercado, mas que, no entanto, são importantes à produção de um bem ou serviço regulado.

competitividade e produtividade, que por sua vez impulsionariam o crescimento econômico e, em última instância, aumentariam o bem-estar da população.

No Brasil, o fenômeno da "agentificação" se materializou por meio da chamada reforma gerencial[4] ocorrida na década de 1990, no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, no qual foi iniciado o movimento de criação das primeiras Agências Reguladoras. A esse respeito, Pó e Abrucio (2006, p.6), ao discorrerem acerca da amplitude de propósitos ensejadores da criação das agências e, consequentemente, das naturezas de suas regulações, afirmam que a diversidade de entidades administrativas criadas pela "agentificação" foi tamanha que gerou distintos tipos de finalidades regulatórias, tais como a econômica, social e até mesmo de fomento.

A fim de ilustrar o que foi dito acima, bem como de iniciar o processo de delimitação do tema da dissertação, realiza-se uma classificação abaixo, dentre as agências reguladoras brasileiras, daquelas que podem ser tidas como Agências de Estado ou de Governo, conforme pode ser visto na tabela 1:

TABELA 1 – Classificação de Agências Reguladoras

Agência	Ministério supervisor	Lei de criação	Status
Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL	Minas e Energia	9.427/1996	Estado
Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL	Comunicações	9.427/1996	Estado
Agência Nacional de Petróleo – ANP	Minas e Energia	9.478/1997	Estado
Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA	Saúde	9.782/1999	Governo
Agência Nacional de Águas – ANA	Meio Ambiente	9.984/2000	Governo
Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Saúde	9.961/2000	Governo
Agência Nacional de Transportes Aquáticos – ANTAQ	Transportes, Portos e Aviação Civil	10.233/2001	Estado

[4] Consubstanciada no Plano Nacional de Desestatização - PND e no Plano Diretor de Reforma do Estado

Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	Transportes, Portos e Aviação Civil	10.233/2001	Estado
Agência Nacional de Cinema – ANCINE	Cultura	Lei 10.454/02	Governo
Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC	Transportes, Portos e Aviação Civil	11.182/ 2005	Estado
Agência Nacional de Mineração – ANM	Minas e Energia	13.575/2017	Estado

Fonte: Elaboração própria

De especial interesse para a dissertação é a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e um dos setores sob sua jurisdição, o de Transporte Ferroviário de Cargas - TFC. O TFC, no Brasil, tem um papel importante na distribuição dos fluxos econômicos que ligam centros dinâmicos produtores de *commodities* aos portos agroexportadores nacionais.

Mesmo com todos os gargalos[5], o setor ferroviário de cargas nacional é responsável por 35% do transporte de *commodities* agrícolas exportadas e, no caso do açúcar, esse percentual sobe para 55%[6].

Suprani (2012, p.61), ao analisar a estrutura econômica desse setor, afirma que:

> O transporte ferroviário apresenta alto custo fixo de instalação, com elevado volume de capital imobilizado, mas com custos variáveis, de mão de obra, combustível ou energia, relativamente baixos, sendo assim adequado para transportar mercadorias de baixo valor agregado e com peso e volume padronizados. O transporte ferroviário depende, assim, de escala para que os custos fixos sejam diluídos, aumentando a margem de lucro das ferrovias em operação até a capacidade máxima de operação.

Essas características tecnológicas da indústria denotam a presença da falha de mercado Monopólio Natural, o que justifica, segundo a Teoria do Interesse Público, a necessidade de regulação para esse setor a fim de impedir que a firma exerça seu poder de monopólio e extraia renda da sociedade além do ponto ótimo que maximiza o bem-estar social, defendendo, dessa forma, o interesse público.

No entanto, essa solução idealizada não leva em consideração dois outros elementos importantes da gênese da regulação, quais sejam: a assimetria de informações (esta também uma falha de mercado) e a possibilidade de comportamento não benevolente do regulador e de outros grupos de interesse[7] envolvidos no processo regulatório.

5 Suprani (2012) destaca que dentre os principais gargalos estão a indisponibilidade de rotas, a pouca flexibilidade nas operações, a baixa velocidade, a indisponibilidade de material rodante e etc.

6 Disponível em http://www.antf.org.br/releases/do-campo-ao-porto/ . Acesso em 18/10/2017

7 Thomas (2004 *apud* Ferreira 2015) defini grupos de interesse como uma associação de indivíduos ou organizações ou uma instituição pública ou privada que, com base em um ou mais preocupação ou interesse compartilhado, tenta influenciar a política pública a seu favor.

Sunstein (1990 *apud* MELO. 2010) afirma que a influência de grupos políticos atuantes em favor de seus próprios interesses faz com que o objetivo de interesse público (aqui assumido como a maximização do bem-estar social)[8], inerente à regulação econômica, seja frustrado. Dessa forma, o chamado risco de captura (em suas diversas formas e momentos, respectivamente, econômica, política e jurídica; *ex-ante e ex-post*), como um dos subprodutos dessa influência, representaria uma grave ameaça ao Estado Regulador.

Já a assimetria informacional restringe a habilidade do regulador de implementar a regulação no ponto ótimo, pois o regulador, quando da tentativa de limitar a renda obtida pela firma monopolista, também reduz os incentivos para realização de esforço (não observável pelo regulador), por parte da firma, na redução de custos, manutenção de qualidade do serviço e outros objetivos socialmente desejáveis. Essa situação caracteriza um *trade-off* entre combate à extração de renda (realizada pela firma e sofrida da sociedade) e incentivos para performance adequada da firma monopolista. Adicionalmente, conforme será exposto, pormenorizadamente, em seção específica, determinadas linhas de pesquisa associam a assimetria informacional ao comportamento do regulador e dos grupos de interesse nas suas interações, como por exemplo, a chamada Escola de *Toulouse* e a Teoria Política Positiva da Regulação - TPPR que, resumidamente, enfatizam (de maneiras distintas) o papel da assimetria informacional no empenho dos grupos de interesse em influenciar os resultados regulatórios.

Dito isso, está delimitado o tema da presente dissertação, qual seja: O Comportamento do Regulador face à Atuação de Grupos de Interesse.

Queiroz e Monteiro (2008, p. 12) ao discorrerem sobre os frutos da interação de todos esses elementos expostos anteriormente afirmam que:

> [...] o fenômeno da informação assimétrica configura-se como algo central, capaz de influir no equilíbrio da rede envolvendo o Estado, as concessionárias e os consumidores dos serviços. **Ele interfere na autonomia das agências, na ampliação dos custos de transação, no aumento dos riscos de captura** e, por fim, na legitimidade da própria mudança institucional representada pelo advento do Estado regulatório. (grifo nosso)

[8] A despeito dos rios de tinta que já foram gastos na discussão do que vem a ser o interesse público e em razão de não ser esse o tema da dissertação, o assumiremos aqui como sinônimo de maximização do bem-estar social. Ademais, indica-se as seguintes leituras para aprofundamento no assunto: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Editora Fórum, 2009; ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Revista trimestral de direito público, v. 24, p. 159-180, 1999; DUARTE, Jorge. **Comunicação Pública: Estado, mercado, sociedade e interesse público**. Editora Atlas SA, 2000; ABRANCHES, Sérgio Henrique**. Questão da empresa estatal: economia, política e interesse público.** Revista de Administração de Empresas, v. 19, n. 4, p. 95-105, 1979.

Em face dessa constatação do efeito anabólico da assimetria informacional sobre o risco de captura, é razoável questionar até que ponto o Estado dispõe de meios para enfrentar e harmonizar, nesse ambiente de informação assimétrica, os antagônicos conflitos de interesses dos grupos particulares, enquanto desempenha a atividade regulatória.

Com relação a esse questionamento, é sabido que, no cenário regulatório, as agências dispõem em seu plantel de instrumentos regulatórios que, dentre outras finalidades, se prestam à redução da assimetria informacional, como por exemplo, a Análise de Impacto Regulatório – AIR e diversas modalidades de Participação e Controle Social – PPCS. Sendo Ferreira (2013 *apud* Silvestre 2015 p. 10) muito feliz ao comentar sobre o papel daquela na redução da assimetria informacional em prol de uma regulação de qualidade e possuidora de legitimidade técnica e democrática:

> A análise de impacto regulatório insere-se no objetivo de uma atuação mais cuidadosa por parte das Agências Reguladoras que almejam construir uma "regulação de alta qualidade" ou, pelo menos, de alguma qualidade que reduza as assimetrias informacionais e promova uma deliberação pública de qualidade entre os grupos da sociedade entre si e com as instâncias políticas e administrativas, de forma a se forjar, a um só tempo, legitimidade técnica e democrática.

No entanto, não resta claro se tais ferramentas teriam o condão de, além de reduzir a assimetria informacional, também reduzir o risco de captura do regulador. Infere-se que sim, haja vista esse ser, aparentemente, um dos principais motivos pelos quais sua participação tem ganhado destaque em recentes políticas públicas nacionais, como por exemplo, a possibilidade de repactuação antecipada do contrato de concessão da concessionária América Latina Logística Malha Paulista S/A – ALLMP, que será vista, particularizadamente, em seção específica.

Nesse contexto, assume-se como problema de pesquisa da presente dissertação, a seguinte pergunta: **Qual o papel da AIR, sob a ótica da Teoria Política Positiva da Regulação, na minoração do risco de captura *ex-post* do regulador, no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da ALL Malha Paulista S/A ?**

A fim de atender ao objetivo geral dessa dissertação, qual seja: Identificar o papel da AIR, sob a ótica da TPPR, na minoração do risco de captura *ex-post* do regulador, será realizado um estudo de caso acerca da renovação antecipada da concessionária ALLMP.

Com a finalidade de se atingir o objetivo geral, os seguintes objetivos específicos serão alvos da dissertação: (i) analisar, sucintamente, os aspectos técnicos-econômicos e organizacional-administrativos do setor ferroviário de cargas brasileiro, bem como a estrutura regulatória construída a partir dos mesmos; (ii) analisar os principais tópicos do pensamento

teórico acerca da relação entre o comportamento do regulador e grupos de interesse, principais mecanismos e finalidades da AIR e principais aspectos da lógica de raciocínio da prova indiciária; e (iii) realizar uma análise crítica da relação entre o uso da AIR e os riscos de captura *ex-post* do regulador, no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da ALLMP.

Para se atingir todos os objetivos, trabalha-se com a hipótese de que, dentro da visão da TPPR, há uma relação direta entre o uso da AIR e uma diminuição do risco de captura *ex-post* do regulador, no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da ALLMP.

A relevância da escolha desse caso específico, bem como da escolha do problema em si, justifica-se pelo destaque obtido, nos últimos anos, tanto pela AIR quanto pelo fenômeno da captura, no debate mundial, tanto no nível acadêmico quanto governamental. Esta como um dos principais males do modelo regulatório, e aquela como uma das principais potências soluções à ameaça desse mal e de outros que assolam o modelo.

Essa relevância é ainda mais acentuada quando se observa o singular momento nacional relativo a cada um desses elementos, em que novas políticas públicas são elaboradas tendo-os como parte central de suas preocupações, em especial, pode-se destacar: (i) a avançada tramitação do PL 6621/2016[9], que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras; (ii) a realização da Consulta Pública nº 1/2017, da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais - SAG, que recebeu sugestões às propostas de Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para Análise de Impacto Regulatório – Diretrizes Gerais AIR e de Guia Orientativo para Elaboração de AIR – Guia AIR[10]; (iii) a publicação da Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal[11]; e (iv) o clamor por movimentos de pactos pela infraestrutura para acelerar investimentos de dezenas de bilhões de reais em renovações ou novas concessões (O GLOBO, 2016).

Todos esses pontos elencados são o resultado do esforço conjunto e simultâneo de agências reguladoras setoriais, ministérios centrais e setoriais, órgãos de controle externo e entidades empresariais e da sociedade civil, em direção a um caminho de retomada do desenvolvimento socioeconômico com maior integração nacional, do qual o aprimoramento

9 Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019 . Acesso em 20/10/2017.

10 Disponível em: http://www.regulacao.gov.br/agenciasreguladoras/consulta-publica/consulta-publica-001-2017/orientacoes-consulta-publica-001-2017 Acesso em 20/10/2017

11 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm

(tanto mercadológico quanto institucional) do setor ferroviário de cargas é alicerce fundamental. Sendo a repactuação antecipada da concessão da ALLMP seu processo em estado mais avançado, portanto, servindo de modelo para eventuais outras repactuações, o que ressalta a sua importância como objeto de estudo de caso.

Dessa forma, resta claro que a utilidade das conclusões da presente dissertação ultrapassa as fronteiras de um setor regulado específico, de uma esfera específica da Administração Pública e até mesmo de um país específico. Sendo ela apropriável não só por agentes públicos e privados envolvidos com a regulação, mas por todo e qualquer estudioso do assunto que objetive uma melhor compreensão do Estado Regulador, por meio de um entendimento mais profundo da relação entre captura e AIR.

Por fim, cabem alguns esclarecimentos prévios acerca da metodologia e estruturação da presente dissertação. O presente estudo consiste em uma pesquisa do tipo aplicada, de caráter tanto exploratório quanto descritivo, cujo intuito é não somente apresentar os elementos básicos do conteúdo afeto ao problema, mas também relacionar as variáveis nele contidas, quais sejam: a AIR e os riscos de captura *ex-post* do regulador. Para tanto será utilizada como estratégia de pesquisa o Estudo de caso, tendo como fenômeno a ser analisado, a utilização da AIR, enquanto ferramenta mitigadora do risco de captura *ex-post,* no processo de renovação antecipada da concessão da ALLMP.

Os resultados serão expostos sobre o formato qualitativo, a partir da coleta combinada de informações tanto de fontes primárias, quanto secundárias (bibliografia científica, processos administrativos documentando Audiências Públicas, contribuições sinalizando os interesses dos diversos *stakeholders*, análises e pareceres dos órgãos de controle externo, análises de impacto regulatório, Medidas provisórias, Leis e demais instrumentos jurídicos que proporcionaram as repactuações). A apresentação dos resultados qualitativos será acompanhada de análise focada no contexto que tipificou o problema da dissertação, a fim de se alcançar, dentro do método científico, o objetivo geral proposto.

O presente trabalho está estruturado em cinco capítulos, além dessa introdução. O capítulo 2 expõe o setor de TFC brasileiro, abordando os seus aspectos técnicos-econômicos e organizacional-administrativos, bem como a sua inserção dentro do contexto de regulação de infraestrutura ferroviária. O Capítulo 3 contempla o referencial teórico adotado: conceitualmente alicerçado sobre as visões econômicas, política e jurídica acerca da relação existente entre o comportamento do regulador e grupos de interesse, os principais mecanismos e finalidades da AIR, bem como os principais aspectos do raciocínio da prova indiciária. O capítulo 4 aprofunda a descrição da metodologia a ser utilizada no estudo de caso. O capítulo

5 apresenta, detalhadamente, o fenômeno objeto do estudo de caso e realiza uma análise sob a ótica da TPPR, desde o cenário inicial (quando da abertura da Audiência Pública nº10/2016 e publicização dos estudos técnicos) até o cenário final (quando do relatório da Audiência Pública nº10/2016, e após a percepção e reação dos diversos grupos de interesse). O capítulo 6 resume os resultados e expõe as conclusões do trabalho, além de identificar possíveis trajetórias de estudos futuros.

2 O TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL

Segundo Lang (2007), o TFC ingressou como atividade econômica no cenário mundial em 1814, na Inglaterra, no transporte entre minas carvoeiras, e trouxe consigo significativas melhoras ao campo da logística, sobretudo no tocante a aumento na qualidade dos produtos e redução de custos. Já no Brasil, as primeiras diligências do Governo Imperial relativas ao "caminho do ferro" ocorreram em 1828, com a autorização para construção e exploração de estradas em geral.

No entanto, segundo Diógenes (2002, *apud* Lang 2007) foi só em 1854, graças a recém editada Lei de Garantias de Juros (Decreto nº 641, de 1852), que garantia condições como o direito de juros sobre o capital investido, que foi inaugurada a primeira estrada de ferro do Brasil ligando a Serra de Petrópolis ao Porto de Mauá, na Baia da Guanabara.

Infelizmente, como que um prenúncio da inquietante relação entre interesse público e interesses particulares que viria a configurar parte da identidade do setor, a empreitada carecia de fundamentação técnica e não obteve êxito, conforme relata Lang (2007, p.12):

> Entretanto, Brito (1961) destaca o fracasso do empreendimento de Mauá. Segundo o autor, a primeira estrada de ferro do Brasil não satisfez as condições mínimas, por não ser econômica, estratégica ou sequer política. O mesmo autor aponta ainda que não foi feito o planejamento necessário, tendo o Barão sido levado pela novidade do momento, sem vontade de dotar o País com algum melhoramento e com o intuito de dar somente uma amostra de ferrovia.
>
> Não houve um movimento ou ação no incremento da construção das estradas de ferro no Brasil, sendo que o desenvolvimento das mesmas ocorreu lento, mal orientado e sem atender as condições essenciais às comunicações dessa natureza. **Além disso, as concessões eram dadas sem o menor critério e exame, de acordo com a vontade e influência das pessoas** (grifo nosso).

Desde então, o cenário do TFC percorreu uma trajetória tortuosa de acertos e desacertos nos seus campos técnicos-econômicos e institucionais.

Este capítulo está organizado em mais três seções, além dessa introdução. A seção seguinte apresenta os mais relevantes aspectos técnicos-econômicos do setor. A segunda seção apresenta os mais relevantes aspectos organizacional-administrativos, mas sem a pretensão de traçar um cenário ou trajetória detalhados dos atores do setor, mas tão somente delinear um panorama geral dos principais aspectos organizacional-administrativos do setor, para os objetivos da presente dissertação. Por fim, a última seção apresenta uma descrição da regulação do setor, analisando para isso, sucintamente, as principais características da

estrutura do mercado em pauta, sem se aprofundar na discussão sobre as origens mais profundas dessa regulação.

2.1 PRINCIPAIS ASPECTOS TÉCNICOS-ECONÔMICOS DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS

Desde a composição ferroviária patrocinada por Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, o modal ferroviário teve uma significativa expansão, chegando a acumular uma extensão de aproximadamente 37 mil quilômetros[12] sob a aglutinação da antiga Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – RFFSA.

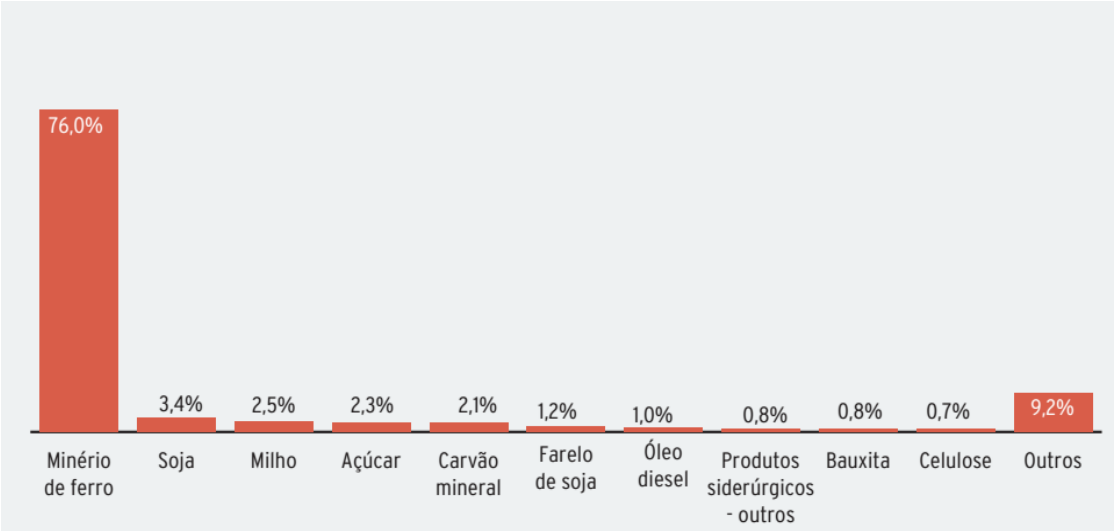
No entanto, frente à perda de competitividade nos últimos anos, decorrente do quadro de desequilíbrio técnico-operacional da estatal, restou patente a necessidade de proceder sua inclusão no PND com o objetivo de iniciar o programa de concessões ferroviárias. Essa privatização teve um caráter distintivo dos demais setores de transporte terrestre, pois figuravam na composição acionária das concessionárias grandes empresas usuárias do serviço de TFC.

Quanto aos demais usuários do serviço, a maioria esmagadora é composta também de grandes empresas do setor de *commodities* e essa característica (grandes empresas que são concomitantemente concessionárias e usuárias do serviço) se mostrou essencial para a dinâmica dos negócios, dadas suas capacidades de pagamento.

A fim de ressaltar a importância dos *commodities* no TFC, segue gráfico contendo as principais mercadorias transportadas no TFC:

Figura 1 – Principais mercadorias transportadas por ferrovias no período de 2011 a 2014 (em % do total de TU)

[12] Que se refletiu em um emaranhado de tipos distintos de bitolas que prejudicaram em muito a integração operacional e econômica do TFC (PORTOGENTE, 2008)



Fonte: Pesquisa CNT de Ferrovias 2015

Nas palavras de Ballou (2001 *apud* Santos 2005), a essência do conceito moderno de transporte está relacionada ao gerenciamento da cadeia de suprimentos até a entrega do produto final ao cliente. Os aspectos de custos logísticos, concorrência, economias de escala, multimodalidade, transbordo e características de custo da ferrovia desempenham papel fundamental nessa cadeia. Sendo o transporte o seu elemento mais importante, chegando a responder por quase dois terços dos custos logísticos.

Santos (2005, p.133) acrescenta ainda:

> Como a ferrovia é um transporte barato, as características dos custos ferroviários são destacadas por Ballou (2001): Ferrovia: como transportador de carga e passageiros, a estrada de ferro tem como característica o custo fixo elevado e de custo variável relativamente baixo. O carregamento, a descarga, o faturamento e a cobrança, e a manobra no pátio de trem de múltiplo produto e de trens de múltipla carga contribuem para altos custos de terminais para a ferrovia. O efeito líquido dos custos fixos elevados e dos custos variáveis relativamente baixos, é criar significativas economias de escala nos custos das estradas de ferro. Distribuir os custos fixos sobre um volume maior, em geral, reduz os custos unitários. Da mesma forma, os custos tonelada-milha da ferrovia caem quando os custos fixos são alocados sobre grandes extensões crescentes dos transportes.

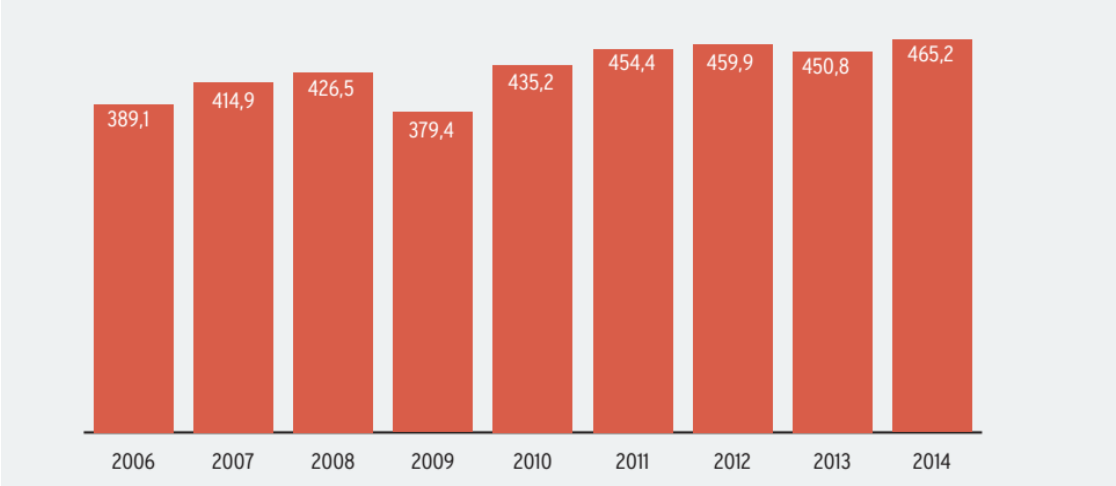
Dentro desse cenário de custos operacionais conjugados a usuários com grande quantidade de capital, desenvolveu-se peculiar mecanismo de cooperação entre usuário e concessionário, com importantes impactos benéficos na indústria ferroviária de bens de capital, conforme expõem Oliveira e Caixeta (2007, p.828):

> Atualmente, importantes parcerias vêm ocorrendo entre clientes e concessionários ferroviários. O cliente financia a compra ou reforma de vagões e/ou de locomotivas através de adiantamento de fretes (ou compra e

> os aluga à ferrovia); em contrapartida, tem o seu volume de transporte garantido através do estabelecimento de contratos do longo prazo com as ferrovias. Estes tipos de parcerias foram as grandes responsáveis pelo aumento da demanda de vagões na indústria ferroviária brasileira. Ademais, os clientes passaram a investir também em armazéns e estruturas para transbordo a fim de aumentar a eficiência da logística ferroviária.

Graças, preponderantemente, a mecanismos como esse que mesmo com a insuficiência de investimentos no setor (decorrente de falhas regulatórias estruturais que serão melhor detalhadas à frente) foi possível um significativo aumento do volume de cargas movimentado no TFC, conforme demonstra o gráfico abaixo, resultante de Confederação Nacional do Transportes - CNT (2015):

Figura 2 – Evolução da produção de cargas no TFC desde 2006 a 2014 (em bilhões de TKU[13])



Fonte: Pesquisa CNT de Ferrovias 2015

Demonstrados os principais aspectos econômicos do setor de TFC, o passo seguinte é apresentar os aspectos organizacional – administrativos mais relevantes do setor.

2.2 PRINCIPAIS ASPECTOS ORGANIZACIONAL-ADMINISTRATIVOS DA INDÚSTRIA DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL

Sob a ótica da Organização Administrativa, a trajetória do TFC começa a adquirir relevância para a dissertação a partir da inclusão da RFFSA, por meio do Decreto nº 473/1992,

[13] Tonelada quilômetro útil – TKU é a unidade de produção do transporte ferroviário de cargas, é tida como a multiplicação entre a tonelagem útil transportada e a distância percorrida. Disponível em : https://portogente.com.br/portopedia/75325-tku-toneladas-por-quilometro-util

no PND, e consequente transferência da responsabilidade pela prestação do serviço e manutenção do sistema para a iniciativa privada.

Dessa forma, o sistema ferroviário (à época com 25.599 km) foi segmentado em malhas regionais, que atualmente compõem 29.291 km (CNT,2015). Farias (2008 *apud* Daychoum;Sampaio, 2017, p.45) detalha como se deu o processo de desestatização[14] sob a tutela do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, auxiliado por consultorias privadas:

> Os estudos de modelagem, realizados pela consultoria Ernest & Young, indicaram que a maior parte do transporte de cargas apresentava fluxos intraregionais. Tal constatação orientou a divisão da RFFSA em seis malhas regionais, com o objetivo de proporcionar economias de escala. O modelo proposto para a privatização da RFFSA para a iniciativa privada pressupunha, portanto, a divisão em malhas regionais, arrendamento de bens necessários às operações nas ferrovias e a licitação das concessões.

A essas seis malhas regionais acrescente-se a Malha Paulista, oriunda da Ferrovia Paulista S/A – Fepasa. Ademais, de maneira distinta da adotada para a malha oriunda da RFFSA, o governo privatizou também outras malhas, conforme pode ser visto na tabela abaixo:

Tabela 2 – Origem e extensão das principais malhas ferroviárias

Concessionária	Origem	Extensão (km)
América Latina Logística Malha Norte – ALLMN	RFFSA	735
América Latina Logística Malha Oeste – ALLMO	RFFSA	1.953
América Latina Logística Malha Paulista – ALLMP	RFFSA	2.107
América Latina Logística Malha Sul – ALLMS	RFFSA	7.223
Estrada de Ferro Carajás -EFC (Vale)	-	997
Estrada de Ferro Vitória Minas – EFVM (Vale)	-	888

[14] O Banco Mundial, que emprestou vultosas quantias para reestruturação do setor e desestatização da RFSSA, elenca como objetivos principais do projeto de privatização do setor: (i) melhorar o desempenho das ferrovias, concedendo a operação à iniciativa privada e reestruturando as finanças da estatal, (ii) aumentar a produtividade ferroviária, e (iii) promover a concorrência no modal através de uma reforma regulatória, visando aumentar a presença das ferrovias na matriz de transporte de cargas brasileira e reduzindo tarifas.

Ferrovia Centro Atlântica – FCA	RFFSA	7.041
Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte – FNS	-	745
Estrada de Ferro Paraná Oeste - Ferroeste	-	248
Ferrovia Teresa Cristina – FTC	RFFSA	163
MRS Logística – MRS	RFFSA	1799
Ferrovia Transnordestina Logística – FTL	RFFSA	4.277
Ferrovia Norte-Sul Tramo Central	-	815

Fonte: Pesquisa CNT Ferrovias 2015

Os contratos de concessão oriundos da malha da RFFSA têm a mesma estrutura de direitos e obrigações, e, salvo algumas peculiaridades dos demais contratos[15], pode-se dizer que a estrutura geral de todos os contratos de concessão é relativamente uniforme acerca de determinados temas como por exemplo investimentos e estrutura tarifária, conforme pode se inferir de Gomide (2011, p.84):

> Na desestatização das ferrovias, não se exigiu das concessionárias a realização de investimentos predefinidos; estabeleceu-se, ao contrário, a obrigação das mesmas ao atendimento de metas de produção (aumento do volume de transporte) e redução do número de acidentes. Quanto aos aspectos tarifários, foram definidos, com base nos custos operacionais da RFFSA, limites máximos de tarifas de referência variando por distância, tipo de produto e região geográfica da malha, mas sem a explicitação da metodologia de cálculo (CASTRO, 2000). O reajuste dessas tarifas foi determinado com base em índices de inflação, bem como a possibilidade de revisões, visando-se garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

É importante ressaltar que esse desenho contratual foi pensado dentro de um ambiente macroeconomicamente desfavorável e ainda desprovido de um órgão regulador. Até o ano de 2001, cabia ao então Ministério dos Transportes a regulação do setor, a partir daquele ano, a atribuição de acompanhar a execução do contrato e regular as atividades de prestação dos serviços públicos de transporte ferroviário e de exploração de sua infraestrutura passou para a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT[16], criada e implantada, respectivamente, pela Lei n.º 10.233/2001 e pelo Decreto n.º 4.130/2002 (CNT, 2015).

15 Questões como duração da concessão, infrações e penalidades, metodologia de cálculo de eventuais indenizações e demais questões técnicas fora do escopo da presente dissertação.

16 Daychoum et all (2017) elenca as principais competências da Agência com relação ao setor ferroviário: (i) publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais; (ii) administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24; (iii) publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias,

Esse ambiente conjuntural desfavorável é rotineiramente apontado como uma das razões de um desenho regulatório eivado de falhas sob diversos aspectos, Ribeiro e Fernandes (2006 *apud* Gomide 2011, p.26) afirmam que "[...] o descompasso entre privatizações, criação das agências reguladoras e definição do seu marco institucional foram circunstâncias de origem que representariam a causa primordial dos atuais problemas, já que não houve visão estratégica de governo em relação à reorganização da função regulatória do Estado.". Notadamente no que diz respeito aos mecanismos de indução de investimentos no setor, essa posição também é expressada no Relatório Final relativo aos estudos técnicos da Audiência Pública nº 10/2016, cuja análise será aprofundada na seção referente à renovação antecipada da concessão da Malha Paulista:

> 121. Entende-se que as metas definidas periodicamente entre Poder Concedente e Concessionárias deveriam ser de tal proporção que induzissem a empresa a realizar investimentos na infraestrutura, de forma a aumentar a capacidade da via e, consequentemente, disponibilizar capacidade para o pleno atendimento aos usuários.
>
> 122. Na prática, o que se observou é que o transporte da carga própria era priorizado na infraestrutura da concessionária, e, estando cumpridas as metas de produção, não existiam instrumentos contratuais ou regulatórios que obrigassem a realização de investimentos para aumento da capacidade da via, a despeito da crescente demanda potencial pelo serviço. (BRASIL, A. 2016, p.37)

Falhas regulatórias desse tipo aliadas à crescente necessidade de investimentos a fim de alavancar a infraestrutura de transportes, juntamente com o avizinhar do fim dos contratos de concessão fizeram com que fosse lançada a Lei nº 13.448/2017, que permite a renovação antecipada dos contratos de concessão em troca de investimentos. Essa política se mostra como uma oportunidade para aperfeiçoar os mecanismos regulatórios há muito imperfeitos e, ainda assim conseguir investimentos imediatos para resolver gargalos no TFC.

Na seção seguinte, onde o arcabouço regulatório desenvolvido é visto com maiores detalhes, é possível obter uma maior compreensão de algumas dessas falhas e do ambiente regulatório em que elas estão inseridas, bem como de algumas das soluções que o compõem.

---

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

2.3 **A REGULAÇÃO DO SETOR**

Anteriormente, foram expostas, de maneira breve, algumas características do Monopólio Natural, que segundo a Teoria do Interesse Público (que será detalhada oportunamente mais a frente), justificaria, *per si,* a existência da Regulação.

Aqui cabem mais alguns esclarecimentos sobre essa propriedade da tecnologia de produção do TFC. Posner (1969 *apud* Daychoum;Sampaio, 2017, p.59) esclarece que:

> [...] se a demanda de um mercado puder ser satisfeita pelo menor custo por uma única empresa, ao invés de duas ou mais, então se trata de um monopólio natural, qualquer que seja o número real de firmas atuando neste mercado. E se esse mercado atuar por meio de mais de uma empresa, ou as empresas passarão por processos de fusão, ou irão à falência rapidamente, ou, ainda, a produção continuará a dispender mais recursos que o necessário. No primeiro caso a competição tem vida breve e, nos demais, produz resultados ineficientes.

No entanto, diante dessa situação, a firma monopolista, naturalmente, se esforçará em produzir em um ponto onde o preço e a quantidade são, respectivamente, superiores e inferiores àqueles do cenário de concorrência perfeita, reduzindo assim, senão anulando por completo, os ganhos de eficiência alcançados com a produção na escala eficiente.

Resta ao regulador, por meio de um conjunto de instrumentos regulatórios[17], encontrar um ponto que mimetize o melhor possível o ambiente concorrencial, respeitando o *trade-off* entre eficiência produtiva, alocativa e distributiva[18], de forma a maximizar o bem-estar social.

O modelo de regulação tarifária desempenha um papel preponderante na consecução dessa tarefa. Durço (2011, p.51) explica a distinção entre as duas principais abordagens: *cost plus* e *price cap*. Na primeira, com base em uma revisão dos custos operacionais e financeiros da empresa, além dos investimentos necessários para a concessão é definida uma taxa de retorno (obtida via tarifa) suficiente para remunerar a operação do ente regulado. Essa abordagem gera um desestímulo para o concessionário minimizar custos. Já na segunda abordagem, a tarifa é resultado de uma fórmula que limita o reajuste máximo do serviço, sendo a tarifa máxima igual à variação dos preços da economia subtraído um fator de produtividade da concessionária. Essa abordagem tem o mérito de induzir a uma operação mais eficiente, por parte da concessionária.

17 Um dos principais instrumentos utilizados para esse fim é a estrutura tarifária permitida à firma regulada, conforme já dito anteriormente, a estrutura tarifária do TFC é o regime de *price cap*.

18 Para Giambiagi et all (2008), sucintamente, pode-se definir as eficiências alocativa, produtiva e distributiva, respectivamente como: (i) a situação em que se realiza o maior volume possível de transações econômicas, com a geração de maior renda agregada possível; (ii) a situação entendida como a utilização da planta instalada com o maior rendimento e menor custo, dada a estrutura de mercado; e (iii) a capacidade de redução, pela concorrência ou regulação, da apropriação de excedentes econômicos pelo produtor.

A estrutura tarifária do TFC guarda características de ambos (uma vez que o preço teto da tarifa foi definido com base nos custos históricos da RFFSA), mas claramente predominas as características do modelo *price cap.*

É importante ressaltar também que, conforme esclarece Nester (2006 *apud* Daychoum;Sampaio, 2017) o monopólio natural advém de características técnicas ou econômicas da atividade em questão e como tal é um estado transitório, sem natureza perpétua. Tendo seu *status* sujeito ao desenvolvimento tecnológico do setor ou atividade.

Nessa toada, Daychoum e Sampaio (2017, p.61) chamam a atenção para uma mudança de paradigma:

> Atualmente, questiona-se a alegação de impossibilidade de concorrência em todos os segmentos de setores classicamente considerados monopólios naturais. Em que pese a infraestrutura ainda constituir monopólio, pois economicamente inviável a sua duplicação, verificou-se que, a depender do modelo regulatório adotado, é possível operar em regime de competição algumas atividades do setor em que se verifica a ocorrência de monopólio natural. Ou seja, por meio de regulação é possível identificar os segmentos de mercado que comportam concorrência, e que antes estavam encobertos pela noção de monopólios natural.

Dentro desse espírito, o compartilhamento de infraestrutura ferroviária, visando à utilização da estrutura do detentor por terceiro, concorrente ou não, passou a encontrar suporte doutrinário, conforme pode ser visto em Ribeiro (2013, *apud* Daychoum;Sampaio, 2017, p.88):

> Um exemplo costumeiramente utilizado pela doutrina refere-se às ferrovias. Seria economicamente inviável duplicar a infraestrutura ferroviária para se viabilizar uma maior competição entre as operadoras. Em razão dessa inviabilidade econômica (ou até mesmo técnica – em alguns casos), verificou-se a possibilidade de existir um compartilhamento de infraestrutura já montada – impedindo, assim, uma espécie de reserva de utilização do bem. Com isso, a proprietária da rede obteria benefícios econômicos em razão da sua utilização por terceiros. Dessa forma, essas empresas poderiam competir entre si para obter a preferência dos usuários. O mesmo exemplo das ferrovias também poderia ser utilizado para diversos outros setores, como os portos e aeroportos.

A ANTT seguindo essa tendência de inserção de maior concorrência por meio de compartilhamento parcial de infraestrutura regulamentou a interoperabilidade das malhas ferroviárias, por meio do Tráfego Mútuo -TF e do Direito de Passagem - DP, bem como do Operador Ferroviário Independente - OFI. A Pesquisa CNT (2015, p.20) esclarece um pouco esses institutos:

> Quanto às relações operacionais entre as concessionárias, o Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832/1996, determina que as ferrovias são obrigadas a operar em tráfego

> mútuo ou, dada a sua impossibilidade, a permitir o direito de passagem a outros operadores. Segundo a Resolução nº 3.695/2011 da ANTT, tráfego mútuo é "a operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas." Direito de passagem, por outro lado, é "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.
>
> [...]
>
> Ainda no âmbito da política de livre acesso, a Resolução nº 4.348/2014 da ANTT aprovou o Regulamento do Operador Ferroviário Independente – OFI. Esse operador é a pessoa jurídica à qual se outorga, por meio de autorização, a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, não associado à exploração da infraestrutura ferroviária. A resolução define que o serviço de transporte é prestado pelo OFI mediante aquisição de capacidade de tráfego.

Dessa forma, o atual arcabouço regulatório permite que cada concessionária tenha o monopólio de sua infraestrutura ferroviária, mas relativiza o seu poder de monopólio no que tange à prestação do serviço de transporte de cargas "*stricto sensu*", por meio das ferramentas do DP e TF. Assim, a área de atuação de cada concessionária se ampliou bastante (haja vista o acesso às malhas de outras concessionárias), conforme pode ser observado na figura abaixo:

Figura 3 – Sistema Ferroviário Brasileiro

Fonte: Pesquisa CNT Ferrovias 2015

Finalmente, após o exame dos aspectos principais da estrutura regulatória, bem como igual apreciação dos principais aspectos técnicos-econômicos e organizacional-administrativos do setor de TFC, pode-se concluir que o primeiro dos objetivos específicos foi alcançado.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 UMA VISÃO GERAL DA TEORIA DA REGULAÇÃO

Conforme dito anteriormente na introdução, o modelo de atuação estatal e, consequentemente, sua estrutura mudaram nas últimas décadas. Motivações políticas e econômicas, sobretudo fiscais, justificaram a renúncia ao Estado Social com sua postura de execução e prestação de serviços públicos e a consequente acolhida ao Estado Regulador com sua postura de fiscalização e normatização desses serviços, agora delegados à iniciativa privada.

A concretização desse novo modelo se deu com a criação das Agências Reguladoras, as quais para Mendes (2002 *apud CAL* 2008) são não somente uma expressão, mas todo um modelo jurídico de regulação que está a se propagar.

Mueller (1999 p.1) especula ser a jovialidade desse movimento, que mudou o tratamento dispensado aos mercados de infraestrutura, a razão de não se ter, no país, uma tradição nos estudos da regulação desses mercados, realidade essa que tem alto potencial de mudança face à concretização do modelo no Brasil.

Sendo essa a razão ou não, é fato que em países como os Estados Unidos da América - EUA (referência nesse campo e donos de uma tradição de décadas de regulação) o tema é bastante profícuo não só nos departamentos de Ciências Econômicas, mas também nos de Ciências Jurídicas e Ciências Políticas das principais universidades.

O tema da regulação (suas perspectivas, seus métodos, suas razões, seus objetivos e finalidades, quem ganha e quem perde com ela, qual a sua forma mais eficiente, enfim, sua gênese, essência e desenvolvimento) vem sendo estudado intensamente nas últimas décadas. Bregman (2006) afirma que, inicialmente, duas correntes dominavam o tema na teoria econômica: a *Normative Analysis as a Positive Theory* – NPT e a Teoria da Captura.

Ainda segundo o autor, a NPT tinha uma capacidade explicativa limitada em razão de seus aspectos normativos não serem claramente separados dos seus aspectos positivos, além da insuficiente constatação da existência de correlação entre falhas de mercado e regulação, sem concluir que a regulação existe para corrigir uma falha de mercado, simplesmente assumindo que o regulador assim o faz.

A NPT também afirma que a regulação é instituída com o propósito de defender o interesse público contra perdas de bem-estar associadas a falhas de mercado, sendo por isso também nomeada por alguns estudiosos como Teoria do Interesse Público. A esse respeito,

Mueller (1999 p.16) aponta, além das premissas já citadas por Bregman, a ingênua premissa comportamental (relativa ao regulador/legislador) de maximização do bem-estar social como uma fragilidade, não sendo, porém, a mais séria. "Sua falha mais grave, no entanto, é não oferecer uma explicação de como a demanda por regulação é transformada em regulação efetiva."

Por sua vez, a chamada Teoria da Captura surgiu com o objetivo de fornecer uma explicação alternativa que não padecesse de tantas inexatidões. Essa teoria é bastante criticada por suas falhas metodológicas, Viscusi *et all* (2005 *apud* Daychoum;Sampaio, 2017) a classifica tão somente como uma "hipótese que expressa regularidade empírica" e não uma teoria propriamente dita. Mueller (1999 p.12) a sintetiza bem:

> Esta teoria baseia-se na observação empírica que a regulação tende a favorecer os produtores economicamente mais fortes, que capturam a regulação como forma de proteger seus interesses. Diferentes vertentes da teoria da captura existem desde o século passado, **sendo um exemplo a visão Marxista que as grandes firmas seriam sempre beneficiadas pelo governo** . Sob estes pontos de vista as firmas demandariam regulação para efetuar transferências a seu favor e criar barreiras de entrada para proteger suas rendas de monopólio e/ou gerar custos para seus concorrentes potenciais e efetivos. Mesmo que a regulação tivesse surgido inicialmente com o propósito de corrigir alguma falha de mercado, a teoria da captura prevê que ela acabaria sendo distorcida para atender os interesses das firmas, prejudicando assim os consumidores. Embora esta teoria tenha um apelo intuitivo maior do que a teoria do interesse público, ela não se baseia em nenhum modelo analítico que explique quais grupos irão capturar o regulador e quem será penalizado. Além disto ela não consegue explicar por que muitas vezes firmas pequenas conseguem capturar o processo regulatório, nem explicar diversas outras regularidades observadas na prática. (grifo nosso)

Mesmo com essa falha metodológica (derivada do viés ideológico) que ignora a existência de capturas por outros grupos de interesse que não as grandes firmas, o termo captura se popularizou e passou a, equivocadamente, designar todas as linhas de pesquisaa que destacavam o papel dos grupos de interesse no processo regulatório, mesmo aquelas que tinham importantes diferenças com a linha originária, como por exemplo, a Teoria Econômica da Regulação - TER.

A TER[19] tem no trabalho seminal de George Stigler seu maior expoente. Essa teoria surge a partir da extensão da noção básica da Teoria da Captura, só que é dotada de rigor metodológico e analítico. Stigler (1971) notou que a regulação ao substituir o mercado como mecanismo de alocação de recursos pelo processo político de tomada de decisão,

[19] Em razão de Stigler ser professor da Escola de Chicago essa teoria também ficou conhecida, no âmbito da regulação, como Escola de Chicago.

necessariamente, também estará realizando uma redistribuição de renda, pois gerará benefícios para determinados grupos (sendo estes preponderante, mas não exclusivamente grandes firmas) e malefícios para outros.

A regulação sob essa ótica seria vista como um bem econômico, para o qual há oferta e demanda, sendo esta reivindicada pelos diversos grupos de interesse e aquela responsabilidade dos legisladores, conforme detalha Mueller (1999, p. 13):

> Stigler teorizou que os grupos que tivessem menores custos para se organizar e maiores ganhos potenciais per capita, seriam os grupos que teriam mais probabilidade de ter sucesso em influenciar o processo regulatório. Assim, seria de esperar que grupos menores e mais homogêneos, como produtores de um bem, tenderiam a capturar a regulação em detrimento a grupos maiores e mais difusos, como consumidores. A oferta de regulação segundo a teoria de Stigler seria feita pelos legisladores, que por sua vez são modelados como maximizadores de apoio político para a próxima eleição. Sendo assim os legisladores ofertariam a regulação decidindo quais grupos serão beneficiados e quais serão taxados, levando em conta o trade-off entre o apoio e oposição marginais recebidos dada uma redistribuição de uma unidade monetária adicional via regulação.

A Teoria Econômica da Regulação teve um grande impacto no estudo da regulação e despertou um enorme interesse na academia, gerando um período profícuo, com diversas contribuições teóricas propondo uma maior integração da Ciência Econômica com a Ciência Política e identificando outros grupos de interesse e os seus mecanismos de atuação sobre o regulador.

Abordagens como a da *Public Choice* de Buchanan e Tullock (1950, *apud* Gruber 2009) do Burocrata Maximizador[20] de Niskanei (1971, *apud* GRUBER 2009), de Peltzman (1976, *apud* BREGMAN 2066), da Teoria do Leviatã[21] de Buchanan e Brennan (1980, *apud* GRUBER 2009) da Teoria Neopluralista[22] de Becker (1983, *apud* BREGMAN 2006), da escola de *Tolouse* de Laffont e Tirole (1990, *apud* CAL , 2008), e da TPPR, de Bernardo Mueller (1999) em maior ou menor medida, romperam com a premissa de um governo sempre benevolente, de interesses coesos e entregue inteiramente a uma cruzada de maximização do bem estar social em detrimento dos interesses particulares de seus diversos grupos integrantes.

20 Resumidamente, o burocrata é o monopolista de um serviço público e atua no sentido de maximizar a remuneração da produção mensurável de sua burocracia (salários, benefícios, prestígio, qualidade de pessoal de apoio) independente do nível de eficiência do serviço prestado (GRUBER 2009)

21 Essa teoria é baseada também no monopolista maximizador, no entanto, Brennan e Buchanan afirmam que, ao contrário do que ocorre em Niskanen, aqui o governo não tenta refrear o burocrata, mas sim se alia a ele. Restando aos eleitores somente desconfiar do governo e encontrar mecanismos alternativos para combater sua ganância. (GRUBER 2009)

22 Teoria baseada em grupos de interesses, mas que afirma que os eleitores tem a correta percepção do peso morto causado pela regulação oportunística de grupos de interesses e podem combaté-la de maneira efetiva.(Daychoum et all 2017)

Essas linhas de pesquisa atribuem um papel relevante às falhas de governo[23], fazendo-as responder solidariamente às falhas de mercado pelos riscos de captura.

Apenas a título informativo, a faceta mais recente dessas pesquisas são abordagens que associam a atuação de grupos de interesse à manipulação de intervenções paternalistas modificadoras de padrões decisórios individuais (as chamadas *nudges*, cujo maior expoente é Sustein e Thaler (2008)) a fim de fazer com que as regulamentações satisfaçam seus interesses egoísticos. Muramatsu (2016) nomeia esse campo de Economia Comportamental da Escolha Pública.

Especial atenção, dentro do contexto da dissertação, merecem: (i) Peltzman (1976), por ter modelado formalmente a Teoria Econômica da Regulação, o que para Tollison (1991 *apud* Mueller 1999, p.10) pode ser considerado "o mais importante desenvolvimento teórico na literatura de regulação pós-Stigler."; (ii) a Escola de Toulouse por ser o estado da arte no tocante ao pensamento normativo e, graças a isso, guardar uma maior quantidade de *insigths* derivados do aprendizado acumulado com escolas de pensamento anteriores; e (iii) a TPPR, por ser o arcabouço analítico a ser utilizado para responder a pergunta de pesquisa contida no problema objeto da dissertação.

No tocante à Escola de *Toulouse*, é importante destacar que ela surgiu como uma adaptação normativa à teoria positiva de Stigler, sob forte influência do modelo principal-agente[24]. A pedra nuclear de seu pensamento está contida em Laffont e Tirole (1993), para os quais a abordagem analítica da Teoria Econômica da Regulação, além de não considerar a informação assimétrica, enfocava demais o lado da demanda (os grupos de interesse) em detrimento da oferta[25] (legislador/regulador), conforme detalha Cal (2008, p.18):

> A teoria principal agente, por sua vez, permite explicar a discricionariedade do regulador, a verdadeira fonte de rendas monopolísticas e os motivos pelos quais as indústrias têm poder para influenciar o regulador.
>
> A escola de Toulouse argumentou que a agência reguladora percorre um ciclo vital. No início, quando o interesse e a supervisão do poder legislativo e dos cidadãos ainda é forte, e a motivação dos reguladores é alta, o risco de captura é pequeno e o regulador frequentemente atua em favor do interesse público. Porém, diminuindo o interesse no debate público pela regulação, e o contato entre regulador e empresas reguladas torna-se

[23] Resumidamente, falha de governo seria a incapacidade ou falta de disposição do governo para agir principalmente de com acordo com os interesses dos seus cidadãos. (GRUBER 2009)

24 Segundo Cal et all (2008), a abordagem da teoria principal-agente está relacionada às questões relativas tanto à assimetria de informações quanto àquelas relacionadas aos direitos de propriedade, envolvendo (geralmente, mas não somente esse tipo arranjo) o relacionamento entre dois atores econômicos: a firma regulada (agente) e a agência reguladora (principal).

25 Essa fragilidade também foi notada pelo próprio Peltzman (1980 apud Mattos 2004) ao afirmar que a teoria desconsiderava que os reguladores são agentes dos poderes Executivo e não políticos eleitos e que, portanto, podem ter interesses distintos destes.

> costumeiro, o regulador fica mais vulnerável à captura dos interesses privados da indústria e de outros grupos de interesse. O risco de captura, segundo esta teoria, aumenta com o passar do tempo.

E, por fim, a TPPR. No tocante à ela, dada a sua importância central para a dissertação, a próxima seção é reservada para uma discussão detalhada a seu respeito.

Em resposta a esse profícuo debate sobre se a regulação se origina de uma vontade de resguardar o interesse público, ou se de reinvindicação dos setores regulados, ocorreu um maior interesse tanto da academia quanto de órgãos técnicos nacionais pelo tema, ainda que em um ritmo lento. Diversos estudos foram elaborados sobre o assunto, de especial interesse são aqueles esforços no sentido de estabelecer uma tipologia para as diversas situações de captura possíveis, segundo seus sujeitos e contextos.

Melo. (2010) vai nessa linha ao observar que, em maior ou menor medida, a abordagem teórica passa a enfocar as possibilidades das falhas (tanto de mercado quanto de governo) quebrarem a independência, autonomia e credibilidade (características basilares do modelo) dos agentes reguladores em prol dos interesses de alguma das partes envolvidas no processo regulatório, resultando no distanciamento do objetivo pretendido, ainda que apenas idealmente, pela função regulatória, qual seja: a satisfação do interesse público.

A fim de fortalecer essa visão, o autor cita parte de um estudo desenvolvido por um Grupo de Trabalho Interministerial, criado em 2003, com o intuito de proceder uma análise e avaliação do papel das agências reguladoras brasileiras:

> Agravam o ‘risco de captura’ circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente o risco de “captura” não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios. (MELO. 2010, p.72)

São diversas as circunstâncias ensejadoras de riscos identificadas acima e certamente não exaustivas. Melo (2010) chama a atenção para trabalhos visando à classificação do fenômeno da captura em espécies, a saber: econômica, política e judicial, dentre as quais a que tem mais recebido atenção é a chamada captura econômica e suas vertentes.

A captura econômica (ou captura clássica, por ser efetivada pelos agentes econômicos regulados) essencialmente pode ocorrer por meio de três maneiras. A primeira, segundo Melo. (2010), resumidamente, diz respeito ao fato de que em um ambiente permeado por falhas de

mercado, dentre as quais destacam-se o monopólio natural e a informação assimétrica, o regulador precisa conhecer significativamente as atividades do regulado (em especial as informações econômicas e as novas tecnologias desenvolvidas pelo regulado, que, é de se supor, não as dará fácil ou completamente, haja vista a atuação do regulador comprometer seus lucros) com vistas à minimizar essas falhas e buscar a eficiência regulatória máxima – o *first best*-, maximizando o bem estar social. No entanto, graças ao conhecimento econômico completo e conhecimento tecnológico superior do mercado, o regulador somente conseguirá atingir, na melhor das hipóteses, o *second best*, ficando sujeito à informações prestadas pelo mercado regulado- e de acordo com os interesses e critérios do mercado regulado-, ou seja, a informação incompleta e viesada prestada pelo regulado determinaria as diretrizes da função regulatória em prol de seus interesses privados.

Outra maneira, observada por Melo. (2010), é decorrente do que a doutrina estadunidense chama de *revolving door*, que consiste "[...] na alternância de posições dos indivíduos especializados, ora atuando nas agências, ora no mercado regulado." O receio com esse "fenômeno", fortemente influenciado pelo risco moral, é de que ele possa "[...] dar ensejo a que contatos pessoais adquiridos durante o período de atuação privada sejam utilizados para influenciar a atuação do regulador." (MELO, T. 2010, p.48).

A terceira maneira se refere à prática de corrupção, a qual, segundo Gruber (2009 p.145) é uma falha de governo (e também decorrente da falha de mercado de risco moral) que ocorre quando "[...] o abuso de poder por funcionários do governo que procuram maximizar sua riqueza pessoal ou de seus amigos."

Noutro ponto, é trago à baila o debate sobre a possibilidade de captura política do órgão regulador. Adaptado de Boehm (2009, *apud* MELO. 2010), ela pode ocorrer segundo as seguintes classificações, que vale dizer, não são excludentes.Em verdade elas ocorrem, necessariamente, de modo concomitante:

- Pelo grupo de interesse ativo, podendo ser interesses políticos diretos, vinculando a regulação a interesses populistas/eleitorais ou interesses econômicos indiretos do regulado por meio da atividade legal de lobby ou ilegal de corrupção; e
- Pelo decurso temporal da atividade de regulação. A captura *ex ante* ocorre quando a regulação ainda não existe e se tenta capturar o legislador para influenciar no desenho das instituições regulatórias; ao passo que na captura *ex post* a regulação já existe e se tenta capturar o próprio regulador ou outro agente estatal que seja parte de ambiente institucional regulatório.

Por fim, Melo. (2010) trata da recente discussão envolvendo a mais nova variante de captura, a chamada captura judicial. Resumidamente, o autor afirma que esse fenômeno é resultado de uma mudança doutrinária e jurisprudencial com significativos impactos sociais. Sempre foi pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que as normas editas pelo regulador deveriam atender aos requisitos gerais de legalidade (competência do agente, licitude do ato, forma, motivação e finalidade do ato) e estas estariam sujeitas, naturalmente, à apreciação do Poder Judiciário em razão do princípio constitucional da universalidade da jurisdição. No entanto, "[...] o excesso da atuação jurisdicional sobre as decisões regulatórias tem trago a controvérsia acerca da substituição das decisões do regulador pelas dos juízes." (MELO. 2010, p.86).

Até há pouco, os entendimentos doutrinário e jurisprudencial eram de que a apreciação judicial não podia adentrar no mérito administrativo do ato regulatório, ou seja, a avaliação da conveniência e oportunidade daquela decisão, pois este era privativo da discricionariedade do regulador, entretanto, ambos entendimentos estão em processo de mutação. Começa a vigorar uma postura de que o controle jurisdicional não deve mais se ater tão somente aos requisitos gerais de legalidade, mas, ao invés disso, também a uma interpretação mais ampla dos princípios gerais do Direito. A isso têm chamado de princípio da juridicidade, conforme exposto por Melo. (2010, p.90):

> Assim, à luz dos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade, supremacia do interesse público, proporcionalidade, dentre outros, o Poder Judiciário passa a entender possível a apreciação da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, sobretudo, em face do princípio da juridicidade que permite o confronto dos atos administrativos com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico vigente.

Ocorre que essa possibilidade enseja o risco de o Poder Judiciário intervir no mérito administrativo (questões eminentemente técnicas) de maneira tão intensa, extrapolando os limites da apreciação do ato, de forma que ocorra verdadeira substituição da atividade regulatória pela vontade do juiz, configurando a captura do órgão regulador.

Adicionalmente a essa classificação, pode-se mencionar também a chamada captura burocrática, que segundo Cruz (2009, p.62), ocorre "[...] quando os objetivos da agência passam a refletir os interesses de seu *staff*."

Notam-se, além da presença de elementos da teoria do burocrata maximizador, nesse novo formato de captura, riscos adicionais mencionados por Melo. (2010), como a possibilidade de o próprio Poder Judiciário vir a ser utilizado por uma das partes insatisfeitas

para legitimar desigualdades ou mesmo vantagens aos regulados detentores de um bom corpo técnico jurídico.

Conforme pode-se notar do exposto acima, o debate sobre a regulação e o seu risco de captura passa por uma fase de maior difusão. Naturalmente, uma parte importante desse debate deve dizer respeito às potenciais ferramentas para se combater esse risco, questão essa que é objeto de análise do capítulo seguinte àquele em que é detalhada a TPPR.

3.2 A TEORIA POLÍTICA POSITIVA DA REGULAÇÃO

Esta seção se destina a expor de maneira mais aprofundada que a das demais linha de pesquisa, a visão da TPPR, sendo, no entanto, ainda sim, apenas uma breve resenha dessa escola, contendo as partes mais relevantes para os propósitos dessa dissertação.

Segundo Mueller (1999), o surgimento da TPPR como um ramo específica da literatura técnica acerca da regulação deriva do gênero da Teoria Política Positiva estadunidense, herdando dela o seu arcabouço teórico da Nova Economia Institucional - NEI, que se concentra no papel das instituições políticas, sociais e econômicas em resolver os problemas de agência, coordenação e contratos. Dessa forma, a TPPR seria, essencialmente, o uso dessa linha de pensamento aplicado aos problemas da regulação.

Cabe, então, um breve esclarecimento acerca dos rudimentos da NEI, ressaltando tratar-se somente dos elementos mais necessários ao entendimento da TPPR, essa sim verdadeira linha de pesquisa em pauta.

De Azevedo (2000, p.35) classifica a NEI em dois níveis analíticos, o da Economia dos Custos de Transação – ECT e o das Macroinstituições. O primeiro se concentra na "[...] análise de estruturas de governança, definidas como o conjunto de regras, tais como: contratos entre particulares e normas internas às organizações, que governam uma determinada transação.". Já o segundo se concentra no ambiente institucional (as chamadas macroinstituições) que podem ser, predominantemente, de três tipos: (i) regras formais (políticas públicas e regulamentações); (ii) regras informais (códigos de ética, laços familiares, valores culturais e étnicos); e (iii) direitos de propriedade.

North (1991 *apud* De Azevedo 2000) esclarece que as instituições podem ser entendidas, grosso modo, como "as regras do jogo" que estruturam a interação social, econômica e política. Ao que é complementado pelo próprio De Azevedo (2000) ao afirmar que sua porção mais evidente são as regras formais que tem como objetivo induzir determinadas ações nos agentes econômicos.

Feitos esses esclarecimentos, cabe retornar propriamente à TPPR. Ramim (2002, p. 35) ao discorrer acerca das principais convergências e divergências entre as teorias positiva e normativa da regulação afirma:

> [...] enquanto a economia normativa é tida como a economia do bem-estar, a análise positiva está voltada não apenas para o estudo das consequências de políticas públicas, mas especialmente para a compreensão das forças econômicas formadoras das políticas observadas na prática. O grande mérito da TPPR, então, é tentar ganhar maior realismo, ao expressar de forma mais próxima fenômenos do comportamento da regulação. A TPPR também incorpora outras importantes premissas usadas pela escola neoclássica, dentre as quais o problema da assimetria de informações e o modelo principal-agente, incertezas de comportamento e oportunismo, agentes racionais, bem como teoria dos custos de transação.
>
> No entanto**, a TPPR vai além da teoria normativa, porque considera em sua análise, quais fatores que influenciam a tomada de decisões, o papel de instituições políticas no processo regulatório** . Assim, impende estudar qual o papel dessas instituições no processo de tomada de decisões e na realização da regulação, apontando problemas e distorções observáveis. Por isso, para a TPPR a prática regulatória afasta-se do ponto Pareto-Ótimo, dado o papel e influência das questões políticas.(grifo nosso)

Em resumo, ela mostra que as vertentes positivas e normativas têm, em comum, um determinado núcleo de premissas, e, em diferença, o papel das instituições políticas. Dessa forma, o desenvolvimento da TPPR pode ser visto como em razão de, por um lado, uma necessidade de aprimoramento das teorias positivas sobre regulação (notadamente a TER de Stigler), e por outro, certas insuficiências das teorias normativas (como a sua baixa aplicabilidade). A respeito desse último ponto, Laffont e Tirole (1990 *apud* Mueller 1999, p.8-9) afirmam:

> […] a justificada necessidade de rigor imposta pela teoria econômica tem levado à negligência das restrições políticas sobre a economia. [...] As restrições colocadas sobre a alocação de recursos pelo sistema político, e em particular pelo funcionamento das nossas democracias, são enormes. Em áreas como regulação, não há esperanças de obter explicações satisfatórias do que nós observamos sem uma melhor integração de restrições políticas à análise. Nossos modelos normativos idealizados de economia pública são um primeiro passo necessário. Sem o passo seguinte nós teremos pouca chance de sermos levados a sério. Eu acho isto particularmente danoso dado que nossa mensagem básica, que se deve levar em conta os incentivos em organização social, é extremamente valiosa e ainda precisa ser ensinada."

A inclusão dessas restrições políticas nos modelos resulta em diferenciações significativas entre as duas linhas de pensamento, pois ao considerar o papel das instituições, tem de se considerar suas principais consequências: limitações substanciais aos esquemas de incentivos, ao nível de discricionariedade do regulador, o abandono da busca de uma única

solução eficiente. Todas essas consequências de certa maneira confrontam a premissa básica das teorias normativas, qual seja: a de que é possível a busca estatal por uma única política pública de solução ótima, maximizadora do bem-estar social.

A TPPR nega essa premissa principalmente de duas maneiras. A primeira ao rejeitar o critério de eficiência ótimo de pareto em prol do de remediabilidade, conforme explica Mueller (1999, p.10):

> Nesta análise não há presunção nenhuma que esta solução vá ser eficiente, segundo os critérios da teoria normativa. Quase sempre será possível a um analista propor outras soluções mais "eficientes". No entanto, na teoria positiva este critério de eficiência não é utilizado, pois não reconhece todas as restrições que se impõem sobre os formuladores de políticas, ou seja, os diversos tipos de custos de transação políticos. **Em vez disso, a análise positiva avalia uma política através do conceito de remediabilidade (remediableness), ou seja: "uma política para a qual não existe nenhuma alternativa superior viável que possa ser implementada com ganhos líquidos é presumida como sendo eficiente ."** Portanto, como ressalta Dixit (1996: 146) muitas situações aparentemente ineficientes podem ser compreendidas como conseqüências das restrições impostas pelos custos de transação sobre os agentes envolvidos, ou como formas críveis de tentar lidar com estes custos. **Grande parte da TPPR, portanto, dedica-se a explicar por que determinadas situações são observadas na prática quando há óbvias maneiras melhores de organizar aquela situação** (grifo nosso)**.**

E a segunda ao mostrar que políticas regulatórias não são resultado da atuação de um estado benevolente buscando maximizar o bem-estar, mas sim fruto da interação e embate de grupos de interesses (maximizadores de suas próprias utilidades) afetos aquelas políticas regulatórias.

É importante esclarecer que o aceite da inclusão de instituições políticas na regulação, bem como seus efeitos sobre a premissa básica das teorias normativas (como a Teoria do Interesse Público e a Escola de Toulouse) não significam a mútua excludência entre elas e a TPPR, até porque, como já foi ressaltado, seu corpo de premissas em comum ainda é substancial, ao ponto de ambas proporcionarem úteis e recíprocas percepções proveitosas acerca delas próprias.

3.2.1 A regulação como um bem econômico

Conforme dito anteriormente, a TPPR é uma tentativa de responder algumas questões que não foram esclarecidas a contento pelas demais teorias. Para esse propósito, a TPPR se vale da ideia já exposta pela TER de um mercado de regulação.

A TPPR aprofundou essa ideia testando alguns desdobramentos da ideia de que grupos de interesses conflitantes demandariam regulação do legislador. O principal aperfeiçoamento foi no tocante aos grupos protagonistas dessa oferta e demanda, especificamente como as instituições políticas influenciavam o embate de interesses de grupos da sociedade, com capacidade de exercer pressões. A fim de facilitar a compreensão das consequências dessa influência nos resultados regulatórios, vamos nos valer de divisão semelhante à contida em Mueller (1999), qual seja: efeitos no lado da demanda e efeitos no lado da oferta.

No lado da demanda, um desses desdobramentos seria o de que o legislador ofertante ofereceria um tipo de regulação que não agradaria inteiramente os grupos vencedores (de maior demanda), pois se assim o fizesse, não estaria levando em conta o delicado equilíbrio resultante da igualdade entre o apoio marginal dos grupos beneficiados pela regulação ofertada e a oposição marginal dos grupos prejudicados pela regulação ofertada.

Adicionalmente, nesse lado do mercado, também se chegou à constatação de uma maior diversidade entre esses grupos, até mesmo internamente, conforme afirma Mueller (1999 p.15):

> Outra implicação da teoria econômica da regulação é que a competição pelos benefícios da regulação não se dá somente entre produtores e consumidores, mas também entre diferentes tipos de produtores e diferentes tipos de consumidores, sendo que a coalizão vencedora tipicamente incluirá tanto alguns tipos de produtores como alguns tipos de consumidores. Existem, por exemplo, produtores heterogêneos com tecnologias e custos diferentes. Aqueles com custos mais baixos podem buscar regulação sobre a indústria como um meio de impor custos nos produtores mais ineficientes e obrigá-los a sair do mercado. Embora eles também tenham que arcar com os novos custos impostos pela regulação, isto pode ser mais do que compensado pelo aumento do seu lucro devido à saída das outras firmas do mercado.

Tais constatações nos autorizam a concluir, segundo o mesmo autor, que embora a adoção da regulação continuasse sendo justificada política e tecnicamente pela existência de falhas de mercado, ainda que parte do discurso fosse verdadeiro, a real razão para o seu emprego era muito mais o benefício de determinados grupos em detrimento de outros.

A profundidade da constatação dessa diversidade entre os grupos é tão grande que alcança até mesmo o outro lado desse mercado, a oferta de regulação.

Ainda que a TER tenha sido um ponto de inflexão na literatura técnica acerca da regulação, ela foi alvo de críticas por ter pontos de fragilidade e, certamente, o alvo das maiores críticas foi a premissa de uma suposta unidade entre os interesses do legislador e do regulador. Nas palavras de Mueller (1999, p.19):

> Ao supor que o regulador simplesmente implementa a política preferida pelo legislador, ignora-se uma importante fonte de incertezas que tem uma influência crucial na determinação da forma efetivamente adotada de regulação. Em outras palavras, assim como existe uma relação principal-agente entre o regulador e a firma, caracterizada por informação assimétrica que influencia de forma decisiva os incentivos de ambas as partes, existe também uma relação principal-agente entre os legisladores e o regulador, também derivada da existência de informação assimétrica e com consequências igualmente decisivas. O legislador tem uma conexão eleitoral que faz com que busque determinados resultados regulatórios, tal como presumido pela Teoria Econômica da Regulação. No entanto, o regulador tem preferências que não necessariamente coincidem com aquelas dos legisladores. **Como o regulador possui mais informação sobre a firma e a implementação da regulação do que o legislador, o regulador tem espaço para perseguir seu interesse próprio. O legislador, sabendo disto, tem um incentivo de estruturar a sua relação com o regulador e as regras que este deve seguir de forma a limitar a capacidade do regulador a tomar alguma medida que fira seu interesse (grifo nosso)**. Ou seja, a existência de informação assimétrica entre o legislador e o regulador terá importantes consequências sobre a forma de regulação adotada.

Conforme se pode deduzir, a assunção da existência dessa informação assimétrica em prol do regulador, juntamente com a divergência de objetivos (sendo para o legislador sua perpetuidade política e para o regulador aquelas atribuídas ao burocrata maximizador) torna a delegação de tarefas daquele para este um risco, na forma do problema principal-agente.

Mueller (1999, p.21) contextualiza essa a situação ao explicar que:

> Em uma relação principal-agente, o principal, que delega a tarefa ao agente, não tem informação sobre a capacidade (tipo) do agente ou o esforço colocado pelo agente na consecução da tarefa. Sendo assim, o principal não tem como avaliar o desempenho do agente dado que o resultado obtido por este, que é observável pelo principal, não é perfeitamente correlacionado com o esforço colocado pelo agente, que não é observável e é o parâmetro no qual a remuneração do agente deveria estar baseada. O agente, sabendo disto, terá incentivos para oferecer uma quantidade sub-ótima de esforço (moral hazard) e a mentir sobre seu tipo ou capacidade (seleção adversa). O principal, por sua vez, também terá ciência desta situação e poderá optar por evitar a relação ou incorrer em monitoração custosa, em que os custos representam perdas de bem-estar social comparados com à situação em que a relação pudesse ser estruturada para funcionar sem os incentivos perversos.

Segundo Weingast (1981), em geral as soluções propostas para o problema principal-agente são instituições criadas para alinhar os incentivos do agente aos do principal, de forma a minorar os malefícios oriundos da seleção adversa e do risco moral na consecução adequada da tarefa acordada. No entanto, tais soluções, por melhor que sejam, ainda serão somente *second best*, dado o fato que a assimetria é tão somente minorada e não eliminada.

Mueller (1999, p.22-23) detalha e resume a situação da seguinte maneira:

> Os legisladores desejam oferecer serviços para suas bases, entre os quais as transferências de rendas inerentes à regulação. A princípio compensa, aos legisladores delegar a tarefa de regular para as agências, pois assim os legisladores podem se especializar em criar nova legislação e outros serviços em vez de ficarem encarregados de tudo diretamente. No entanto, para que realmente compense é preciso que o benefício marginal desta delegação seja maior do que o custo marginal, onde este custo é relativo à informação assimétrica (conhecido como custo de agência). Os custos de agência surgem por que os legisladores não têm a mesma informação que a agência regulatória sobre as firmas reguladas e, ao mesmo tempo, os objetivos dos legisladores não coincidem com os objetivos do regulador. Enquanto os legisladores são movidos pela conexão eleitoral e seu desejo de sobrevivência política, o regulador tipicamente será movido por outros fatores, como maximização de influência (Niskanen, 1972) ou empregabilidade no setor privado após sair da agência. Sendo assim, os legisladores deverão ficar naturalmente receosos de que o regulador tome atitudes que possam ferir seus interesses. Devido à informação assimétrica e ao alto custo de monitoração, o legislador não tem como forçar o regulador a agir de acordo com o seu interesse. Porém, há grandes incentivos para que se encontre uma forma de reduzir os custos de agência e fazer a relação funcionar, pois assim os legisladores poderão oferecer um número maior de serviços às suas bases. O modelo principal-agente prevê que instituições especializadas irão surgir justamente com este propósito.

3.2.2 Da oferta de regulação como um bem econômico

Exposta a dicotomia legislador-regulador como um problema principal-agente, que redunda na possibilidade de o agente se apossar (por meio de ações egoístas) de parte das vantagens originalmente destinadas, no desenho regulatório, ao principal, torna-se pertinente a observação de Ramim (2002 p. 42) de que "[...] grupos da sociedade[26] responsáveis pela eleição dos políticos podem ter interesses contrariados pelo oportunismo do agente, desagradando os interesses eleitorais dos políticos." O que reforça a necessidade de adoção das anteriormente citadas soluções institucionais.

No entanto, para a melhor compreensão de como essas soluções institucionais são capazes de conter o ímpeto oportunista do agente, é salutar analisar não só o agente, mas também o principal, como o que de fato são: grupos que compõem o mosaico de interesses responsáveis pelo processo de oferta da regulação.

A fim de facilitar a compreensão das relações principal-agente intra-Estado foi feita, com base na definição de Mello (2016 p.324), uma classificação dos grupos de interesse responsáveis pelo desenho final da regulação em agentes políticos e servidores públicos.

26 Especificamente para o caso em análise esses grupos seriam não somente as próprias concessionárias do TFC, mas todas as firmas envolvidas com o setor, sejam usuárias ou produtoras de bens substitutos/complementares, bem como organizações da sociedade civil de direito público.

Sendo os primeiros "[...] titulares de cargos estruturais à organização política do País, isto é, são ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado." E os segundos "[...] membros da organização burocrática do Estado, pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante paga pelos cofres públicos."

Dentro dessa classificação não é difícil identificar o segundo grupo como o corpo técnico ou dirigente afeto à política regulatória em pauta, normalmente os servidores da própria agência reguladora e, até mesmo, os servidores do ministério setorial.

Já o mesmo não pode ser dito acerca dos chamados agentes políticos, pois, segundo a classificação adotada, não somente os membros do Poder Legislativo, mas também o próprio Presidente da República se enquadra como tal. Sendo que os membros daquele Poder representam um conjunto de interesses fracionado, na forma de coalizões, conforme expõe Ramim (2002, p.44):

> No processo legislativo, os membros da coalizão atuam defendendo os interesses dos grupos que representam. Weingast & Moran (1983), ao modelar arranjos para controle de agências, comentam que a política resultante será fruto das pressões dos parlamentares membros da coalizão. Aliás, de acordo com o perfil dos membros dessa coalizão, que especialmente ocupam assentos estratégicos nas comissões do Congresso, pode-se afirmar que a política será resultado das forças hegemônicas naquela comissão em particular, importante para os interesses do grupo representado.

Já no tocante ao presidente, dadas as características próprias do sistema presidencialista brasileiro, ele tem uma enorme capacidade de influenciar o processo legislativo[27], destacando-se a possibilidade de sanção e veto de projetos de lei, bem como a edição de medidas provisórias. É essa capacidade idiossincrática que não somente obriga a participação do Executivo nas coalizões (caso se deseje o seu sucesso), como também conforma a sua preponderância nas mesmas.

27 O art. 84 da Constituição Federal dispõe que compete privativamente ao Presidente da República: (...)

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

Tal afirmação é corroborada por Ramim (2002, p.46), conforme abaixo, e suas implicações na busca de soluções institucionais para o problema principal-agente são aprofundadas na seção seguinte.

> Weingast & Morant (1983) constroem a ideia de Congressional Dominance, analisando o papel do Poder Legislativo norte-americano de comando efetivo das políticas das agências. **Dentro da estrutura do Estado Brasileiro, a Congressional Dominance pode ser substituída pela Preponderância Executiva, estudada por Mueller (2001)** . E aqui esta afirmativa é possível, tanto em termos jurídicos, dada a participação intensa do Chefe do Executivo no processo legislativo, como em termos políticos, diante da recente experiência brasileira com as Medidas Provisórias.
>
> Há que se considerar, ainda, nessa análise a possibilidade de uma coalizão maior, entre Executivo e Legislativo, revelando possibilidade de arranjo das forças políticas e interesses. Questões complexas do cenário brasileiro atual passam pelo processo legislativo sob formas peculiares- leis complementares, emendas constitucionais – e só conseguem aprovação nas Casas Legislativas e sanção presidencial quando houver sintonia de interesses entre Executivo e Legislativo.

3.2.3 A Dominância pela coalizão política

Mueller (1999) afirma que assentada a questão da relação legislador/regulador como um problema principal-agente, uma vasta literatura técnica se dedicou a explicar diversas escolhas de políticas e formas de organização observadas a fim de alinhar os objetivos dos reguladores aos dos legisladores. Essa literatura tem diversas vertentes como por exemplo, mecanismos de: (i) monitoração direta; (ii) nomeação dos dirigentes das agências; (iii) controle orçamentário da agência; (iv) desenho de estrutura e processo – E&P da agência; e (v) utilização do judiciário para rever decisões da agência.

Dada a amplitude do debate acerca da finalidade, eficácia e regularidade dos diversos mecanismos citados, e as características e circunstâncias específicas do caso selecionado, é feita uma restrição dos mecanismos analisados na presente dissertação, a saber: o desenho de E&P da agência.

Tal mecanismo como solução parte da citada visão de Dominação pelo Congresso, que, conforme também já foi esclarecido, para o caso do Brasil, é mais adequado classificar de Preponderância Executiva no dizer de Mueller. A preponderância executiva reconhece a existência do problema principal-agente, no entanto, assume que os legisladores, doravante entendidos como a coalizão formada pelos agentes políticos responsáveis pela elaboração das diretrizes da política pública (aí incluído o presidente da república), são capazes de criar instituições, tanto macroinstituições (aquelas que determinam as bases para as relações entre

os indivíduos) quanto microinstituições/estruturas de governança (aquelas que modelam uma transação específica) geradoras de estruturas de incentivos capazes de alinhar os objetivos do regulador aos da coalizão.

Dessa forma, é possível que o legislador possa continuar delegando tarefas ao regulador, sem a necessidade de uso intensivo de custosos mecanismos de monitoração direta, o que tornaria a relação custo-benefício dessa delegação desvantajosa, conforme detalha Mueller (1999, p.26):

> Quando tal estrutura é bem elaborada os legisladores não precisarão despender tempo ou esforço lidando com as agências, podendo dedicar-se às suas inúmeras outras atividades. Em tal situação um observador será tentado a inferir da ausência de acompanhamento direto da agência pelos legisladores, ou seja, ausência de investigações, sanções, etc., que aquelas estão livres para perseguir seus próprios interesses, [...]. No entanto, o aparente descaso dos legisladores para com as ações dos reguladores neste caso ocorre devido ao bom funcionamento da estrutura de incentivos.

Exposto o problema fundamental da delegação em um contexto de principal-agente, Mcnollgast (1989 *apud* Mueller 1999) especulou que uma forma de minorar tal problema seria modelar a E&P, necessários à execução das competências da agência, de forma a servir aos objetivos da coalizão e, ao mesmo tempo, dificultar a perseguição de objetivos egoísticos pelo regulador.

Tais objetivos egoísticos, é importante ressaltar, podem ser tanto originários do próprio regulador quanto de outros grupos de interesse que tem o regulador como um meio para seus propósitos, conforme se infere de McCubbins *et all* (1989 p.432-433) quando este defini E&P:

> A E&P pode ser vista como uma incorporação prévia de um acordo entre os legisladores e o presidente, que tem o condão de limitar a capacidade de cada um dos integrantes da coalizão de se envolver em comportamentos oportunistas *ex-post*. Como cada um tem um incentivo para influenciar a agência a fazer políticas que não são consistentes com o acordo legislativo da coalizão, tudo pode ser melhor se eles empregarem significativo esforço para limitar seu próprio oportunismo. (tradução nossa)

A E&P é uma solução para o problema principal-agente que difere da usualmente adotada. Sendo esta a adoção de custosas instituições *watchdogs* (aqui é válido mencionar que essas instituições, dentro do *mainstream*, são denominadas de organismos de supervisão, mas, por uma questão de coerência com o arcabouça analítico da dissertação, optou-se pela denominação de *watchdog)* para monitorar diretamente a performance e aderência da agência aos objetivos da coalizão. Segundo McCubbins *et all* (1989), o diferencial da E&P seria a instituição de um sistema de incentivos no qual uma terceira parte (não envolvida diretamente na relação principal-agente) monitorasse o agente e reportasse eventuais atos de não

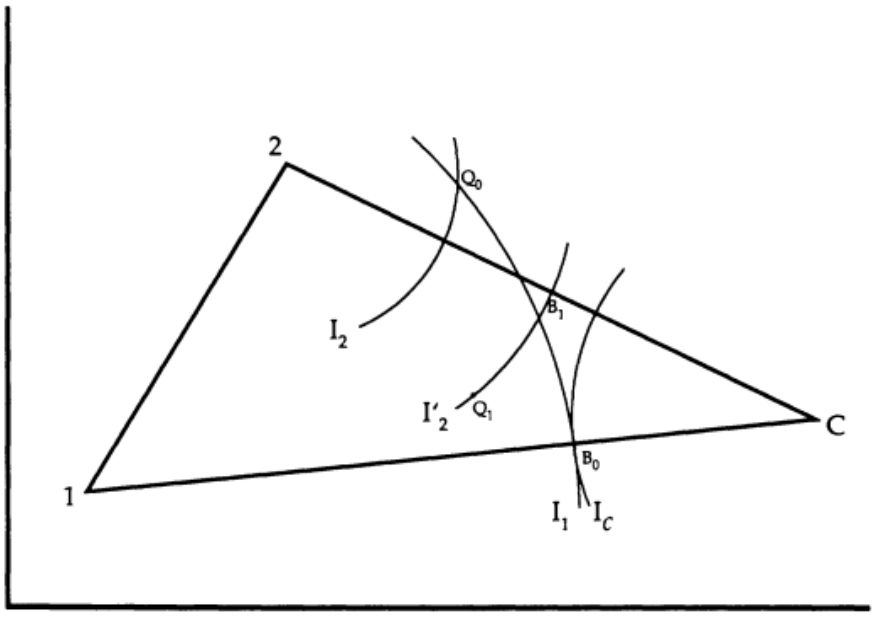
conformidade com a política consensuada pela coalizão. Dessa forma, esses grupos serviriam como alarmes de incêndio (mais baratos que os mecanismos de monitoração direta), toda vez que a agência perseguisse objetivos oportunísticos que diferissem do acordado pela coalizão.

McCubbins *et all* (1989) desenvolve um modelo que expõe o raciocínio geral do porquê a solução E&P é mais adequada do que a adoção exclusiva de dispendiosas instituições de monitoração direta. O modelo, resumidamente, pode ser divido em duas partes: (i) a primeira demonstra a razão pela qual não se pode confiar exclusivamente em punições, *ex-post*, à agência, em caso de desvios de objetivos da coalizão, como mecanismo mitigador desse risco. Tal demonstração está calcada na proposição que diferentes *status quo* de políticas públicas produzem diferentes resultados legislativos; e (ii) a segunda parte agrega o poder de veto e o presidente da república à da coalizão.

Para começar, é necessária a assunção de certas premissas: (i) o jogo entre agentes políticos e agências é jogado uma única vez; (ii) cada participante tem conhecimento completo sobre a estrutura do jogo, bem como das preferências dos outros jogadores; e (iii) os jogadores são avessos ao risco.

Na primeira parte, deve-se considerar o cenário de decisão interna ao Poder Legislativo, onde há três grupos negociando uma política de duas dimensões, conforme demonstrado na figura 4, abaixo. Essas dimensões podem ser, por exemplo, o nível de proteção ao meio ambiente e o acesso ao mercado por pequenas firmas. Os pontos 1, 2 e C representam as políticas ideais de cada um dos três parlamentares.

Figura 4 – Negociação Poder Legislativo



Fonte: McCubbins *et all* (1989)

A figura 4 forma uma espécie de triângulo de *Edgeworth*, onde a perda de bem-estar de cada parlamentar é proporcional à distância do acordo efetivamente acertado com o seu ponto ideal, sendo que o interior do triângulo contém todos os pontos com resultados ótimos de Pareto (ou seja, onde não se pode melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem).

O ponto Q_0 representa o *status quo* da política em análise. Supõe-se adicionalmente que o parlamentar C é o detentor da competência exclusiva para a proposição legislativa de uma nova política pública para um ponto distinto de Q_o, que é aprovada ou reprovada por meio de maioria simples, juntamente com o fato de que cada parlamentar busca mover a política para o mais próximo possível de seu ponto ideal.

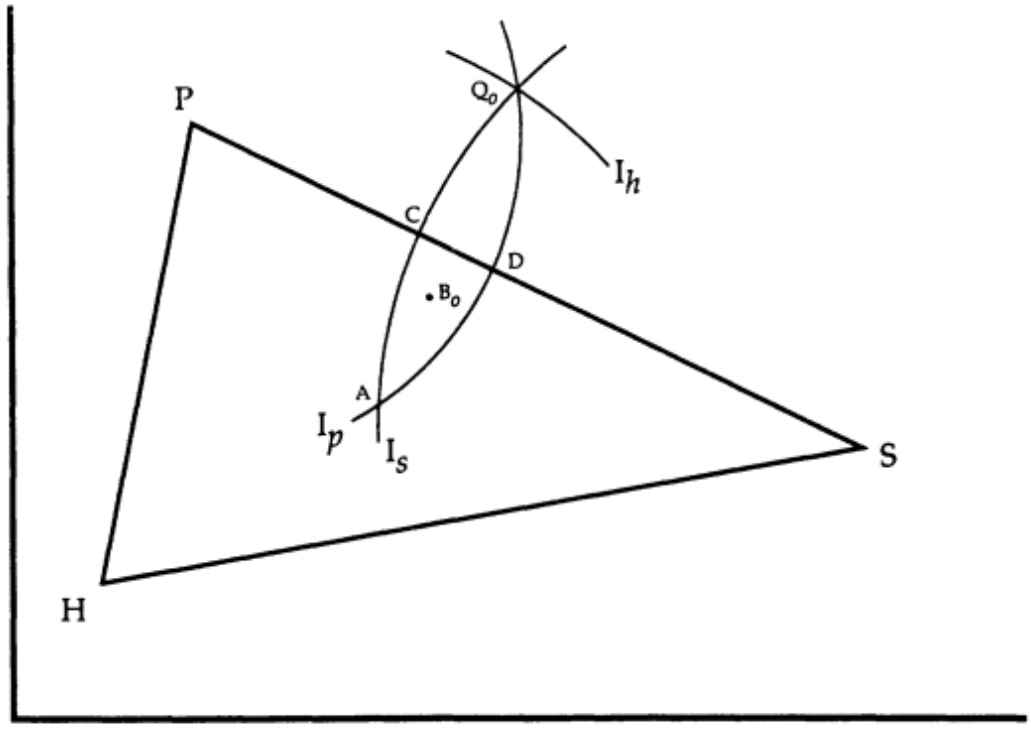
Logo, a estratégia dominante para C é propor uma proposta que esteja o mais próximo possível do ponto C, enquanto tenta obter o apoio de ao menos um outro parlamentar, derrotando, assim, o *status quo* pelo resultado de dois votos contra um. Esse ponto almejado por C é aquele em que 1 ou 2 são indiferentes em relação ao *status quo.* Com base nas curvas de indiferença (I_1, I_2 e I_c), pode-se notar que B_o é a melhor proposta para C, dessa forma, ele conquista o apoio de 1 e, juntos, formam uma coalizão para mudar a atual política pública de Q_o para B_0, a qual torna-se o novo *status quo.*

O problema do principal-agente surge quando a agência adota uma postura de não conformidade com o acordo obtido pela coalizão e, durante a implementação da política pública, o faz de modo que o ponto seja diferente de *Bo*, por exemplo, Q_1, que acaba por se tornar o novo *status quo.* Caso C tente uma nova coalizão para alterar essa implementação rebelde, por parte da agência, o melhor que ele conseguirá agora será o ponto B_1, oriundo de uma nova coalizão, dessa vez entre C e 2. Embora 2 esteja em melhor situação em B_1, C e 1 estão em pior situação do que em B_0.

Essa primeira parte do modelo nos permite a conclusão de que mesmo com um monitoramento direto de alta qualidade e eventuais punições *ex-post*, diante de um desvio da agência, não há nada que a coalizão original possa fazer para restaurar o acordo original (lembrando da premissa de jogo único, caso contrário, o resultado seria diferente). O desvio da agência infligi um padrão imprevisível de ganhos e perdas, causando diferentes respostas da coalizão, logo, cada grupo de interesse (incluindo até mesmo os que não são membros da coalizão), tem chances reais de perdas significativas. Dada a premissa de aversão ao risco, esse comportamento imprevisível da agência é tido, por todos, como indesejável, fazendo com que os legisladores desenvolvam meios, *ex-ante*, de assegurar a aderência da agência aos objetivos da coalizão.

Na segunda parte do modelo é acrescida a figura do presidente, do poder de veto dos membros da coalizão e a assunção de que as preferências de cada corpo legislativo (câmara e senado) são homogêneas, formando um único ideal político por corpo legislativo e um único conjunto de curvas de indiferença. Dessa forma, a arena política onde a coalizão passa a buscar a construção da proposta regulatória é a da figura 5.

Figura 5 – Negociação com poder de veto



Fonte: McCubbins *et all* (1989)

Os pontos ideais da Câmara, do Senado e do Presidente são, respectivamente, H, S e P, suas respectivas curvas de indiferença são I_h, I_s, I_p e o *status quo* é o ponto Q_o. A lente formada pelas curvas de indiferença I_p e I_s define as negociações mutuamente vantajosas para os membros da coalizão, ou seja, os pontos que não são pareto eficientes. Graças ao poder de veto de cada um deles, o resultado necessariamente será dentro dessa área de lente. Dado que as melhores negociações possíveis para cada um dos membros se localizam, respectivamente,

nos pontos D para o senado, A para a câmara e C para o presidente, a meia lente formada pelos pontos A, C e D conterá, necessariamente todas as possíveis propostas finais da coalizão[28].

A localização exata da proposta final, dentro da área ACD, será definida com base no poder de barganha de cada membro da coalizão. O exemplo específico dado por McCubbins *et all* (1989) é o caso de o congresso conseguir convencer o presidente de que após a negociação da proposta em epígrafe, não haverá outro processo legislativo de igual teor.Nesse caso, espera-se sensibilizar o presidente, fazendo com que a negociação se dê sob a curva *AD* . Na situação contrária, de o presidente ter conhecimento de que o ponto Q_0 é uma situação desconfortável para o congresso, o presidente teria mais poder de barganha para negociar próximo ao ponto C, mediante a ameaça de veto. Por fim, caso nenhum dos membros tivesse uma posição dominante ou fraca demais a ponto de não apresentar dificuldades aos demais, a proposta final seria em algum ponto intermediário, como por exemplo B_0.

Novamente o problema principal-agente surge quando a agência ao implementar a política, se desvia dos objetivos acordados pela coalizão e implementa uma proposta distinta da do ponto B_0. Já foram vistas as conclusões em relação a esse risco: (i) a proposta resultante do acordo anterior não poderá mais ser obtida, mesmo diante de uma nova coalizão; e (ii) a aversão ao risco dos agentes políticos fará com que eles prefiram minimizar as chances de serem prejudicados em seus interesses acordados, pela influência, *ex-post*, de interesses oportunísticos deles próprios ou de outros sobre a agência.

A desejada minimização desses riscos se daria por meio da adoção de instituições que restringissem a flexibilidade decisória das agências, soluções legislativas que especifiquem, de modo preciso, o que a agência é obrigada a atingir e como deve fazê-lo. Essas instituições seriam as E&P.

McCubbins *et all* (1989) destaca alguns dos principais tipos de E&P que podem influenciar as decisões políticas. O primeiro diz respeito a obrigatoriedade de uma espécie de ônus argumentativo para justificar o formato da regulamentação, por exemplo, a comprovação prévia da segurança ou perigo de um produto, dessa forma, ele terá sua comercialização autorizada ou proibida. Esse tipo de instituição afeta a influência de agentes políticos (membros ou não coalizão), como ambientalistas e empresários, por exemplo, e, consequentemente, o resultado da política regulatória. O segundo tipo de E&P obriga a

28 A lógica desse pensamento é: (i) para qualquer proposta fora do triângulo há outra proposta mutuamente mais vantajosa dentro do triângulo; e (ii) para qualquer proposta dentro do triângulo, mas fora da meia lente, só há pontos ótimos de pareto, ou seja, ao menos um membro vetaria a proposta, por estar em situação pior do que à contida no ponto Qo.

agência a avisar, antecipadamente, à coalizão acerca de propostas desviantes de seus objetivos, impedindo que aquela apresente a está um "fato consumado" de difícil reversão.

Essas instituições, individual ou conjuntamente, podem ser um obstáculo à capacidade de a agência apresentar esse "fato consumado", forçando-a a se mover lenta (por causa do ônus argumentativo) e publicamente (por causa de audiências públicas, por exemplo), dando à coalizão (após ser informada por seus grupos de interesse *fire alarms)* tempo para se mobilizar e tentar reverter eventuais implementações desviantes do acordado anteriormente.

Naturalmente, essas soluções institucionais também têm consequências indesejáveis sobre o processo regulatório. A esse respeito Mueller (1999, p.30) afirma que essas consequências já foram contabilizadas pela coalizão quando da elaboração da política pública, conforme se vê abaixo:

> Os custos, atraso e rigidez que resultam do uso de estrutura e processo como descrito acima são ineficiências por desenho, e devem ser entendidas como uma conseqüência da assimetria de informação que impede que os legisladores dependam somente de monitoração direta da agência. Esta colocação é compatível com a observação que na vida real os processos regulatórios de fato tendem a tomar formas obviamente pouco eficientes de um ponto de vista normativo. Segundo esta hipótese, a coalizão que gera a regulação é capaz de marcar as cartas (stack the deck) de forma que mesmo que hajam mudanças nas preferências dos grupos dos quais ela deriva apoio, a agência se verá obrigada a ser sensível às suas preferências. Desta forma, uma vez estabelecida a regulação pelos legisladores, ela pode funcionar como que em piloto automático sem que seja necessário o monitoramento constante sobre a agência.

Dessa forma e diante da exposição mais aprofundada da TPPR e em especial de um de seus mecanismos institucionais utilizados para minorar o risco de comportamentos oportunistas *ex-post*, a saber: o desenho de estrutura e processo – E&P da agência, resta analisar, como etapa seguinte, as potenciais ferramentas para o alcance desse intuito. Tal análise ocorre na seção seguinte, onde são estudadas as propriedades da Análise de Impacto Regulatório.

3.3 **A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO - AIR**

Esta seção se destina a expor o conceito, finalidades, mecanismos e trajetória da AIR, enquanto ferramenta regulatória, dentro da visão do *mainstream,* composto em grande parte pela literatura produzida por organismos nacionais e internacionais.

3.3.1 A Melhoria da qualidade regulatória

Passados mais de um século desde a criação do protótipo institucional de agência reguladora[29], quase meio centenário de intenso debate acerca da relação entre regulação, interesse público e interesses egoísticos, e mais de duas décadas desde a criação da primeira agência reguladora brasileira, começa a ganhar força um movimento que prenuncia uma nova fase do Estado Regulador.

Nessa nova fase, a ênfase é colocada na capacidade regulatória do Estado, por meio do aperfeiçoamento dos instrumentos componentes do sistema regulatório, em elevar o bem-estar social; ao invés de em questões igualmente importantes, contudo, já razoavelmente consolidadas, conforme expõe Lamare (2015, p.18), ao discorrer acerca do movimento:

> [...] é o movimento responsável pela mudança do principal foco do Estado Regulador: a preocupação atual é com a substância, e não apenas com a forma. Até então, o aludido modelo estatal possuía uma faceta eminentemente formal, na qual as reflexões se ocupavam de questões como o tamanho ideal de Estado, a natureza da função regulatória, a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras ou a constitucionalidade dos mandatos dos diretores dessas agências. Atualmente, após muito se avançar nas discussões sobre a forma, o Estado Regulador vivencia um novo paradigma, o qualitativo, em que os debates são voltados à qualidade do processo decisório.

Nesse diapasão, Jacobs (2007 *apud* Salgado 2010, p.346) define mais precisamente o que é o movimento de reforma pela melhoria da qualidade regulatória:

> [...]é o processo de mudança da estrutura regulatória vigente, com vistas à melhoria da qualidade desta. É parte desta mudança o aprimoramento das novas regulações, bem como a revisão das existentes, para que atendam aos interesses públicos e, ao mesmo tempo, permitam o desenvolvimento da atividade econômica.

Dentro desse movimento, a OECD desempenha papel de destaque, chegando inclusive a elencar alguns dos motivos determinantes para tal demanda: (i) a quantidade crescente de novas regulações de baixa qualidade; (ii) a elevação dos custos; (iii) a falta de transparência e de abertura no processo de tomada de decisão – os grupos afetados e a sociedade como um todo não compreendem facilmente as motivações de determinada regulação e menos ainda exercem influência no processo regulatório (OECD, 1995).

29 Barbosa (2014, p.66-67) afirma que "Historicamente, os Estados Unidos foram o primeiro país a criar instituições equivalentes às agências reguladoras, no início do século XIX. Mais especificamente, em 1887, o *Interstate Commerce Act* representou um marco para o começo de uma nova gestão pública naquele país. Isso porque, por meio dele, passsou-se a fixar regras de práticas tarifárias das companhias ferroviárias, proibindo discriminações e abusos e, especialmente, foi criada uma autoridade independente especial chamada *Interstate Commerce Comission*. Esta nova instituição criada por meio do ato citado, além do poder de criar regramentos, estava encarregada de executar as medidas por ela mesma criada e de regular o setor ferroviário, o que rompia, significativamente, com o paradigma clássico da separação dos poderes."

Além da atuação da OECD, também é possível identificar açõ

es autônomas de alguns de seus países membros em prol da melhoria da qualidade regulatória, em especial os EUA. Lamare (2015) destaca, entre outras[30], a *Executive Order nº 12.866/93,* cujos objetivos principais são: (i) aprimorar o planejamento e a coordenação do processo decisório tanto para novas medidas quanto para aquelas já editadas; **(ii) reafirmar a primazia das agências reguladoras no processo decisório relativo à edição de normas regulamentadoras; (iii) resgatar a integridade e a legitimidade da revisão e da supervisão regulatória; e tornar o processo mais acessível e aberto ao público** (grifo nosso).

3.3.2 Ferramental da melhoria da qualidade regulatória

Vistos os motivos, conceito e breve histórico do movimento pela melhoria da qualidade regulatória, resta enxergar, de maneira mais detalhada, seus objetivos, para que se possa elencar os melhores meios para se atingi-los. Lamare (2015, p.37-38) afirma que:

> Em termos gerais, a melhora regulatória é o movimento de qualificação do processo e do conteúdo da regulação em sentido amplo; ou seja, não se limita apenas ao processo de elaboração de normas propriamente dito, mas ao sistema regulatório como um todo. Especificamente, a melhora regulatória é composta por todo objetivo capaz de efetivamente agregar qualidade à regulação: **maior transparência na atuação de órgãos reguladores** , diminuição da burocracia, redução de custos para a Administração e para o administrado, incentivo à desregulamentação, simplificação de exigências governamentais, **estímulo à participação social , aprimoramento do processo decisório, incorporação de avaliação da qualidade técnica** e legal das medidas que se pretende editar e revisão de medidas já adotadas são somente alguns dos exemplos de finalidades abarcadas pelo movimento que pretende construir um sistema regulatório melhor. E variadas são as ferramentas existentes para lidar com cada uma dessas questões. (grifo nosso)

Salgado *et all* (2010, p.346) corrobora a afirmação de que são múltiplas as ferramentas possíveis de utilização para cada um desses objetivos, mas ressalta o caráter notável e a pertinência da AIR para essa missão, conforme pode ser visto abaixo:

> De acordo com a OECD (2008b, p. 4), as principais ferramentas que atuam na melhoria da qualidade regulatória **são a análise de impacto regulatório (AIR), a consulta pública** , a consideração das alternativas à regulação proposta e a existência de medidas de redução de custos de compliance. **O estágio que a AIR se encontra, atualmente, permite que afirmemos que tal instrumento, quando bem estruturado, engloba as**

[30] Diversas outras ações estatais foram tomadas nesse sentido (mas foi a Executive Order 12.866 a mais significativa de todas), tanto anteriores como posteriores, como por exemplo: (i) a Executive Order nº 11.821/74,que determinava que as agências governamentais realizassem uma avaliação de impacto inflacionário das novas regulamentações; (ii) a Circular A-4, que contém diretrizes para auxiliar nas análises regulatórias; e (iii) e Executive Order nº 13.563/2011, que visa aprimorar a regulação e a revisão de medidas regulatórias.

> **demais ferramentas de qualidade regulatória em seu processo** (grifo nosso).
>
> Em resumo, a AIR pode ser compreendida como a avaliação sistemática dos custos e dos benefícios referentes às regulações, novas ou existentes, tendo por fim aperfeiçoar a política regulatória. Em outras palavras, o processo regulatório é então reforçado na medida em que a utilização desta ferramenta avalia sistematicamente todos os possíveis impactos oriundos de uma ação governamental, permitindo que o regulador considere em sua análise todos os efeitos, positivos ou negativos, associados à criação de uma nova regra ou revisão de uma norma já existente (KIRKPATRICK e PARKER, op. cit.)

É salutar aprofundar e complementar a definição contida acima, com a definição dada pela própria Lamare (2015, p.43):

> A análise de impacto regulatório é, em termos gerais, o instrumento formal que permite a explicitação do problema regulatório que se pretende corrigir, o detalhamento das alternativas regulatórias aplicáveis e a abordagem da eficiência e das consequências dessas alternativas. O objetivo final é eleger a medida regulatória mais eficiente à solução do problema identificado a partir da quantificação e comparação dos possíveis custos e benefícios sociais decorrentes das alternativas disponíveis. Posto de outra forma, a AIR é capaz de equacionar o orçamento limitado do governo e as diversas opções de investimento. É, portanto, ferramenta que contribui para a eleição da medida capaz de atingir os objetivos perseguidos pelo menor custo. A mesma metodologia é utilizada para revisão de medidas já editadas.

Para o atingimento desse objetivo final são usadas diversas metodologias específicas de avaliação econômica (não sendo incomum o uso integrado delas, pelo contrário, recomendável), que estão em constante aperfeiçoamento em razão da inerente mutabilidade do processo político em que estão inseridas.

Do ponto de vista do Estado, uma avaliação econômica se presta, segundo Brandão (2010, p.90), resumidamente, a analisar se o projeto/política gera benefícios líquidos para a sociedade (identificando quais grupos ganham e quais perdem, é possível até mesmo identificar internamente a esses grupos quais subgrupos ganham e perdem, tudo depende da profundidade do recorte da análise) e, eventualmente, ofertar parâmetros de comparação com projetos concorrentes. Aqui cabe a ressalva de que esta difere de uma simples avaliação financeira, que consiste na fria análise dos fluxos de caixa dos projetos.

Conforme dito anteriormente, essas metodologias estão em constante avanço e, certamente a que mais foi alvo de aperfeiçoamentos e estudos foi a de C*ost-Benefit-Analysis*-CBA que, segundo Lang (2007, apud SEHN 2009 p.22), consiste no Valor Presente Líquido – VPL entre benefícios e custos sociais, cujo resultado servirá de parâmetro objetivo para a opção de escolha de determinada política. Brandão (2010 p.92) alerta que para diminuir a fragilidade da metodologia os custos e benefícios indiretos deverão, na medida do possível,

ser valorados com métodos de valoração contingente. É válido observar que a popularidade dessa metodologia é tanta que ela chega a constar como a metodologia padrão recomendada em diversos manuais de organismos nacionais e até mesmo internacionais (como EUA e México)[31], como no caso do Manual de apresentação de estudos de viabilidade de projetos de grande vulto (Brasil, 2009). Priemus e Wee (2015 *apud* SOUSA E POMPERMAYER 2016) mencionam a utilização internacional de metodologia com abordagem semelhante, a chamada engenharia de valor.

Como alternativa à dificuldade de monetização de efeitos indiretos do projeto, há ainda as metodologias de *Cost Effectiveness Analysis - CEA* e *Multicriteria Analysis - MCA*, sendo aquela usada quando os efeitos indiretos ainda são quantificáveis, porém, por meio de resultados não monetários, e ponderados pelo custo do projeto; e esta usada quando existem múltiplos objetivos a serem atingidos e ponderados segundo sua importância relativa, que será dividida pelo custo do projeto, produzindo um índice como base comparativa (BRANDÃO , 2010 p.93).

3.3.3 A AIR como ferramenta mitigadora do risco de captura

Alguns autores, como Lamare (2015) alegam uma vocação natural da BCA frente às demais metodologias, haja vista sua capacidade de ilustrar elucidativamente os *tradeoffs* inerentes aos processos decisórios (talvez sendo essa uma das razões de sua maior popularidade). Isso se daria em razão de a atribuição de valores monetários possibilitar ao tomador de decisão enxergar de maneira mais clara os diversos interesses que estão sendo mediados na questão regulatória e em que medida cada um deles está sendo restringido e promovido, em cada um dos cenários considerados.

Essa natureza da BCA teria o condão de, em razão de atribuir uma medida dotada de maior objetividade e neutralidade – a moeda – aos benefícios e malefícios, potencializar a natural função de mitigação de riscos de captura da AIR (por meio da redução da assimetria informacional e explicitação da posição dos diversos *stackeholders* envolvidos na política regulatória). Essa função também estaria presente quando do uso das outras metodologias, no entanto, em menor medida.

[31] Nos EUA, ela chega a ocupar papel de tamanha relevância sobre as demais que o notório acadêmico Cass Sunstein (2002) alega que o Estado Regulador está se transformando no Estado de Custo Benefício.

A respeito dessa função natural da AIR, é válido evidenciar o contido no Manual de Análise de Impacto Regulatório da Antt (2016), que reforça esse papel nocivo à captura, da AIR:

> Além disso, a AIR reserva para si o relevante papel institucional de trazer para o campo científico aquilo que muitas vezes é marcado por simples impressões gerais sobre um determinado conteúdo normativo. Também a AIR pode auxiliar na identificação de algumas complicações que permanentemente ameaçam os bons resultados que uma determinada política regulatória deve e pode, frequentemente, alcançar, tais como:
>
> '[...] dificuldades geradas em matéria de compliance com os comandos positivos e negativos emanados na norma; criação de restrições à pura inovação dos agentes econômicos e sociais; **surgimento de riscos em função de desdobramentos não previstos do conteúdo regulatório; aparecimento de distorções mercadológicas perpetradas por agentes econômicos interessados em prejudicar competidores por meio da regulação; possibilidade de equívocos por partes dos reguladores, ou de que ignorem os efeitos adversos de suas escolhas; possibilidade de reguladores buscarem engrandecer o seu próprio poder; de servirem aos interesses de um pequeno grupo, em vez de diligenciar pelo interesse público** ; introdução de novos riscos no mercado regulado ou alocação dos riscos existentes a cargo de grupos diferentes, em razão da limitação nas informações de que dispõem quanto à decisão que devam tomar ou em razão da ausência de manifestação das pessoas afetadas pela regulação' […] (BRASIL A., 2016, p.8) (grifo nosso)

Diante do exposto acerca dessa natural capacidade da AIR, é importante detalhar os meios pelos quais ela efetivamente ocorre. E para isso é necessário entender o detalhamento do conteúdo mínimo da AIR. Diversos esforços têm sido feitos, dentro do movimento de melhoria da qualidade regulatória, pela OECD e seus países membros no sentido de aperfeiçoar componentes importantes do processo regulatório relativo à AIR. Lamare (2015) realizou interessante compêndio com base nesses trabalhos no formato de uma estrutura que contenha o conteúdo mínimo da AIR. A espinha dorsal de qualquer AIR que se proponha a atingir os objetivos expostos anteriormente é composta minimamente de três fases: (i) identificação do problema regulatório; (ii) definição e avaliação das alternativas regulatórias disponíveis; e (iii) definição da estratégia de implementação e acompanhamento da ação regulatória escolhida.

É na etapa (i) que o problema regulatório ensejador da ação regulatória é definido e dissecado. É também nessa fase que os estudos preliminares relativos ao problema são apresentados à sociedade (por meio de tomadas de subsídios, reuniões participativas ou outra espécie de processo de participação e controle social- PPCS pertinente) de forma geral. É a fase em que são apresentadas as evidências da necessidade de uma ação regulatória. Dessa

forma, ao mesmo tempo que ela auxilia com subsídio técnico para as etapas seguintes, o regulador tem condições de conhecer a visão de cada ator envolvido no processo regulatório.

Já na etapa (ii), é onde ocorre efetivamente o desenho e cotejo dos diversos cenários regulatórios propostos para a solução do problema identificado. É nessa etapa que ocorre a importantíssima ação de mapeamento e delimitação dos grupos de atores. A Comissão Européia (2015) recomenda que o mapeamento se paute pela diferenciação entre os atores que são impactados em diferentes níveis de intensidade, essa diferenciação pode se dar até mesmo intra grupos. Tem de ser feita a discriminação (tão detalhada quanto possível) dos benefícios e malefícios gerados por cada opção regulatória, para cada um dos atores (grupos de interesse) mapeados no processo.

Posteriormente, são mensurados os benefícios e malefícios identificados para cada ator e, com base nesses resultados, é escolhido o cenário regulatório que possibilita o maior o bem-estar social (no caso da BCA será aquele que apresentar maiores benefícios econômicos líquidos).

Escolhida a opção regulatória, deve-se, por meio de consulta pública ou audiência pública, apresentar relatório que contenha todos os subsídios técnicos elaborados nas fases anteriores, justificando a opção escolhida. Dessa forma, com a disponibilização e sistematização das informações de benefícios e malefícios por grupos de interesse e para todos os grupos de interesse, reduz-se os riscos de captura, por meio da publicização e ampliação do debate.

A terceira e última etapa consiste na definição de uma estratégia de implementação da opção regulatória e de seu monitoramento a fim de verificar, futuramente, se os seus custos e benefícios reais estão aderentes ao esperado.

Finalmente, diante do exposto, restam patentes os meios pelos quais a AIR atua na redução dos riscos de captura. Sua grande contribuição para esse fim se dá, essencialmente, enquanto estudo técnico robusto tanto da realidade do setor regulado, quanto das diferentes opções regulatórias, nas quais os interesses de determinados grupos se sobressaem e são quantificados, comparados e justificados publicamente. Tal processo tem o condão de ampliar o debate, aumentar a transparência, gerar *accountability* e reduzir a assimetria informacional graças à ação quase dialética de uma espécie de controle simultâneo e conflitivo dos grupos de interesse (desde os agentes econômicos regulados, até os cidadãos usuários do serviço, perpassando pelos próprios reguladores e órgãos de controle externo) envolvidos no processo regulatório.

3.3.4 Observações sobre a AIR no Brasil

Esta seção se destina a expor brevemente o trajeto institucional da AIR no Brasil. O registro mais antigo de uma ação institucional significativa imbuída do espírito contido no movimento da melhoria da qualidade regulatória e que faz uso da AIR, embora não a mencione explicitamente, é o Decreto nº 4.176/2002, que dispõe sobre as normas e as diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento de projetos de atos normativos ao Presidente da República. O decreto traz em seus anexos uma série de recomendações características do processo regulatório de confecção de uma AIR.

Em seguida, veio a maior iniciativa institucional em termos de melhoria da qualidade regulatória e difusão da AIR no país, o Decreto nº 6.062/2007, que instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG). O PRO-REG conta com o apoio técnico e financeiro de organismos internacionais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e congrega a atuação da Casa Civil da Presidência da República, o Ministério da Fazenda, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, os ministérios setoriais, as agências reguladoras e instituições da sociedade civil.

Segundo seu art. 2º, as melhorias almejadas pelo programa deverão ser conseguidas por meio de medidas integradas que visem: (i) fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; (ii) fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; **(iii) a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; (iv) o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e (v) o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.**

Em consonância com essas diretrizes estratégicas, o programa lançou recentemente importante iniciativa, por meio da Consulta Pública nº 001/2017[32], que visa receber sugestões às propostas de Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para Análise de Impacto Regulatório – Diretrizes Gerais AIR e de Guia Orientativo Para Elaboração de AIR – Guia AIR. Segundo o sítio do programa:

> As Diretrizes Gerais e o Guia AIR são, portanto, a materialização de discussões técnicas ocorridas ao longo dos últimos meses e possuem orientações gerais que buscam consolidar e padronizar duas das principais

32 Disponível em http://www.regulacao.gov.br/agenciasreguladoras/consulta-publica/consulta-publica-001-2017

> ferramentas frequentemente mencionadas na literatura especializada como fundamentais para a regulação de alto nível:
>
> **(a) a realização de AIR previamente à adoção ou alteração de atos regulatórios e**
>
> **(b) a integração de mecanismos de participação social no processo regulatório.** (grifo nosso)

Tal ação tem um enorme potencial não só de melhora da qualidade regulatória, mas também (pelos motivos expostos anteriormente) de redução dos riscos de captura. Corroboram essa assertiva os dizeres de Salgado *et all* (2010 p.354) acerca das ferramentas epigrafadas:

> Além disso, a consulta pública é prática rotineira na maioria das agências reguladoras brasileiras. Esta é parte fundamental da AIR, visto que possibilita o aumento da transparência, da eficiência e da efetividade da regulação, bem como a redução dos custos inerentes a ela. Considerando a função estrita de informar o regulador, a consulta pública oferece dados condizentes com a ótica da parte afetada, bem como possibilita considerar efeitos que inicialmente não seriam percebidos, corroborando, deste modo, para legitimar a decisão tomada, que também é uma das funções da AIR. Nesse sentido, possibilita aproximar as agências da representação das demandas dos consumidores, que, uma vez melhor informada e preparada, reforça a autonomia do regulador contra a pressão de interesses de pequenos grupos organizados, por conformar base ampla de apoio – necessária até porque boa parte de iniciativas do regulador em prol do interesse público desagradam os regulados. Isto é de extrema importância para reverter problemas clássicos como a informação assimétrica e a organização de grandes grupos. Ou seja, os interesses difusos organizam-se de forma muito mais precária do que interesses econômicos de pequenos grupos afetados – os regulados –, daí a assimetria radical na capacidade de vocalizar propostas, sugestões e críticas construtivas.

Por fim, é importante destacar a tramitação do PL nº 6.621/2016, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e, especificamente, institui a realização da AIR como etapa obrigatória do processo regulatório.

Dessa forma, consideram-se expostos os principais mecanismos e finalidades da AIR.

3.4 **A PROVA INDICIÁRIA**

A questão do uso da prova indiciária surge dentro do campo de interesse da presente dissertação em razão de semelhanças existentes entre os cenários em que ela costuma ser utilizada e àqueles em que ocorrem a captura. Tais cenários tem em comum um conjunto de características (resultantes de arranjos de assimetria informacional e dissimulação) que costumam tornar impossível a comprovação da intenção dos acusados sem uma confissão, a qual dificilmente ocorre. Essa percepção ficará mais clara no decorrer desta seção e da seção de aspectos metodológicos.

Dentre os diversos tipos de prova elencados no Código de Processo Penal e na legislação esparsa, a prova indiciária reside em *status* de igualdade com as demais, o que permite, graças ao princípio da persuasão racional do julgador ou da livre convicção, seu uso franco no Direito, conforme sintetizado abaixo por Oliveira (2003 *apud* Freitas 2010, p. 3) "[...] o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando previamente comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente"

3.4.1 A lógica da prova indiciária

A lógica de raciocínio da prova indiciária pode ser explicada com base na legislação e na doutrina. O Código de Processo Penal[33] define o indício enquanto meio de prova:

> Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Dessa forma, a prova indiciária é o resultado de um raciocínio indutivo-dedutivo que estabelece uma relação entre duas variáveis, o indício e o fato probando (o fato que efetivamente é objeto do processo, aquilo que se deseja provar). A fim de esclarecer o exposto, segue exemplo de Cabral (2014 *apud*, Godoy 2014, p.12):

> É clássica a distinção entre prova directa e prova indiciária. Aquela refere-se aos factos probandos, ao tema da prova, enquanto a prova indirecta, ou indiciária, se refere a factos diversos do tema da prova, mas que permitem, com o auxílio de regras da experiência, uma ilação quanto ao tema da prova (v.g., uma coisa é ver homicídio e outra encontrar o suspeito com a arma do crime).
>
> Na prova indiciária, mais do que em qualquer outra, intervêm a inteligência e a lógica do juiz. A prova indiciária pressupõe um facto, demonstrado através de uma prova directa, ao qual se associa uma regra da ciência, uma máxima da experiência ou uma regra de sentido comum. **Este facto indiciante permite a elaboração de um facto-consequência em virtude de uma ligação racional e lógica** (v.g., a prova directa – impressão digital – colocada no objecto furtado **permite presumir** que o seu autor está relacionado com o furto; da mesma forma, o sêmen do suspeito na vítima de violação). (grifo nosso)

A partir desse exemplo, Godoy (2014) explica que o indício é o ponto de partida (o fato conhecido e provado) para se chegar à apuração do fato probando. Tal caminho é dividido em um raciocínio bipartite: (i) a primeira parte é a indutiva, na qual observa-se o que ocorre em casos semelhantes, tentando extrair dessa análise algumas considerações de aplicabilidade

33 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

geral sobre a relação de causalidade entre dois fatos. Podendo ela ser de necessariedade, probabilidade (essa é o tipo de relação predominante) e inexistente; e (ii) a segunda parte é a dedutiva, onde verifica-se se o caso concreto se encaixa nas considerações de aplicabilidade geral.

3.4.2 Demais aspectos relevantes da prova indiciária

Esclarecido o aspecto basilar da prova indiciária, qual seja: a sua lógica de raciocínio, ainda restam outros pontos pertinentes à presente dissertação e que, portanto, necessitam ser esclarecidos, ainda que de forma tangencial, haja vista os propósitos do trabalho em pauta.

O primeiro ponto trata-se do esclarecimento de que o compromisso do Direito com a verdade não é algo tão imaculado quanto aparenta ser. Tal afirmação decorre dos conceitos de verdade real e verdade processual. Godoy (2014) afirma que a primeira trata-se da verdade histórica, absoluta (ficticiamente obtida por meio das provas) deixou de ser perseguida graças à conscientização da limitada capacidade cognitiva do ser humano. Ao passo que a segunda, a verdade processual, é a verdade dos fatos trazidos, por meio das provas, aos autos dos processos, submetidos ao contraditório e ampla defesa, bem como de uma postura proativa do juiz, sendo assim, essa verdade é o suporte da convicção do juiz.

Dessa maneira, no final das contas, não só a prova indiciária, mas também provas diretas acabam por serem, em maior ou menor medida, provas probabilísticas. Nesse sentido, os dizeres de Dinamarco (2000 *apud* Godoy 2014, p.19) corroboram essa ideia:

> A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (**a "segurança jurídica", como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou "segurança", com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos** . O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. (grifo nosso)

Reforçado o caráter paritário entre a prova indiciária e as demais, resta destacar os esforços no sentido de desenvolver modelos de avaliação de provas indiciárias. Godoy (2014, p.23) afirma que o mais difundido é o modelo da teoria eclética de análise da prova, onde "[...] o julgador deve verificar, para cada indício, isoladamente, sua precisão e gravidade. E, num segundo momento, aferir a concordância e convergência de todos os indícios [caso haja mais de um], feita de maneira conjunta."

A precisão do indício se refere à certeza do fato ou circunstância indiciante, não podendo restar dúvida sobre essa premissa de partida. A gravidade do indício, por sua vez, diz respeito ao grau de causalidade entre ele o fato probando (que é a própria essência da prova indiciária e é verificada pelo raciocínio indutivo-dedutivo). E por último, a concordância e a convergência (caso tenha mais de uma prova indiciária) onde é verificado se os indícios (pontos de partida) são coerentes entre si e se as inferências indiciárias são convergentes entre si.

Finalmente, após a análise dos principais tópicos do pensamento teórico acerca da: (i) relação entre o comportamento do regulador e grupos de interesse; (iii) dos principais mecanismos e finalidades da AIR; e dos principais aspectos da lógica de raciocínio da prova indiciária, pode-se afirmar que o segundo dos objetivos específicos foi alcançado.

4 ABORDAGEM METODOLÓGICA

Este capítulo se destina a aprofundar os breves esclarecimentos feitos na introdução acerca de como a pesquisa foi operacionalizada.

4.1 TIPO E DESCRIÇÃO GERAL DA PESQUISA

A presente dissertação é constituída de uma pesquisa do tipo aplicada, de caráter misto, ou seja, tanto exploratório quanto descritivo, cujo intuito é não somente apresentar os elementos básicos do conteúdo afeto ao problema, mas também relacionar as variáveis nele contidas, quais sejam: a AIR e os riscos de captura *ex-post* do regulador.

Nesse sentido, os resultados obtidos serão expostos sobre o formato qualitativo, baseado na técnica de pesquisa do Estudo de Caso, a partir da coleta combinada de informações tanto de fontes primárias, quanto secundárias.

4.2 ESTRATÉGIA DE PESQUISA

Na metodologia científica abundam definições sobre o que seria um estudo de caso, mas a maioria delas caminha para algo próximo a um consenso. Sendo a definição dada por Ev e Gomes (2014, p. 83) uma das mais claras:

> O estudo de caso é uma metodologia definida pelo "estudo aprofundado de uma [ou reduzido número de] unidade(s) (fenômeno relativamente delimitado) em que o objetivo do pesquisador é esclarecer características de classe mais ampla de fenômenos similares" (Gerring 2004: 341, tradução nossa). Em outras palavras, no estudo de caso investiga-se intensamente uma (ou poucas) unidade(s) com o propósito de estabelecer explicações generalizáveis a uma categoria mais ampla de casos pertencente à mesma população. Na definição de Gerring (2004: 342, tradução nossa), "uma unidade denota um fenômeno espacialmente delimitado - por exemplo estado-nacional, revolução, partido político, eleição ou pessoa – observado em um único ponto no tempo ou ao longo de um período temporal delimitado.

Ao passo que há total concordância na literatura técnica no que diz respeito a afirmação de o estudo de caso ser o estudo aprofundado de uma (ou poucas) unidade (fenômeno) delimitado, o mesmo não se pode dizer acerca de sua capacidade de generalização. Autores como Steak (2000 *apud* Mazzoti 2006, p.649) asseveram que o mais importante é privilegiar a compreensão do caso, ao invés de sua capacidade de generalização, conforme abaixo:

> Stake (2000, p.439) afirma que a generalização não deveria ser uma exigência feita a todo e qualquer estudo, pois essa preocupação, caso seja excessiva, pode desviar a atenção do pesquisador de características importantes para a compreensão do caso em si. Admite, porém, que "mesmo um estudo de caso intrínseco pode ser visto como um pequeno passo em direção a uma grande generalização". O que Stake (1978) introduz, ao propor sua "generalização naturalística", é uma mudança de perspectiva: sugere que ao invés de assumir a responsabilidade de definir para que populações e/ou contextos os resultados obtidos podem ser generalizados, o pesquisador deixe essa decisão para o leitor. Este, ao se deparar com a descrição detalhada dos sujeitos, das relações que mantêm entre si, de seus comportamentos e das situações em que ocorrem, enfim, com uma "descrição densa" do caso, decidirá se as interpretações, hipóteses, insights apresentados naquele estudo podem ser aplicados ao caso de seu interesse.

Adotando essa lógica de pensamento para a dissertação, pode se definir como unidade/fenômeno delimitado do estudo de caso a utilização da AIR como instrumento mitigador do risco de captura *ex-post,* durante o processo de repactuação antecipada da concessão da ALLMP. Devendo sua capacidade de generalização ser entendida dentro do conceito de generalização analítica, ou seja, o presente estudo de caso almeja, prioritariamente, a interpretação da relação entre as variáveis AIR e risco de captura, dentro de um determinado quadro teórico (a TPPR). A compreensão dessa relação tem valor intrínseco por si só, justificando o estudo do caso, todavia, não impede que a mesma acabe por gerar *insigths* aplicáveis a uma classe mais ampla de fenômenos semelhantes, sendo inclusive desejável que assim o faça, mas não necessário.

Os esclarecimentos acima colocam o presente estudo de caso nas categorias, segundo finalidade, de estudo de caso intrínseco[34] e interpretativo[35], respectivamente, classificações de Stake (2000) e de Vennesson (2008).

A próxima etapa a ser esclarecida é a questão procedimental sobre a coleta de evidências para subsidiar a estratégia analítica. A esse respeito Ev e Gomes (2014) ressaltam a enorme diversidade e flexibilidade das fontes que podem ser utilizadas para coleta de evidências em um estudo de caso, mas elencam as seis principais: a documentação, os registros em arquivos, entrevistas, observações diretas, observação participante e artefatos físicos. Dadas as inerentes vantagens e desvantagens de cada uma dessas fontes, os autores recomendam uma triangulação desses métodos e fontes para obtenção de evidências que apontem conclusões coerentes.

34 Stake (2000 apud Mazzotti 2008, p.641) afirma que nessa espécie o estudo não é empreendido primariamente "porque o caso representa outros casos ou porque ilustra um traço ou problema particular, mas porque, em todas as suas particularidades e no que tem de comum, este caso é de interesse por si."

35 Vennesson (2008 apud Henriques et all 2015, p.15) afirma que nessa espécie se "utiliza um quadro teórico para explicar casos específicos, o que pode ou não resultar em avaliação ou refinamento de teorias."

Dessa forma, será utilizada uma combinação de fontes do tipo documentação (periódicos, dissertações, teses, manuais, bibliografia científica), registros em arquivos (processos administrativos documentando Audiências Públicas, contribuições sinalizando os interesses dos diversos *stackeholders*, análises e pareceres dos órgãos de controle externo, análises de impacto regulatório, Medidas provisórias, Leis e demais instrumentos jurídicos que proporcionaram as repactuações) e entrevistas com testemunhas privilegiadas (técnicos das agências) dos processos de repactuação (nesse ponto, torna-se importante antecipar que a utilização da entrevista como fonte de pesquisa não foi possível, conforme se detalha mais a frente).

E finalmente, após expostas essas etapas, resta discorrer acerca da especificação das variáveis contidas na pergunta de pesquisa. A fim de definir, conceitualmente, a variável independente (AIR), nos valemos da já citada definição de Lamare (2015, p.43), acrescida da também já citada observação de Salgado *et all* (2010, p.346) acerca da incorporação da consulta pública:

> A análise de impacto regulatório é, em termos gerais, o instrumento formal que permite a explicitação do problema regulatório que se pretende corrigir, o detalhamento das alternativas regulatórias aplicáveis e a abordagem da eficiência e das consequências dessas alternativas. O objetivo final é eleger a medida regulatória mais eficiente à solução do problema identificado a partir da quantificação e comparação dos possíveis custos e benefícios sociais decorrentes das alternativas disponíveis.
>
> (…)
>
> "De acordo com a OECD (2008b, p. 4), as principais ferramentas que atuam na melhoria da qualidade regulatória são a análise de impacto regulatório (AIR**), a consulta pública** , a consideração das alternativas à regulação proposta e a existência de medidas de redução de custos de compliance**. O estágio que a AIR se encontra, atualmente, permite que afirmemos que tal instrumento, quando bem estruturado, engloba as demais ferramentas de qualidade regulatória em seu processo** (grifo nosso).

A partir dessa definição, a variável independente é operacionalizada por meio dos documentos formais que se pretendam atender ao objetivo final contido na definição conceitual.

Já no tocante à definição conceitual da variável dependente, a captura *ex-post*, será utilizado uma amálgama dos conceitos já vistos na presente dissertação, de forma que sua definição será: situação em que a ação egoística de grupos de interesses envolvidos no processo regulatório passa a influenciar o processo decisório, fazendo com que o resultado da política regulatória, conduzida pelo agente público, se desvie daquele acordado anteriormente pela coalizão.

Essa definição, enquanto gênero, exclui do campo de análise as espécies de captura do legislador e captura *ex-ante.* Por questões de alinhamento teórico, preferências operacionais do pesquisador e questões fáticas envolvendo o objeto empírico (a repactuação da ALLMP), optou-se por restringir ainda mais o campo de análise, restando dessa forma as seguintes espécies de captura contidas no quadro abaixo:

Tabela 3 – Classificação e definição de modalidades de captura

Captura	Espécie	Definição
Conhecimento Técnico Superior	Econômica	Segundo Melo (2010), diz respeito ao fato de que em um ambiente permeado por falhas de mercado, dentre as quais destacam-se o monopólio natural e a informação assimétrica, o regulador precisa conhecer significativamente as atividades do regulado (em especial as informações econômicas e as novas tecnologias desenvolvidas pelo regulado, que, é de se supor, não as dará fácil ou completamente, haja vista a atuação do regulador comprometer seus lucros) com vistas à minimizar essas falhas e buscar a eficiência regulatória máxima – o *first best*-, maximizando o bem estar social. No entanto, graças ao conhecimento econômico completo e conhecimento tecnológico superior do mercado, o regulador somente conseguirá atingir o *second best*, ficando sujeito à informações prestadas pelo mercado regulado- e de acordo com os interesses e critérios do mercado regulado-, ou seja, a informação incompleta e viesada prestada pelo regulado determinaria as diretrizes da função regulatória em prol de seus interesses privados.
Burocrática	Burocrática	Segundo Cruz (2009, p.62), ocorre "[...] quando os objetivos da agência passam a refletir os interesses de seu *staff*."

Fonte: Elaboração própria

Para a operacionalização da variável dependente serão utilizados os conceitos vistos nas seções de teoria da regulação e de prova indiciária. Com base na lógica indiciária e na teoria eclética de análise da prova serão procurados indícios, na documentação e nos registros em arquivo, que permitam a construção de provas indiciárias **da tentativa** de captura *ex-post.* Constatada a existência dessas tentativas, seu comportamento será analisado frente à AIR, tudo isso à luz do previsto pela TPPR.

A análise do estudo de caso será dividida em três partes: (i) o primeiro momento diz respeito aos trabalhos desenvolvidos no período pré-audiência; (ii) o segundo diz respeito à

análise dos eventos ocorridos durante a audiência, notadamente os documentos que consubstanciam a proposta regulatória; e (iii), por fim, o momento pós audiência, essencialmente as contribuições e demais análises relativas à Audiência Pública. Ao fim dessas três etapas e por meio do *modus operandi* descrito acima, espera-se chegar a uma resposta satisfatória à pergunta de pesquisa.

5 ANÁLISE DA RENOVAÇÃO ANTECIPADA DA CONCESSÃO DA ALL MALHA PAULISTA S/A

Conforme mencionado anteriormente, o setor de TFC desempenha um papel de preponderância no desenvolvimento socioeconômico integrado do país e a prorrogação antecipada da concessionária Malha Paulista S/A ocupa uma posição de destaque nesse movimento.

Nesse capítulo é exposto e analisado, segundo a ótica da TPPR e utilizando as ferramentas da prova indiciária, parte do processo da política pública que foi iniciada com o intuito de aumentar a infraestrutura ferroviária concedida à iniciativa privada, desde o momento da instituição da segunda fase do Programa de Investimento e Logística - PIL, passando pela edição da Lei nº 13.448/2017 até a realização da Audiência Pública nº 10/2016, que tornou público e colheu contribuições acerca dos estudos técnicos para a repactuação da Malha Paulista S/A.

5.1 PERÍODO PRÉ-AUDIÊNCIA PÚBLICA

O marco inicial, para nossos propósitos, da política pública de retomada dos investimentos no setor de TFC ocorre com o lançamento da segunda etapa do Programa de Investimento em Logística[36], pelo Governo Federal. O programa tem como objetivos, dentre outras coisas, ampliar a utilização do transporte ferroviário de cargas, por meio de sua modernização e expansão da capacidade via investimentos. Especificamente para as concessões já existentes foram anunciados cerca de R$ 16 bilhões de investimentos, por meio da prorrogação antecipada dos contratos de concessão, constituindo os chamados Novos Investimentos em Concessões Existentes – NICE.

Delineadas as diretrizes da política pública, o então Ministério dos Transportes-MT publicou, em 17/12/2015, a Portaria nº 399[37], que estabeleceu os critérios a serem seguidos pela ANTT para a prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias, no âmbito do PIL.

A fim de possibilitar essa planejada renovação contratual, dada a existência de reserva legal para esse intuito[38], foi editada a Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016,

36 Disponível em http://pilferrovias.antt.gov.br/. Acesso em 13/12/2017

37 Disponível em http://www.lex.com.br/legis_27075492_PORTARIA_N_399_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx

38 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

que dispunha sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de concessão e dava outras providências, sendo, posteriormente, convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

Dessa forma, pode-se dizer que, sob a ótica da TPPR, tal diploma legal contém, não só o acordo consensuado pela coalizão política, mas também a própria solução institucional criada para minorar o problema da relação principal-agente da relação legislador/regulador.

Os dispositivos da Lei nº 13.448/2017, que permitem a visualização do acordo realizado pela coalizão e do mecanismo institucional para tentar blindá-lo, são os seguintes:

> Art. 5º A prorrogação contratual e a prorrogação antecipada do contrato de parceria nos setores rodoviário e ferroviário observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto nesta Lei.
>
> § 1º As prorrogações previstas no caput deste artigo poderão ocorrer por provocação de qualquer uma das partes do contrato de parceria e estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou da entidade competente.
>
> (...)
>
> Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.
>
> § 1º A prorrogação antecipada ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre 50% (cinquenta por cento) e 90% (noventa por cento) do prazo originalmente estipulado.
>
> § 2º A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado:
>
> (...)
>
> II - quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos.
>
> (...)
>
> Art. 8º Caberá ao órgão ou à entidade competente, após a qualificação referida no art. 2º desta Lei, **realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento**.
>
> § 1º Sem prejuízo da regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o caput deste artigo:
>
> I - o programa dos novos investimentos, quando previstos;

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

> II - as estimativas dos custos e das despesas operacionais;
>
> III - as estimativas de demanda;
>
> IV - a modelagem econômico-financeira;
>
> V - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;
>
> VI - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;e
>
> VII - os valores devidos ao poder público pela prorrogação, quando for o caso.
>
> Art. 10. As prorrogações de que trata o art. 5º desta Lei **deverão ser submetidas previamente a consulta pública pelo órgão ou pela entidade competente, em conjunto com o estudo referido no art. 8º desta Lei**.(grifo nosso)

Diante do exposto, pode-se dizer, sucintamente, que o acordo firmado pela coalizão[39] é o de que: a prorrogação antecipada deverá ocorrer, por meio da inclusão de novos investimentos na concessão, mediante determinadas condições temporais e de atingimento de metas, desde de que a prorrogação seja mais vantajosa que a realização de uma nova licitação, sendo que nessa vantajosidade deverão ser considerados todos os elementos destacados no art. 8º.

Pode-se dizer também que, dadas as premissas de aversão ao risco do legislador e de jogos não repetidos, a coalizão adotou um mecanismo institucional do tipo E&P para inibir comportamentos oportunistas *ex-post* que afrontem o pactuado por ela. Esse mecanismo está corporificado nos arts. 8º e 10, por meio do 8º é instituída a obrigatoriedade de realização de uma AIR (com estrutura bastante detalhada) de, no mínimo, duas opções regulatórias (prorrogação ou nova licitação), já por meio do 10 é instituída a obrigatoriedade de uma consulta pública para publicização e debate dessas opções regulatórias, reduzindo assim a assimetria informacional.

Em outras palavras, espera-se que a AIR, enquanto E&P, diminua a capacidade de a agência apresentar ao legislador um fato consumado contrário ao acordo coalizionado. Essa

39 Pode-se inferir pela análise e ordem cronológica dos documentos que o desejo de, pelo menos um dos membros da coalizão, o presidente da república, era pela renovação antecipada sem a necessidade de comprovação de vantajosidade, sendo essa opção já assumida como a mais benéfica, haja vista não haver nenhuma menção à ela nos documentos que precederam a Lei 13448, bem como a resposta, fornecida por meio da Nota Informativa nº 2005/2016/DECON/SFAT-MT, de 12 de maio de 2016, ao questionamento feito pelo Tribunal de Contas da União – TCU acerca de documentação que contivesse a motivação para a decisão de realizar a prorrogação antecipada, abaixo:

> A licitação de novas ferrovias foi outro fator que contribuiu para a decisão de realizar a prorrogação antecipada dos contratos de concessão já existentes. Somente como exemplificação, o estudo de demanda da ferrovia Ouro Verde de Góias – Estrela D'Oeste - Três Lagoas em sua tabela 15, prevê que já em 2017 a ferrovia precisará alocar na malha da ALLMP um volume de 3,8 milhões de TU. Considerando que a ALLMP já se encontra, em alguns pontos, com quase toda sua capacidade sendo utilizada, sem a realização de novos investimentos de ampliação de capacidade inviabilizaria o direito de passagem de mercadoria da ferrovia a ser licitada.

diminuição se daria por meio da movimentação lenta, decorrente da imposição do ônus argumentativo via AIR, e pública, decorrente da consulta pública (que para nossos fins, conforme já esclarecido por Salgado *et all* (2010), já está incorporada à AIR), sendo assim a coalizão seria avisada pelos seus *fire alarms*.

5.2 **PERÍODO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA**

No dia 12 de dezembro de 2016, foi emitido o Relatório Final dos Estudos Técnicos concernentes à Audiência Pública 10/2016, contendo as propostas estruturantes para a renovação antecipada do contrato de concessão da ALLMP.

Inicialmente é possível notar, nas partes preliminares do documento, a interpretação da Agência acerca da política regulatória ofertada pela coalizão e do papel da mesma dentro do processo da política pública de renovação antecipada dos contratos do setor, conforme abaixo:

> 9. O Ministério dos Transportes por meio da Portaria MT nº 399, de 17 de dezembro de 2015, estabeleceu as diretrizes a serem seguidas pela ANTT para a prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias. **Importante destacar a condição imposta nessa Portaria da necessidade de realização imediata de novos investimentos** na malha ferroviária concedida, bem como outras determinações, vejamos:
>
> "I - Necessidade de realização imediata de novos investimentos na malha ferroviária concedida, visando:
>
> a) ampliar a capacidade de transporte da infraestrutura ferroviária concedida, quando necessário;
>
> b) aumentar a segurança do transporte ferroviário; e
>
> c) melhorar a qualidade da infraestrutura ferroviária concedida e a eficiência na operação ferroviária;
>
> II - Ratificação, adaptação e adequação dos contratos de concessão às boas práticas de regulação, nos termos da legislação vigente; e
>
> III - ampliação do compartilhamento de infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais entre as concessionárias, autorizatárias e transportadores de carga própria de forma a fomentar a concorrência e a eficiência setorial."
>
> [...]
>
> 13. Destaca-se, também, o disposto no art. 5º da mesma Portaria, determinando que o processo de repactuação do contrato de concessão seja submetido à participação e controle social.
>
> [...]
>
> 19. Este mesmo dispositivo legal, em seu artigo 8º determinou o escopo dos **estudos técnicos a serem elaborados pelo órgão competente (ANTT)** , in verbis:

> Art. 8º Caberá ao órgão ou à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem das prorrogações do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.
>
> § 1º Sem prejuízo da regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o caput:
>
> I - o programa dos novos investimentos, quando previstos;
>
> II - as estimativas dos custos e das despesas operacionais;
>
> III - as estimativas de demanda;
>
> IV - a modelagem econômico-financeira;
>
> V - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;
>
> VI - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; e
>
> VII - os valores devidos ao Poder Público pelas prorrogações, quando for o caso.
>
> [...]
>
> 21. Por fim, assevera-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 21, IX; 76; 84, II; 87, Parágrafo Único, I; e 174; e o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 6.º, I; 7.º; 15, caput e §§ 1.º e 3.º; e 18, estabelecem que compete ao Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado, a elaboração de planos e programas gerais, regionais e setoriais de governo com vistas a promover o desenvolvimento econômico e social do País, os quais serão vinculantes para o setor público e indicativos para o setor privado.
> 22. À ANTT cabe a implementação destas políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, em sua área de competência, consoante art. 20, I, da Lei n.º 10.233/01, e segundo os princípios e diretrizes estabelecidos neste comando legal, com vistas a harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.
> 23. In casu, a política pública a ser alcançada é a da repactuação dos contratos de concessão vigentes no modal ferroviário, condicionando-os à realização de investimentos na infraestrutura ferroviária pelas concessionárias, e consequente prorrogação de seu prazo de vigência. (BRASIL, A. 2016, p.7-11) (grifo nosso)

Infere-se pela visão exposta no relatório que à Agência entende que a política regulatória ofertada pela coalizão tem o formato de uma renovação antecipada com as seguintes diretrizes: (i) adaptação dos contratos às boas práticas regulatórias; (ii) exigência de realização imediata de investimentos na infraestrutura ferroviária; (iii) ampliação do compartilhamento de infraestrutura e recursos operacionais; (iv) realização de participação de controle social; e (v) desenvolvimento de estudos técnicos que comprovem a vantajosidade da prorrogação de contrato frente a realização de nova licitação (sendo a sua realização de competência da ANTT)

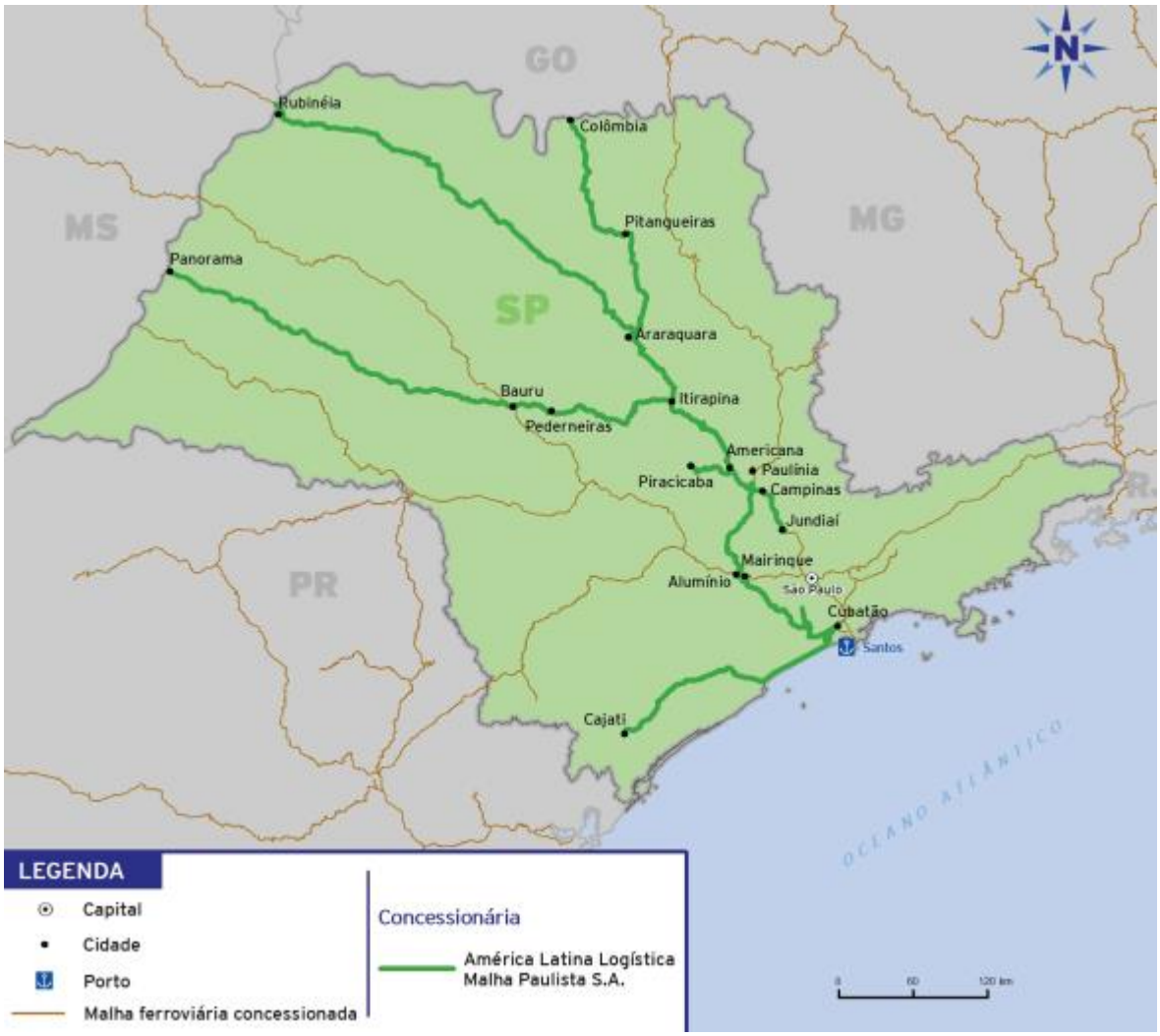
Em especial, no tocante à competência relativa aos estudos, corrobora essa interpretação o fato de, mais à frente, ser destacado o envio de documentação técnica para subsidiar a execução de tal demanda: “A ALLMP, via carta nº 143/2016, de 22 de janeiro de 2016, encaminhou a esta ANTT ‘Estudo de Vantajosidade da Prorrogação Antecipada’, por meio de mídia digital.” (BRASIL, A. 2016, p.14)

5.2.1 **Do panorama geral da Malha Paulista e do levantamento de suas questões problema**

Conforme exposto no capítulo 2, após a desestatização da RFFSA surgiram 13 concessionárias de ferrovias, sendo a ALLMP uma das principais. A ALLMP iniciou a prestação do serviço público de TFC no dia 1/1/1999, e possui atualmente uma malha de 2.107 km, entre bitolas largas, estreitas e mistas (CNT,2015).

A ALLMP está incrustrada no estado de São Paulo e possui ligações com outras importantes malhas concedidas, como por exemplo, a FCA (com pontos de intercâmbio em Campinas e Paulínia), a MRS (Jundiaí e Cubatão), a ALLMO (Alumínio e Bauru) e a ALLMN (na divisa entres SP e MS, sendo essa concessionária a responsável efetiva pela maior parte da carga trafegada na ALLMP). A figura abaixo demonstra a extensão territorial da ALLMP:

Figura 6 – Configuração geográfica da ALLMP



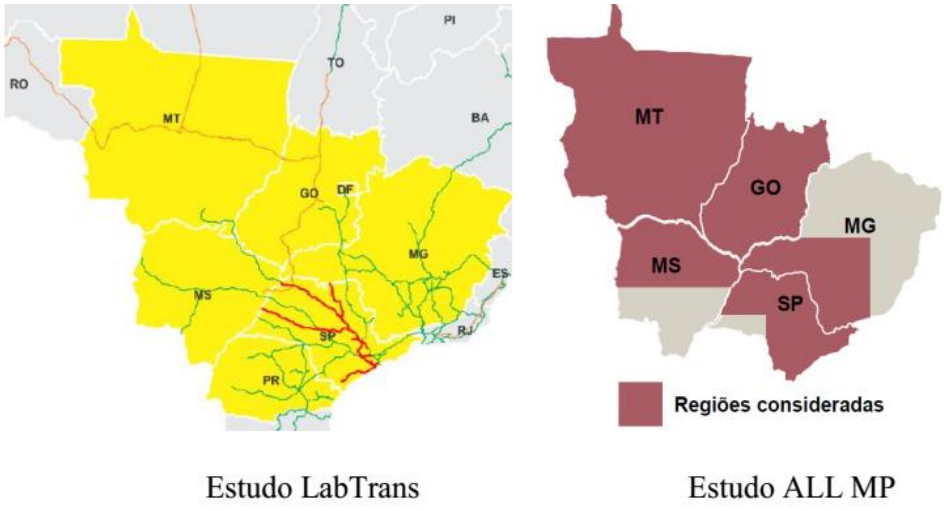
Fonte: Pesquisa CNT de Ferrovias 2015

Dentro dessa malha, destaca-se como principal porto para escoamento das mercadorias transportadas o Porto de Santos, por onde são exportados os principais produtos da ALLMP, quais sejam: açúcar (maioria esmagadora), óleo diesel, gasolina e contêineres.

Traçado esse breve panorama geral sobre a ALLMP, resta observar, de maneira sucinta, os principais pontos operacionais da renovação, assim elencados pela ANTT: (i) capacidade da via férrea saturada, tendo trechos com níveis de ocupação superiores a 80%, o que tornaria imprescindível a realização de investimentos de grande porte, a fim de eliminar os gargalos e capacitar o sistema ferroviário da malha para atendimento da demanda, em especial a relativa ao porto de Santos; (ii) grande parte dos trechos com situação de conservação e manutenção inadequadas e com restrições de velocidade, ensejando necessidade de intervenções na superestrutura da via; (iii) segurança de tráfego insatisfatória com índices de acidente em número superior ao índice geral das concessionárias; e (iv) ociosidade de tráfego equivalente à 42% do total da malha.

Outro ponto relevante abordado, desta vez de caráter mercadológico, foi a importância das operações de DP e TF, na Malha Paulista, levando-se em consideração sua área de influência além de sua malha (em especial estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, sob domínio da ALL Malha Norte - ALLMN, o que configura a dependência daquela em relação às cargas com origem nesta[40]), conforme pode ser visto na figura abaixo:

FIGURA 7 – Área de influência do mercado da ALL Malha Paulista



Estudo LabTrans Estudo ALL MP

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Por último, foi levantado como ponto de interesse à presente dissertação o fato de haver encargos decorrentes de obrigações não cumpridas no âmbito dos contratos de concessão e arrendamento, notadamente de caráter depreciativo do patrimônio público. Tais obrigações resultaram em um valor estimado de R$ 1.004.798.967,60 (um bilhão, quatro milhões, setecentos e noventa e oito mil, novecentos e sessenta e sete reais e sessenta centavos), conforme detalhado na tabela abaixo:

Tabela 4 – Estimativa dos encargos da concessionária em favor do Poder Concedente

Encargo	Valor estimado R$
Edificações, equipamentos, vagões e locomotivas arrendados e em estado inadequado de conservação	195.538.475,32
Trechos ferroviários sem tráfego e em condições inadequadas de trafegabilidade	785.268.480,00
Passivos ambientais	9.949.525,64
Invasões da faixa de domínio	14.042.486,64
Total	**1.004.798.967,6**

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

[40] As operações de DP e TF representam cerca de 75% da produção de transporte total, segundo o relatório, grande parte desse percentual é oriundo da ALLMN.

5.2.2 **Da Análise de Impacto Regulatório**

A AIR foi desenvolvida segundo metodologia específica, consistente das seguintes etapas: (i) caracterização do problema; (ii) levantamento das alternativas regulatórias; (iii) levantamento dos atores envolvidos; (iv) identificação e avaliação dos impactos; e (v) análise das alternativas regulatórias.

O problema foi caracterizado conforme abaixo:

> 145. Conforme apresentado no item 4.2 dessa Nota Técnica, a situação atual em que se encontra a concessão da Malha Paulista, em termos operacionais, pode ser assim resumida:
> i) a linha tronco (Marco Zero à Santos) encontra-se saturada, com densidade de tráfego de trens elevada, sendo necessário expandir a capacidade de transporte para o atendimento da demanda; ii) o estado de conservação dos ramais é ruim e da linha tronco é regular; iii) a causa principal dos acidentes decorre da interferência de terceiros na operação ferroviária (tráfego de pessoas e veículos rodoviários, ao longo das cidades interceptadas pela ferrovia); iv) a Malha Paulista possui relevância estratégica para o País, tendo em vista sua área de influência e sua conexão com o principal porto do País.
> 146. Para superar os entraves operacionais e exercer seu papel estratégico de forma efetiva, são necessários investimentos vultosos para expandir a capacidade de transporte da ferrovia, bem como melhorar o desempenho, a partir da correção dos principais entraves operacionais. O contrato de concessão atual não possui a obrigação de investir, tampouco exige desempenho do concessionário. Some-se a isto, o fato de o prazo remanescente da concessão ser insuficiente para amortização de investimentos de grande monta. (BRASIL,A. 2016, p.43)

Em suma, pode-se dizer que o problema foi enxergado como uma malha de relevância estratégica ímpar para a agroexportação, de capacidade de tráfego e estado de conservação em níveis bem abaixo dos necessários, cuja única solução são vultosos e urgentes investimentos, dificultados pelo atual arranjo contratual. Como resposta a essa visão foram levantadas, no relatório, 4 opções regulatórias, a saber:

- Opção 1 (nada a fazer) – manter a situação como está atualmente, e aguardar o final da concessão.
- Opção 2 (prorrogação simples) – prorrogar simplesmente o atual contrato de concessão, conforme previsto em sua cláusula contratual, mantendo-se as atuais regras vigentes no contrato de concessão.
- Opção 3 (reequilíbrio com prazo) – promover um reequilíbrio no prazo da concessão, de forma a inserir a obrigação de a concessionária fazer os investimentos necessários, visando reverter o quadro que se encontra atualmente a concessão, sem alterar as regras contratuais vigentes; e

- Opção 4 (prorrogar e repactuar) – repactuar o contrato de concessão, com a inclusão de dispositivos contratuais modernos, atualizando-o às boas práticas regulatórias, com a inclusão de investimentos obrigatórios a serem realizados pelo concessionário, e, consequentemente, extensão do prazo da concessão.

No que diz respeito aos grupos de interesses envolvidos, a Agência realizou um levantamento com aqueles considerados os principais atores do processo e seus principais interesses, conforme pode ser visto na tabela abaixo:

Tabela 5 – Atores envolvidos na ação regulatória

Atores	**Envolvimento com a ação regulatória**	**Expectativa**
ANTT	Implementador da ação regulatória	Melhorar e ampliar o atendimento do serviço público de transporte ferroviário de cargas na região atendida pela malha paulista.
ALLMP	Concessionária do trecho	Prorrogar o contrato de concessão para que possa ter seus investimentos amortizados dentro do prazo da concessão e garantir a rentabilidade do negócio.
VALEC – Tramo Sul da Ferrovia Norte Sul	Concessionária pública que futuramente fará interconexão à ALLMP	Ter garantida uma parte da capacidade de tráfego na ALLMP, com vista a agregar maior valor na futura concessão do Tramo Sul da FNS
MRS,FCA e ALLMN	Concessionárias que já fazem interconexão com a ALLMP	Ampliar as operações de interconexão com a ALLMP e ter garantido o acesso ao porto de Santos
Usuários	Podem ser afetados pela ação regulatória a ser implementada	Melhoria e ampliação da oferta de transporte ferroviário de cargas na região atendida pela ALLMP

MTPAC	Formulador da política pública	Garantir que a ação regulatória esteja alinhada à política pública de transportes
Conselho do Programa de Parcerias e Investimentos - PPI	Gestor do Programa de Parcerias e Investimentos	Conceder o trecho ferroviário do tramo sul da FNS tornando-o mais atraente aos potenciais interessados nessa concessão.
Sociedade	Podem ser afetados pela ação regulatória a ser implementada	Mitigar os conflitos das áreas urbanas com a ferrovia.

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Por fim, a Agência também elaborou tabelas para cada uma das opções em que são detalhados, de forma exclusivamente qualitativa, os impactos para cada um dos atores identificados, conforme pode ser visto abaixo:

Tabela 6 – Impactos da ação regulatória/opção 1

Descrição do impacto	Prob. de ocorrência	Duração do impacto	Atores impactados	Result. do impacto	Magnitude do impacto
Dificuldade de ampliar a oferta do serviço de transporte ferroviário de cargas na região	Alta	Temporária	Usuários	Negativo	Alta
			ALL MP	Negativo	Média
			ALL MN	Negativo	Alta
Oneração dos custos dos serviços de transporte dado à escassez de oferta de serviço e uma demanda crescente	Média	Temporária	Usuários	Negativo	Alta
Limitação às operações de TD/TM	Média	Temporária	MRS e FCA	Negativo	Média
			ALL MN	Negativo	Alta
Redução do futuro valor da outorga do Tramo Sul da EFNS	Alta	Temporária	PPI/MTPAC	Negativo	Muito Alta
			VALEC	Negativo	Muito Alta
Manutenção dos conflitos da ferrovia com áreas urbanas	Alta	Temporária	Sociedade	Negativo	Muito Alta
Custo de fiscalização e regulação do contrato	Média	Temporária	ANTT	Negativo	Média
			ALL MP	Positivo	Média

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Tabela 7- Impactos da ação regulatória/opção 2

Descrição do impacto	Prob. de ocorrência	Duração do impacto	Atores impactados	Result. do impacto	Magnitude do impacto

Dificuldade de ampliar a oferta do serviço de transporte ferroviário de cargas na região	Média	Temporário	Usuários	Negativo	Média
			ALL MP	Negativo	baixa
			ALL MN	Negativo	Média
Oneração do serviço de transporte dado à escassez de oferta de transporte e uma demanda crescente	Média	Permanente	Usuários	Negativo	Muito Alta
Limitação às operações de TD/TM	Baixa	Permanente	MRS e FCA	Negativo	Baixa
			ALL MN	Negativo	Média
Redução do futuro valor da outorga do Tramo Sul da EFNS	Alta	Permanente	PPI/MTPAC	Negativo	Muito Alta
			VALEC	Negativo	Muito Alta
Manter os conflitos da ferrovia com áreas urbanas	Alta	Permanente	Sociedade	Negativo	Muito Alta
Custo de fiscalização e regulação do contrato	Alta	Permanente	ANTT	Negativo	Média
			ALL MP	Positivo	Média

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Tabela 8 – Impactos da ação regulatória/opção 3

Descrição do impacto	Prob. de ocorrência	Duração do impacto	Atores impactados	Result. do impacto	Magnitude do impacto
Ampliar a oferta do serviço de transporte ferroviário de cargas na região.	Alta	Permanente	Usuários	Positivo	Alta
			ALL MP	Positivo	Muito Alta
			ALL MN	Positivo	Muito Alta
Redução do custo do serviço de transporte dado a oferta de transporte.	Média	Permanente	Usuários	Positivo	Média
Ampliação das operações de TD/TM	Média	Permanente	MRS e FCA	Positivo	Média
			ALL MN	Positivo	Alta
Aumento do futuro valor da outorga do Tramo Sul da EFNS	Média	Permanente	PPI/MTPAC	Positivo	Alta
			VALEC	Positivo	Alta
Eliminar os conflitos da ferrovia com áreas urbanas	Alta	Permanente	Sociedade	Positivo	Alta
Custo de fiscalização e regulação do contrato	Alta	Permanente	ANTT	Negativo	Média
			ALL MP	Negativo	Média

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Tabela 9 – Impactos da ação regulatória/opção 4

Descrição do impacto	Prob. de ocorrência	Duração do impacto	Atores impactados	Result. do impacto	Magnitude do impacto
Ampliar a oferta do serviço de transporte ferroviário de cargas na região.	Alta	Permanente	Usuários	Positivo	Alta
			ALL MP	Positivo	Muito Alta
			ANTT	Positivo	Muito Alta
Redução do custo do serviço de transporte dado a oferta de	Média	Permanente	Usuários	Positivo	Média

transporte					
Ampliação das operações de TD/TM	Alta	Permanente	MRS e FCA	Positivo	Alta
			ALL MN	Positivo	Alta
Aumento do futuro valor da outorga do Tramo Sul da EFNS	Média	Permanente	PPI/MTPAC	Positivo	Alta
			VALEC	Positivo	Alta
Eliminar os conflitos da ferrovia com áreas urbanas	Alta	Permanente	Sociedade	Positivo	Muito Alta
Custo de fiscalização e regulação	Baixa	Permanente	ANTT	Positivo	Média
			ALL MP	Negativo	Alta

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Concluída essa etapa, a Agência fez o cotejo entre as opções regulatórias, conforme pode ser visto resumidamente na matriz de avaliação das opções regulatórias abaixo:

Tabela 10 – Matriz de avaliação das opções regulatórias

Opção	Resultado do impacto	Magnitude do impacto					Total de impactos
		Muito baixa	Baixa	Média	Alta	Muito alta	
Opção 1	Positivo	-	-	1	-	-	1
	Negativo	-		3	4	3	10
Opção 2	Positivo		-	1	-	-	1
	Negativo	-	2	4	-	4	10
Opção 3	Positivo	-	-	2	5	2	9
	Negativo	-	-	2	-	-	2
Opção 4	Positivo	-	-	2	5	3	10
	Negativo	-	-	-	1	-	1

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Com base nessa matriz, a Agência descartou a opção 1 levando-se em consideração a grande quantidade de malefícios frente a um único benefício, mereceram destaque os seguintes argumentos: (i) ausência de mecanismos contratuais que ampliem a oferta de transporte, frente a uma demanda crescente, gerando assim, uma fiscalização mais custosa por parte do regulador para que o concessionário não pratique discriminação entre os usuários, via DP e TF; e (ii) o atual desenho contratual, com as limitações de capacidade e DP e TF seria prejudicial à atratividade da subconcessão do tramo sul da FNS.

A opção 2 também foi descartada sob a justificativa de que, assim como a opção 1, também possuía mais malefícios do que benefícios e que "[...] a manutenção do núcleo

contratual atual ao longo do prazo remanescente da concessão resultará na dificuldade de o regulador exigir níveis de investimentos elevados, quando não há qualquer obrigação direta de investir por parte da concessionária." (BRASIL, A.,2016, p.49)

As opções 3 e 4 foram analisadas levando-se em consideração o fato de que há, qualitativamente, um maior número de benefícios que malefícios, e que a opção 4, comparada à opção 3, ainda atualiza o desenho contratual às boas práticas da regulação, apesar de sem dizer exatamente quais são, razão pela qual a opção escolhida foi a de número 4.

5.2.3 Dos encargos devidos pelo concessionário e dos estudos operacionais

Dentre as questões abordadas no relatório, duas em especial merecem destaque na presente dissertação, em razão de suas implicações, detalhadas melhor na subseção 5.3.1. Uma delas é a já abordada questão dos encargos devidos pelo concessionário e a outra é o nível de detalhamento dos estudos operacionais. Em verdade, ambas são de certa maneira semelhantes.

Conforme dito anteriormente, foram estimados os valores contidos na tabela 4 como sendo decorrentes do não cumprimento de obrigações referentes ao patrimônio público arrendado e ao meio ambiente. O relatório alerta que esses valores estão sujeitos a mudanças quando da sua efetiva contabilização (somente após a assinatura do aditivo contratual e de responsabilidade do concessionário, por meio de realização de inventário da malha, haja vista ser o concessionário quem detém as informações de maneira completa), trazendo o risco de variações. Variações essas que teriam o condão de ensejar eventuais reequilíbrios da equação econômica financeira. Abaixo detalhado:

> 160. Foi estimado, a título de ressarcimento, o valor de R$ 1.004.798.967,6 (um bilhão, quatro milhões, setecentos e noventa e oito mil, novecentos e sessenta e sete reis e sessenta centavos). É fundamental o encaminhamento, por meio de regras claras e transparentes dessa questão, no âmbito do processo de prorrogação da Malha Paulista.
> 161. Para isto, as seguintes alternativas foram suscitadas, quanto à forma de cobrança dos valores devidos ao Poder Concedente: i) cobrança dos valores devidos, previamente à celebração do Termo Aditivo; ii) cobrança do valor estimado, previamente à celebração do Termo Aditivo e apuração detalhada durante a execução contratual (realização do Inventário da Malha Paulista), sendo a diferença entre o estimado e o apurado, objeto de encontro de contas; e iii) estimar o valor devido para se conhecer a magnitude do problema . Em seguida, calcular o valor exato, a forma de apuração e a cobrança, durante a execução contratual, por meio da realização do Inventário da Malha Paulista.
> 162. A partir das contribuições, que serão recepcionadas durante o processo de Audiência Pública, bem como dos desdobramentos do processo legislativo referente à Medida Provisória nº 572/20168, a ANTT avaliará a melhor opção regulatória para dirimir a questão referente aos débitos da Concessionária e do Contrato de Arrendamento.

> 163. **Por ora, submete-se a Processo de Participação e Controle Social a terceira alternativa elencada, isto é, a de se levantar uma estimativa dos valores devidos pela Concessionária ao Poder Concedente, com o objetivo de verificar a magnitude do dano e a capacidade de pagamento da Concessionária, para, em seguida, por meio do Inventário da Malha Paulista, apurar o valor exato do dano, a forma de cobrança e de ressarcimento aos cofres públicos** (grifo nosso). (BRASIL, A.2016, p.65)

Pelo exposto, confirma-se que a Agência, dentre as três opções disponíveis, escolheu submeter à Audiência Pública aquela que contava simploriamente com estimativas dos valores devidos pela concessionária, para somente após a assinatura do aditivo contatual proposto, a própria concessionária calcular efetivamente os valores exatos e ter certeza acerca das cifras a serem ressarcidos ao Poder Concedente.

A outra questão, de certa forma similar, é a do nível de detalhamento dos estudos operacionais. A equação econômica financeira da renovação antecipada tem como um dos seus componentes a realização de projetos e investimentos no valor de R$ 4.720.955.765,09 (quatro bilhões, setecentos e vinte milhões, novecentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e sessenta e cinco reais e nove centavos), conforme detalhado na tabela elaborada pela Agência, abaixo:

TABELA 11 – Orçamento dos projetos e investimentos

GRUPO DE INVESTIMENTOS	ORÇAMENTO ANTT	
	R$	R$ MILHÕES
Modernização de Via	549.829.805,69	549,83
Renovação das Instalações Operacionais	4.370.953,04	4,37
Equipamentos TI e TO	244.186.649,27	244,19
Aquisição de Locomotivas	1.584.311.946,38	1.584,31
Aquisição de Vagões	759.818.474,70	759,82
Ampliação de Pátios	99.536.872,97	99,54
Novos Pátios	74.597.350,96	74,60
Duplicação Parcial	13.900.409,37	13,90
Aquisição de equipamentos de Via Permanente	125.763.270,26	125,76
Obras de Redução de Conflitos Urbanos	1.264.640.032,46	1.264,64
TOTAL	**4.720.955.765,09**	**4.720,96**
Data-base	Dezembro de 2015	

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

No entanto, o relatório alerta que esse valor foi obtido com base em projetos, apresentados pelo concessionário, com baixo nível de detalhamento, "projetos conceituais", o que pode ocasionar variações no orçamento quando da efetiva autorização do projeto (já mais bem detalhado, mas somente após a assinatura do aditivo contratual e com orçamento sob responsabilidade do concessionário) ensejando assim eventuais reequilíbrios econômicos financeiros. Abaixo detalhado:

> 184. Tendo em vista que as estimativas não se basearam em projetos com o grau de detalhamento necessário a garantir assertividade nos respectivos valores, a Agência propôs dispositivo no Termo Aditivo, de forma a eliminar qualquer risco de dano ao erário, em razão da incerteza do valor real dos investimentos e, consequentemente, do cálculo do valor de outorga.
> 185. De acordo com a Cláusula 24 do referido Termo, a Concessionária deverá apresentar à ANTT, para análise e autorização, todos os projetos executivos contidos no Plano de Investimentos do Caderno de Obrigações. Há ainda a previsão de que a análise orçamentária do projeto seja realizada com base em sistemas de custos referenciais, tais como SICRO, SICFER e SINAPI, e, em sua ausência, 3 (três) diferentes cotações de mercado.

> 186. Espera-se, desta forma, que o orçamento dos projetos, no momento da autorização pela ANTT, esteja mais aderente, ao valor real. Ressalta-se que, na hipótese dos valores estimados para o Plano de Investimentos, descrito no Caderno de Obrigações, serem superiores ou inferiores àqueles do projeto autorizado pela ANTT, proceder-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. (BRASIL, A.2016,p.67)

Pelo exposto acima, pode-se resumir a situação afirmando que a Agência, diante da constatação de informações insuficientes acerca dos projetos de investimentos, desenhou um arranjo contratual, no qual a concessionária, assim como no caso dos encargos, fica responsável pela quantificação exata e necessária de projetos e suas cifras, somente após a assinatura da proposta regulatória e condicionada à eventual reequilíbrio econômico-financeiro favorável.

5.3 **PERÍODO PÓS - AUDIÊNCIA PÚBLICA**

Encerrado o período de contribuições, a Agência emitiu, em 20 de novembro de 2017, o Relatório Final da Audiência Pública nº 10/2016[41] que registrou, consolidou e analisou as contribuições e manifestações públicas quanto aos estudos técnicos e documentos jurídicos submetidos a processo de controle e participação social.

As tabelas abaixo, elaboradas pela Agência, detalham as contribuições segundo classificação dos principais atores participantes e nível de aceitação das contribuições.

Tabela 12 – Contribuições escritas válidas

Interessados	Quantidade de protocolos
Usuários do serviço de transporte – pessoas físicas	0
Usuários do serviço de transporte – pessoas jurídicas	20
Entidades representativas dos usuários do serviço de transporte	11
Operadores do serviço de transporte – pessoas físicas	0

41 Disponível em http://www.antt.gov.br/participacao_social/audiencias/010191.html

Operadores do serviço de transporte – pessoas jurídicas	32
Trabalhadores do setor	9
Entidades representativas dos prestadores de serviço	1
Entidades representativas dos trabalhadores do setor	0
Poderes Públicos	33
Outros	61
Total	167

Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Tabela 13 – Nível de aceitação das contribuições

Formato da resposta	**Contabilização**
Aceitas	31
Parcialmente aceitas	88
Rejeitadas	212
Não associadas	105
Total	436

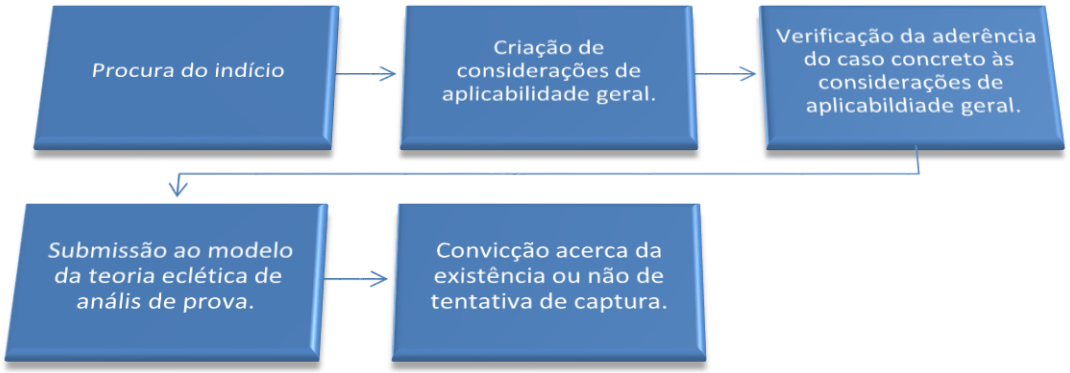
Fonte: Relatório Final dos Estudos Técnicos AP nº10/2016

Concluída a AP nº 10/2016, surgem as condições para observar a efetividade do mecanismo de solução institucional adotado, qual seja: a AIR, aí incluída a consulta pública, conforme contido na nossa definição conceitual da variável independente.

Por meio da análise dos registros em arquivos relativos à AP nº 10/2016, discriminados na subseção 4.2, (nesse momento faz-se importante esclarecer que tentou-se realizar entrevistas com atores chaves do processo, mas não foi possível graças à recusa dos mesmos em razão de o processo ainda estar em aberto, gerando a possibilidade de as entrevistas serem interpretadas como algum tipo de sinalização indevida ao mercado.) foi possível o seguinte: (i) identificação operacional da variável independente como a confecção e publicização dos documentos "Relatório Final" e "Relatório Final da Audiência Pública nº 10/2016", respectivamente de 12/12/2016 e 20/11/2017; e (ii) observação da existência de indícios de tentativas referentes às espécies de capturas expostas na tabela 3.

Os esforços para a operacionalização da variável dependente são detalhados nas subseções seguintes e são baseados na técnica da prova indiciária, aqui dividida em três etapas, quais sejam: (i) procura do indício; (ii) exercício do raciocínio indutivo-dedutivo; e (iii) submissão ao modelo da teoria eclética de análise da prova. |A figura abaixo esquematiza as etapas dessa operacionalização.

Figura 8 – Operacionalização da variável dependente



Fonte: Elaboração própria

5.3.1 Dos indícios de tentativa de captura por conhecimento técnico superior

Durante a AP nº 10/2016 a Agência divulgou a intenção de repassar ao concessionário a responsabilidade pela quantificação exata, após a assinatura do aditivo contratual que renova a concessão, de vultosas cifras relativas à realização de investimentos e ao pagamento de passivos (relativas a danos patrimoniais e ambientais), que teriam o condão de ensejar eventuais reequilíbrios econômicos financeiros do contrato, via ajuste no valor de outorga, conforme detalhado na subseção 5.2.3

Essa opção de desenho contratual guarda fortíssimos elementos de assimetria informacional caracterizadora de uma relação principal-agente em que há risco moral. Haja vista o concessionário (agente), após a assinatura do aditivo, ter fortes incentivos para subavaliar os valores relativos aos passivos patrimoniais/ambientais e/ou sobreavaliar as cifras

referentes aos investimentos, para assim ser beneficiado pela Agência (principal) via reequilíbrios econômico financeiros.

Essa é uma situação geradora de fortes indícios de tentativa de captura econômica *ex-post* na modalidade conhecimento técnico superior, haja vista o regulador potencialmente ficar sujeito a uma informação econômica prestada pelo regulado, de forma bastante incompleta, a ponto de enviesá-la a tal ponto que acabaria por direcionar as diretrizes da regulação aos interesses privados do regulado.

5.3.1.1 Da procura do indício

Aplicando a técnica para identificação operacional da variável dependente pode-se afirmar como resultado da primeira etapa que a presença de risco moral, no arranjo contratual proposto, pode ser considerada um indício, pois é circunstância conhecida e provada, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal (consoante o contido na subseção 3.4.1), uma vez que a existência de risco moral na proposta foi admitida pela própria Agência ao ser questionada, pelo TCU, conforme pode ser visto abaixo, no Relatório de Acompanhamento - RACOM da prorrogação do contrato da Malha Paulista, confeccionado pelo TCU:

> 167. A ANTT, ao ser questionada (peça 30) sobre o interesse público de prorrogar antecipadamente o contrato de concessão apenas com estudos conceituais de engenharia, deixando a entrega de projetos detalhados para depois da assinatura do termo aditivo de prorrogação de prazo (cláusula 9 da Minuta do Termo Aditivo, peça 56, p. 16), a par de possível celeridade processual, reconheceu o risco moral da decisão e a possibilidade de judicialização de eventual litígio quanto ao valor da obra com efeito danoso à prestação de serviço (peça 38, p. 11 e 15):
>
> 41. **Ao levar para o momento da aprovação do projeto a responsabilidade da definição do exato valor da obra, para fim de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, submete-se o decisor a forte risco moral**, afinal, as concessionárias provavelmente envidarão esforços com o objetivo de majorar o valor das obras com o objetivo de extrair renda do poder concedente através de redução no valor de outorga." (BRASIL, T. 2017, p.35-36) (grifo nosso)

Mais a frente, o Tribunal continua a discorrer sobre os males desse arranjo contratual, mostrando os efeitos nocivos dele decorrentes, afora a quantificação desonesta dos valores, como por exemplo, judicialização de valores das obras, atraso de implementação de projetos, falta de capacidade administrativa da Agência para acompanhar e verificar esses valores, dentre outros:

> 169. Dessa forma, a concessionária atuará como agente do principal (Poder Concedente) na elaboração do inventário e na elaboração dos projetos

> da obra. Porém, **a concessionária nesta situação não terá incentivos para perseguir os melhores interesses do principal** . Caso elabore inventário preciso e imparcial, poderá ser obrigada a ressarcir valores vultuosos (estimados pela Agência em R$ 1 bilhão) aos cofres públicos. Se realizar projeto que otimize o orçamento, terá seu contrato reequilibrado e será obrigada a pagar maior valor de outorga.
> 170. A principal causa para o achado é a ausência de levantamento de todos os potenciais riscos, bem como a elaboração de estímulos e regras capazes de mitigá-los.
>
> 171.Diversos efeitos gravosos para o interesse público podem ser citados como consequências do presente achado. Entre eles, apontam-se os riscos de:
> - judicialização quanto aos valores das obras a serem realizadas;
> - **a concessionária majorar indevidamente os valores das obras, utilizando-se da assimetria informacional, com consequente dano ao erário** ;
> - a concessionária atrasar a aprovação do projeto executivo e a execução das obras de interesse social;
> - não atingimento dos objetivos da política pública de realização de investimentos, em especial na redução dos conflitos urbanos na malha, se este for o caso;
> - a concessionária priorizar a realização de investimentos de interesse próprio em detrimento dos investimentos de interesse público;
> - abandono de trechos viáveis economicamente, porém que não sejam de interesse da concessionária;
> - **quantificação a menor ou a maior dos passivos ;** e
> - a agência não ter condições de acompanhar e fazer cumprir as obrigações decorrentes da alteração contratual.
>
> 172. Portanto, **tem-se que a postergação da resolução de pendências graves para depois de eventual assinatura do termo aditivo da prorrogação antecipada**, principalmente no que tange ao inventário da malha, identificação de responsabilidades, definição e aprovação de projetos, com consequente alto risco de judicialização das decisões e insucesso do objetivo de investimento imediato na malha, **evidencia a presença de risco moral não mitigado nas premissas da prorrogação antecipada da Malha Paulista (grifo nosso)**. (BRASIL, T. 2017, p.37)

Dessa forma, pode-se observar que postergar, para depois de garantida a renovação, a efetiva e correta contabilização dos valores exatos da obras e passivos incentiva o comportamento de risco moral por parte da concessionária. Uma vez que ela, consciente de sua superioridade informacional, tenderá tanto a majorar o valor dos investimentos e obras quanto minorar o valor dos passivos. Situação que será de difícil identificação e combate para a Agência, dada suas informações incompletas e o compromisso contratual de reequilibrar.

É importante destacar, antes de irmos para a próxima etapa, que tanto grupos de interesse quanto o Ministério Público da União - MPU também identificaram essa situação de maneira anterior ao Tribunal e sinalizaram, por meio do envio de contribuições à AP 10/2016 (à exceção do MPU, atuando como verdadeiros *fire alarms*, exatamente como previsto pela

TPPR), conforme pode ser visto, detalhadamente, abaixo nas contribuições dos *fire alarms* e do MPU, respectivamente:

> **13. Protocolo ANTT/Ouvidoria/3736018**
>
> **Nome: José Manoel Ferreira Gonçalves**
>
> **Empresa/Entidade: Ferrofrente- Frente Nacional pela Volta das ferrovias**
>
> Referência: "1) A ANTT teria um parecer conclusivo e objetivo que respondesse à seguinte pergunta: "é mais vantajoso prorrogar o referido contrato do que realizar uma nova concorrência e concessão, admitindo a participação de outras empresas e a mudança no marco regulatório?" 2) caso tenha um parecer favorável, por que essa conclusão não aparece no material disponibilizado para consulta pública? Nesse parecer foi analisada a vantagem que pode ser obtida da competição entre novos proponentes ?
>
> [...]
>
> 5) Qual a posição da ANTT a respeito dos ramais e trechos ferroviários abandonados e desativados informalmente pela concessionária na malha paulista, que inclusive tem sido motivo de auditorias do TCU? Não existem informações substanciais a respeito da perda patrimonial desses trechos nos estudos técnicos, por isso, **uma eventual prorrogação não deveria ser precedida por um inventário detalhado do patrimônio da rede** ? "
>
> [...]
>
> **52. Protocolo ANTT/Ouvidoria/3801257**
>
> **Nome: LUIZ HENRIQUE TEIXEIRA BALDEZ**
>
> **Empresa/Entidade: ANUT - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS USUÁRIOS DO TRANSPORTE DE CARGA**
>
> [...]
>
> 6) **Equacionamento de pendências de obrigação financeiras, administrativas e judiciais** . Esta questão foi bem abordada no Relatório Final, que quantifica a enorme dimensão do problema de obrigações não cumpridas no contrato atual. **Nossa proposta é de que imperioso que estas lides sejam bem equacionadas e com transparência para a sociedade, antes que os contratos sejam assinados**. **É inadmissível que fiquem para ser resolvidas ao longo do novo contrato** , dado o histórico de protelações que vem acontecendo na atual concessão.
>
> [...]
>
> 8) Explicitação dos Ramais Ferroviários que ficaram operantes / Devolução de Trechos Novamente o Relatório Final bem aborda a questão, mas **o Aditivo e demais documentação, pelo que vimos, não explicita o que ficará em operação e o que será devolvido / desativado. Também merece maior clareza o critério de avaliação, encontro de contas e pagamentos ."**
>
> [...]
>
> **85. Protocolo ANTT/Ouvidoria/3805629**
>
> **Nome: 3ª Câmara de Coordenação e Revisão/MPF**

> **Empresa/Entidade: Ministério Público Federal**
>
> [...]
>
> 3.2.3.3. Do inventário
>
> 48. A minuta de termo aditivo estabelece, no Capítulo 5, Seção 5. 1, que "no prazo de até 18 (dezoito) meses, contado a partir da vigência deste [•] Termo Aditivo, a Concessionária deverá apresentar o Inventário da Malha Paulista à ANTT." A esse respeito, questiona-se:
>
> a. **o inventário**, por servir à avaliação do cumprimento de cláusulas contratuais, **não deveria ser prévio?**
> [...]
>
> 3.2.3.11. Do plano de investimentos
>
> 67. O risco pela realização dos investimentos, na forma regulamentada nos termos da minuta de termo aditivo, foi tratado de forma distinta do contrato original? **Nos casos em que os investimentos previstos nos planos trienais de investimentos do contrato vigente serem inferiores aos valores executados, será realizado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato?** Justifique. (BRASIL, A. 2017, p.29-31,88-92,125-127) (grifo nosso)

5.3.1.2 Do exercício indutivo-dedutivo

A etapa seguinte é uma adaptação parcial da lógica do raciocínio bipartite (especificamente na parte indutiva, a qual serve para a construção das considerações de aplicabilidade geral sobre a causalidade entre os fatos) exposta na subseção 3.4.1. Essa adaptação é resultante da utilização de técnica análoga à aplicada pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM (autarquia em regime especial que, a despeito de eventual diferença no nível de autonomia concedido pela Lei, guarda o *status* de agência reguladora (Milanezi 2015, p. 77) para julgamento de casos de *insider trading*[42], cujo conjunto probatório é composto, senão exclusivamente, preponderantemente por provas indiciárias, conforme detalhado por Milanezi (2015, p.106):

> Como critérios para análise e apresentação dos indícios coletados nos julgados dos últimos 10 (dez) anos da CVM, no que concerne aos julgamentos sobre *insider trading*, **foram escolhidos aqueles que refletiam o conceito de *insider trading*, mais precisamente os fatos que precisam ser comprovados para que haja a condenação do investigado** .
>
> Nesse passo, **a própria CVM**, no julgamento do PAS CVM n° RJ2013/11654 (DIRETORA-RELATORA ANA DOLORES MOURA CARNEIRO DE NOVAES, J. EM 23/09/2014), **já definiu quais são os**

[42] Milanezi (2015) conceitua *insider trading* como a prática de compra ou venda de valores mobiliários, graças a uma informação que a contraparte dessa operação ainda não teve acesso, com a finalidade de obter lucro ou evitar prejuízo. No final da contas, o praticante se vale de uma relação assimétrica informacional que lhe é favorável, graças ao fato de estar "por dentro" das atividades da companhia que, eventualmente, emitiu os valores mobiliários para negociação no mercado.

> **fatos que são necessários ser comprovados para que haja a condenação, são eles: i) a utilização de informação relevante; ii) referida informação não ter sido ainda divulgada ao mercado e; iii) com a finalidade de auferir vantagem para si ou para outrem** .
>
> Assim, referidos critérios foram escolhidos pois, como a apresentação dos indícios seguirá a ordem dos critérios, poderemos demonstrar os indícios que são necessários para a condenação pelo uso indevido de informação privilegiada, segundo a sistemática de julgamento da CVM.
>
> Ressalta-se que tais critérios foram extraídos do próprio conceito de *insider trading*, sendo condenado aquele que opera mediante o uso de informação privilegiada com intuito de obter vantagem para si ou para outrem. Dito isso, busca a Comissão de Inquérito, por meio da coleta de indícios, comprovar os três pontos acima aludidos, para que o conjunto probatório construa uma tese suficiente para embasar eventual condenação.
>
> Como já aludido, a construção da peça acusatória por meio de prova direta torna-se quase impossível tendo em vista tais critérios para condenação, a não ser por confissão do acusado, sendo necessário, pois, que a análise de todos os indícios, por meio dos referidos critérios, convirja no sentido de condenação. (grifo nosso)

Resumidamente, a sistemática adotada pela CVM é deveras semelhante ao raciocínio bipartite com a única diferença de que, naquela, as considerações de aplicabilidade geral são construídas com base em critérios que reflitam o próprio conceito do fato probando, de forma que a apresentação dos indícios do caso específico siga a ordem dos critérios, formando assim o conjunto probatório necessário e suficiente para formar a convicção (plausível, não necessariamente correta) do julgador.

Esclarecida a sistemática, resta então estabelecer as considerações de aplicabilidade geral referentes à tentativa de captura econômica por conhecimento técnico superior, tendo a definição exposta na subseção 4.2 como norte. As considerações de aplicabilidade geral são materializadas quando uma proposta de regulação atender aos seguintes critérios: (i) presença de relação principal-agente, respectivamente entre Agência e concessionária; (ii) a proposta regulatória ter sido construída preponderantemente com base em informações econômicas ou técnicas fornecidas pelo concessionário, dada a impossibilidade de o próprio regulador produzí-las; e (iii) a proposta regulatória ensejar uma situação de benefício desproporcional e não razoável para o concessionário em detrimento do Poder Concedente.

Ou seja, com base em tais considerações pode-se presumir, com razoável probabilidade (veja-se que essa relação também poderia ser de necessariedade ou inexistência), que quando encontrados indícios que atendam aos requisitos elencados, ocorreu uma tentativa de captura por conhecimento técnico superior.

Vencida essa etapa, resta a etapa dedutiva, onde se verifica, por meio dos indícios obtidos, se o caso em concreto se encaixa nas considerações de aplicabilidade geral. Ora, conforme já demonstrado na subseção 5.3.1.1, a Agência durante explicações aos questionamentos do TCU, no RACOM, admitiu a existência de todos os indícios necessários ao preenchimento de todos os três critérios de aplicabilidade geral: (i) ao admitir a existência de risco moral na proposta contratual tem-se a primeira prova indiciária, atendendo ao primeiro critério, pois, por uma razão lógica, a relação principal-agente é premissa do risco moral; (ii) a Agência expõe em seu Relatório Final de Estudos Técnicos que tanto as cifras referentes aos investimentos quanto aos passivos foram obtidas por meio das informações contidas no plano de negócios elaborado e encaminhado pela concessionária, o que gera a segunda prova indiciária e, consequentemente atende ao segundo critério; e (iii) a Agência admite, no RACOM, que incumbir a concessionária de calcular o valor exato dos investimentos e passivos (em prol de possível celeridade processual), por meio de realização de inventário da malha e após a assinatura do aditivo contratual ora proposto, enseja incentivos para que a mesma apresente valores que resultem em reequilíbrio favorável aos seus interesses particulares (daí o risco moral), o que resultaria em benefício desarrazoado em detrimento do Poder Concedente (BRASIL, T. 2017, p.35-36).

Diante do exposto, resta patente que a proposta contratual em concreto se encaixa às considerações de aplicabilidade geral.

5.3.1.3 Da submissão ao modelo da teoria eclética de análise de prova

Cumpridas as duas primeiras etapas, a etapa final é a avaliação da prova indiciária, por meio da aplicação do modelo da teoria eclética de análise de prova, detalhado na subseção 3.4.2. O modelo consiste, basicamente, da verificação dos indícios, individualmente, no tocante a sua precisão e gravidade, e, conjuntamente, em relação à sua concordância e convergência.

No que diz respeito à precisão dos indícios, não há dúvidas acerca de sua veracidade enquanto premissa, haja vista a própria Agência ter admitido a existência deles, conforme já exposto, e, após realização da AP, ter adotado medidas que frustrassem, ou pelo menos minorassem, o risco moral (a determinação de quitação prévia dos passivos, a determinação de transferência de grande parte do risco de engenharia para a concessionária e a determinação do detalhamento dos projetos operacionais para atendimento da demanda) e,

consequentemente, a tentativa de captura, conforme pode ser visto tanto no RACOM do TCU, quanto no relatório final da AP. Abaixo pode-se observar tais medidas, primeiro no RACOM:

> 264. A ANTT encaminhou o Ofício 360/2017/DG/ANTT (peça 71) contendo comentários aos apontamentos feitos no achado 5.3 do relatório preliminar de acompanhamento.
>
> [...]
>
> 270. Com o objetivo de eliminar o risco moral apontado pela equipe de auditoria, ressaltou que, **deve-se afastar esse risco do poder concedente de reequilibrar o contrato, sempre que houver diferença entre a estimativa inicial, elaborada com base em projetos conceituais, e aquela resultante de análise dos projetos executivos, após a assinatura do Termo Aditivo, e transferi-lo à concessionária.**
>
> 271. Informou que essa prática é inclusive a mais adotada em outros setores regulados de infraestrutura e que esse ponto foi levado à discussão com as concessionárias, **que demonstraram a intenção de assumir o risco da variação de preços entre a estimativa inicial e o valor realmente incorrido para todos os tipos de obras na malha ferroviária, exceto para as obras de solução de conflito urbano** , pois tem-se um lapso temporal entre a realização do projeto e a execução da obra e existe uma incerteza do valor das desapropriações para a execução das obras.
>
> 272. Comentou que, após as considerações do Tribunal, buscou-se elevar o nível de detalhamento dos projetos, de conceitual para projetos com elementos de projeto básico e alocar o risco da variação de preço, entre a estimativa inicial dos investimentos e o valor realmente incorrido à concessionária, entretanto, sob o risco de não se celebrar os Termos Aditivos de prorrogação antecipada, solicitou que o Tribunal avalie reconsiderar o entendimento de que a ANTT somente celebre termos aditivos após quantificar os investimentos obrigatórios pretendidos em nível de projeto executivo, previamente à assinatura da prorrogação antecipada do contrato. 273. **No que concerne à questão dos passivos a serem ressarcidos ao poder concedente, a Agência reconheceu a necessidade de se levantar previamente os valores devidos pela concessionária** , em razão de obrigações não cumpridas do contrato de concessão e arrendamento, ao invés de se fazer a cobrança administrativa após a assinatura de eventual Termo Aditivo ao contrato de concessão da Malha Paulista." (BRASIL, T. 2017, p.48-49) (grifo nosso)

E, posteriormente, no relatório final da AP:

> "Durante a elaboração do Relatório Final, verificou-se que algumas contribuições mereceram destaque em razão da relevância do conteúdo abordado, consoante explicitado a seguir. **Primeiramente, cabe pontuar que, quanto aos passivos, não se discute a necessidade de quitação prévia dos débitos com a Administração, mas o nível de detalhamento do Inventário a ser realizado.** Tal questão será objeto de análise e definição da ANTT em momento oportuno.
>
> [...]
>
> O quarto ponto é a questão dos Estudos Operacionais. Avulta-se que conforme a manifestação entregue pela 3° Câmara de Coordenação e Revisão/MPF entre outros, por meio do formulário eletrônico, **será prudente o aperfeiçoamento dos Estudos Técnicos para o levantamento**

> **das intervenções de engenharia necessários para o atendimento da demanda** (grifo nosso). (BRASIL, A. 2017, p.338)

Já que no diz respeito à gravidade dos indícios, pode-se afirmar que todos têm níveis significativos dado que: (i) no tocante ao indício da relação principal-agente, quanto mais alta a assimetria entre os agentes, maior a gravidade, pois torna "[...]mais custoso o processo de acesso às informações relevantes, e, consequentemente, mais custosa será a regulação para o regulador" (BRASIL, T. 2017, p.35); (ii) em relação ao segundo indício, quanto maior e menor forem, respectivamente, a criticidade da informação fornecida pela concessionária e a sua completude, maior será a gravidade do indício; e (iii) por fim, quanto maior em termos financeiros for o benefício desproporcional obtido pelo concessionário (em detrimento do Poder Concedente), maior será a gravidade do indício.

E, finalmente, no tocante à concordância e convergência, conforme já exposto na subseção 5.3.1.2 pode-se também concluir por níveis significativos.

Diante do exposto, pode-se concluir que a proposta regulatória objeto da AP nº 10/2016 continha, embutida em seu bojo, um ardil de tentativa de captura por conhecimento técnico superior. Ardil esse que foi frustrado, ou pelo menos enfraquecido, pela mudança de posicionamento da Agência, conforme exposto ao longo dessa subseção.

5.3.2 Dos indícios de tentativa de captura burocrática

Na seção 5.2.2 foi exposta a AIR no sentido *stricto sensu*[43] realizada pela Agência. Essa AIR, resumidamente, contava com a análise de 4 opções regulatórias: i) opção 1 (nada a fazer): manter a situação como está atualmente, e aguardar o final da concessão; ii) opção 2 (prorrogação simples): prorrogar simplesmente o atual contrato de concessão, conforme previsto em sua cláusula contratual, mantendo-se as atuais regras vigentes no contrato de concessão; iii) opção 3 (reequilíbrio com prazo): promover um reequilíbrio no prazo da concessão, de forma a inserir a obrigação de a concessionária fazer os investimentos necessários, visando reverter o quadro que se encontra atualmente a concessão, sem alterar as regras contratuais vigentes; e iv) opção 4 (prorrogar e repactuar): repactuar o contrato de concessão, com a inclusão de dispositivos contratuais modernos, atualizando-o às boas práticas regulatórias, com inclusão de investimentos obrigatórios a ser realizado pela concessionária, e, consequentemente, extensão do prazo da concessão.

43 Para os nossos propósitos AIR lato sensu é como definimos conceitualmente a nossa variável independente, ou seja, a AIR propriamente dita mais a audiência/consulta pública, ao passo que a AIR stricto sensu é vista separada da audiência/consulta pública.

A Agência, por meio de uma análise estritamente qualitativa, entendeu ser a opção 4 a mais adequada. Esse posicionamento foi bastante criticado, em razão da forma como tal decisão foi tomada, sem considerar adequadamente uma série de preceitos da literatura técnica relativa à AIR, como por exemplo: (i) não consideração de relevantes alternativas regulatórias, bem como de impactos importantes de alternativas já consideradas (como impactos concorrenciais de uma nova licitação); (ii) não utilização consistente de nenhuma das diversas metodologias de avaliação econômica (ACB, CEA ou MCA) existentes para quantificação dos benefícios e malefícios das opções regulatórias; e (iii) desconsideração de atores importantes do processo (como potenciais novos concessionários).

Em especial, um ponto bastante atacado foi o relativo à obrigatoriedade de provar a vantajosidade da renovação antecipada frente a uma nova licitação, conforme pode ser visto abaixo nas contribuições à AP (confirmando mais uma vez o papel dos *fire alarms*.

> 13. Protocolo ANTT/Ouvidoria/3736018
>
> **Nome: José Manoel Ferreira Gonçalves Empresa/Entidade: Ferrofrente- Frente Nacional pela Volta das ferrovias**
> Referência: "1) A ANTT teria um parecer conclusivo e objetivo que respondesse à seguinte pergunta: "é mais vantajoso prorrogar o referido contrato do que realizar uma nova concorrência e concessão, admitindo a participação de outras empresas e a mudança no marco regulatório?" 2) **caso tenha um parecer favorável, por que essa conclusão não aparece no material disponibilizado para consulta pública?** Nesse parecer foi analisada a vantagem que pode ser obtida da competição entre novos proponentes ?
>
> [...]
>
> 52. Protocolo ANTT/Ouvidoria/3801257
> **Nome: LUIZ HENRIQUE TEIXEIRA BALDEZ Empresa/Entidade: ANUT - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS USUÁRIOS DO TRANSPORTE DE CARGA** .
> Contribuição: "CONTRIBUIÇÕES PARA A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 10/2016, DE 26/01/2017, RELATIVA À PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA ALL MALHA PAULISTA - ALLMP (...)
> 2) Documentação incompleta /Falta do Estudo Técnico Não foram disponibilizados sete dos doze Anexos citados nos "Documentos Jurídicos", reforçando assim a necessidade de nova Audiência. Como ponto relevante é **que não foi apresentado o "Estudo Técnico" demonstrando que a prorrogação do contrato de concessão é mais vantajosa que a sua relicitação**, na forma estabelecida no art. 8º da MP nº 752/2016 e na recente Portaria Conjunta nº 03, de 23 de janeiro de 2017.
>
> [...]
>
> 89.Protocolo ANTT/Ouvidoria/3805651
> **Nome: Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE Empresa/Entidade: Ministério da Fazenda**

> Contribuição: “Contribuições contidas no Parecer COGTL SEAE MF nº. 46, de 03 de março de 2017, em arquivo anexo”. (vide Anexo XXXIII deste Relatório)
>
> [...]
>
> 3.1. Do instituto da Prorrogação Antecipada
>
> [...]
>
> 82. Nesse contexto, a ANTT apresentou uma análise qualitativa por meio do AIR que comprovariam a vantagem do uso do instituto da prorrogação antecipada vis-à-vis a realização de novo procedimento licitatório. No entanto, como o art. 8º da MP nº 752/2016 define a necessidade de apresentação de estudo técnico que fundamente a vantagem das prorrogações do contrato, **recomenda-se que a ANTT avalie a possibilidade de incorporar uma análise quantitativa ao referido estudo técnico a ser apresentado, de forma a conceder maior robustez aos argumentos que justifiquem a vantagem de se fazer a prorrogação antecipada em vez de realizar uma nova licitação** , considerando, inclusive, aspectos concorrenciais. Essa recomendação é reforçada em razão da potencial necessidade de realização de reequilíbrio econômico-financeiro para fazer frente aos investimentos condicionados à demanda, indispensáveis para se alcançar o patamar de capacidade superior aos 75 milhões de toneladas/ano. (BRASIL, A. 2017, p.29-31,88-92,249-250) (grifo nosso)

Em face dessas contribuições, pode-se efetivamente dizer que a AIR realizada pela ANTT não teve a capacidade de comprovar a vantajosidade da renovação antecipada (principalmente pela ausência da aplicação de uma metodologia econômica que quantificasse os benefícios e malefícios das opções percebidos pelos atores). Nesse sentido, poder-se-ia questionar se essa não comprovação, seguida de uma recomendação pela renovação antecipada não poderia ser vista como um indício de tentativa de captura burocrática.

Tal hipótese é fundamentada no fato de que a não comprovação da vantajosidade da renovação frente a uma nova licitação (ou seja, a comprovação de que a renovação maximiza o bem estar social, aqui entendido como o interesse público) e consecutiva recomendação de renovação gera uma situação com elementos de captura burocrática. Haja vista, por meio da renovação antecipada, o servidor da agência ter a possibilidade de maximizar a remuneração da produção mensurável de sua burocracia (salários, benefícios, prestígio, qualidade de pessoal de apoio), independente do nível de eficiência do serviço prestado (aqui tido como a opção regulatória mais eficiente), conforme prevê a abordagem do burocrata maximizados, já exposta anteriormente.

5.3.2.1 Da procura do indício

A esse respeito é de vital importância o acompanhamento realizado pelo TCU, por meio do RACOM da prorrogação do contrato de concessão da ALLMP, no qual é analisado não somente o não atendimento ao disposto no art. 8º da Lei nº 13.448/2017 (e consequentemente o acordado pela coalizão), mas também as competências relativas a tal demanda.

Em resumo, a Agência reconhece que a AIR, enquanto técnica analítica, não foi robusta o suficiente para refletir a realidade do setor, nem das diferentes alternativas regulatórias, nas quais os interesses de determinados grupos são sobrepostos, quantificados, comparados e justificados publicamente, reduzindo assim a assimetria de informações e riscos de captura. No entanto, a Agência afirma, que a competência para provar a vantajosidade da renovação antecipada não é sua, mas sim do formulador da política pública, posicionamento com o qual o Tribunal anui, conforme pode ser visto abaixo no RACOM:

> 138. A AIR realizada pela ANTT (peça 43, p. 41-50) e submetida à Audiência Pública elencou quatro alternativas regulatórias e as análises consideraram o foco nos novos investimentos. Contudo, a Agência deixou de ponderar outras opções, necessárias para justificar o interesse público na prorrogação do contrato por mais 30 anos, que busquem não só a realização de investimentos imediatos, como a solução de alguns dos complexos problemas do setor ferroviário no Brasil.
> 139**. A Agência não avaliou o custo/benefício das opções regulatórias e das situações relevantes para a tomada de decisão como, por exemplo, os impactos positivos decorrentes de uma nova licitação e os impactos negativos já observados na execução contratual atual**.
>
> 140. Além disso, outras opções regulatórias destinadas ao equacionamento ou mitigação dos problemas atuais e futuros da Malha Paulista poderiam ter sido consideradas pela ANTT. Um exemplo seria a imposição de novos investimentos, amortizáveis no período remanescente e respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem a necessidade de extensão do prazo contratual, ou mesmo uma menor extensão do prazo proposto para eventual prorrogação.
>
> [...]
>
> 143. A literatura internacional também vai no sentido da necessidade de o gestor analisar de forma robusta o custo/benefício da decisão a ser adotada. Cite-se como exemplo o Green Book (2011), que dispõe que políticas públicas não podem ser adotadas sem antes responder a duas questões básicas: Existem melhores meios de alcançar os objetivos estabelecidos? Existem melhores usos para os recursos? (Green Book. Appraisal and Evaluation in Central Government. HM Treasury, 2011).
>
> [...]
>
> 155. **Ante todo o exposto, conclui-se que os estudos encaminhados até o momento não são capazes de comprovar o interesse público na prorrogação antecipada do contrato de concessão da Malha Paulista.**

Contudo, durante as interações havidas com a ANTT no âmbito do presente processo, a necessidade de robustecer as análises que comprovem o interesse público ficou clara para a Agência, que informou que irá aprimorar a AIR encaminhada com o fito de contemplar novas alternativas regulatórias para a solução dos problemas apresentados.

[...]

253. A ANTT abordou a importância da definição dos papéis de formulação e de execução para o sucesso da política pública nos comentários feitos no item 7.1.2 e analisados no item 7.1.3. Conforme apresentou, nos termos do art. 24 da Lei 10.233/2001, não caberia à Agência a formulação de políticas públicas relacionadas à prorrogação antecipada de contratos ferroviários, motivo pelo qual, como se verá, a Agência entende que a não é a responsável pela elaboração de estudo capaz de comprovar a vantagem para o interesse público na prorrogação dos contratos ferroviários em vez de promover nova licitação, conforme determina o art. 8º da Lei 13.448/2017.
254. Especificamente com relação à política de prorrogação dos contratos de concessão, a ANTT alegou que, em dezembro de 2015, a Portaria-MT 399/2015 estabeleceu as diretrizes a serem seguidas para a prorrogação dos **contratos de concessão de ferrovias com base em uma política pré-definida. Nesse contexto, com base nas diretrizes da referida Portaria, a AIR elaborada pela Agência seria o documento que buscou embasar a decisão sobre a melhor opção regulatória para implementação da diretriz de prorrogação do contrato da Malha Paulista.**
255. É importante registrar, nesse ponto, que a AIR da Malha Paulista, que não possui elementos robustos para justificar o interesse público, foi elaborada pela ANTT com base em uma política estabelecida, como visto no Achado 5.1, que carece de fundamentação e de indicadores, marco zero e metas associadas, e materializada antes da existência do marco legal que estabeleceu as diretrizes gerais da política pública de prorrogação antecipada dos contratos de concessão ferroviária.
256. Ocorre que, em junho de 2017, o art. 8º da Lei 13.448/2017 alterou a matriz de responsabilidade pela formulação da política pública em tela, ao determinar que cabe ao órgão ou à entidade competente, após a qualificação do empreendimento pelo PPI, realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.
257. Esse dispositivo legal indica que as referidas diretrizes, fundamentadas em estudos técnico-econômicos ou quaisquer outros documentos formais que subsidiem as decisões de política pública, **devem ser desenvolvidas pelo formulador da política pública setorial, ou seja, pelo MTPA**, que por sua vez deve respeitar as diretrizes delineadas pela CPPI com o fito de melhorar a integração no longo prazo dos sistemas de transporte de forma a reduzir custos, tarifas e fretes.
258. **Destaca-se que o estudo realizado pela ANTT, em que pese ser um instrumento válido para a análise de alternativas regulatórias de responsabilidade da agência, nesse novo contexto não atende ao disposto no art. 8º da Lei 13.448/2017. A própria Agência reconheceu o problema apontado no relatório prévio encaminhado para comentários sobre o achado 5.2 e reiterou a necessidade de se realizar nova AIR, após diretrizes a serem elaboradas pelo MTPA que justificam a vantagem em prorrogar antecipadamente os contratos de ferrovias, que seja capaz de avaliar melhor as alternativas regulatórias disponíveis**. (grifo nosso) (BRASIL, T. 2017, p.30-31,33,47)

|Diante do exposto, resta claro que a constatação do TCU de que a AIR produzida pela ANTT é falha no tocante à comprovação da vantajosidade da renovação frente a uma nova concessão, principalmente por não constituir um estudo robusto de análise custo benefício (conforme recomenda a literatura técnica). Também fica claro que essa constatação não foi rebatida pela Agência em razão de ela entender que o adequado responsável por desenvolver estudo com tais características é o formulador de política pública.

Dessa forma, resta indubitável a não comprovação, pela Agência, da vantajosidade, podendo tal fato ser considerado um indício, pois é circunstância conhecida e provada, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal.

5.3.2.2 Do exercício indutivo-dedutivo

Identificado o indício, a etapa seguinte é a construção das considerações da aplicabilidade geral com base em critérios que refletem o próprio conceito do fato probando (etapa indutiva) e posterior verificação se o caso concreto se molda às considerações de aplicabilidade geral (etapa dedutiva).

As considerações de aplicabilidade geral são materializadas quando um cenário atender aos seguintes critérios: (i) atuação da agência não refletir, de modo indubitável, o interesse público; e (ii) a atuação da agência refletir os interesses de seu corpo burocrático.

Ou seja, estando tais considerações atendidas, pode-se presumir, com razoável probabilidade (note-se que há uma carga de incerteza aqui presente), que quando encontrados indícios que atendam aos requisitos elencados, ocorreu uma tentativa de captura burocrática.

Concluída a etapa indutiva, passa-se a etapa dedutiva, a moldagem do caso concreto às considerações de aplicabilidade geral. Ora, quanto ao primeiro critério, conforme demonstrado na subseção 5.3.2.1, a Agência admitiu que a AIR não teve o condão de comprovar a vantajosidade, logo, não comprovou o interesse público de realizar a renovação antecipada. Já no tocante ao segundo critério, apesar de ser razoável inferir-se que os técnicos da Agência aufeririam vantagens, sob a ótica do burocrata maximizador, em recomendar a renovação antecipada à despeito da não comprovação da vantajosidade, não há nenhum indício (circunstância conhecida e provada) que o atenda de forma satisfatória.

Diante do exposto, não é possível afirmar que a o caso concreto se aplica às considerações de aplicabilidade geral necessárias à convicção de que ocorreu uma tentativa de captura burocrática.

5.3.2.3 Da submissão ao modelo da teoria eclética de análise de prova

Embora na etapa anterior já tenha sido possível afirmar que o conjunto probatório é insuficiente para formar a convicção de ocorrência de tentativa de captura burocrática, a fim de corroborar ainda mais essa visão, submete-se o indício à etapa final da metodologia, o modelo da teoria eclética de análise de prova.

No que diz respeito à precisão (veracidade do indício) não há dúvidas quanto a não ter sido comprovada a vantajosidade da renovação, dada a assunção da própria Agência. Já no que diz respeito a sua gravidade (causalidade com o fato probando), o consenso obtido acerca das competências para o atendimento da demanda relativa à vantajosidade (de que o sujeito competente é o MTPA e não a ANTT) faz com que a relação de causalidade entre a não comprovação da vantajosidade e renovação antecipada (com consequente maximização da burocracia mensurável do servidor da Agência) seja nula, dado o vício de origem relativo à incompetência da Agência para executar essa tarefa. Em outras palavras, uma possível renovação antecipada, à revelia de uma comprovação efetiva de vantajosidade frente uma nova licitação, jamais poderia ser imposta pelo *staff* da Agência, haja vista, do ponto de vista conceitual e legal, ela não ter nenhuma influência sobre essa decisão.

Aqui é importante salientar que o citado consenso é, na verdade, uma mudança de entendimento acerca das competências dos atores envolvidos, resultado da atuação dos *fire alarms* e do TCU, haja vista a ANTT, inicialmente, em seu relatório final dos estudos técnicos ter apresentado o entendimento que cabia a ela a comprovação da vantajosidade. (BRASIL, A. 2016, p.10).

Tal entendimento é reforçado pela conclusão da Agência, após a atuação dos *fire alarms,* acerca dessa questão, contida em seu Relatório final da AP:

> Durante a elaboração do Relatório Final, verificou-se que algumas contribuições mereceram destaque em razão da relevância do conteúdo abordado, consoante explicitado a seguir.
>
> [...]
>
> O quinto argumento a ser destacado é referente à Vantajosidade. **Frisa-se que a competência para a realização do estudo técnico de que trata o caput do art. 8º, da lei 13.448/2017 pertence ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil -MTPAC, sendo a ANTT responsável pela realização dos estudos exigidos pelo mesmo dispositivo legal, nos incisos I-VII do §1º, art. 8º** (grifo nosso). (BRASIL, A. 2017, p.338)

5.4 **CONCLUSÕES PARCIAIS**

Por fim, pode-se observar que a solução institucional (utilização de E&P no formato de uma AIR, aí inclusa a consulta pública/audiência pública) adotada pela coalizão política, de fato, minorou os riscos de captura *ex-post* do regulador (mas não de forma tão preponderante sobre a monitoração direta dos *wacth dogs*, como previa a teoria), mas também teve como efeito colateral para o processo de renovação antecipada da concessão da ALLMP maiores custos, maior atraso e maior rigidez (a despeito do término da AP nº 10/2016, o processo de renovação ainda não terminou e aguarda o equacionamento de importantes questões, além da comprovação da vantajosidade, da quantificação/pagamento prévio de passivos e detalhamento de estudos operacionais), conforme previsto pela TPPR.

Dessa forma, após realizada análise crítica da relação entre o uso da AIR e os riscos de captura *ex-post* do regulador, no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da ALLMP, pode-se afirmar que o terceiro dos objetivos específicos desta dissertação foi alcançado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento e consolidação do Estado Regulador nas últimas décadas teve como um de seus reflexos mais visíveis, o surgimento e refinamento de um novo campo do saber, o campo da Teoria da Regulação. Dentro do escopo dessa teoria (fortemente ancorada nas ciências econômicas, jurídicas e políticas), diversas vertentes surgiram, umas com um caráter mais normativo, outras com um caráter mais positivo, umas enfatizando mais a atuação do regulador, outras enfatizando mais a atuação de outros atores que não o regulador e algumas enfatizando a influência destes sobre aquele.

A TPPR é claramente um exemplo dessa última vertente ao incluir o papel das instituições políticas no processo decisório da regulação, conferindo maior realismo aos fenômenos do comportamento da regulação. E um dos principais, senão o principal fenômeno da regulação, podendo inclusive dizer-se que faz parte de sua gênese, é o fenômeno da captura.

Como não poderia deixar de ser, a TPPR, ao se preocupar com o fenômeno da captura, também passou a se preocupar com uma série de variáveis configuradoras de seu contexto, tais como assimetria de informações, relações principal-agente, risco moral, discricionariedade do regulador, relação tripartite legislador-regulador-grupos de interesse e, claro, mecanismo criados para lidar com essas variáveis.

Dentre esses mecanismos, foi demonstrado que o mais notável é a AIR, desfrutando de amplo reconhecimento na literatura técnica como um mecanismo eficiente para inibir a captura do regulador. Mas, na maior parte dessa literatura, o papel da AIR é visto sob um prisma essencialmente teórico, sem muitos exemplos concretos. E é nesse sentido que a análise da AIR como instrumento regulatório capaz de mitigar o risco de captura *ex post*, do regulador, sob a ótica da TPPR, tendo o processo de renovação antecipada da ALLMP como estudo de caso, permitiu compreender em que medida, de fato, a AIR atende as expectativas postas sobre ela no que concerne ao combate à captura *ex-post* do regulador.

Para atingir esse intento, primeiramente se identificou qual foi o acordo consensuado pela coalizão política dentro do ambiente institucional do processo de renovação antecipada de concessões do setor de TFC. Em segundo lugar, identificou-se qual a solução institucional adotada pela coalizão para evitar a captura do regulador. Tanto o acordo consensuado pela coalizão quanto a solução institucional para resguardá-lo residiam no mesmo instrumento: A Lei nº 13.448/2017.

Posteriormente, foram identificados, conceitual e operacionalmente, as variáveis envolvidas na relação contida no problema de pesquisa da dissertação. Concluída essa fase,

passou-se para a coleta e análise das informações do estudo de caso propriamente dito, nesse ponto, é relevante destacar que a estratégia de pesquisa não pôde ser seguida inteiramente, dado que não foi possível realizar entrevistas com os atores chaves em razão de o processo *in casu* ainda estar aberto e eventuais declarações acerca do tema poderem gerar repercussão indevida no mercado.

Dentro da metodologia desenhada para identificação de tentativas de captura, o conceito de prova indiciária e sua lógica de aplicação desempenharam papel central na formação de convicção do analista. Para avalição das provas indiciárias de tentativa de captura *ex-post* do regulador foi utilizado o modelo da teoria eclética de análise da prova.

Com base na abordagem metodológica para entender a relação entre as variáveis independente (AIR) e dependente (risco de captura *ex-post* do regulador), verificou-se que: (i) ocorreu uma tentativa de captura por conhecimento técnico superior relativa à presença de risco moral na proposta contratual de incumbir o concessionário de realizar a efetiva quantificação de passivos devidos por este e detalhamento de estudos operacionais; (ii) tal tentativa de captura por conhecimento técnico superior foi frustrada pela utilização da AIR como solução institucional, graças a participação de grupos de interesse (*fire alarms*), confirmando o previsto pela TPPR; (iii) esse *fire alarms* não tiveram um papel de preponderância frente aos órgãos de controle externo/supervisão (*wacth dogs*), destoando do previsto pela TPPR; (iv) apesar de não ter sido possível identificar nenhuma tentativa de captura burocrática, por parte da Agência, pode-se somente especular (haja vista o comportamento de outros servidores que não os da Agência, fugir do escopo da dissertação) se a solução institucional da coalizão não frustrou tentativas de captura burocrática de outros órgãos, como por exemplo, órgãos formuladores da política pública; (v) a solução institucional adotada teve, como efeito colateral para o processo de renovação antecipada da concessão da ALLMP, maiores custos, maior atraso e maior rigidez, conforme previsto pela TPPR; e (vi) foi identificado, por meio do estudo de caso da ALLMP, que, de forma geral, a AIR tem um papel redutor do risco de captura *ex-post* do regulador, conforme apregoado pela TPPR, considerando-se, assim, atendido o objetivo geral da dissertação.

Dada a obrigação de se reduzir o escopo de um trabalho científico para que seu problema seja bem delimitado (e para que a empreitada seja factível), alguns questionamentos interessantes sempre ficam sem resposta, o que acaba dando ensejo para novas pesquisas. Um desses questionamentos é: a possibilidade de analisar o comportamento da AIR, à luz da TPPR, no combate a captura não só do regulador, mas também de outros servidores públicos envolvidos na política pública de regulação, bem como a possibilidade de outros tipos de

capturas, por exemplo, capturas políticas ou capturas *ex-ante* do legislador. Enfim, são amplas as possibilidades e fica claro que a questão em pauta foi somente tangenciada com a presente dissertação.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith. **Usos e abusos dos estudos de caso**. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, v. 36, n. 129, p. 637-651, Dec. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-57420060003000007&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 06 Apr. 2017.

BARBOSA, Júlia de Carvalho. **O surgimento da Agências Reguladoras – breve histórico**. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-surgimento-das-agencias-reguladoras-breve-historico,48087.html >. Acessado em 3 nov. 2017.

BRANDÃO, Luiz. **Avaliação econômica de projetos de transporte: melhores práticas e recomendações para o Brasil**. rap—rio de Janeiro, v. 44, n. 1, p. 87-117, 2010.

BRASIL.Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Manual de Análise de Impacto Regulatório**. Brasília.2016.

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Relatório Final**. Brasília, nov.2016. Disponível em http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/50071/010_2016.html . Acesso em 11 set.2017

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Relatório Final da Audiência Pública nº 10/2016**. Brasília, nov.2017. Disponível em http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/50071/010_2016.html . Acesso em 11 dez.2017

_____. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais - SAG. **Consulta Púbica nº 1/2017**. Disponível em http://www.regulacao.gov.br/agenciasreguladoras/consulta-publica/consulta-publica-001-2017/abertura/orientacoes-consulta-publica-001-2017. Acesso em 11 dez.2017.

_____. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**.Código de Processo Penal.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm> Acesso em 3 dez.2017

_____. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. **Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm> Acesso em 3 dez.2017

_____. Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007**. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 3 dez.2017

_____. Lei nº 9.427/1996, de 26 de dezembro de 1996. **Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm .Acesso em 12 dez 2017.

_____. Lei nº 9.472/1997, de 16 de julho de 1997. **Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos**

institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9472.htm .Acesso em 12 dez 2017.

_____. Lei nº 9.478/1997, de 6 de agosto de 1997. **Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm .Acesso em 12 dez 2017.

_____. Lei nº 9.782/1999, de 26 de janeiro de 1999. **Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm .Acesso em 12 dez 2017.

_____.Lei nº 9.984/2000, de 17 de julho de 2000. **Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm .Acesso em 12 dez 2017.

_____.Lei nº 9.961/2000, de 28 de janeiro de 2000. **Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em 12 dez 2017.

_____.Lei nº 10.233/2001, de 5 de junho de 2001. **Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em 12 dez 2017.

_____.Lei nº 11.182/2005, de 27 de setembro de 2005. **Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm. Acesso em 12 dez 2017.

_____. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. **Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm .Acesso em 12 dez.2017

_____. Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. **Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nºs 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei nº8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm.Acesso em 29 dez.2017.

____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Manual de apresentação de estudos de viabilidade de projetos de grande vulto** [Evte –Pgv]. Brasília: MP, jul. 2009. versão 2.0.

____. Projeto de Lei do Senado Federal nº 6621/2016. **Dispõe sobre a gestão, organização, o processo decisório e o controle social das agências e dá outras providências**. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048 > Acesso em: 6 abr 2017.

____. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Acompanhamento da Prorrogação do Contrato de Concessão da Malha Paulista**. Brasília: TCU, set. 2017.

BREGMAN, Daniel. **Algumas questões sobre a captura regulatória**. 2006.In: Seminário Internacional "Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural,2006, Rio de Janeiro. Disponível em < http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/seminariointernacional/2006/artigos/pdf/Daniel_Bregman.pdf > Acesso em 12 dez.2017.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **O risco de captura nas agências de regulação dos serviços publicos: uma abordagem à luz da teoria econômica.** [2008 ?] Disponível em < http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf> Acesso em 12 dez. 2017

COMISSÃO EUROPÉIA. **Better Regulation Guidelines – Guidelines on Stakeholder Consultation**. Disponível em < http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap7_en.htm>. Acesso em 26 dez.2017

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **Pesquisa CNT de Ferrovias.** Brasília, 2015.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras:** governança e análise do impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência no setor ferroviário.** 2017.

DE AZEVEDO, Paulo Furquim et al. Nova economia institucional: referencial geral e aplicações para a agricultura. **Instituto de Economia Agrícola**, 2000. Disponível em http://www.gepai.dep.ufscar.br/pdfs/1085082759_ASP-REFERENCIAL.pdf. Acesso em 12 dez. 2017.

DURÇO, Fábio Ferreira. **A Regulação do setor ferroviário brasileiro: monopólio natural, concorrência e risco moral.** 2011.105 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Fundação Getúlio Vargas- FGV.

EV, L. DA S.; GOMES, A. B. P. **Entre a especificidade e a teorização: a metodologia do estudo de caso**. Revista Teoria & Sociedade, v. 22, n. 2, p. 75–103, 2014

FARIELO, Danilo. **Governo faz ofensiva junto ao TCU para acelerar investimentos.** O Globo, Rio de Janeiro. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/economia/governo-faz-ofensiva-junto-ao-tcu-para-acelerar-investimentos-20700529 > Acesso em: 25 mar 2017.

FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. **Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do estudo do sistema dos Estados Unidos da América**. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 3, p. 9-27, 2015.

FILOMENO, Paulo Roberto. **Unificação de bitolas ferroviárias no Brasil: sonho ou mera possibilidade ? .** Portogente. Disponível em: < https://portogente.com.br/noticias/transporte-

logistica/20465-unificacao-de-bitolas-ferroviarias-no-brasil-sonho-ou-mera-possibilidade > Acesso em: 26 out 2017.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **Da prova indiciária no processo penal**. 2011.Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17702>. Acesso em: 4 dez. 2017

GIAMBIAGI, Fabio; DE ALÉM, Ana Cláudia Duarte. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. Elsevier Brasil, 2008.

GODOY NETO, Walter. A utilização da prova indiciária no processo administrativo disciplinar. 2014.

GRUBER, Jonathan. **Finanças públicas e políticas públicas**. 2º ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009. 480 p.

HENRIQUES, Anna Beatriz Leite; LEITE, Alexandre Cesar Cunha; JÚNIOR, Augusto Wagner Menezes Teixeira. **Reavivando o método qualitativo: as contribuições do Estudo de Caso e do Process Tracing para o estudo das Relações Internacionais**. Revista Debates, v. 9, n. 1, p. 09-23.

LANG, Aline Eloyse. **As ferrovias no Brasil e avaliação econômica de projetos: uma aplicação em projetos ferroviários**. 2007.166 f. 2007. Dissertação (Mestrado em Transportes). Universidade de Brasília.

LAFFONT, J. J. & TIROLE, J. **A Theory of Incentives in Regulation and Procurement**, Cambridge: MIT Press, 1993.

LAMARE, Julia de. **Análise de impacto regulatório no direito ambiental: limites e possibilidades.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas. Disponível em < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15981> Acesso em 14 dez.2017.

MATTOS, Paulo; PRADO, Mariana Mota. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora**, v. 34, p. 304, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Saraiva, 2016.

MELO, Thiago Dellazari. **A" captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador. 2010. 126 f**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco.

MILANEZI, Arthur Motta. **Insider Trading: Uma análise da jurisprudência da comissão de valores mobiliários. 2015. 125 f**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade de São Paulo.

MCCUBBINS, Matthew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. **Structure and process, politics and policy: Administrative arrangements and the political control of agencies.** Virginia Law Review, p. 431-482, 1989.

MUELLER, Bernardo. **Teoria Política Positiva da Regulação**. Dep. Economia – Universidade de Brasília,1999. Disponível em < http://www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha.pdf>. Acesso em 21 set.2017

MURAMATSU, Roberta. **ECONOMIA COMPORTAMENTAL E ECONOMIA DA ESCOLHA PÚBLICA.** Disponível em < http://www.economiacomportamental.org/nacionais/economia-comportamental-e-economia-da-escolha-publica-um-caso-de-trocas-mutuamente-beneficas/> Acesso em 17/3/2018.

O GLOBO. **Governo faz ofensiva junto ao TCU para acelerar investimentos.** Disponível em: < https://extra.globo.com/noticias/economia/governo-faz-ofensiva-junto-ao-tcu-para-acelerar-investimentos-20700593.html > Acesso em: 25 mar 2017.

OLIVEIRA, Ana Maria Kefalás; CAIXETA FILHO, **José Vicente. Potencial da logística ferroviária para exportação de açúcar em São Paulo: recomendações de localização para armazéns intermodais.** Revista de Economia e Sociologia Rural, v. 45, n. 4, p. 823-853, 2007.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation**. Paris: OECD, 1995. Disponível em < https://legalinstruments.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=128&InstrumentPID=124&Lang=en&Book=False> Acesso em 12 dez.2017.

_____ **RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON REGULATORY POLICY AND GOVERNANCE.** Paris: OECD, 2012. Disponível em < http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf> Acesso em 12 dez.2017.

PÓ, M. V.; ABRUCIO, F. L. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679-698, jul./ago. 2006

QUEIRÓZ, Alberto Novais; MONTEIRO, Augusto Oliveira. **Marco regulatório e assimetria de informações.** Gestão & Planejamento-G&P, v. 1, n. 9, 2008.

RAMIM, Aurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência – uma análise à luz da teoria política positiva**. 2002.151 f. 2002. Dissertação (Mestrado em Regulação e Defesa da Concorrência). Universidade de Brasília.

SALGADO, L.H.; HOLPERIN, M. M.; BORGES, E. B. P. **Qualidade Regulatória e Fortalecimento do Estado e das instituições.** In: José Celso Cardoso Jr. (Org.). Brasil em Desenvolvimento: Estado, Planejamento e Políticas Públicas. 5ed.Brasília: IPEA, 2010, v. 2, p. 345-356.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado**. In: VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panamá, 28-31.out.2003.

SANTOS, Sílvio dos et al. **Um estudo sobre a participação do modal ferroviário no transporte de cargas no Brasil.** 2005.

SEHN, Daniele. **Avaliação econômica de projetos de infraestrutura de transportes: Uma metodologia aplicada à tomada de decisão governamental**. 2009. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas). Departamento de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis.

SILVESTRE, Matheus Meott. **Captura Regulatória: A análise de impacto regulatório como alternativa para o Brasil.** Disponível em : https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38212323/82.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1508536576&Signature=OX2abCxxmJHWnbiJxcUl4HNKAo4%3D&response-content-

disposition=inline%3B%20filename%3DCaptura_Regulatoria_A_analise_de_impacto.pdf . Acesso em 12 dez.2017

STIGLER, George J. **The theory of economic regulation**. The Bell journal of economics and management science, p. 3-21, 1971. Disponível em http://www.jstor.org/stable/3003160 Acesso em 11 dez.2017

SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state: The future of regulatory protection**. Chicago: American Bar Association Book Publishing, 2002.

SUNSTEIN, CASS; THALER, RICHARD; LINO, MARCELLO. **Nudge-O Empurrao Para a Escolha Certa**. Elsevier Brasil, 2008.

SUPRANI, Rodrigo Otávio de Faria. **O investimento em infraestrutura: Desenvolvimento, Comércio Exterior e o Caso Brasileiro.** 2012. 82 p. Dissertação (Mestrado em Economia Política) – Instituto de Economia, Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TKU-Toneladas por quilômetro útil . Portogente. Disponível em: < https://portogente.com.br/portopedia/75325-tku-toneladas-por-quilometro-util > Acesso em: 26 out 2017.

VENTURA, Magda Maria. **O Estudo de Caso como Modalidade de Pesquisa.** 2007.383-386. Disponível em < http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34829418/o_estudo_de_caso_como_modalidade_de_pesquisa.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1491524041&Signature=ZZf50MVT7XdETpcJIh03LpIqnJI%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3Dsetembro_outubro_O_Estudo_de_Caso_como_M.pdf > Acesso em 9 dez.2017.

VOGEL, S.K. **Freer Markets, More Rules: regulatory reform in advanced industrial countries.** Cornell University Press, 1996.

WEINGAST, B. R. **Regulation, reregulation and deregulation: the political foundations of**
agency-clientele relation. Vol.44, No.1, Law and Contemporary Problems, (1981):147-77.

WORLD BANK. **Handbook on Economic Analyses of Investment Operations**. WBH. May 1996. Disponível em: < http://www.adaptation-undp.org/sites/default/files/downloads/handbookea.pdf > Acesso em 12 dez.2017.