

**1ª Seção –
Direito da Infraestrutura**

***Section 1 –
Infrastructure Law***

O SISTEMA DUPLO DE REGULAÇÃO NO BRASIL: A REGULAÇÃO POR CONTRATO COMPLEMENTADA PELA REGULAÇÃO POR AGÊNCIA

THE DOUBLE REGULATORY SYSTEM IN BRAZIL: REGULATION BY CONTRACT COMPLEMENTED BY REGULATION BY AGENCY

THIAGO PRIESS VALIATI

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (IDRFB). Especialista em Direito Empresarial pelas Faculdades da Indústria do Estado do Paraná (FIEP). Advogado e Consultor nas áreas de Direito Administrativo, Direito Empresarial e Direito da Infraestrutura. thvaliati@msn.com

Recebido em: 23.07.2018

Aprovado em: 21.09.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a prática de as agências reguladoras figurarem na posição de ente contratante nos contratos regulatórios de infraestrutura no Brasil. Em primeiro lugar, o artigo apresenta o surgimento das agências reguladoras no contexto nacional (regulação por agência), destacando os seus principais objetivos e características. Em segundo lugar, o artigo expõe os conceitos de regulação por contrato e de contrato regulatório, sobretudo em relação aos chamados contratos de longa duração, essenciais para a exploração da infraestrutura nacional. Em seguida à exposição das duas principais formas de regulação (regulação por agência e por contrato), o artigo analisa o contexto regulatório nacional e apresenta o denominado sistema duplo de regulação. Finalmente, o trabalho apresenta proposta para a efetivação do referido sistema duplo de regulação no âmbito da instituição de um marco federal para as agências reguladoras.

ABSTRACT: This article intends to analyze the appearance of the regulatory agencies as contractors in the Brazilian infrastructure contracts. First, the article presents the rising of regulatory agencies in the Brazilian regulatory context (regulation by agency), highlighting their main purposes and characteristics. Secondly, the article exposes the concepts of regulation by contract and regulatory contract, especially regarding long-term contracts, essential for the exploitation of the Brazilian infrastructure. After exposing the two main forms of regulation (regulation by agency and by contract), the article shows an analysis of the Brazilian regulatory context and presents the so-called "Double Regulation System". Finally, the article presents a proposal for the implementation of the Double Regulatory System in the scenario of a federal framework for regulatory agencies.

PALAVRAS-CHAVES: Agências reguladoras – Contrato regulatório – Sistema duplo de regulação – Infraestrutura.

KEYWORDS: Regulatory agencies – Regulatory contracts – Double regulation system – Infrastructure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O surgimento das agências reguladoras no contexto nacional (a regulação por agência). 3. Os contratos regulatórios de infraestrutura de longa duração (a regulação por contrato). 4. O sistema duplo de regulação: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. 5. A efetivação do sistema duplo de regulação no âmbito da instituição de um marco federal para as agências reguladoras. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os contratos de concessão de infraestrutura firmados pelo Governo Federal durante o mandato da ex-presidente Dilma Rousseff, nos setores de rodovias (contratos de concessão de infraestrutura rodoviária da Terceira Etapa, Fase III, também denominados “contratos de concessão de rodovias do PIL – Programa de Investimento em Logística”) e aeroportos (Guarulhos, Viracopos e Galeão, por exemplo), abrangem modelagens promovidas pelas agências reguladoras de cada setor, respectivamente a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). O mesmo modelo foi repetido nas modelagens de concessão do governo Michel Temer, no âmbito do chamado Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), como foi o caso da concessão da Rodovia de Integração do Sul (RIS) (BR-101/290/386/448/RS), no qual a ANTT figurou como Poder Concedente no contrato, nos termos do edital publicado em julho de 2018 (elaborado pela própria ANTT).

Além disso, a prática não é restrita aos contratos de concessão recentemente pactuados, mas vem sendo realizada desde a Segunda Etapa dos contratos de concessão de rodovias federais, realizados ainda durante o governo Lula, em um período marcado por polêmica entre a ANTT e o Ministério dos Transportes em relação à competência para a celebração destes contratos. Nesse contexto, fato é que se tornou uma prática recorrente no contexto regulatório nacional as agências reguladoras figurarem como entes contratantes nos contratos pactuados com os particulares para exploração da infraestrutura nacional, além de possuírem a incumbência de realizarem os estudos prévios e a elaboração do edital de licitação.

Com efeito, o presente artigo pretende discutir a referida prática, que se consolidou no contexto nacional a partir da Segunda Etapa nos contratos de concessão de rodovias federais, isto é, a de as agências reguladoras figurarem na posição

de Poder Concedente nos contratos de infraestrutura de longa duração. Nesse cenário, em um primeiro momento, o presente trabalho apresenta o surgimento das agências reguladoras no contexto nacional, destacando os seus principais objetivos e características (regulação por agência). Em um segundo momento, o artigo expõe os conceitos de regulação por contrato e o de contrato regulatório, sobretudo em relação aos chamados contratos de longa duração, essenciais para a exploração da infraestrutura nacional. Em seguida à exposição das duas formas de regulação (regulação por agência e por contrato), o trabalho analisa a realidade prática da regulação nacional e como as agências reguladoras adquiriram a competência para celebrarem os respectivos contratos de concessão, apresentando o sistema duplo de regulação (regulação por contrato complementada pela regulação por agência). Finalmente, o trabalho apresenta proposta para a efetivação do sistema duplo de regulação no contexto da instituição de um marco federal para as agências reguladoras, como forma de garantir a necessária independência destas entidades.

2. O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO NACIONAL (A REGULAÇÃO POR AGÊNCIA)

A maior participação dos agentes econômicos privados em projetos de infraestrutura começou a ocorrer na década de 1990 pela retirada do Estado do desempenho direto de algumas atividades. A lógica disposta no artigo 174 da Constituição Federal – que destaca a função do Estado como agente regulador da economia – foi intensificada com a reforma administrativa ocorrida nos anos 1990¹. Esta “virada de modelo” representou “um novo engate entre o ambiente público e o privado”². O fenômeno é bem delineado por Calixto Salomão Filho, que destaca que o Estado decide se retirar da intervenção econômica direta – mediante a prestação de uma variedade de serviços públicos – para assumir a função de organizador das relações sociais e econômicas³.

1. MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.
2. SCHAPIRO, Mario Gomes. Prefácio. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. IX.
3. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14. Por seu turno, Ricardo Marcondes Martins defende que a regulação administrativa consiste sempre em uma atividade externa, voltada, portanto, sobre a atividade dos agentes econômicos privados. Nesse passo, o autor destaca que: “regulação de

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. III.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov.-dez.-jan. 2009.
- “Câmara instala comissão para analisar mudanças na lei das agências reguladoras”. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/555274.html]. Acesso em: 09.07.2018.
- CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar.-ago. 2014.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *The Enabling State and the Market*. Disponível em: [www.yumpu.com/en/document/view/52017943/the-enabling-state-and-the-market-pedro-costa-gonaalves]. Acesso em: 06.07.2018.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Agências reguladoras e indicações políticas: uma mistura nociva. *Gazeta do Povo*. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/agencias-reguladoras-e-indicacoes-politicas-uma-mistura-nociva-7uvw41pevyo8zo1s5lh2wrupm]. Acesso em: 05.07.2018.
- GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 228, p. 26, abr.-jun. 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan.-mar. 2011.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan.-abr. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes: a necessidade de seu reforço institucional por meio de uma lei-quadro. *Direito do Estado*. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-independentes-a-necessidade-de-seu-reforc-o-institucional-por-meio-de-uma-lei-quadro]. Acesso em: 09.07.2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr.-jun. 2003. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12726>]. Acesso em: 1º.07.2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010. MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr.-jun. 2011. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=73325]. Acesso em: 1º.08.2014.

- MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.
- NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). *Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 101-132, out.-dez. 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2009.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Comentários às Diretrizes Recentemente Publicadas do Novo Programa de Investimentos em Infraestrutura do Governo Federal*: as medidas que precisam ser adotadas não foram sequer mencionadas. Disponível em: [www.portugalribeiro.com.br/comentarios-as-diretrizes-recentemente-publicadas-do-novo-programa-de-investimentos-em-infraestrutura-do-governo-federal/]. Acesso em: 10.07.2018.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. Prefácio. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out.-dez. 2013.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- VALIATI, Thiago Priess. *Segurança Jurídica e Infraestrutura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- VINCENT-JONES, Peter. *New public contracting*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior – *RTrib* 35/143-158 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 6/1093-1114 (DTR\2000\673);
- A competência e regulatória da Anatel, o regime do must carry e as interpretações do regulamento do Seac, de Tércio Sampaio Ferraz Junior – *RDC*8/105-138 (DTR\2015\7974); e
- Agências reguladoras e o "aparente conflito" com a tripartição dos poderes, de Joyce Michelle de Melo Rocha e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson – *RDCI* 83/37-60 (DTR\2013\3066).



