



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD**

**TEORIA DA REGULAÇÃO POSITIVA COMO PROPOSTA PARA  
SUPRIR LACUNAS REGULATÓRIAS:**

*A busca por um ambiente regulatório com repercussões concorrenciais  
positivas*

*Por*  
**MARIA AUGUSTA FERREIRA GUIMARÃES VIEGAS**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD**

**TEORIA DA REGULAÇÃO POSITIVA COMO PROPOSTA PARA  
SUPRIR LACUNAS REGULATÓRIAS:**  
*A busca por um ambiente regulatório com repercussões concorrenciais  
positivas*

Autora: Maria Augusta Ferreira Guimarães Viegas

Orientadora: Prof. Dra. Amanda Athayde

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na linha de pesquisa Transformação na Ordem Social e Econômica e Regulação

**Brasília**  
**2024**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

FACULDADE DE DIREITO  
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

MARIA AUGUSTA FERREIRA GUIMARÃES VIEGAS

**TEORIA DA REGULAÇÃO POSITIVA COMO PROPOSTA PARA SUPRIR  
LACUNAS REGULATÓRIAS: A busca por um ambiente regulatório com repercussões  
concorrenciais positivas**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na linha de pesquisa Transformação na Ordem Social e Econômica e Regulação

BANCA EXAMINADORA:

---

Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera  
Orientadora

---

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha  
Membro

---

Prof. Dr. Marco Aurélio Barcelos  
Membro Externo

Brasília, 29 de maio de 2024

## AGRADECIMENTOS

Caro leitor, peço desculpas, mas é impossível ser breve nesse ponto. Tudo se torna mais leve, se temos ao lado pessoas tão especiais quanto as que eu tenho a honra de conviver.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por me apresentar tantas surpresas ao longo desses dois anos de mestrado e nunca me desamparar.

Aos meus pais, meus primeiros professores, um grande “obrigada”. A pequena Maria Augusta ansiava pelo momento de finalizar um mestrado, graças a vocês, que sempre me mostraram a beleza dessa jornada.

Pai, Prof. Dr. Waldyr Viegas, mais uma vez realizei o sonho de ser sua aluna. Dessa vez, a maturidade me ensinou a seguir em frente, sem tantos desesperos e choros, mas sempre atenta àquilo que o senhor me mostrava e ensinava.

Mãe, Profa. Mestre Rosa Diná Ferreira Viegas, hoje eu entendo quando não podia estar com você, porque você estava escrevendo a sua dissertação. Desde pequena, eu me lembro de você falando não só do mestrado, mas também de amor (você vai se lembrar desse dia). Obrigada por me ensinar diariamente a não desistir diante dos desafios da vida.

Aos meus irmãos, por toda a implicância, mas felicidade por me verem fazendo algo de tanta importância para mim. E, por entenderem o quão necessário é tê-los sendo exatamente como são e torcendo por mim, cada um do seu jeito.

Guilherme, na última vez que escrevi uma dedicatória, nós éramos apenas namorados. Passei pelo mestrado enquanto noivos, e hoje encerro como sua esposa. Você sabe que isso não seria possível sem todo o seu suporte. Obrigada por estudar comigo à noite para eu não escolher ir dormir, por cozinhar sempre para eu ter mais tempo de escrever, e por ser sempre meu primeiro apoiador.

Aos meus amigos, que tanto me escutaram dizer “preciso fazer o mestrado”. Pela solidariedade nos momentos de angústia, mas também pela alegria compartilhada a cada capítulo finalizado. Obrigada por estarem comigo nessa caminhada.

Por fim, um agradecimento especial à minha professora orientadora, Amanda Athayde. Obrigada por aceitar essa jornada fora da caixinha comigo sem pestanejar. Você me ensina que devemos sair da zona de conforto para colher bons frutos. E que essa colheita seja frutuosa!

## RESUMO

Esse trabalho analisa as situações em setores de infraestrutura nas quais foram identificados prejuízos ao mercado e à sociedade, decorrentes da existência de lacunas regulatórias. Elas são encontradas nos cenários em que o regulador deveria agir, mas não o faz – ou o faz de forma ineficiente e intempestiva. A partir do estudo de três casos dos setores de aviação civil, energia elétrica e transporte ferroviário de cargas, foram indentificadas quatro características que delimitariam as lacunas regulatórias a serem estudadas. São elas: (a) ocorrência em setores de infraestrutura; (b) existência de *essential facility*; (c) mercados em que duas agências reguladoras se unem; e (d) busca de agentes por estrutura que permita maior eficiência na prestação do serviço. A partir dessas características setoriais, o regulador deveria estar mais atento à possibilidade de existência de lacunas regulatórias. Esse trabalho buscou a teoria regulatória mais adequada para solucionar de forma estrutural esses problemas. Em que pese a teoria mais utilizada pelos reguladores brasileiros ser a regulação responsiva, observou-se que a utilização da teoria da regulação positiva pode ser mais adequada para solucionar os problemas decorrentes da existência dessas lacunas regulatórias. Isso porque ela dá ao regulador os mecanismos necessários para evitar a perpetuação de lacunas regulatórias, a partir do seu objetivo de fomentar a competitividade do mercado e da sua metodologia, que perpassa a definição de objetivos claros e o alinhamento de expectativas com os regulados, para incentivá-los a cumprir a regulação proposta.

**Palavras-chave:** Infraestrutura; lacunas; regulação; concorrência; regulação positiva.

## ABSTRACT

This paper analyzes situations in infrastructure sectors in which the market and society were harmed, resulting from the existence of regulatory gaps. These gaps occur in scenarios where the regulator should act but fails to do so—or does so ineffectively and untimely. Through the study of three cases in the civil aviation, electricity, and freight rail transport sectors, four characteristics delimiting these regulatory gaps were identified: (a) occurrence in infrastructure sectors; (b) presence of essential facilities; (c) markets regulated by multiple agencies; and (d) agents seeking structures that enhance service efficiency. Based on these sector-specific characteristics, regulators should be more attentive to the potential existence of regulatory gaps. This study sought the most appropriate regulatory theory to structurally address these issues. Despite the prevalent use of responsive regulation theory by Brazilian regulators, it was observed that positive regulation theory might be more suitable for resolving problems arising from these regulatory gaps. This is because it equips regulators with mechanisms to prevent the perpetuation of regulatory gaps, focusing on fostering market competitiveness through clear goal-setting and aligning expectations with regulated entities to encourage compliance with proposed regulations.

**Keywords:** Infrastructure; gaps; regulation; antitrust; positive regulation.

## Sumário

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO .....	9
CAPÍTULO 2 – ESTUDOS DE CASO SOBRE PROBLEMAS REGULATÓRIOS E CONCORRENCIAIS DECORRENTES DE LACUNAS REGULATÓRIAS .....	13
<b>2.1. As diversas facetas do termo ‘lacuna regulatória’ .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2. Apresentação dos estudos de caso e das características que demonstrariam a necessidade de atuação célere e concreta dos reguladores .....</b>	<b>16</b>
2.2.1.Barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto de Guarulhos .....	16
a) Etapas e Mercado de Distribuição de Querosene de Aviação (QAv).....	17
b) Funcionamento do <i>pool</i> em Guarulhos.....	19
c) Regulação aplicável ao mercado de distribuição de QAv.....	22
d) Solução para suprir vácuo regulatório .....	25
2.2.2.Precificação do compartilhamento de postes de energia elétrica.....	30
a) Estrutura dos postes e possibilidade de compartilhamento.....	30
b) Situação atual de ocupação da infraestrutura e suas consequências.....	33
c) Regulação vigente sobre o compartilhamento de postes de iluminação pública.....	35
d) Soluções para o vácuo regulatório .....	38
2.2.3 Barreiras à entrada de operadores ferroviários no compartilhamento de malhas ferroviárias ..	45
a) Funcionamento do setor ferroviário e do compartilhamento da malha ferroviária .....	45
b) Situação atual do compartilhamento da infraestrutura ferroviária e os achados do Tribunal de Contas da União.....	47
c) Regulação do compartilhamento de malha ferroviária .....	51
d) Soluções para suprir o vácuo regulatório .....	53
CAPÍTULO 3 – REGULAÇÃO: TEORIAS REGULATÓRIAS QUE PODEM AUXILIAR NA SUPRESSÃO DE LACUNAS REGULATÓRIAS .....	58
<b>3.1. Teoria da <i>public choice</i> .....</b>	<b>60</b>
<b>3.2. Teoria econômica da regulação .....</b>	<b>64</b>
<b>3.3. Regulação Responsiva .....</b>	<b>66</b>
<b>3.4. Teoria da Regulação Positiva .....</b>	<b>75</b>
<b>3.5. Proposta: teoria regulatória que melhor orientaria o regulador para suprir lacunas regulatórias existentes, evitar que elas existam e possam prejudicar o funcionamento do mercado e a prestação do serviço à sociedade .....</b>	<b>78</b>
CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DAS LACUNAS REGULATÓRIAS APRESENTADAS À LUZ DA REGULAÇÃO POSITIVA .....	81
<b>4.1. Aplicando a teoria da regulação positiva aos estudos de caso sobre problemas regulatórios e endereçando possíveis soluções às lacunas regulatórias .....</b>	<b>81</b>
<b>4.2 Observação das características dos casos em relação às lacunas regulatórias e à regulação positiva .....</b>	<b>85</b>

CAPÍTULO 5 – CONCLUSÃO .....	90
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>96</b>

## CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruça sobre setores regulados de infraestrutura, ou seja, a prestação de serviços básicos à sociedade, como o fornecimento de energia e meios de telecomunicação, transporte de cargas e abastecimento de aeronaves para o transporte de passageiros e cargas. Com baixo acesso a esses serviços ou mesmo falta deles, os cidadãos encontram dificuldades de realizar atividades diárias.

Esses mercados são regulados pelas agências reguladoras, criadas nos anos de 1990. Elas são responsáveis por implementar as políticas públicas estabelecidas, fiscalizar o cumprimento pelos agentes e garantir a integração necessária entre os diferentes setores. Para tanto, possuem competências normativas, fiscalizatórias, decisórias e punitivas dentro da sua área de atuação. Em geral, cada agência reguladora atua em um setor regulado, com competências estabelecidas que não interferem em outros reguladores. É possível observar essa relação em alguns dos casos apresentados nesse trabalho, em que duas agências reguladoras atuam em conjunto para solucionar gargalos apresentados em seus respectivos âmbitos, tangenciais entre si.

Em paralelo, os mercados também devem respeitar as leis concorrenciais, de modo conviver em complementariedade os âmbitos regulatórios e concorrenciais. A própria legislação brasileira, na Constituição Federal e na Lei de liberdade Econômica, tem esse viés: ao passo que estabelece critérios e regras para a realização do processo regulatório, ela prevê a priorização da mínima intervenção no mercado. Essa ideia é concretizada pela ação complementar entre a regulação e a concorrência. A regulação busca suprir falhas que inviabilizariam a melhor prestação do serviço à sociedade, por meio de uma intervenção adequada. Da mesma forma, a política antitruste visa a correção de falhas de mercado, de modo a incentivar a concorrência e a estabelecer um mercado saudável e competitivo.

Há situações, no entanto, em que o regulador não age, ou age de forma incompleta e intempestiva, permitindo o surgimento e consolidação de problemas que impedem o devido funcionamento do mercado, as chamadas “lacunas regulatórias”. Essa situação é evidenciada pelos estudos de caso apresentados no trabalho. Entendeu-se que os desafios existentes nos setores analisados estão ligados a uma inércia do regulador, seja por não agir no momento certo ou mesmo por não apresentar uma regulação eficiente. Ao mesmo tempo, a atuação regulatória deve se preocupar com o desenvolvimento e fomento do mercado competitivo, que traz ganhos para a sociedade.

Foram selecionados três casos em setores regulados de infraestrutura com desafios no âmbito concorrencial, que demandam atuação regulatória para buscar desenvolver e sanar falhas de mercado. São eles: (a) barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto de Guarulhos; (b) precificação do compartilhamento de postes de energia elétrica; e (c) barreiras à entrada de operadores ferroviários no compartilhamento de malhas ferroviárias.

O primeiro, (a) de barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustível de aviação no aeroporto de Guarulhos diz respeito à intenção de um agente de adentrar no *pool* de abastecimento de querosene de aviação (QAv) por querodutos. A requerente alega que não é possível competir no mercado de abastecimento de aeronaves de maior porte sem adentrar ao condomínio constituído por demais companhias, que recebem o combustível da Petrobrás e detêm estrutura para realizar o abastecimento por meio de dutos.

Ao analisar a questão, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) buscaram estabelecer normativos conjuntos que suprissem a falta de regulação eficiente para solucionar a questão. O processo está em trâmite perante o Cade, para avaliar a existência de barreiras à entrada de novos agentes no mercado e a atuação (ou falta dela) dos reguladores competentes.

O segundo estudo de caso é referente à (b) precificação do compartilhamento de postes de energia elétrica. Desde o crescimento dos meios de telecomunicações, mostrou-se mais eficiente o compartilhamento dos pontos de fixação dos postes de iluminação pública. Assim, com uma mesma estrutura, seria possível estabelecer algumas linhas de telecomunicações. Ocorre que houve uma ocupação desordenada dessa infraestrutura, de modo a prejudicar a qualidade dos serviços prestados e gerar maior insegurança à população. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) se uniram para tentar solucionar essa questão, sem sucesso nos últimos anos, por ainda haver espaços na regulamentação e baixa adesão das empresas.

O terceiro caso apresentado diz respeito a uma auditoria do TCU acerca de (c) precificação do compartilhamento de postes de energia elétrica. Visando o melhor aproveitamento da malha ferroviária, as companhias podem compartilhar a sua infraestrutura, de modo a viabilizar que outras concessionárias ou operadores independentes realizem suas operações. O TCU notou, no entanto, a ausência de um ambiente concorrencial que permitisse

o melhor aproveitamento da malha ferroviária e a entrada de novos agentes no mercado. Quanto a essa questão, a Agência Nacional de Transportes Terrestres ainda não trouxe novidades.

Considerando a necessidade de atuação regulatórias que auxiliem no estabelecimento de um mercado competitivo e saudável, vê-se a importância do presente trabalho. Os casos apresentados dizem respeito à setores que fornecem serviços básicos para que a população viva com dignidade e tenha acesso aos direitos sociais que possuem. O aumento dos valores relacionados a esses serviços torna mais difícil e, às vezes, inviável, o usufruto para os cidadãos mais necessitados. Além disso, a prestação inadequada desses serviços impede que as pessoas tenham acesso à iluminação, telecomunicações, locomoção, bens e produtos, além de trazer maiores riscos de acidentes. Ou seja, a busca por um ambiente concorrencial saudável possibilita que o serviço seja bem prestado à população.

Esse tema tem sido estudado em outros âmbitos: a discussão acerca dos casos se volta para os problemas gerados e os normativos já existentes. Preocupam-se com os casos isoladamente, visando identificar os desafios e gargalos, além de propor soluções para os problemas já existentes.

Não foram identificados textos que observem os casos apresentados em busca de supressão da lacuna regulatória de forma estruturante, ou que amplifiquem o entendimento para prever eventuais novos gargalos. Não há uma visão sistêmica sobre os diversos setores regulados e os desafios similares que eles enfrentam.

Entende-se que esse olhar mais amplo, que abarque mais setores de infraestrutura e vise consolidar um entendimento que possa ser replicado a futuras situações, traz ganhos consideráveis. Utilizar-se de uma teoria regulatória que tenha diversas ferramentas estruturadas para evitar que lacunas regulatórias existam e escalem para gargalos concorrenciais possibilita a melhor prestação do serviço à população, o desenvolvimento de mercados e ganhos econômicos decorrentes de um ambiente concorrencial saudável.

Visando dar início a essa análise, esse trabalho se propõe a definir balizas para uma análise prévia de situações e setores que podem sofrer com lacunas regulatórias e terem seus mercados afetados profundamente. Busca-se caracterizar alguns desses cenários já existentes, a partir de aspectos concorrenciais e regulatórios, observando se houve atuação regulatória e, em a havendo, quais as premissas teóricas adotadas.

A principal pergunta que o trabalho busca responder é a seguinte: **qual a teoria regulatória que indicaria ao regulador como suprir lacunas regulatórias que trazem prejuízos concorrenciais e melhor atenderia ao objetivo de desenvolvimento saudável do mercado competitivo?** A princípio, tem-se como hipótese a regulação responsiva, amplamente utilizada pelos reguladores brasileiros.

Essa teoria é utilizada com fulcro nas previsões do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, ao se debruçar sobre diversas teorias regulatórias aplicáveis, vê-se que a regulação responsiva não é a que melhor atende aos objetivos desse trabalho. Considerando o intuito de destravar gargalos concorrenciais e regulatórios, bem como de fomentar os mercados dos setores de infraestrutura, observa-se que a teoria da regulação positiva é a que traz as melhores ferramentas para efetivar uma mudança significativa no setor estudado.

Isso porque o regulador deve observar o funcionamento do mercado, a sensibilidade dos agentes às alterações propostas e o melhor momento para a atuação regulatória. Além disso, ele pode se utilizar de mecanismos diversos, inclusive, aqueles relacionados à regulação responsiva, prevista no ordenamento brasileiro. Por esse motivo, optou-se por utilizar como marco teórico a regulação positiva, de Robert Baldwin.

Quanto à metodologia, foi realizado um estudo qualitativo e documental de processos públicos no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), agências reguladoras e Tribunal de Contas da União (TCU), especificamente, aqueles que diziam respeito aos casos estudados. Foram estudados e apresentados os documentos técnicos e jurídicos dos processos, bem como as decisões colegiadas sobre o assunto.

Além disso, foram apresentados artigos e livros acerca dos setores de infraestrutura e das teorias regulatórias estudados. Em especial, os estudos mais aprofundados se deram sobre os escritos de Marcio Iorio Aranha e Othon de Azevedo, referentes às teorias regulatórias mais difundidas, e de Richard Baldwin, acerca da recente teoria da regulação positiva.

O trabalho se divide em 5 capítulos. O (1) primeiro deles é a presente introdução, seguido de capítulo que (2) apresenta os casos estudados, em que há lacunas regulatórias. Nesse capítulo, busca-se delimitar sobre quais lacunas regulatórias esse trabalho tem o intuito de discorrer, entendendo que há vários tipos de lacunas, inclusive, aquelas desejáveis e que a solução das lacunas indesejáveis pode se dar de diversas formas. A partir da compreensão do conceito aplicado, detalha-se três casos que possuem características semelhantes e que se

entende que podem ser tratados a partir da mesma teoria regulatória. O terceiro capítulo se debruça sobre (3) as teorias regulatórias existentes e conclui pela utilização da teoria da regulação positiva como aquela mais adequada para suprir as lacunas regulatórias apresentadas nos casos de estudo e em outros casos com características semelhantes que porventura venham a surgir. Como quarto capítulo, há a (4) subsunção dos casos à teoria, de modo a identificar como o regulador positivo se portaria diante das situações apresentadas nos casos de estudo e como a atuação por meio da regulação positiva seria a mais adequada para suprir tais espécies de lacunas. O trabalho se encerra com a (5) conclusão, que consolida as hipóteses e resultados do trabalho, trazendo também as recomendações para que os estudos acerca da regulação positiva e lacunas regulatórias sejam aprofundados.

## CAPÍTULO 2 – ESTUDOS DE CASO SOBRE PROBLEMAS REGULATÓRIOS E CONCORRENCIAIS DECORRENTES DE LACUNAS REGULATÓRIAS

O presente trabalho pretende estudar situações em que problemas regulatórios e concorrenciais advêm de lacunas regulatórias, ou seja, de cenários em que as agências reguladoras deveriam agir, mas não o fizeram, ou o fizeram de forma incompleta e intempestiva. Para tanto, é necessário compreender detalhadamente o conceito de lacuna regulatória utilizado no trabalho, observando também em quais outras situações ele é aplicado.

Após a (2.1) apresentação das diversas facetas do conceito de lacuna regulatória, serão apresentados brevemente quais os (2.2) principais pontos a serem estudados nos casos, delimitando quais as características que definem as lacunas regulatórias estudadas no presente trabalho. Por fim, serão apresentados três casos: (2.2.1) barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto de Guarulhos, (2.2.2) ocupação desordenada e precificação do compartilhamento de postes de energia elétrica e (2.2.3) barreiras à entrada de operadores ferroviários no compartilhamento de malhas ferroviárias.

### **2.1. As diversas facetas do termo ‘lacuna regulatória’**

O termo “lacuna regulatória” e seus similares possuem conceitos diferentes, a depender da situação em que são aplicados. É importante se debruçar sobre esse assunto para melhor compreensão da escolha dos casos apresentados e da conclusão do trabalho. Outros conceitos de lacunas/vácuos regulatórios foram observados em criptomoedas, *tokenização*, e energia elétrica.

Em relação às criptomoedas, o termo “vácuo regulatório” foi utilizado para expressar a ausência de clareza em relação à regulamentação aplicável ao ativo e à ausência de regulador. Os criptoativos surgiram em 2008 e, até a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), em 2019, e a edição da Lei nº 14.478/2022, a regulação era escassa e se baseava em pronunciamentos de órgãos relacionados.

O Banco Central (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já se pronunciaram sobre a questão, alertando sobre alguns riscos relacionados à transação e, posteriormente, admitindo fundos de investimentos com criptoativos. A Receita Federal também se pronunciou sobre esses ativos, apontando a necessidade de prestação de informações à Secretaria da RFB (ALVES, 2023). A lacuna regulatória nesse setor era referente à inexistência de autoridade competente para regulamentar o setor e lei que disponha sobre o conceito e princípios aplicáveis às criptomoedas.

Quanto à *tokenização*, especialistas ouvidos pelo jornal Estado de São Paulo apontam que a mencionada Lei nº 14.478/2022 é ampla e não especifica quais os ativos regulados. Por exemplo, não está claro se os *tokenizadores* ou *tokens* são incluídos nela, e quais os parâmetros para distinguir a natureza jurídica dos *tokens*. Vê-se uma lacuna referente à ausência de legislação que abranja todos ativos necessários, mas a competência de fazê-lo é do Congresso Nacional e não da agência reguladora.

Outra situação em que se utilizou o conceito de “vácuo regulatório” foi relacionada a decisões judiciais que impossibilitam a aplicação da regulação. Segundo notícia veiculada na Agência Infra, a ANEEL afirmou que uma decisão judicial gerou um vácuo regulatório na cobrança do PLD (Preço de Liquidação de Diferenças). Ao suspender diversos normativos, o juiz teria impossibilitado a precificação do PLD. Segundo a agência, esse valor reflete variação de preços do mercado e sua composição deveria ser relacionada ao negociado. A decisão do juiz teria criado uma situação na qual não se sabe o valor mínimo a ser considerado, se a exclusão dos custos é parcial ou integral e quais os terceiros afetos. Nessa situação, a agência possui um normativo em vigor, mas um ente externo gerou a lacuna, que deve prejudicar o setor.

Importa trazer também que outra utilização de lacuna regulatória é a mera opção regulatória por não agir. Em diversas situações, essa é a opção mais inteligente e adequada para o regulador. Ele pode optar por manter o *status quo*, entendendo que os regulados têm capacidade de solucionar a questão sozinhos, que a atuação regulatória seria mais custosa, ou

que ela geraria ineficiências no mercado. Nessas situações, a melhor opção regulatória é, de fato, manter essa lacuna regulatória.

Apesar de os cenários apresentados acima utilizarem da mesma nomenclatura, eles não representam o conceito de lacuna regulatória aplicado no presente trabalho. Nas situações descritas nesse tópico, a lacuna regulatória não é ocasionada por uma inércia do regulador, mas por ausência de atuação do legislador, por atuação considerada exacerbada de um terceiro ou pela opção consciente e eficiente de manter o setor regulado com as normas atualmente vigentes. Além disso, tais lacunas não possuem as características que foram observadas nos casos de estudo e que permitem que a solução aplicada seja semelhante, por exemplo, utilizar-se da mesma lógica regulatória para evitar prejuízos maiores à prestação dos serviços.

Os casos de estudo desse trabalho e que serão detalhados nesse capítulo se referem a situações em que é clara a competência do regulador e ele não age para superar gargalos no mercado ou evitar que eles se instalem. Foram selecionados casos a partir de quatro características, quais sejam: (a) ocorrência em setores de infraestrutura; (b) existência de *essential facility*; (c) mercados em que duas agências reguladoras se unem; e (d) busca de agentes por estrutura que permita maior eficiência na prestação do serviço. Tais características demonstrariam que a ausência de atuação regulatória teria o condão de prejudicar o mercado e a prestação do serviço, mas poderia ser solucionada e evitada a partir da incorporação da teoria regulatória mais adequada, a ser definida ao longo desse trabalho.

Conceitua-se “lacuna regulatória”, para fins desse trabalho, como a falta de atuação do regulador ou sua ineficiência e intempestividade em fazê-lo, que ocasiona desafios concorrenciais e regulatórios em mercados que possuem as características descritas, quais sejam, (a) ocorrência em setores de infraestrutura; (b) existência de *essential facility*; (c) mercados em que duas agências reguladoras se unem; e (d) busca de agentes por estrutura que permita maior eficiência na prestação do serviço. Tais problemas devem ser solucionados para viabilizar o devido funcionamento do setor e possibilitar ganhos econômicos e sociais, cumprindo com o propósito de atender ao interesse público.

De forma mais específica, busca-se identificar a teoria regulatória que melhor supriria essa falta de atuação regulatória e como o regulador poderia agir para evitar os problemas concorrenciais decorrentes dessa inércia, intempestividade e ineficiência. No próximo tópico, serão apresentados os estudos de caso.

## **2.2. Apresentação dos estudos de caso e das características que demonstrariam a necessidade de atuação célere e concreta dos reguladores**

Os estudos de caso a serem apresentados nessa pesquisa visam trazer luz a um problema que impede o bom funcionamento dos serviços, gerando dificuldades na sua prestação do serviço: a inércia ou atuação ineficiente e intempestiva dos reguladores. Ele é necessário para delimitar qual o tipo de lacuna regulatória que pretende ser estudada.

Não se espera que todos os tipos de lacunas regulatórias sejam supridos da mesma forma, utilizando-se os mesmos mecanismos regulatórios. Na realidade, a teoria regulatória a ser estudada no presente trabalho deve ter a capacidade de indicar ao regulador qual a melhor atuação para impedir prejuízos estruturais aos mercados concorrenciais nos setores competitivos de infraestrutura que possuem determinadas características.

Nos casos estudados, buscou-se identificar as características já apresentadas, que indicariam se tratar de situações que o regulador deve observar com maior atenção para avaliar a necessidade de supri-las com celeridade e eficiência, e que poderiam se utilizar da mesma teoria regulatória para serem solucionadas. As quatro características, já mencionadas e foram observadas, são: (a) ocorrência em setores de infraestrutura; (b) existência de *essential facility*; (c) mercados em que duas agências reguladoras se unem; e (d) busca de agentes por estrutura que permita maior eficiência na prestação do serviço.

No próximo subtópicos, essas características serão analisadas a partir do funcionamento do mercado, problemas encontrados devido à lacuna regulatória, regulação aplicável e solução utilizada atualmente para suprir a lacuna regulatória apresentada nos seguintes casos: (2.2.1) barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto de Guarulhos, (2.2.2) ocupação desordenada e precificação do compartilhamento de postes de energia elétrica e (2.2.3) barreiras à entrada de operadores ferroviários no compartilhamento de malhas ferroviárias.

### **2.2.1. Barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto de Guarulhos**

Em 2014, a empresa Gran Petro apresentou representação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por entender que as empresas BR Distribuidora, Raízen e AirBP estariam agindo de maneira anticompetitiva para impedir sua entrada no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto de Guarulhos, em São Paulo. As

Representadas possuem *pool* que realiza a distribuição de querosene de aviação (QAv) para o abastecimento dos aviões que operam no aeroporto, por meio de um sistema de hidrantes. A Representante, que também é distribuidora de combustíveis, imputou-lhes três condutas anticompetitivas, quais sejam, o descumprimento de Termo de Regulação de Conduta firmado entre a Raízen e o Cade, abuso de posição dominante decorrente de exclusividades entre as distribuidoras e o aeroporto de Guarulhos, criação de barreiras à entrada e limitação de acesso de terceiros. A representação foi recebida pelo Cade, e a área técnica entendeu pela instauração de inquérito administrativo para investigar o mercado e as condutas apresentadas.

Importa trazer explicações acerca das (a) etapas e mercado de distribuição de querosene de aviação, (b) funcionamento do *pool* em Guarulhos, (c) regulação aplicável ao mercado de distribuição de querosene de aviação pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). A partir desse ponto, poderá se debruçar sobre (d) a solução encontrada pela agência para endereçar esse conflito.

a) Etapas e Mercado de Distribuição de Querosene de Aviação (QAv)

O abastecimento das aeronaves nos aeroportos – seja por meio de rede de hidrantes ou por abastecimento utilizando caminhões – compreende as seguintes etapas: produção de petróleo, transporte até as refinarias, envio às distribuidoras e venda aos consumidores finais, conforme cartilha disponível no sítio eletrônico da Petrobrás.

Após a descoberta de jazidas de petróleo, aquisição e instalação dos equipamentos e unidades *offshore* que permitirão a devida extração do petróleo, as plataformas funcionam de modo a produzir, processar, armazenar e transferir petróleo e gás. Encerrada a etapa de produção, o petróleo é transportado por oleodutos para as refinarias das subsidiárias da Petrobrás. Nessas refinarias, o petróleo é refinado em três etapas, separação, conversão e tratamento. Após esse processo, a gasolina é enviada às distribuidoras para a venda aos consumidores finais. A seguir, imagem que mostra as etapas:

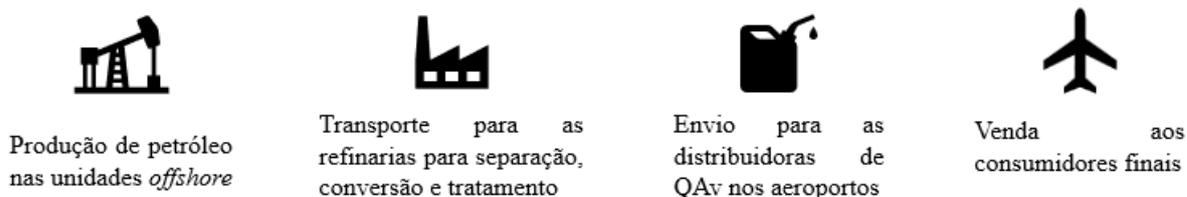


Figura 1 - processo de produção, refino e distribuição de gasolina

Fonte: A partir da Cartilha da Petrobrás

Quando se trata de combustível de aviação, a distribuição pode ser realizada diretamente para o consumidor (aeronaves ou Postos de Abastecimento) ou por meio de um revendedor vinculado ou independente, como apresentado pela área técnica do Cade (CADE, 2018, p. 9 e 10). No primeiro caso, o combustível é transportado por meio de dutos diretamente à tancagem nos aeroportos e abastecem as aeronaves por meio de hidrantes ou caminhões. Na segunda situação, o combustível já refinado é transportado por meio de dutos para bases primárias das distribuidoras, segue por meio de caminhões para tancagem nos aeroportos e depois abastecem as aeronaves também por caminhões ou hidrantes.

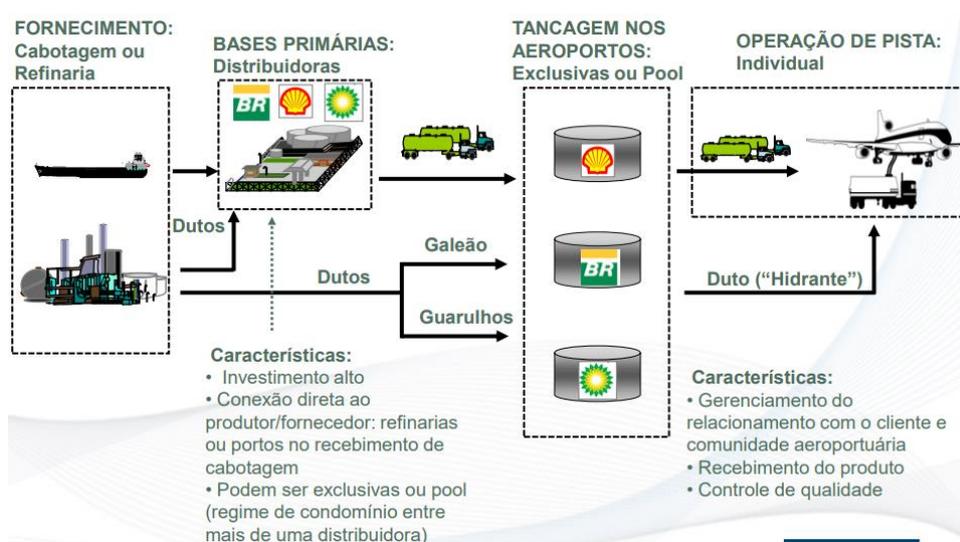


Figura 2 - Processo de fornecimento e abastecimento de Querosene de Aviação (QAv) nos aeroportos

Fonte: SINDICOM (2012)

A área técnica do Cade (CADE, 2018) entendeu que há dois mercados relevantes para o caso que será estudado: o mercado de distribuição a montante e o mercado de revenda a jusante. O mercado de distribuição comporta a coleta de combustíveis nos pontos de produção até a entrega aos postos revendedores ou consumidores finais. Já o mercado de revenda a jusante diz respeito à venda dos revendedores aos consumidores finais. Em termos de concorrência para abastecimento de aeronaves, o foco será o mercado de distribuição de combustíveis, não se debruçando sobre o mercado de produção e refino do petróleo.

O mercado de distribuição diz respeito à recepção do QAv que chega ao aeroporto por meio dos dutos ou dos caminhões e é entregue às distribuidoras instaladas no sítio aeroportuário. O mercado de revenda é o repasse dos tanques instalados às aeronaves, também por meio de caminhões ou dutos.

É nesse contexto que se insere o caso em estudo. A companhia Gran Petro, distribuidora de combustíveis de aviação, pretendia inserir-se no mercado de distribuição de QAv no Aeroporto de Guarulhos, no qual já atuavam as representadas, AirBP, BR Distribuidora e Raízen, por meio de tancagem na modalidade *pool*. Esse contrato que será apresentado no tópico a seguir.

#### b) Funcionamento do *pool* em Guarulhos

As distribuidoras de combustíveis já atuantes no mercado em Guarulhos estão organizadas em um *pool* de abastecimento. Ou seja, organizam-se de forma semelhante a um condomínio, em que cada agente possui os próprios tanques conectados ao duto de transferência da Petrobrás. Esses tanques abastecem as aeronaves por meio de uma rede de hidrantes. As distribuidoras compartilham a infraestrutura da rede de hidrantes nos *pools* pela inviabilidade econômica de duplicação dessa rede para cada distribuidora (CADE, 2018, p. 14).

As representadas Air BP, BR Distribuidora e Raízen firmaram um contrato com a Infraero para construção, instalação e operação do *pool* de armazenamento de combustíveis dentro do sítio aeroportuário. Esses contratos foram sub-rogados pela GRU Airport, atual concessionária do aeroporto de Guarulhos (CADE, 2018, vol. 1, p. 75).

Considerando as dificuldades de implementação de nova rede de hidrantes, a Gran Petro solicitou ingresso à instalação no *pool* para ter acesso ao duto de transferência da Petrobrás (ponto A da figura 3), aos tanques dos integrantes do *pool* (ponto B da figura 3) ou aos tanques da Raízen por meio de contrato de cessão de espaço, vez que os tanques seriam ociosos. A seguir, imagem juntada pela Gran Petro para explicar o funcionamento do *pool* e as propostas de entrada da companhia (CADE, vol. 1, p. 41):

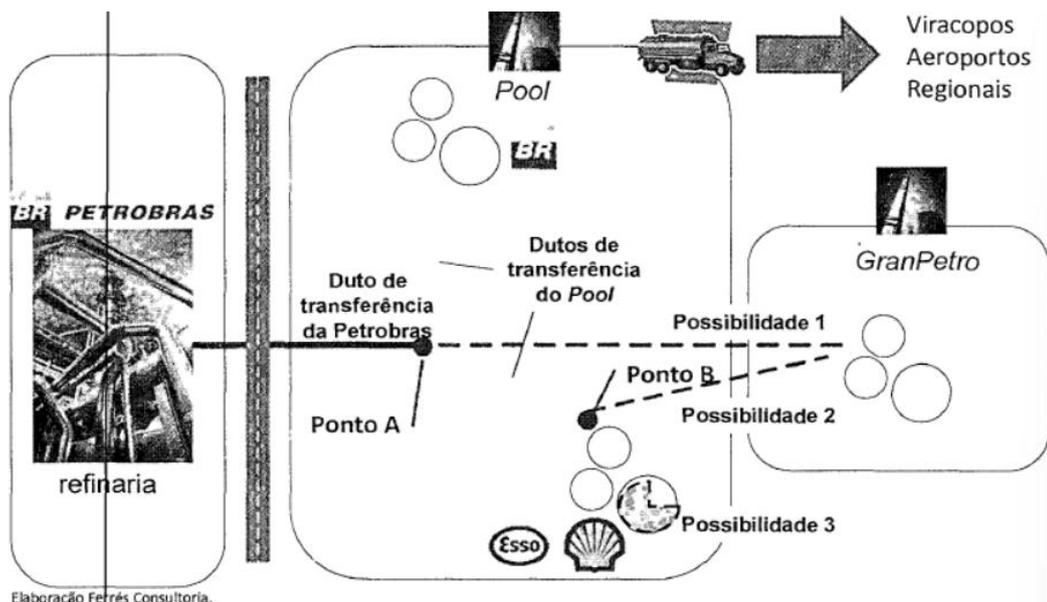


Figura 3 - Funcionamento do pool de abastecimento em Guarulhos/SP

Fonte: Gran Petro

O problema está inserido nas respostas que a Gran Petro teria recebido a partir do seu pedido inicial de ingresso no *pool* de abastecimento. Segundo a representante, teria havido recusa de contratação, abuso de posição dominante, criação de barreiras à entrada e limitação de acesso a terceiros pelas integrantes do *pool*. A Nota Técnica 31/2020 traz as respostas prestadas por cada agente, como será demonstrado a seguir:

- **RAÍZEN:**
  - **Quanto à recusa de contratação:** A Gran Petro teria solicitado a instituição de servidão sobre o terreno da Raízen e utilização da área para interligação ao ponto B e contrato de locação de espaço do tanque da Raízen até a finalização da construção do duto que alcança o ponto B. Em contrapartida, a Raízen teria sugerido a interligação direta ao Ponto A ou a implantação de duto que contornasse o terreno da Raízen. Por fim, entende que seu terreno e tancagem não são infraestruturas essenciais para competição no mercado de distribuição de QAv.
  - **Quanto à imposição de barreiras à entrada no acesso à infraestrutura essencial:** A Raízen informou que não houve a negociação, porque a Gran Petro teria deixado de apresentar as informações requeridas pelo *pool* e não possuía requisitos técnicos para ingresso no condomínio. Em relação a

eventuais barreiras à entrada, argumenta a companhia de que o acesso ao *pool* não é necessário para a entrada no mercado do aeroporto de Guarulhos, vez que o abastecimento por rede de hidrantes só é relevante para aeronaves de grande porte e voos internacionais, podendo a Gran Petro se utilizar do abastecimento por caminhões nos demais voos. Ademais, seria possível a replicação da rede de hidrantes, como já teria acontecido no terminal 3 do próprio aeroporto.

- **AIR BP**: A Gran Petro pode se inserir no mercado de distribuição de QAV no aeroporto de Guarulhos de forma independente, como a AirBP agiu em outras situações. A companhia deveria preencher requisitos operacionais e financeiros para ingresso no *pool*, além de existir capacidade ociosa no condomínio, de modo que não há qualquer cláusula de exclusividade no contrato firmado. Nesse sentido, o *pool* não representa uma infraestrutura essencial ou houve qualquer recusa de contratação com a Gran Petro.
- **BR DISTRIBUIDORA**: Conforme a regulação vigente, em especial, a Resolução ANAC nº 302/2014, não há obrigatoriedade de compartilhamento da infraestrutura do *pool* com terceiros, vez que se trata de área aeroportuária. Ademais, a infraestrutura em questão não corresponderia a uma infraestrutura essencial por não compreender os requisitos necessários para tal. Assim, a recusa à contratação devidamente justificada seria lícita.

A partir das respostas apresentadas e após os trâmites processuais, a representação foi julgada em novembro de 2022. Nos termos do voto do Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido, o Conselho acordou, por maioria, que houve limitação de livre concorrência e livre iniciativa, o que constituiu dominância do mercado e abuso de posição dominante.

No decorrer do voto, o Conselheiro considerou a existência de duas atividades no mercado, quais sejam a armazenagem de combustível e o abastecimento dos aviões (operação *into plane*). Como já discorrido nesse tópico, o *pool* do qual as representadas são integrantes realiza a atividade de armazenamento do combustível enquanto as distribuidoras competem na operação *into plane*. O contrato atípico de cessão entre o operador aeroportuário e as administradoras do *pool* prevê que a autorização de ingresso de terceiros na área deve ser acordada entre as partes contratantes e dependerá de disponibilidade do queroduto, obediência às normas de segurança e aos requisitos financeiros.

Ademais, o contrato de concessão prevê o livre acesso à rede de hidrantes, o que sinaliza a impossibilidade de ser negado acesso à representada, podendo apenas determinar as condições para esse ingresso. Ocorre que, durante as negociações, o conselho entendeu que não se mostrou claro o critério financeiro para entrada no mercado, e não foi definido o valor para adquirir quotas do condomínio. Isso acabou por limitar o acesso das empresas ao mercado.

Analisando a conduta de imposição artificial de barreiras à entrada no mercado de comercialização de QAv, por meio da regra da razão, o voto reconheceu (a) efeitos negativos ao mercado de distorção alocativa e (b) barreiras estratégicas à entrada.

Quanto ao primeiro, (a)

“em vários dos cenários analisados, a entrada de nova empresa sem acesso à rede de hidrantes dependeria de aumento na parcela de combustível distribuído no aeroporto por meio de CTAs, distorcendo a alocação eficiente e gerando subutilização da rede de hidrantes” (CADE, 2022).

Há uma discrepância significativa de eficiência entre o abastecimento por hidrantes e o abastecimento por caminhões, que seria a outra possibilidade de entrada no mercado de abastecimento em grandes aeroportos.

Quanto ao segundo, (b) mesmo que a empresa conseguisse viabilizar a operação por caminhões, o conselheiro entendeu que a companhia poderia sofrer retaliação das demais empresas por meio de subsídios cruzados entre as operações por hidrantes e caminhões, o que se enquadra em barreira à entrada.

As representadas foram condenadas por infração à ordem econômica quanto à "imposição de barreiras artificiais à entrada e de dificuldades no acesso a infraestrutura essencial no mercado de QAv no Aeroporto de Guarulhos" (CADE, 2022), devendo arcar com multas pecuniárias. As companhias deveriam, também, tornar públicas as regras de acesso a terceiros interessados para transferência de combustíveis para outros aeroportos, operações de distribuição de combustíveis por meio de hidrantes e aquisição de quotas condominiais.

A seção seguinte se debruça sobre a regulação da ANAC referente ao mercado de distribuição de QAv, de modo a melhor compreender eventuais ações realizadas pelas agências reguladoras setoriais.

c) Regulação aplicável ao mercado de distribuição de QAv.

O setor de aviação civil, incluindo a administração e operação dos aeroportos públicos e concedidos, é regulado pela ANAC, conforme disposto no art. 8º, inc. XXI, da Lei nº 11.182/2005, que traz como competência da agência “regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária”. Em contrapartida, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é responsável por “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, (...) com ênfase na (...) proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos”, como dispõe o art. 8º, inc. I, da Lei nº 9.478/1997.

As duas agências possuem competências distintas sobre o assunto em estudo. A ANAC trata de questões operacionais voltadas à regulação do Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA), requisitos de segurança e organização para abastecimento das aeronaves. A ANP cuida do processamento de combustíveis, desde a produção até a chegada nos tanques de armazenamento.

Não se enxerga qualquer sobreposição de competências entre as agências na situação apresentada. O mercado possui duas atividades, armazenagem de combustível e abastecimento dos aviões (operação *into plane*). O presente caso não discute os requisitos operacionais e de segurança para uma empresa se habilitar como distribuidora de combustíveis ou para transportar combustíveis. Por esse motivo, será analisado apenas o arcabouço normativo referente à ANAC, que é competente para regular os PAAs nos aeroportos. Para tanto, a presente seção vai analisar os aspectos mais importantes para o estudo de caso das seguintes resoluções: Resolução ANAC nº 113/2009, Resolução ANAC nº 116/2009 e Resolução ANAC nº 302/2014.

A Resolução nº 113, de 22 de setembro de 2009, estabelece os critérios para alocação de áreas aeroportuárias. O art. 2º traz como área aeroportuária a destinada aos serviços auxiliares do aeroporto, onde se enquadra o abastecimento de aeronaves. Apesar disso, não há menção clara à organização dessas áreas aeroportuárias. A resolução menciona apenas que o operador aeroportuário é responsável por definir a organização das áreas administrativas públicas (conforme seu art. 4º), as vinculadas à exploração de serviço aéreo público (conforme art. 5º) e as áreas destinadas à exploração comercial (conforme art. 10º).

A Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009, trata especificamente dos serviços auxiliares ao transporte aéreo. Segundo o anexo da resolução, o abastecimento é considerado um serviço auxiliar de natureza operacional (1.01) e a operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves é considerada um serviço auxiliar de natureza comercial (1.11).

O art. 3º da resolução acima determina que as companhias atendam aos “requisitos técnicos estabelecidos pela ANAC no que concerne a procedimentos, habilitação de pessoal e equipamentos”. Nesse sentido, tornam-se impedidas de prestar serviços auxiliares as empresas que tenham perdido a capacidade técnica ou operacional, ou que descumpram os requisitos estabelecidos pela ANAC.

A Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014, traz especificamente os procedimentos para alocação e remuneração das áreas destinadas aos PAA. Ela foi substancialmente alterada pela Resolução nº 717, de 13 de junho de 2023. Antes da alteração, a norma dispunha apenas sobre os critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias, sem se voltar às condições de acesso aos PAA.

Segundo a resolução cabe ao operador aeroportuário definir a localização e o tamanho das áreas aeroportuárias, observadas eventuais regulamentações específicas. Em relação às áreas destinadas a despacho de aeronaves, passageiros e respectivas bagagens (*check-in*); recebimento e despacho de carga e de bens transportados por aeronaves; carga e descarga de aeronaves; manutenção de aeronaves e serviços correlatos; abrigo de aeronaves e equipamentos de rampa; e instalação de escritório administrativo.

O normativo dispõe ainda que eventuais conflitos sobre a alocação de área sejam solucionados por negociação entre as partes. É considerado que há uma escassez de área quando os *players* não conseguem alcançar um consenso, situação em que o operador aeroportuário ainda assim deve seguir os critérios estabelecidos no art. 7º da resolução em questão<sup>1</sup>.

Quanto aos preços, o art. 12 da resolução traz diretrizes para cada espécie de área aeroportuária. Especificamente relacionados ao abastecimento de aeronaves, ela aponta que “deverá ser fixada com base no volume de combustível comercializado pela distribuidora”. Em relação às áreas comerciais, a negociação é livre entre o operador do aeródromo e a parte interessada.

Nesse sentido, é possível perceber um afinamento das resoluções da agência. A princípio, são estabelecidas quais as áreas aeroportuárias e quais os critérios para a sua alocação

---

<sup>1</sup>Art. 7º Caso não seja configurada escassez das áreas referidas no art. 3º desta Resolução por empresas exploradoras de serviço de transporte aéreo regular, o operador do aeródromo deverá disponibilizá-las conforme critério próprio, observando o disposto no art. 40 da Lei nº 7.565, de 1986, no que couber, e a seguinte ordem de prioridade: ([Redação dada pela Resolução nº 717, de 13.06.2023](#)) I - empresas exploradoras de serviço de transporte aéreo público não regular; II - empresas exploradoras de serviços auxiliares ao transporte aéreo e de abastecimento de aeronaves; e III - demais exploradoras de serviços e pessoas físicas.

(Resolução ANAC nº 113/2009). Considerando um tipo de área aeroportuária, a Resolução ANAC nº 116/2009 se debruça sobre alguns serviços auxiliares ao transporte aéreo, entre eles, o abastecimento e operação de PAA e traz os critérios para sua alocação. Por fim, a Resolução ANAC nº 302/2014 discorre sobre os critérios para precificação e destinação das áreas aeroportuárias.

Ocorre que, em sua redação original, não são estabelecidos critérios tão específicos para a precificação das áreas relacionadas ao abastecimento de aeronaves. Essas questões serão trazidas de forma mais específica na Resolução ANAC nº 717/2023, tratada no tópico seguinte.

d) Solução para suprir vácuo regulatório

Tendo em vista o conflito entre as empresas de distribuição de QAv no aeroporto de Guarulhos, a ANAC optou pelo aprimoramento da legislação vigente, de modo a disciplinar de forma mais clara aspectos relacionados à entrada de novos agentes e à precificação do ativo. A iniciativa se deu pela Nota Técnica nº 001/2019-ANP-ANAC, que discorre sobre o papel das agências reguladoras na concorrência, o mercado de distribuição de QAv, os custos incorridos para a distribuição do combustível, os modelos de abastecimento, entre outros. Este tópico vai tratar sobre as conclusões e as sugestões que resultaram na Resolução ANAC nº 717/2023.

O grupo de trabalho que resultou nessa nota técnica, composto por servidores das duas agências, trouxe três recomendações: (a) “ampliar a divulgação das informações no setor de combustíveis de aviação para melhorar a tomada de decisão do mercado e dos órgãos de governo”, (b) estender os estudos dos modelos adotados para alteração regulatória, e (c) criar grupo de trabalho ou incluir no grupo em questão os problemas que envolvem gasolina de aviação.

Sobre questão (a), sugeriu-se a consolidação e divulgação periódica de “dados do setor, como volume médio de vendas, importações, preços médios por região e margens médias brutas de distribuição” (ANAC e ANP, 2019, p. 19). Quanto à questão (b), buscou-se a extensão dos estudos dos possíveis modelos de distribuição de combustíveis para alteração normativa que melhor convenha. A questão (c), considerando os problemas que dizem respeito à gasolina de aviação, sugeriu a criação de grupo de trabalho para estudar o tema.

A partir do amadurecimento da discussão, o acesso ao mercado de distribuição de combustível de aviação foi incluído como tema da Agenda Regulatória da ANAC e submetido à Consulta Pública nº 09/2022, com o objetivo de revisar as Resoluções ANAC nº 116/2009 e

nº 302/2014. Segundo o Relatório de Análise de Impacto Regulatório (AIR), foram três os problemas que motivaram a inclusão do tema na Agenda Regulatória:

- Barreiras à entrada de novos *players* no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição;
- Dificuldades de implementação das regras de livre acesso atuais; e
- Insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

A partir dessas constatações, os agentes afetados (concessionárias, empresas aéreas e associações setoriais) foram ouvidos. Os atores concordam sobre a possibilidade de alteração das resoluções existentes, apesar de discordarem quanto ao grau dessa necessidade. Por exemplo, BR Distribuidora e AIR BP reconhecem que o normativo não abarca todas as situações que podem gerar desconforto para os setores; já a Gran Petro é enfática ao enxergar a regulação como ineficiente; a Concessionária do Aeroporto de Guarulhos, por sua vez, apenas não se opõe à alteração normativa e entende que deve haver regras de transição para o novo modelo, o que foi endossado pela associação setorial.

Sobre o tema, a Organização de Aviação Civil Internacional (ICAO) possui o Doc 9082 – *ICAO's Policies on Charges for Airports and Air Navigation Services*, que disciplina os princípios-chaves para a precificação de ativos de infraestrutura. São eles: não discriminação, relação com custos, transparência e consulta aos usuários. A partir dos estudos da organização e de pesquisa de *benchmark*, a ANAC passou a entender que

deve estabelecer regras e diretrizes para evitar a falta de transparência e a imposição de critérios discriminatórios, deve estabelecer regras de consulta com vistas a favorecer que as decisões sejam tomadas por meio de soluções negociadas, deve promover o engajamento entre as partes, e, na ausência de acordo entre as partes, ANAC pode arbitrar uma decisão levando em consideração as informações apresentadas por ambas as partes, e o engajamento (ou a falta dele) de cada uma das partes no processo de consulta e negociação. (ANAC, 2020)

Após a agência concluir pela necessidade de atuação, foram apresentadas algumas opções regulatórias, quais sejam, (a) manutenção das regras atuais com aprimoramento da Resolução ANAC nº 302/2014; (b) regulação dos preços de acesso a infraestruturas de dutos e hidrantes; e (c) desverticalização da operação dos PAAs e distribuição de combustíveis. Optou-se pela opção A, que atualiza e moderniza as resoluções já existentes.

A escolha da agência se pautou no fato de que as atuais regras de livre acesso seriam suficientes para os aeroportos brasileiros, salvo aqueles em que o abastecimento por hidrantes se mostra necessário para a competição entre os atores. Esses casos são os grandes aeroportos

internacionais, especificamente, os aeroportos de Guarulhos/SP e Galeão/RJ. Mesmo com essa constatação, a agência reconheceu ser o momento apropriado para o aprimoramento do regramento como um todo, dando maior ênfase aos aeroportos mencionados. Essa escolha mantém a baixa intervenção regulatória e privilegia a solução negociada entre as partes.

A proposta normativa trouxe quatro alterações significativas às Resoluções: (a) aplicabilidade das regras aos aeródromos delegados a estados e municípios, (b) análise prévia de contratos envolvendo dutos e hidrantes, (c) compartilhamento da infraestrutura instalada nos PAAs dos aeroportos de Guarulhos e Galeão, e (d) prestação de serviços auxiliares no transporte aéreo.

Quanto à alteração (a), a aplicabilidade das regras aos aeródromos delegados a estados e municípios, a proposta de alteração normativa traz a possibilidade de os entes delegatários implementarem o que acharem pertinente, desde que os critérios constem no convênio de delegação ou no instrumento de outorga e tenham sido aprovados pelo ministério competente. A diretoria da agência, nos termos do voto do Diretor-Presidente Substituto Tiago Pereira, entendeu que essas condições diferenciadas devem ser devidamente motivadas, após discussão entre as partes. Como critérios para envolvimento da ANAC, a diretoria exige garantia da:

- (i) a efetividade dos mecanismos de contrapeso à proposição de desvios regulatórios (interesse público e consulta aos afetados) ora permitidos aos entes delegados; e
- (ii) que a atuação desta Agência em aeroportos delegatários ocorra apenas nos casos de fuga completa dos referidos contrapesos. (ANAC, 2023b)

Quanto à alteração (b), a proposta da área técnica aponta para a necessidade de que esses contratos sejam previamente enviados para análise da ANAC, com o objetivo de harmonizar as regras referentes a esse assunto.

Em relação ao problema inicial que ensejou a revisão normativa, a alteração (c) optou por tornar mais específica a norma, criando critérios apenas para os aeroportos do Galeão e de Guarulhos. Essa análise está consubstanciada no fato de que apenas nesses aeroportos que o acesso aos PAAs para abastecimento por meio de dutos é considerado uma *essential facility*, de modo que a falta de acesso a eles impediria a competição no mercado de distribuição de combustíveis.

O operador aeroportuário deve tornar as condições para acesso ao mercado de distribuição de combustíveis de aviação públicas, por meio de Termo de Condições de Acesso. Nesse documento, deverão constar as regras, requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios

para a entrada de agentes no mercado, além de dispor sobre a remuneração “relacionada aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais” (ANAC, 2023a), conforme a redação final do artigo:

Art. 14-B. O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deverão tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

§ 1º O termo deverá ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, podendo ser exigido dos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura:

I - atendimento aos padrões de segurança operacional, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela regulamentação vigente e com os padrões aceitos internacionalmente; e

II - requisitos adicionais oriundos do processo de consulta.

§ 2º A remuneração pelo acesso, que deverá constar expressamente no termo, deverá estar relacionada aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais, observados os seguintes critérios:

I - os custos de investimentos deverão ser relacionados ao Custo Histórico Corrigido;

II - o custo de capital poderá incluir custo de capital próprio, de terceiros e prêmio de risco do investimento; e

III - a amortização deverá utilizar critério linear, considerando o tempo em que os ativos foram utilizados e a duração do contrato de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves firmado com o operador do aeródromo, de forma que, ao fim do contrato, os ativos deverão ser considerados totalmente amortizados.

§ 3º O termo deverá ser claro com relação a quais instalações e equipamentos serão utilizados em regime compartilhado.

§ 4º O termo deverá estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias, e dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante.

§ 5º Ultrapassado o prazo do § 4º deste artigo, não havendo manifestação expressa contrária, a requisição de acesso será considerada tacitamente aprovada.”

Por óbvio, é possível que esse cenário se altere e outros aeroportos passem a necessitar de regulação mais incisiva esse ponto. A proposta trazida pela agência, após análise pela diretoria, foi no sentido de gerar uma ampla discussão pública sobre o assunto, considerando alguns critérios para a inclusão ou exclusão de algum agente do mercado:

Art. 14-A. Os operadores do Aeroporto Internacional de Guarulhos e do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão, bem como os operadores dos Parques de Abastecimento de Aeronaves destes aeroportos, deverão garantir o acesso à infraestrutura instalada do Parque de Abastecimento de Aeronaves nos termos deste Capítulo.

§ 1º A inclusão ou exclusão de aeródromo na aplicabilidade deste capítulo deverá ser precedida de ampla discussão pública e considerar pelo menos uma das seguintes características:

I - perfil do abastecimento de combustíveis, considerando as operações das aeronaves e os volumes demandados;

II - existência de vantagem competitiva decorrente do acesso à infraestrutura instalada do Parque de Abastecimento de Aeronaves, inclusive quando decorrente da utilização de rede de dutos e hidrantes para abastecimento de aeronaves; e

III - limitação física ou ambiental do sítio aeroportuário para instalação de novas infraestruturas de recebimento, armazenagem ou distribuição de combustíveis de aviação.

§ 2º O acesso à infraestrutura instalada poderá se dar por meio da venda de ativos, participação societária, prestação de serviço ou outro modelo de compartilhamento, desde que seja definido por meio do processo de consulta descrito neste Capítulo.”

A mudança (d) se refere à resolução que disciplina especificamente os PAAs. Em suma, o artigo do normativo prevê que “um operador de aeronave só possa prestar serviços a uma aeronave terceira quando houver compartilhamento das operações, e determina que empresas terceirizadas de serviços auxiliares não podem prestar serviços não regulados pela ANAC” (ANAC, 2023a).

O voto vencedor pontuou uma última questão: o prazo máximo para vigência dos contratos de utilização de áreas, segundo a resolução vigente, seria o prazo da concessão ou, em não havendo, 25 anos. No entanto, já existe a possibilidade de contratos comerciais ultrapassarem o prazo da concessão, para amortizar os investimentos, conforme previsto na Portaria MINFRA nº 93, que disciplina essa espécie de contrato. Nesse sentido, a diretoria entendeu que o normativo da agência não deveria ser um entrave para a execução dos contratos.

Foi resultante desse processo, a Resolução ANAC nº 717, de 13 de junho de 2023, que entrou em vigor no dia 3 de julho de 2023. Essa resolução foi encaminhada ao Cade, nos autos do processo que trata do acesso ao mercado de distribuição de QAv no Aeroporto de Guarulhos, mas o Conselho ainda não se manifestou.

Diante do exposto, vê-se que a agência reguladora entendeu que havia espaço para aprimoramento da norma que disciplina os serviços auxiliares à aviação, especificamente, o acesso aos PAAs. Isso se deu pela constatação de que o normativo em vigor não supria todas as necessidades regulatórias dos agentes, gerando gargalos na devida prestação do serviço de abastecimento de aeronaves, que prejudicavam o mercado e a concorrência.

## 2.2.2. Precificação do compartilhamento de postes de energia elétrica

O advento da energia elétrica e o avanço das tecnologias de telecomunicações deram nova configuração às cidades, obrigando-as a se adaptarem aos meios e à infraestrutura para construção, instalação e distribuição da energia elétrica e dos serviços de telecomunicação. Um dos mais importantes elementos dessa infraestrutura foram os postes de iluminação pública. Além de possibilitarem a iluminação nas rodovias e ruas, eles possibilitam que a energia e as telecomunicações alcancem os mais distantes locais e abasteçam residências, comércio e indústrias.

Os setores de energia elétrica e telecomunicações estabelecem o compartilhamento da infraestrutura dos postes elétricos. Ocorre que a difusão acelerada das empresas de telecomunicações, somada à ausência de planejamento setorial de ocupação dos postes de energia elétrica, resultou na ocupação desordenada dessa infraestrutura, o que ocasiona problemas à segurança da população e à prestação adequada dos serviços.

Esse problema será o objeto do estudo do presente tópico. Para tanto, será necessário apresentar (a) a estrutura dos postes e possibilidade de compartilhamento, (b) a situação atual de ocupação da infraestrutura e as consequências ocasionadas por ela, (c) a regulação atualmente aplicável e (d) as soluções perseguidas para suprir eventual vácuo regulatório nos setores.

### a) Estrutura dos postes e possibilidade de compartilhamento

Os recursos da infraestrutura são finitos, ou seja, os suportes utilizados para diversas atividades possuem limites para a sua utilização. É o caso dos postes de iluminação pública. Em que pese os fios de eletricidade e de telecomunicações pareçam leves para os postes, há questões de eficiência do serviço e segurança que impossibilitam a ocupação infinita dessa infraestrutura. Esse entendimento perpassa o conhecimento da infraestrutura dos postes de energia elétrica e dos setores de eletricidade e telecomunicações.

No setor elétrico, a geração e distribuição de energia elétrica é feita por meio de concessão ou permissão desses serviços, nos termos da Lei nº 12.783/2013 e do Decreto nº 9.192/2017. Ressaltam-se, como obrigações das companhias vencedoras de leilões, operar e manter as infraestruturas para continuidade do serviço regulado, zelar pela integridade do patrimônio da infraestrutura, assegurar livre acesso às redes e compartilhar a infraestrutura com outros

prestadores de serviço público. A seguir trechos do Contrato de Concessão nº 01/2021, a título de exemplo:

**CLÁUSULA TERCEIRA – OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA DISTRIBUIDORA**

Além de outras decorrentes das normas legais e regulamentares vigentes e de outras disposições deste Contrato, constituem obrigações da DISTRIBUIDORA:

I. operar e manter as instalações de modo a assegurar a continuidade e a eficiência do serviço regulado, a segurança das pessoas e a conservação dos bens e instalações;

II. organizar e manter controle patrimonial dos bens e instalações vinculados à concessão, zelando por sua integridade e providenciando que aqueles que, por razões de ordem técnica, sejam essenciais à garantia e confiabilidade do sistema elétrico, estejam sempre adequadamente garantidos por seguro; (...)

V. assegurar aos interessados, na forma da lei e regulamentação o livre acesso às suas redes, consoante as condições gerais de acesso e as tarifas estabelecidas pela ANEEL; (...)

XI. compartilhar infraestrutura com outros prestadores de serviço público, observando as condições de segurança, o tratamento isonômico e buscando a redução de custos;

Nesse sentido, vê-se que os postes de energia elétrica devem ser mantidos pelas concessionárias e permissionárias. Cabe a elas, amparadas no contrato e na regulamentação vigente, negociar para que outros agentes utilizem da infraestrutura de forma adequada e mediante a devida remuneração.

No aspecto físico dos postes, o espaço na infraestrutura para alocação dos apoios é definido pela ABNT, mais especificamente, pela Norma NBR 15.688/2009. Como exposto pela área técnica da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), essa norma traz critérios de segurança, isolamento dos materiais condutores, além das distâncias entre os condutores e o solo, para garantir a instalação segura dos postes. A seguir, imagem juntada à Nota Técnica ANEEL nº 106/2023, demonstrando as distâncias seguras entre os condutores para a instalação nos postes de energia elétrica:

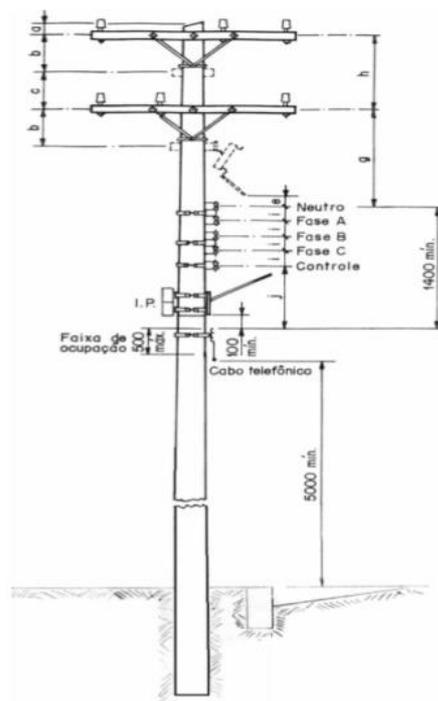


Figura 4 - Esquema das distâncias entre os condutores nos postes

Fonte: ANEEL, Nota Técnica nº 106/2023

Segundo a Nota Técnica, “o espaço máximo para o compartilhamento de infraestrutura em um posto típico é de 500 milímetros (mm), possibilitando a instalação de até 6 apoios nos postes de distribuição de energia” (ANEEL, 2023). Ou seja, em geral, a cada poste, um dos pontos de apoio seria endereçado à distribuição de energia elétrica e os outros 5 apoios estariam disponíveis para os prestadores do serviço de telecomunicações.

A precificação deve se basear nos custos *capex* (preço de construção) e *opex* (preço de operação e manutenção) da infraestrutura. Após isso, visando identificar as especificidades de cada local, deve-se considerar inadimplência, censo e fiscalização. O reajuste seria feito pelo IPCA, assim como as revisões periódicas a cada 4 ou 5 anos. Sendo assim, a nota ilustra a proposta na imagem a seguir (ANEEL, 2023, p. 6):

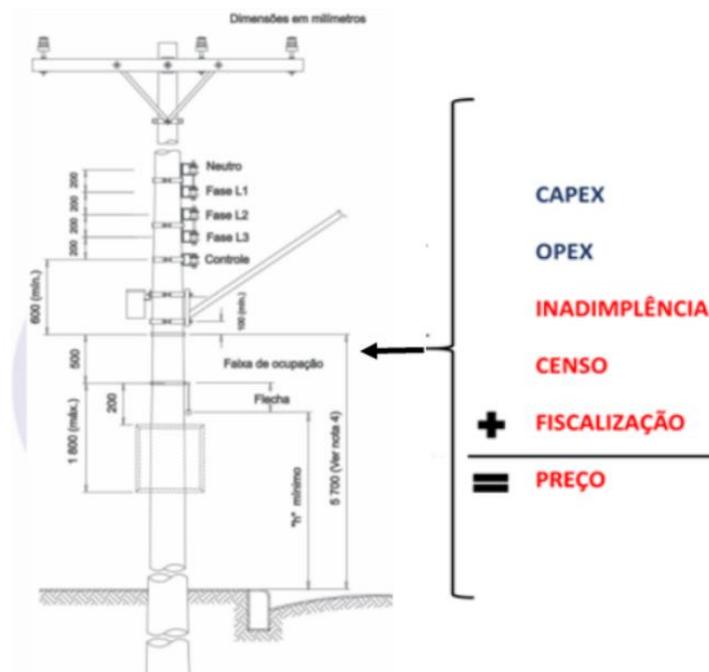


Figura 5 - Diagrama dos custos para precificação dos pontos de fixação de postes

Fonte: ANEEL, Nota Técnica nº 106/2023

A necessidade de compartilhamento da infraestrutura advém da abertura do mercado de telecomunicações. A partir dos anos 2000, houve um crescimento acelerado das redes de telecomunicação, motivada pela competição nesse mercado, de modo que as empresas buscavam uma forma de conexão nas redes. Esse movimento acabou por impossibilitar que as distribuidoras de energia elétrica gerenciassem as entradas e instalações nos respectivos postes (ANATEL, 2020, p. 15).

Atualmente, dados da ANEEL e da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) apontam para uma ocupação desregulada de cerca de 9 milhões dos 46 milhões de postes brasileiros (CASOTTI, 2021). Ou seja, apesar da possibilidade de ocupação de mais de uma empresa de telecomunicação em um único poste, a quantidade de postes instalados no país não parece suficiente. Outra hipótese é a inexistência de regulação que permita a adequada alocação e compartilhamento dessas infraestruturas. O problema atualmente encontrado no país e as suas consequências serão apresentados no tópico a seguir.

#### b) Situação atual de ocupação da infraestrutura e suas consequências

Como apontado acima, o país passa por uma ocupação exagerada dos postes de energia elétrica, o que ocasiona graves problemas de segurança e de prestação do serviço de energia e

de telecomunicações. No âmbito regulatório, a questão a ser discutida advém da precificação dos ativos em compartilhamento, além da existência ou não de *essential facility* no presente caso.

A situação está inserida em dois setores com diferentes visões de mercado. O setor de energia está calcado na ideia de “competição pelo mercado”, na qual os agentes interessados em prestar o serviço devem ganhar uma licitação para obter o direito de explorar aquela infraestrutura, com receitas tarifárias e não tarifárias, regido pela já mencionada Lei nº 12.783/2023. Por outro lado, o setor de telecomunicações está calcado na competição e busca “eliminar barreiras à entrada e estimular a multiplicidade de operadores e ofertas, incentivando a diferenciação em preço, qualidade, atendimento e inovação de produtos” (ANEEL, 2020, p. 10), caracterizando uma “competição no mercado”.

Nos termos do AIR, da Consulta pública ANEEL nº 73/2021, o compartilhamento da infraestrutura dos postes elétricos é capaz de reduzir as parcelas de custos referentes à implantação da rede de suporte, o que deveria reduzir o Custo Brasil e promover incentivos para melhorar a gestão dos serviços delegados. Ocorre que a ocupação desordenada acaba por gerar efeitos adversos no compartilhamento da infraestrutura.

Os principais problemas apontados pelo documento são: a redução da vida útil dos postes, o que gera maiores custos de manutenção e reparos; maiores custos com mão de obra, decorrente da necessidade de revisões periódicas mais frequentes; aumento dos riscos de acidente com as pessoas e com os funcionários das empresas de manutenção; repasse dos custos para a tarifa; maiores chances de problemas na prestação dos serviços, devido à sobrecarga da infraestrutura; e impossibilidade de avanço tecnológico no país, pois as tendências “apontam para uma dependência cada vez mais crítica de postes” (ANEEL, 2020). Em suma, a situação atual prejudica os setores de energia elétrica e de telecomunicações e irá prejudicá-los nos avanços tecnológicos.

Como já apontado, a situação se tornou crítica devido à busca pela competição no setor de telecomunicações, aliada à ausência de controle rigoroso das distribuidoras de energia elétrica. Ademais, o mencionado AIR traz que “hiatos na regulamentação vigente geraram disfunções na utilização da infraestrutura de postes” (ANEEL, 2020, p. 42). Sendo assim, as agências entendem que a mera ação dos agentes privados de forma autônoma não seria suficiente para solucionar a questão. Mostra-se necessário estabelecer um plano para

regularização dos postes já existentes, de modo a concretizar regras de ocupação que possibilitem o tratamento isonômico e não discriminatório das empresas de telecomunicações.

A busca pela solução da questão será tratada mais adiante. Antes disso, é necessário se debruçar sobre a regulação já existente e as questões que merecem ser solucionadas.

c) Regulação vigente sobre o compartilhamento de postes de iluminação pública

O setor de distribuição de energia elétrica começou a ser regulado com a criação da ANEEL, pela Lei nº 9.427, de 26 de setembro de 1996. Já o setor de telecomunicações passou de ser regulado depois da criação da ANATEL, pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Considerando as competências das agências reguladoras e o problema já apresentado, foram editadas três resoluções conjuntas pelas agências. São elas: Resolução Conjunta nº 1, de 24 de novembro de 1999, Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001, e Resolução Conjunta nº 4 de 16 de dezembro de 2014.

Conforme expresso pelo art. 2º da Lei nº 9.427/1996, a ANEEL tem como “finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica”. De forma mais específica, deve promover os certames licitatórios para contratação das concessionárias, permissionárias e autorizatárias responsáveis pela produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, além de dirimir administrativamente eventuais conflitos entre os agentes do setor, regular e fiscalizar a prestação do serviço concedido.

Em contrapartida, a ANATEL se responsabiliza por garantir o acesso às telecomunicações com preços e condições adequadas, estimular a expansão das redes e o incentivo à competição no mercado, e criar condições para o desenvolvimento do setor. A própria lei de criação da agência discorre sobre o acesso das empresas de telecomunicações a outras infraestruturas:

Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.

Ou seja, a legislação reconhece a importância da regulação desse assunto e traz expressamente que a ANATEL deve definir as condições para o adequado compartilhamento dos postes, embora as concessionárias de energia elétrica sejam as responsáveis pela manutenção da infraestrutura dos postes. Não se vislumbra aqui uma sobreposição de competências ou ausência de ente competente para a questão. Essa visão não é unânime. Por exemplo, Lopes entende que “existe uma imbricada teia de definições, limites e critérios sobre a disciplina do compartilhamento, o que sugere potencial conflito de atribuições entre as agências reguladoras e entre os entes da federação, notadamente, os municípios” (LOPES, 2022, p. 101). Mesmo que haja abertura para discussão quanto à competência das agências reguladoras, as próprias autarquias puderam ultrapassar essa questão, o que se verifica pela regulação constante das Resoluções Conjuntas entre a ANEEL, ANATEL e ANP<sup>2</sup>.

A Resolução Conjunta nº 01/1999, editada pela ANATEL, ANEEL e ANP, dispõe sobre o Regulamento Conjunto de Compartilhamento de Infraestrutura. O art. 4º aponta que os agentes que atuam na prestação de serviços de telecomunicação, de transporte em dutos petrolíferos e de energia elétrica possuem o direito de compartilhar a infraestrutura de outros agentes desses setores, sem discriminação e a preços razoáveis, reafirmando o disposto pela lei de criação da ANATEL.

Esse direito não pode comprometer a devida prestação do serviço, cabendo à “agência reguladora do setor de atuação do Detentor regulamentar os requisitos mínimos aplicáveis” de parâmetros de qualidade do serviço, proteção ao meio ambiente e segurança dos postes de energia elétrica compartilhados. Como as distribuidoras de energia elétrica são responsáveis pela manutenção dos postes de iluminação pública, coube à ANEEL definir esses requisitos.

A solicitação de compartilhamento deve ser formalizada por escrito, assim como a resposta. A negativa deve ser justificada tecnicamente, por “razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições emanadas do Poder Concedente”, conforme previsto no art. 11 § 3º da Resolução nº 01/1999.

Os preços praticados podem ser negociados livremente entre as partes, com isonomia e livre competição. Esgotadas as tentativas de negociação, a agência reguladora pode ser

---

<sup>2</sup> Importa ressaltar que as competências da Agência Nacional do Petróleo (ANP) não foram tratadas nesse tópico, porque se referem à produção de energia elétrica, o que escapa o estudo.

requisitada para resolução do conflito, por meio de procedimento descrito na Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001, da ANEEL, ANATEL, ANP.

Esse normativo trata do Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos e estabelece a criação de uma comissão permanente, chamada “Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo”, com a designação de dois servidores de cada autarquia. Quando provocadas, as agências reunirão a comissão para solucionar o conflito apresentado, que será composta por cinco membros, dos seis designados. Serão dois membros de cada agência do setor de atuação do requerente e requerido, e um membro do setor de atuação não envolvido no conflito.

A instauração da Comissão e da busca pela resolução do conflito não exige as partes de fazerem cumprir o contrato de concessão, permissão ou autorização que possuem junto às agências reguladoras ou possibilita interromper a prestação do serviço público.

De forma mais específica, a Resolução Conjunta nº 04, de 16 de dezembro de 2012, da ANEEL e ANATEL, aprovou o preço de referência para o compartilhamento de postes nas resoluções de conflitos, definido em R\$ 3,19. Além disso, o normativo estabeleceu critérios para a instalação das empresas de telecomunicações nos pontos de fixação. Ponto de Fixação é descrito como “ponto de instalação do suporte de sustentação mecânica dos cabos e/ou cordoalha da prestadora de serviços de telecomunicações dentro da faixa de ocupação do poste destinada ao compartilhamento”.

Essas empresas devem cumprir com o plano de ocupação de infraestrutura da companhia elétrica, em especial, nos pontos técnicos: faixa de ocupação, diâmetro e disposição dos cabos, cordoalha do ponto de fixação, e distância mínima entre os cabos e equipamentos da rede de telecomunicações. A resolução dispõe também que prestadoras de serviço de telecomunicações que possuem qualquer relação de controle não podem estar fixadas em um mesmo poste de energia elétrica.

Quanto ao cadastro das prestadoras de serviço de telecomunicações, as empresas devem identificar todos os pontos de fixação que utilizam e manter o cadastro da ocupação dos pontos de fixação atualizado. As distribuidoras de energia devem publicizar esse documento. Em relação aos pontos já existentes no momento da entrada em vigor da resolução, a identificação deverá ser feita concomitantemente à sua regularização da ocupação conforme as normas técnicas.

As resoluções acerca do compartilhamento de infraestrutura dos setores de telecomunicações, energia elétrica e transporte em dutos petrolíferos buscam definir procedimentos para viabilizar esse compartilhamento e a resolução do conflito a ele relacionado. Na Resolução Conjunta nº 01/1999, buscou-se definir a competência da agência que regulamentará a questão e confirmar o direito de compartilhamento da infraestrutura. A Resolução Conjunta nº 2/2001 estabeleceu o Regulamento para dirimir conflitos nesse âmbito. De forma mais específica, a Resolução nº 4/2014 definiu preço para a resolução de conflitos, e critérios para a ocupação dos pontos de fixação e identificação dos postes compartilhados, na tentativa de iniciar a sua regularização. Apesar desses avanços, ainda há um vácuo no que tange à ocupação e precificação pré-conflito.

#### d) Soluções para o vácuo regulatório

Diante dessas questões, a ANEEL e a ANATEL optaram por abrir a Consulta Pública nº 73/2021, com o objetivo de aprimorar a regulação referente ao compartilhamento dos postes de iluminação pública. Para tanto, as agências subdividiram a consulta em dois grandes temas. O Relatório da Análise de Impacto Regulatório (AIR) nº 0002/2020-SRD/SMA/ANEEL traz como temas principais (a) a Regularização do Passivo e (b) o Preço do Compartilhamento dos Pontos de Fixação dos Postes de Energia Elétrica.

#### a) Tema 1: Regularização do Passivo

O primeiro tema trazido na consulta pública, (a) Regularização do Passivo, traz como subtemas (a.1) regularização do passivo, (a.2) regras gerais de regularização, (a.3) modelo de exploração de espaços em postes e (a.4) disseminação de informação. Em cada um desses subtemas, busca-se realizar uma descrição introdutória do subtema, o contexto do problema, o objeto do problema, a competência da agência, os objetivos da ação, os grupos afetados, as opções regulatórias, a opção escolhida, a operacionalização e o monitoramento da ação.

#### a.1 Regularização do passivo

O primeiro tema diz respeito à regularização dos postes, hoje, ocupados de forma desordenada. O documento discorre sobre os problemas decorrentes da falta de organização da ocupação dos postes, em contrapartida às vantagens do compartilhamento de infraestrutura.

Foram previstas três opções: (a) manutenção da regulação vigente, (b) estruturação de um plano de regularização dos postes, e (c) estabelecimento de rito para acompanhamento das

metas de regularização. Sopesadas as vantagens e desvantagens, foi selecionada a opção (b), qual seja, “prever, na regulamentação, Plano de Regularização elaborado pelas exploradoras dos espaços compartilhados nos postes, segundo critérios próprios, a partir de diretrizes trazidas na regulamentação”.

Esse plano de regularização deve indicar os postes a serem regularizados e abranger os postes de conjuntos elétricos a serem definidos na regulamentação. Considerando que o responsável pela gestão do espaço é quem melhor conhece a realidade do local, é ele que entende as condições atuais de ocupação da infraestrutura e pode estabelecer a ordem de priorização e os prazos para a reorganização. Cabe ao regulador definir diretrizes gerais para o plano de regularização, que foram divididas em quatro elementos: capacidade de causar transformação no alto grau de ocupação, não ser custoso a ponto de desestimular a participação dos agentes, regularização de lugares potencialmente mais problemáticos e priorização da realidade local.

A operacionalização da alternativa escolhida se dará pela prévia identificação das operadoras presentes e o levantamento da situação de cada poste no país, além do esforço de regularização pelas prestadoras de serviços de telecomunicações. O monitoramento será por acompanhamento do processo de regularização.

#### a.2 Regras Gerais de Compartilhamento

O segundo subtema trata da criação de regras de compartilhamento, ou seja, busca-se estabelecer critérios gerais para a ocupação futura, de modo a não mais permitir ocupações desordenadas.

Para as agências, os conflitos que ocasionam a ocupação irregular dos postes de energia elétrica são derivados de problemas na comunicação, assimetria de informações entre os agentes e falta de responsabilização em casos de irregularidade. Para eliminá-los, analisou-se (a) a possibilidade de manter a regulação vigente e (b) alterá-la para promover isonomia.

Foi selecionada a segunda opção, pois reduz os custos de transação e a assimetria de informação, além de desenvolver os instrumentos necessários para a regularização e possuir potencial de reduzir conflitos. Para tanto, estabelecem-se regras mínimas para a regularidade da ocupação, combate à ocupação sem respaldo contratual, busca pela regularização contratual, cobrança pela ocupação real e responsabilização pela ocupação irregular.

A operacionalização será ocorrida pela edição de normativo conjunto entre as agências com as regras de ocupação da infraestrutura. O monitoramento se dará pela homologação das ofertas de referência e do acompanhamento do grau de ocupação dos postes.

### a.3 Modelo de exploração dos espaços em postes

O terceiro subtema diz respeito à criação de um modelo de exploração dos espaços em postes. As autarquias reconhecem que há deficiência na atual gestão deles, que prejudica a prestação dos dois serviços (telecomunicações e energia elétrica). Além disso, ocorre deficiência na cobrança pelo uso, uma vez que, segundo informações trazidas na AIR, as distribuidoras de energia elétrica estavam obtendo receita inferior à formalmente devida. Nesse sentido, a atuação regulatória buscará os seguintes objetivos:

- I. Aumentar a segurança no uso dos ativos de distribuição de energia e telecomunicações;
- II. Disciplinar o uso da rede pelas prestadoras de serviços de telecomunicações
- III. Regularizar o passivo da ocupação dos postes em tempo razoável, conforme regulamentação técnica;
- IV. Permitir medidas efetivas para gerenciamento do uso de infraestruturas compartilháveis;
- V. Coibir a ocupação de infraestruturas sem respaldo contratual;
- VI. Estabelecer medidas efetivas para o estímulo à ocupação regular dos ativos com o respeito às regras;
- VII. Viabilizar a expansão saudável e não predatória das redes de telecomunicações.

Como alternativas, analisou-se (a) a manutenção da regulação vigente, na qual “somente a distribuidora de energia elétrica pode ser responsável pela gestão de infraestruturas destinadas ao compartilhamento com as redes de telecomunicações” (ANATEL, ANEEL, 2020, p. 48) ou (b) a permissão de que a exploração seja realizada por ente terceiro. Essa última “propõe a possibilidade de que entes terceiros sejam responsáveis pela administração das infraestruturas a serem utilizadas pelas empresas de telecomunicações” (ANATEL, ANEEL, 2020, p. 48).

Segundo o AIR, as empresas de distribuição de energia elétrica podem concentrar seus esforços na prestação do seu serviço principal, e um terceiro poderia se especializar na gestão do compartilhamento dos postes de energia elétrica, de modo a gerar maior eficiência por meio da especialização no mercado. Esse terceiro deveria estar sujeito à regulamentação setorial, obrigando a ocupação adequada do espaço.

Foi escolhida a opção (b), permitindo que empresas terceiras se tornem responsáveis pela gestão dos postes de iluminação elétrica. Essa alternativa será operacionalizada por meio de uma nova regulação conjunta entre ANATEL e ANEEL, que traga expressamente a possibilidade de cessão do direito de explorar as infraestruturas compartilháveis. O monitoramento se dará observando o nível de regularização e gestão dos ativos em cada cessão da infraestrutura.

#### a.4 Disseminação de informação

Por fim, o último subtema do primeiro tema é a necessidade de disseminação de informação. Segundo o AIR, o compartilhamento de infraestrutura gera dúvidas entre os impactados pelos serviços prestados nos setores em questão. Não há clareza e conhecimento na divisão de responsabilidades entre as empresas. Como consequência, houve aumento das ações judiciais, o que encarece o custo global da atividade. Ou seja, essa última análise busca encontrar soluções para a assimetria de informação entre os agentes, de modo a permitir a diminuição da judicialização e do custo.

A baixa disseminação de informação também gera falta de alinhamento entre as partes para solucionar os impasses e falta de transparência no processo de compartilhamento de infraestrutura. Esses problemas merecem ser solucionados para diminuir o impacto das externalidades nos setores envolvidos. Para tanto, foram consideradas quatro alternativas:

- Alternativa A: Confeccionar um documento conjunto objetivando as possibilidades regulatórias disponíveis para o Poder Público relacionadas à regularização da ocupação dos postes de distribuição de energia elétrica;
- Alternativa B: Promover o estabelecimento de foros de discussão conjunta entre as entidades governamentais e a criação de mecanismos de participação social nas discussões das Agências acerca do compartilhamento de postes;
- Alternativa C: Subsidiar o Poder Público, com vistas à formulação de políticas públicas dedicadas ao tema compartilhamento de postes;
- Alternativa D: Combinação das alternativas A, B e C.

Após considerar todas as vantagens e desvantagens de cada alternativa, foi selecionada a alternativa D, que permite a junção das três opções anteriores. A maior vantagem dessa alternativa é a possibilidade de atacar o problema em várias frentes, de modo a agir da forma mais completa possível.

A implementação dessa alternativa se dará pela promoção de reuniões, palestras e eventos para conscientização dos agentes interessados, para consolidar o conhecimento e o entendimento da questão. Ademais, poderão ser produzidos documentos sobre a regulação

aplicável com o intuito de melhor divulgar as informações sobre essas questões. O monitoramento deve ser realizado pela sociedade e pelo poder público que possui interesse na questão.

b) Tema 2: Preço do compartilhamento dos pontos de fixação de postes de energia elétrica

O segundo tema da Consulta Pública nº 73/2020 é o preço do compartilhamento dos pontos de fixação de postes de energia elétrica. Segundo o AIR, cada ponto de fixação em um mesmo poste pode possuir preços diferentes, pois as distribuidoras de energia elétrica tendem a utilizar como critério de redução do valor a escala de pontos ocupados.

Apesar desse cenário, a regulação vigente optou por não intervir diretamente nessa questão, mas apenas direcionar o assunto. Assim, as resoluções já apresentadas desenham o seguinte cenário: o preço praticado deve seguir o princípio da não discriminação, além de ser justo e razoável. Quando houver um conflito que não possa ser dirimido, há a possibilidade de criação de uma comissão de resolução de conflitos que terá um valor de referência pré-determinado de R\$ 3,19. Considerando o apresentado, vê-se que as bases estruturadas pelas resoluções não foram capazes de dirimir o problema em questão.

Esse cenário acaba por gerar desincentivos econômicos, tratamento discriminatório entre semelhantes e subsídio cruzado. Havendo discrepância de preços, ocorre alta ocupação sem respaldo contratual, dificuldade de manutenção dos ativos, constante intervenção dos órgãos de segurança e aumento dos conflitos entre os agentes. A “ação regulatória deve buscar precificação do apoio nos postes de distribuição de energia elétrica que possibilite a maximização dos benefícios para a sociedade” (ANATEL, ANEEL, 2020, p. 65).

Apesar de, em um cenário sem falhas de mercado, essa precificação pudesse ser atingida sem a intervenção regulatória, as agências setoriais reconhecem que há diferenças de poder de mercado entre os agentes e limitações físicas na infraestrutura que demandam a atuação regulatória. Como possíveis ações, foram apresentadas cinco alternativas (ANATEL, ANEEL, 2020, p. 69):

- Alternativa A: Manter a regulamentação vigente;
- Alternativa B: Retirar da regulamentação conjunta a previsão do preço de referência, estabelecendo-se medida de transparência;
- Alternativa C: Homologar condições de conhecimento público para contratação, sendo essas aplicáveis a todos os contratos, com preço definido pela distribuidora;
- Alternativa D: Estabelecer preço em Ato da ANEEL;

- Alternativa E: Homologar condições de conhecimento público para contratação, sendo essas aplicáveis a todos os contratos, com preço definido em Ato da ANEEL.

Foi selecionada como opção mais adequada a alternativa E, qual seja, a implementação conjunta das alternativas C e D. A alternativa C pressupõe a homologação de condições para contratação com preço pré-definido pela distribuidora. Em outras palavras, seriam implementadas medidas de transparência que viabilizassem a publicização das condições comerciais a serem aplicadas. Não haveria intervenção no modelo de negócio das empresas, pois o preço seria apenas homologado e, ao mesmo tempo, haveria a redução do poder de mercado das distribuidoras. Apesar disso, essa alternativa não trataria dos incentivos invertidos já existentes. Já a alternativa D, qual seja, estabelecer o preço em ato da ANEEL, conforme trazido no AIR, “deveria levar em consideração fatores regionais intrínsecos à dinâmica do compartilhamento (saturação e demanda pelo poste, bem como competição do setor de telecomunicações, por exemplo)”. As principais vantagens se mostram na dinamicidade e especificidade que seriam dadas ao mercado, além da minimização das barreiras à entrada.

A união dessas duas alternativas seria o estabelecimento de um preço que refletisse as condições do local de instalação e a publicação das condições para contratação.

A operacionalização dessa alternativa se daria pela previsão em resolução conjunta do preço do ponto de fixação para cada poste, com diretrizes para maior flexibilidade no acompanhamento do mercado. O monitoramento se daria pelo acompanhamento dos contratos de compartilhamento.

Vê-se que a dimensão dos problemas relacionados ao compartilhamento de postes de energia elétrica demandou a análise de outros fatores, de modo a dirimir todas as possíveis consequências negativas. A minuta de resolução conjunta sobre essa questão foi colocada em consulta pública, mas ainda não foi publicada, pois as agências ainda estão em fase de análise das contribuições. Essas contribuições foram consolidadas pela Nota Técnica nº 88/2023.

Outra consequência da consulta pública foi a Nota Técnica nº 106/2023, que dispõe sobre uma proposta de metodologia para a precificação dos pontos de fixação. Percebe-se na nota técnica que há divergência entre consultorias. Algumas sinalizam a existência de *essential facility* e outras entendem que a infraestrutura dos postes não é essencial. A Nota Técnica,

amparada no voto do relator da Consulta Pública nº 73/2020, estabelece uma metodologia de precificação que revela o entendimento de que os postes são uma *essential facility*.

O governo, através da Portaria Interministerial MCOM/MME nº 10.563, de 25 de setembro de 2023, estabeleceu a Política Nacional de Compartilhamento de Postes, o Programa Poste Legal, corroborando as propostas das agências reguladoras. Esse instrumento prevê que as agências reguladoras deverão estabelecer a metodologia de precificação, as regras para transparência e para definição de responsabilidades.

Os atos do Poder Executivo, apoiando o movimento das agências reguladoras, reconhecem a existência de espaço para aprimoramento da regulamentação do compartilhamento de postes. Todas essas providências demonstram a existência de um vácuo regulatório que precisa ser preenchido para impedir mais gargalos na prestação dos serviços.

### 2.2.3 Barreiras à entrada de operadores ferroviários no compartilhamento de malhas ferroviárias

O Tribunal de Contas da União (TCU), em 2019, abriu processo de auditoria com o objetivo de avaliar a eficiência da atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), no âmbito do compartilhamento de malhas ferroviárias. Nessa auditoria, foram avaliadas a situação em que os operadores ferroviários se encontram, a capacidade de a agência monitorar a ociosidade da infraestrutura ferroviária e a eficiência dos normativos referentes ao compartilhamento da malha ferroviária.

Os resultados da auditoria realizada e o entendimento da corte de contas serão detalhados a seguir, perpassando o (a) funcionamento do instituto de compartilhamento de malha ferroviária, (b) os problemas encontrados pela auditoria do TCU, (c) a legislação atualmente aplicável ao setor, e (d) as soluções adotadas para suprir a lacuna regulatória existente.

#### a) Funcionamento do setor ferroviário e do compartilhamento da malha ferroviária

O serviço prestado pelo setor ferroviário é o transporte de pessoas e bens, por meio de locomotivas e vagões, operados por uma empresa pública ou privada. Elas são consideradas monopólios naturais, mas isso não impossibilita a competição no setor. Ela ocorre de duas maneiras: pelo mercado, nos certames de concessões para construção e manutenção da malha; e no mercado, com a competição intermodal e intramodal.

Na primeira maneira, os operadores competem pelo direito de explorar e manter a ferrovia. Na segunda, as ferrovias competem por carga com os setores rodoviário, portuário e aeroportuário, além de concorrerem entre si pela operação.

Apesar de a competição intermodal trazer vantagens para os usuários, ela é limitada pelo tipo de carga, pois essa é determinante para definir o modal. Por exemplo, o transporte de cargas de baixo valor agregado por grandes distâncias não seria vantajoso para meio rodoviário. Por outro lado, cargas de alto valor agregado não são competitivas para transporte ferroviário, sendo transportadas pelo setor aéreo (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017).

A competição intramodal se dá por rotas alternativas de escoamento da carga, pela desverticalização e pelo compartilhamento da malha. Em caso de rotas alternativas, os detentores de carga avaliam qual seria a ferrovia mais eficiente para escoamento da sua carga.

A desverticalização da operação ocorre quando o usuário não é o detentor do modal. No compartilhamento de malha, diversos operadores utilizam uma mesma infraestrutura.

O compartilhamento de ferrovias se dá por tráfego mútuo ou por direito de passagem. Segundo a Resolução ANTT nº 3695/2011, 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”. Ou seja, é compartilhamento da malha para a concessionária não titular realizar as operações na infraestrutura da concessionária, mediante pagamento, por interesse público de movimentação de determinadas cargas, e incentivo à competição entre as companhias (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017).

A outra possibilidade de compartilhamento da infraestrutura ferroviária se dá pelo direito de passagem, também chamado de *open access*. Nos termos da Resolução ANTT nº 3695/2011, direito de passagem 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”. Nesse caso, a concessionária-não-titular da ferrovia possui o direito de usufruir da via permanente por meio da operação da concessionária detentora do ativo. Ou seja, a concessionária visitante possui o direito de acesso completo à infraestrutura alheia, mediante pagamento adequado.

Guerra (2019) aponta que, no geral, concessionárias visitantes preferem o direito de passagem, enquanto concessionárias titulares preferem o tráfego mútuo. Isso porque, no direito de passagem, a concessionária titular possui toda a responsabilidade de movimentação da carga, inclusive, a disponibilização dos trens e operação do transporte. No tráfego mútuo, a titular apenas disponibiliza a infraestrutura.

O compartilhamento é fundamental para o funcionamento do transporte ferroviário, por necessidade do sistema, seja para reduzir os custos, economizar recursos e realizar o serviço. No entanto, efetivá-lo não é simples. Pode gerar conflitos de duas espécies: econômico e político. Econômico, pela definição da remuneração das partes; político, pelo interesse da concessionária de controlar o uso da infraestrutura. Por isso, cabe ao regulador definir os critérios para que o compartilhamento seja eficiente, inclusive, antes que haja conflitos que possam impedir a utilização desse instituto. Por esse motivo, o Tribunal de Contas da União se

debruçou sobre os normativos da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para avaliar se eles são adequados ou não para suprir gargalos relacionados a esse tema.

b) Situação atual do compartilhamento da infraestrutura ferroviária e os achados do Tribunal de Contas da União

O TCU, em 2019, iniciou auditoria que visa avaliar a efetividade da atuação normativa da ANTT quanto ao compartilhamento de infraestrutura ferroviária (TC 027.620/2019-0). Como norteador da instrução processual, buscava-se refletir se a atuação da agência reguladora tem sido efetiva para a melhor organização e utilização do compartilhamento da malha ferroviária no país. Ao estudar o relatório, voto e acórdão do TCU no processo mencionado, esse trabalho se debruça sobre a competição no mercado de ferrovias, a ociosidade da malha ferroviária e os mecanismos adotados pela ANTT para gerar a maior eficiência dessa infraestrutura.

A instrução processual do TCU teve como escopo três assuntos principais, quais sejam: (a) gestão da capacidade do Subsistema Ferroviário Federal (SFF), no que tange à ociosidade e relacionamento com agentes não regulados; (b) acesso aos serviços de transporte e competitividade; e (c) tarifas e taxas do setor. O Tribunal buscou avaliar quais os principais entraves e oportunidades para impulsionar a competitividade no setor.

Também foram três os achados da auditoria realizada, apontando deficiências e espaços para melhorias. Primeiramente, o Tribunal entendeu que a ANTT não tem conseguido controlar a capacidade existente capacidade instalada na malha ferroviária ou mesmo qual a quantidade ociosa. Como segundo ponto, foi detectado que a malha ferroviária não tem sido utilizada de forma efetiva por ausência de atuação regulatória que eliminem barreiras à entrada de operadores ferroviários. Por fim, a área técnica reconheceu a ausência de valores de referência que possam dar previsibilidade à avaliação dos custos relacionados às tarifas e taxas do compartilhamento da malha ferroviária. Esses três achados possuem relação com o escopo do presente trabalho, que versa sobre a ausência de atuação do ente regulador nos momentos que se mostra necessária, por isso, serão mais bem detalhados.

Antes de adentrar nos achados, importa esclarecer como os agentes ferroviários enxergam o funcionamento do compartilhamento da malha ferroviária. Segundo o TCU, as

concessionárias entendem que o compartilhamento da malha ferroviária funciona conforme o regulamento da agência, tanto por meio do tráfego mútuo quanto do direito de passagem.

O requisito para o compartilhamento é a ocorrência de ociosidade da malha. Segundo os técnicos do Tribunal de Contas, isso comprova a necessidade de que a agência consiga avaliar precisamente qual a capacidade da malha brasileira e a sua ociosidade. Outro ponto que demonstraria a necessidade de atuação regulatória é o reconhecimento dos operadores de que a regulação realizada por meio de Contratos Operacionais Específicos (COEs), regidos pela Resolução ANTT nº 3695/2011, pacificou o relacionamento entre eles e trouxe segurança jurídica ao processo (TCU, 2019, p. 14).

Considerando que a regulamentação do compartilhamento da malha ferroviária pressupõe o conhecimento da sua ociosidade, o TCU entendeu que a ANTT não vinha conseguido acompanhar esse quesito. Para conhecer esses dados, à época da auditoria, a agência dispunha de dois mecanismos, disponíveis no site do órgão: a Declaração de Rede (prevista no art. 5º da Resolução ANTT 3695/2011) e o Anuário Estatístico.

Quanto ao primeiro documento, cabe às operadoras ferroviárias apresentarem dados técnico-operacionais sobre a sua malha, como a capacidade instalada e ociosa, características da infraestrutura, oficinas e postos de manutenção. Essas informações possuem dados prospectivos, sobre possíveis ações futuras das concessionárias e são divulgados já tratados pela agência. À época da auditoria, constatou-se a dificuldade de a agência avaliar esses dados, uma vez que foi constatada grande dispersão entre os dados apresentados a cada ano.

Segundo análise da auditoria, essa grande dispersão não se mostra razoável, uma vez que são apresentados os “pares de trens por dia”, informações que se relacionam à estrutura física das ferrovias. Ou seja, grandes alterações só seriam justificadas pela desativação ou duplicação de trechos, o que demora um período razoável para ocorrer. Sendo assim, a área técnica entendeu que a ANTT não apresentava de forma transparente e clara a metodologia utilizada para o tratamento desses dados. Além disso, identificou-se que não era realizada auditoria dos dados apresentados, sendo alterados apenas quando questionados pelas concessionárias (TCU, 2021, p. 27-33).

Considerando esses achados, a área técnica entendeu que a forma de publicação dos dados – sem a sua origem e metodologia de cálculo – não seria coerente e prejudicaria a credibilidade e transparência. Essa questão já foi solucionada pela ANTT, antes da deliberação

do processo, ao incluir as informações sobre a origem dos dados e a metodologia de tratamento. Ademais, em 2021, foi editada a Resolução ANTT nº 5.943/2021, que versa sobre essas declarações.

Outro documento importante para o conhecimento da ociosidade da malha ferroviária no país é o Anuário Estatístico da ANTT, que deveria trazer dados referentes ao desempenho das concessionárias. Ocorre que, à época da auditoria, a equipe do TCU entendeu que os dados referentes à extensão da ferrovia e distância média de transportes não expressaria esse objetivo. A ANTT alterou os dados apresentados no Anuário, acrescentando informações necessárias à análise do desempenho das concessionárias (TCU, 2021, p. 33-39).

Apesar dessas alterações, a área técnica do TCU entendeu que ainda há um gargalo quanto às informações do compartilhamento da malha ferroviária entre uma concessionária e um agente alheio ao SFF, como portos e aeroportos. Isso ocorre porque o compartilhamento entre concessionárias ferroviárias deve se dar por meio dos COEs, mas não há essa previsão para sistemas externos ao SFF. As concessionárias alegam que a falta da exigência de um contrato, como o previsto pela ANTT, gera gargalos relacionados à negociação, logística de transporte no sistema, definição de parâmetros operacionais e comerciais, o que afeta o funcionamento do sistema. O TCU enxergou que a agência deixa de cumprir o seu papel institucional de zelar pelo sistema ferroviário. Por isso, recomenda que a ANTT passe a exigir o encaminhamento dos contratos firmados e a assinatura de COE entre concessionárias e quaisquer outros operadores (TCU, 2021, p. 39-42).

O segundo achado da auditoria do TCU se refere às barreiras de entrada. Em que pese o compartilhamento de infraestrutura estar organizado entre as concessionárias, a utilização da malha ferroviária, conforme o TCU, ainda não é eficiente devido à ausência de regras “nos contratos de concessão que vinculem ganhos de eficiência e de produtividade à contrapartida de investimentos” (TCU, 2021, p. 44). Para o Tribunal de Contas, a construção contratual e normativa não permite incentivar os agentes o maior compartilhamento da malha.

O Decreto nº 8.129/2013 regulamentou o livre acesso às ferrovias pelos operadores independentes, que são pessoas jurídicas que não possuem contratos de concessão ferroviárias, mas que operam cargas. Ocorre que esse decreto foi revogado em 2016, o que esvaziou a previsão da existência de transporte ferroviário alheio à exploração da infraestrutura.

A área técnica do TCU enxerga que a revogação decreto gerou uma lacuna, à medida que não há regulamentação que garanta acesso às malhas ferroviárias (TCU, 2021). Não se trata de discutir a possibilidade ou necessidade de haver mais agentes responsáveis pela construção ou manutenção das ferrovias, mas a possibilidade de mais cargas serem operadas por diferentes agentes nas ferrovias brasileiras. Essa oportunidade de abertura permitiria que a malha ferroviária fosse mais bem utilizada e diminuísse a ociosidade.

Como efeito dessa falta de mecanismos regulatórios, a área técnica do Tribunal identificou perda em novos investimentos. Ocasionalmente concentração de recursos em trechos mais rentáveis e subinvestimento nos trechos menos rentáveis. Consequências desses fatores é a ociosidade da malha, onde houve superinvestimento; além disso, os operadores passaram a adotar seletividade para as cargas.

A lacuna regulatória diz respeito à garantia de livre acesso aos Operadores Ferroviários Independentes (OFI), por meio do compartilhamento da infraestrutura e fiscalização pela ANTT da atuação das concessionárias ferroviárias. É necessário, portanto, haver aprimoramento do marco regulatório, criando um “ambiente regulatório que proteja as iniciativas dos interessados no transporte ferroviário de cargas sem a exploração da infraestrutura, o modelo dos OFI” (TCU, 2021, p. 52).

O terceiro achado da auditoria do TCU diz respeito aos custos e tarifas operacionais do setor ferroviário. Constatou-se “ausência de valores de referência, que deem previsibilidade e transparência para a avaliação dos custos relacionados às taxas e tarifas” (TCU, 2021, p. 53), bem como ausência de regramento para mediar conflitos. Como os preços decorrentes do compartilhamento da infraestrutura são de livre negociação, conforme a resolução da agência, a auditoria entendeu que seria pertinente a disponibilização desses valores e de preços de referência. Isso permitiria maior transparência e previsibilidade, e evitaria abusos no setor.

Há gargalos no processo de compartilhamento da malha ferroviária ociosa, conforme salientado no voto e no relatório da auditoria em questão. Ao passo que operadores ferroviários já viram avanço no processo de compartilhamento da malha com a implantação dos COEs, ainda há dificuldades na negociação com operadores não regulados pela agência. Isso ocasionou a determinação de que todos os contratos de compartilhamento de infraestrutura sejam firmados à luz da regulação dos COEs, e sejam enviados à ANTT e disponibilizados por ela. Discute-se também a necessidade de um ambiente regulatório que garanta o livre acesso de OFI, com o

objetivo de reduzir barreiras à entrada e estimular a concorrência. Em relação à precificação, o TCU entende ser necessária a criação de preços de referência, para evitar abusos e estimular a transparência.

Considera-se, então, a existência de lacunas regulatórias no caso apresentado, no que concerne à (a) obrigatoriedade de comunicação à ANTT quanto aos contratos de compartilhamento de malha ferroviária firmados, (b) abertura do mercado para a entrada de OFI e (c) criação de preços de referência para os valores cobrados aos novos operadores. Posteriormente, serão detalhadas as definições do TCU quanto à superação de lacunas, mas antes é necessário conhecer o referente arcabouço normativo.

#### c) Regulação do compartilhamento de malha ferroviária

Tendo em vista o tema apresentado, passa-se a analisar quais e como os assuntos referentes ao compartilhamento de infraestrutura são tratados à luz do normativo legal e regulatório da agência. Por meio da Lei nº 8.987/1995, a legislação brasileira traz direitos e deveres de usuários dos serviços sob regime de concessão e de permissão. Essa lei direciona a atuação da agência reguladora. De forma semelhante, a lei de criação da ANTT (Lei nº 10.233/2001) traz os princípios gerais para o gerenciamento da infraestrutura viária no país. Esses dispositivos, somados ao disposto no Decreto nº 1.832/1996, são as balizas para o regulamento da ANTT.

A Lei nº 10.233/2001 dispõe que a exploração da infraestrutura de transporte público, como as ferrovias, é regida por concessões, que têm sua regulação na Lei nº 8.987/1995. Essa última define como direito do usuário “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente”. Ou seja, quando possível, o usuário deve ter opções entre os prestadores de serviços. O compartilhamento de infraestrutura se mostra como mecanismo para garantir esse direito ao usuário.

De forma similar, cabe à agência reguladora, segundo os termos da sua lei de criação, proteger os usuários em relação à qualidade e oferta de serviços de transporte; assegurar, quando possível, que custos dos serviços prestados sejam eficientes; garantir a liberdade de escolha dos meios de transporte; promover a integração do sistema de viação com os países limítrofes; e ampliar a competitividade brasileira no mercado internacional. Esses princípios se voltam à prestação eficiente do serviço e aumento da competitividade.

Em relação ao transporte ferroviário, o Decreto nº 1.832/1996, dispõe sobre o regulamento dos transportes ferroviários. Segundo o art. 6º, operar em tráfego mútuo e, quando necessário, permitir o direito de passagem é uma obrigação das administrações ferroviárias. Esse decreto estabelece que as administrações ferroviárias devem estabelecer o funcionamento da operação entre si, o que sinaliza a liberdade de negociação e precificação estabelecida pela ANTT, e que eventuais conflitos devem ser dirimidos pelo ministério setorial, hoje, o ministério dos transportes.

A Resolução ANTT nº 3695/2011, que dispõe sobre o tráfego mútuo e o direito de passagem, aponta a preferência pela utilização do tráfego mútuo, no qual é utilizada a via permanente e os recursos da própria concessionária com o licenciamento de trens próprio, em detrimento do direito de passagem, passagem, em que é utilizado o licenciamento de trens da concessionária. Utiliza-se a modalidade de direito de passagem quando da impossibilidade de se utilizar o tráfego mútuo. O art. 3º, § 2º, do normativo, traz que essa impossibilidade pode se dar devido a desacordos comerciais e impossibilidade operacional. A obrigatoriedade de compartilhar a infraestrutura, no entanto, está relacionada à ociosidade da malha, como também traz a regulação.

Essa resolução também dispõe sobre as já mencionadas declarações de rede, que devem ser apresentados pelas concessionárias. Nos termos do art. 5º, § 1º, da Resolução, os dados apresentados à agência são previsões do ano seguinte e, segundo o § 3º, cabe à ANTT disponibilizar as declarações em seu site. Não está prevista a forma como essa declaração deve ser apresentada, nem se os dados serão tratados antes da disponibilização.

Em relação aos Contratos Operacionais Específicos (COEs), a Resolução nº 3695/2011 dispõe que neles são estabelecidos os direitos e obrigações entre as partes, observando os “aspectos técnicos, econômicos, de segurança e a capacidade ociosa” do trecho ferroviário. Com cláusulas essenciais que estabelecem os trechos compartilhados, o tipo de compartilhamento, a estimativa de carga, entre outros aspectos, o normativo da agência aponta a obrigatoriedade de assinatura do COE entre o requerente e cedente, o envio do contrato e termos aditivos à agência e a possibilidade de a ANTT determinar alterações ao contrato firmado. Não há especificação quanto à necessidade de que operadores que não são concessionários ou regidos pela ANTT firmem esse tipo de contrato.

Em relação às tarifas de direito de passagem e tráfego mútuo, a resolução estabelece que elas serão definidas por negociação, de acordo com as regras estabelecidas pela agência. Estabelece-se que a tarifa seria composta por custo operacional e remuneração de capital. Os custos são fixos, variáveis, e de arrendamento, se houver, já a remuneração do capital é descrita como alíquota, estabelecida anualmente para cada concessionária, sobre a base de remuneração mais tributos. Essa base de remuneração é o capital necessário à prestação do serviço público, considerando efeitos da depreciação.

Por meio desses normativos, a parte regulatória parece não conter vácuos quanto à elaboração contratual do compartilhamento da infraestrutura, pois estabelece os dispositivos contratuais, a necessidade de informar à agência e a composição das tarifas. Apesar disso, a área técnica do TCU encontrou lacunas na atuação da agência que não permitem suprir os gargalos. Considerando que o arcabouço normativo parece mais consolidado, vê-se que a retirada desses gargalos é mais simples que os outros casos apresentados. A forma já encontrada pela agência será descrita a seguir.

#### d) Soluções para suprir o vácuo regulatório

Durante a auditoria do TCU, foram identificados três achados, quais sejam, (a) deficiências por parte da ANTT no que tange ao conhecimento da ociosidade da malha ferroviária e as interfaces com outros modais, (b) restrições à utilização eficiente da malha ferroviária, devido a barreiras à entrada e (c) ausência de valores de referência que deem visibilidade dos custos. A própria área técnica reconheceu que as tratativas com a ANTT acabaram por gerar uma atuação eficiente da agência, mitigando alguns dos pontos levantados antes mesmo da deliberação no plenário. O órgão colegiado, no entanto, trouxe algumas determinações à autarquia:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 nos termos do art. 250, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal, recomendar ao Ministério de Infraestrutura e à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que atuem em conjunto e de forma coordenada com os demais entes das esferas federal, estadual e municipal, com o fito de, quando possível, adotar nos demais portos públicos brasileiros com acesso ferroviário de cargas, delegados ou não, as boas práticas identificadas no modelo de gestão aplicado ao Cinturão Ferroviário do Porto de Santos;

9.2 nos termos do art. 250, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal, recomendar à ANTT que:

9.2.1 **implemente as correções cabíveis nos dados referentes** à toda a série histórica, verificando tanto as **Declarações de Rede quanto o Anuário do Setor Ferroviário**;

9.2.2. **passe a exigir a ciência pela Agência de todos os compartilhamentos existentes com agentes externos ao SFF e dos seus instrumentos de registro, com a obrigatoriedade de envio à ANTT de cópia de todos os Contratos, Acordos etc.;**

9.2.3 **passe a exigir das concessionárias a assinatura de COE com qualquer Operador Ferroviário** que trafegue no SFF, mesmo no caso de operadores ferroviários não regulados pela ANTT, exigindo, nos termos da Lei, a outorga prévia que viabilize o uso das malhas do SFF por esses operadores ferroviários não regulados pela ANTT; e

9.2.4 busque divulgar e induzir nos operadores ferroviários fora de sua jurisdição, o uso, em todas as negociações com operadores das malhas do SFF, de instrumento de negociação e registro baseado no COE;

9.2.5 **quando da implementação das ações de sua agenda regulatória**, nos temas “Regra de Operações Acessórias”, “**Revisão das Resoluções ANTT 3.695/2011 (Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo) e 4.348/2014 (Regulamento do Operador Ferroviário Independente)**” e “Regulamento dos serviços públicos associados ao transporte ferroviário de cargas”, avalie a pertinência de:

9.2.5.1 incluir dispositivos em normativos que atendam, de forma similar, aos propósitos dos comandos 9.4.4 e 9.8.9 do Acórdão 2.876/2019-TCU-Plenário ou providência equivalente;

9.2.5.2. **promover estudos para avaliar a existência de excessos na cobrança**, reajustamento e reavaliação das tarifas acessórias, tornando o mecanismo de alteração de preços mais transparente e condizente com o mercado concorrencial, com avaliação de valores de referência, estudando inclusive a possibilidade de imposição de teto tarifário;

9.3 nos termos do art. 243 do Regimento Interno deste Tribunal:

9.3.1 determinar à ANTT e ao Ministério da Infraestrutura que, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da ciência deste acórdão, informe a este Tribunal sobre as providências adotadas e resultados alcançados em face das recomendações expedidas nos subitens 9.1 e 9.2 retro, e, para os eventuais casos de não acolhimento, apresente os esclarecimentos pertinentes;

9.3.2 ordenar à SeinfraPortoFerrovia que autue o devido processo de monitoramento em face das recomendações ora expedidas;

9.4 com base no art. 241 do Regimento Interno deste Tribunal, autorizar a autuação de processo apartado de acompanhamento, mantido o relator atual nos termos do art. 24, parágrafo único da Resolução-TCU 175/2005, com enfoque na implementação, pela ANTT, das ações de sua Agenda Regulatória, principalmente quanto à “Regra de Operações Acessórias”; à “Revisão das Resoluções ANTT nº 3.695/2011 (Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo) e nº 4.348/2014 (Regulamento do Operador Ferroviário Independente)” e à “Regulamento dos serviços públicos associados ao transporte ferroviário de cargas”; (TCU, 2021)

Entre essas determinações, as seguintes já foram sanadas à época da auditoria a disponibilização de todos os contratos assinados, dando transparência à negociação (TCU, 2021, p. 58); das informações sobre a atuação das concessionárias e metas de produção acordadas e apuradas (TCU, 2021, p. 39), e das Declarações de Rede com informações sobre origem dos dados e metodologia utilizada pela agência para tratar essas informações (TCU, 2021, p. 33). Ou seja, a agência já endereçou os itens 9.2.1, 9.2.2., 9.2.3, questões que não se relacionam à alteração normativa.

Quanto à revisão de resoluções da agência, que supririam a lacuna encontrada referente às barreiras de entrada (item 9.2.5), não foram encontradas novas resoluções a respeito das operações de compartilhamento de malha ferroviária ou de operadores ferroviários independentes. Encontrou-se o processo de revisão do normativo, previsto na Agenda Regulatória 2019-2020, sob o nº 50500.081531/2016-06, que foi encerrado antes da auditoria do TCU, o que demonstra que eventuais alterações já foram analisadas pela corte e não atendem às necessidades apontadas.

Quanto ao setor ferroviário, foi editada a Resolução nº 6031/2023, referente às operações acessórias ferroviárias, que menciona o compartilhamento da malha ferroviária como atividade desenvolvida pelos operadores ferroviários. Mesmo que ela se refira aos mecanismos de compartilhamento da malha ferroviária, não dizem respeito aos aspectos que o TCU entende que devam ser aprimorados.

Na atual agenda regulatória (2023-2024), há como tema a “regulamentação da prestação de serviço adequado no âmbito das concessões ferroviárias”, ainda na etapa de AIR, com previsão de conclusão no 4º bimestre de 2025. A descrição desse tema no site da Agência Reguladora diz que os contratos de concessão ferroviários contêm índices de qualidade voltados à segurança e produção, o que não seria suficiente para a adequada prestação do serviço. Essa questão foi tratada no âmbito da auditoria do TCU como um gargalo que gerava concentração das concessionárias nos trechos mais rentáveis e excluía os incentivos para expansão da malha ferroviária, de modo que a revisão desses parâmetros pode ser considerada um avanço em relação ao acórdão exarado pela corte de contas. Apesar dessa hipótese, não se pode confirmar que a lacuna regulatória relacionada às barreiras à entrada de novos operadores ferroviários será endereçada nesse item da agenda regulatória. De qualquer modo, vê-se uma tentativa de aprimoramento do normativo da ANTT acerca das concessões ferroviárias.

Para que a lacuna regulatória encontrada pela auditoria do TCU seja suprida, é importante que a agência reguladora se debruce sobre o compartilhamento da malha ferroviária, para possibilitar um ambiente em que novos agentes queiram adentrar e que os agentes já atuantes não ajam para impedir esse movimento. Para tanto, a auditoria realizada entendeu ser pertinente a edição de normativo sobre o tema, como revisão da Resolução ANTT nº 3695//2011. Ela ainda não foi expressamente adotada pela agência reguladora, que revisou essa norma pela última vez em 2020, antes da auditoria do TCU. Essa revisão se deu por meio da Resolução ANTT nº 5879/2020, que flexibilizou o cumprimento de obrigações contratuais, em decorrência de emergência de saúde pública durante a pandemia de Covid-19.

Necessita-se, portanto, haver o processo regulatório pertinente para a edição de normativo que aprimore o ambiente regulatório da agência reguladora. Com isso, advêm os procedimentos necessários à normatização, como abertura de consulta pública e deliberação pela diretoria colegiada. Objetiva-se suprir a lacuna que foi deixada pela revogação do Decreto nº 8129/2013, que buscava regulamentar o funcionamento do ambiente regulatório ferroviário no que tange ao livre acesso, bem como seu aprimoramento.

No referido decreto, as concessionárias tinham como diretriz a garantia do acesso aos operadores ferroviários a exploração da infraestrutura e dava à Valec o direito de uso da capacidade das novas concessões. Essa última previsão tem o condão de gerar incentivos perversos e manter o sistema com poucos *players* ou mesmo torná-lo ineficiente nas situações em que não há necessidade de mais agentes, mas há a intenção de garantir a produtividade da malha ferroviária. O aprimoramento do normativo seria necessário, então, para criar mecanismos que, de fato, permitissem a abertura do mercado a novos *players*, de modo a garantir a liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços do usuário nos casos em que é economicamente sustentável a sua existência.

O último achado do TCU, que gerou o item 9.2.5.2 do acórdão em questão, diz respeito às cobranças tarifárias no compartilhamento da malha ferroviária. Preocupa-se com a possibilidade de valores abusivos, decorrente da falta de valores de referência que tornem previsível a avaliação dos custos da operação. Esse ponto também tende a fechar o mercado dos agentes que utilizarão a infraestrutura ociosa de uma concessionária para movimentação de cargas. Quanto a esses pontos, não foram encontrados temas nas agendas regulatórias que tivessem o objetivo de supri-los.

Vê-se que ainda está pendente a supressão da lacuna regulatória encontrada, o que pode ser endereçado pela ANTT, à luz da escolha da teoria regulatória da agência. Essa escolha é importante para identificar qual o objetivo que a regulação ferroviária pretende alcançar, por exemplo, a criação de incentivos aos agentes regulados, a perpetuação do modelo atual ou mesmo a abertura total do mercado. Algumas das teorias regulatórias serão tratadas no tópico a seguir, com o objetivo de compreender como o arcabouço brasileiro reconhece a regulação e qual o intuito da regulação brasileira.

### CAPÍTULO 3 – REGULAÇÃO: TEORIAS REGULATÓRIAS QUE PODEM AUXILIAR NA SUPRESSÃO DE LACUNAS REGULATÓRIAS

A Regulação é o sistema adotado para coordenar a manutenção de contratos administrativos com privados sob a constante vigilância do Estado, mas identificar sua exata origem pode ser uma ação impossível. Lopes (2018, p. 120) entende que, ao buscar a gênese da regulação, visa-se o conforto de que algo foi constituído em um “estado de perfeição”, o que não é a realidade da regulação. Na verdade, foram justamente as mudanças na conjuntura dos Estados que ocasionaram a necessidade do sistema regulatório.

Os setores em que o Estado não se mostra o agente mais eficiente para prestar os serviços necessários à sociedade demandam participação privada mais robusta, por meio de concessões e parcerias público-privadas. Para que essa conjuntura se consolidasse, tornou-se necessária a estruturação de um sistema que priorizasse a manutenção dos contratos firmados e, ao mesmo tempo, que permitisse a consolidação da soberania estatal. Esse sistema é a regulação.

A finalidade da regulação para cada situação determina quais serão as opções regulatórias utilizadas pelo Estado. Para Aranha e Lopes (2019, p. 103), a análise da regulação não se restringe à busca pela defesa da concorrência e dos consumidores, mas está pautada por características do direito público e tem sua importância na busca e concretização dos direitos fundamentais.

Lopes (2018, p. 122) traz dois pontos essenciais para compreender a regulação. O primeiro seria a constituição de contratos como “matriz do poder político”, no qual as pessoas realizam cessões para estabelecer uma soberania. Ou seja, estabelecem-se regras que visam a manutenção da ordem entendida como a mais adequada para a situação presente. O segundo ponto seria a repressão como forma de continuidade da soberania, através do poder disciplinar.

Ao longo dos séculos, essa soberania foi demonstrada pela figura muito forte do Estado, em especial, do monarca. Com a queda do absolutismo, estabeleceu-se uma nova forma de relação de poder e soberania, que não mais se alicerçava sobre a terra e o produto, mas sobre o tempo e o trabalho. A consequência disso foi o exercício do poder por meio da vigilância e dos impostos, o que se chama de poder disciplinar (LOPES, 2018, p. 125).

Esse poder se manifesta pela constante e sutil vigilância do Estado, com o objetivo de que sejam cumpridas as determinações estatais, por meio de mecanismos como regulamentação e regramento. Espera-se, assim, que não haja uma manifestação excessiva de força e violência,

mas a constante vigilância do Estado e disciplina dos agentes. Lopes (2018, p. 127) aponta, inclusive, que esse sistema de poder disciplinar permite a uniformização e a medição de desvios e especialidades, permitindo seus ajustes.

No Brasil, Aranha e Lopes (2019) trazem que o início da regulação precede a Constituição Federal de 1988, mas o instituto só ganhou robustez após emendas constitucionais de 1995 e a criação das agências reguladoras. Ao longo dos anos, o conceito de regulação foi moldado, partindo de um conceito baseado apenas na normatividade regulatória, e alcançando uma análise mais complexa das relações público-privadas, com enfoque no comportamento empresarial e a busca por fomentar os avanços da sociedade..

A depender do ramo do conhecimento que utiliza a regulação, ela possui um conceito diverso. Por exemplo, a análise econômica se detém apenas nas atividades econômicas, sendo mais restritiva. Em contrapartida, a análise jurídica, que será utilizada nesse trabalho, é mais abrangente. Para fins do direito regulatório, os autores caracterizam a regulação como “regime jurídico regulatório”, na tentativa de tornar mais palpável esse conceito tão abrangente. Esse regime seria as disposições normativas que permitem a influência ou controle sobre o ambiente regulado (LOPES, ARANHA, 2019, p. 119).

Vieira de Carvalho (2007, p. 35) entende a regulação como políticas econômicas e instrumentos que realizam as políticas de conciliação da rentabilidade de um negócio e maximização do benefício social. Esse olhar se volta para a regulação dos serviços públicos e vai ao encontro do entendimento de Lopes. Assim, a regulação pressupõe duas questões: a atuação do privado em serviços necessários à sociedade, e a supervisão estatal para garantir a devida prestação do serviço em questão.

A regulação não precisa ser aplicada apenas pelo Estado, pois o ente privado pode também fazê-lo, por meio da autorregulação. Quando ela ocorre, Vieira de Carvalho (2007) entende que os mecanismos do mercado seriam suficientes para alcançar o interesse público. Essa ideia é mais clara em determinadas correntes regulatórias, como a regulação econômica e a regulação responsiva, que são apresentadas no tópico a seguir. A teoria da escolha pública, também apresentada a seguir, não traz essa questão de forma tão clara, por se tratar da análise da decisão dos agentes públicos.

A partir do desenvolvimento da regulação, foram constituídas diversas teorias regulatórias, como a *public choice*, regulação econômica, regulação responsiva e regulação

positiva. Cada uma delas traz um conceito diferente de regulação e, conseqüentemente, um objetivo diverso para a atuação estatal, que serão mais bem detalhadas a seguir.

É necessário avaliar quais objetivos regulatórios de cada teoria, de modo a delinear melhor como o regulador poderia agir para mitigar efeitos concorrenciais deletérios decorrentes das lacunas regulatórias e, em novas situações, evitar que tais lacunas existam e se consolidem nos mercados. A partir desse estudo, busca-se responder à pergunta dessa pesquisa: **qual a teoria regulatória que indicaria ao regulador como suprir lacunas regulatórias que trazem prejuízos concorrenciais e melhor atenderia ao objetivo de desenvolvimento saudável do mercado competitivo?**

A pergunta da pesquisa parte do objetivo de desenvolver o mercado, porque o próprio ordenamento jurídico brasileiro tem como princípios a liberdade econômica e de negociação. Esses ideais também estão expostos nos contratos de concessão, permissão e autorização de infraestrutura, que prezam pela possibilidade de o contratado explorar comercialmente o ativo, e possibilita a liberdade de precificação e negociação com terceiros, mediante balizas regulatórias.

Parte-se também da premissa legal de que a intervenção do Estado na economia é subsidiária, ocorrendo apenas quando necessária. Sendo assim, entende-se que o regulador deve conhecer o mercado, visar o seu bom funcionamento e uma boa relação com os reguladores. Dessa forma é possível que a atuação regulatória seja eficiente e tempestiva, evitando surgimento de lacunas regulatórias e eventuais problemas estruturais e de difícil reversão.

Serão estudadas, então, as principais teorias regulatórias: (3.1) teoria da escolha pública, (3.2) teoria da regulação econômica, (3.3) teoria da regulação responsiva e (3.4) teoria da regulação positiva. Por fim, (3.5) espera-se encontrar qual dessas teorias é a que melhor orientaria o regulador para suprir lacunas regulatórias existentes e, principalmente, evitar que elas existam e possam prejudicar o funcionamento do mercado e a prestação do serviço à sociedade.

### **3.1. Teoria da *public choice***

A primeira teoria regulatória a ser estudada é a teoria da escolha pública (ou *public choice*). Ela foi desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial, como ramo da economia e da ciência política, que estuda o comportamento dos tomadores de decisão a partir de análise econômica. Essa teoria rechaça a ideia de que os burocratas agem inocentemente, buscando o

interesse social (ARANHA, 2019). Na realidade, os tomadores de decisão agiriam de acordo com seus interesses racionais e não buscariam de forma automática ou altruísta a conquista dos interesses sociais.

Paulo Trigo Pereira (1997) aponta que a *public choice* é um contraponto à teoria do bem-estar social, que justificava a intervenção estatal a partir dos estudos das falhas de mercado. Segundo ele, a teoria da escolha pública tem o objetivo de apontar, de forma econômica, os “fracassos do governo” e os limites de sua intervenção. É importante se debruçar sobre esse assunto, de modo a identificar nas escolhas do parlamento os resultados da escolha da sociedade. Os autores dessa teoria trazem entendimentos diversos sobre a análise da conjuntura que permite a decisão política, que serão brevemente apresentados a seguir.

Duncan Black é tido como o primeiro expoente dessa teoria, e escreveu o artigo “*On the Rationale of Group Decision-Making*”, em 1948. No artigo, o autor buscava analisar a racionalidade da tomada de decisão em situações sem consenso entre os membros. Esse texto começou a ressignificar a relação entre economia e ciência política. Aranha descreve que o objetivo do autor era “pavimentar o caminho de uma teoria de equilíbrio distributivo dos tributos e dos gastos públicos a partir da aplicação do instrumental de preços e posições relativos de compradores e vendedores em um processo decisório” (ARANHA, 2019, p. 16). Ou seja, buscou-se avaliar a decisão dos agentes públicos acerca da arrecadação e gastos públicos a partir do posicionamento dos agentes no processo de decisão.

A partir de 1951, Kenneth Joseph Arrow desenvolveu o teorema da impossibilidade. Segundo ele, é impossível ignorar preferências individuais para coletividades em decisões racionais. Sua teoria questiona “a possibilidade de uma tomada de decisão democrática verdadeiramente representativa dos cidadãos” (ARANHA, 2019, p. 16). Isso porque cada um tem suas preferências e é um paradoxo selecionar aquela opção que melhor atenda a todos os indivíduos.

Outro expoente dessa corrente é Anthony Downs, que publicou o livro “Uma teoria econômica da democracia”, em 1957. Ele traz a ideia de mercado político, em que os partidos elaboram políticas públicas para angariar votos. Nesse sentido, o governo seria um empreendedor em que os votos seriam a moeda de troca para o produto, qual seja, as políticas. Aranha ressalta que “Downs trata do processo político-eleitoral a partir da abordagem da escolha racional da ciência econômica apoiada no cálculo individual guiado por interesses e

implementado por eleitores e por partidos políticos, e nos resultados analíticos daí derivados” (ARANHA, 2019, p. 17).

Em 1962, Buchanan e Tullock publicaram o livro “*The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*”, que se contrapôs à ideia de Downs quanto às condições racionais imputadas às decisões da coletividade. Para os autores, a coletividade é um ente cujos valores e decisões dependem dos indivíduos que a compõem. Assim, a teoria da escolha pública entende que há uma escolha racional dos indivíduos que compõem a coletividade e não de uma coletividade que toma decisões a partir de valores individuais. Já sobre a decisão constitucional, os autores entendem haver uma diferenciação. A decisão constitucional não tem a possibilidade de prever quais os efeitos dessa escolha para o bem-estar da sociedade, o que faria com que o indivíduo perdesse o senso de responsabilidade em suas decisões constitucionais. (ARANHA, 2019, p. 19).

Mancur Lloyd Olson publicou, em 1965, a obra “*The logic of collective action: public goods and the theory of groups*”. Aranha analisa o texto em duas vertentes, a primeira em sentido destrutivo e a segunda, em sentido construtivo. O sentido destrutivo conclui que seria uma falácia da ideia de que os indivíduos participam de uma coletividade para aumentar a chance de beneficiar a todos da coletividade. Para o autor, o movimento dos indivíduos visa à obtenção de benefícios próprios. Em contrapartida, essa busca por interesses individuais acaba por justificar a manutenção das contribuições à coletividade, o que seria a vertente construtiva. O autor inaugurou a análise econômica racional sobre os efeitos dos grupos de interesse na política, apontando que os interesses de grupos pequenos tendem a se sobressair em detrimento dos interesses populares (ARANHA, 2019, p. 21 - 22).

Niskanen se apresenta como outro teórico da *public choice*, debruçando-se sobre a justificativa do comportamento do servidor público e trazendo em seu livro de 1971 propostas para que instituições públicas pudessem realizar melhor os interesses da população. Em síntese, em artigo publicado em 1968, o autor afirma que as ações do burocrata se justificam pela maximização do orçamento do seu órgão e do seu setor, de modo que utilizam da burocracia para obter um orçamento maior. O autor equipara os setores dos órgãos públicos a um monopolista, cujo consumidor seria o poder legislativo, que necessita da atuação burocrática para implementar as mudanças legislativas aprovadas. Aranha aponta que isso explicaria, por exemplo, o motivo de as agências reguladoras buscarem a tentativa de atrair como sua competência diversos serviços públicos (ARANHA, 2019, 23-25).

Quanto à regulação, Niskanen é o primeiro teórico da escolha pública que passa a aplicar essa teoria ao desenho regulatório. O autor entende que o “acompanhamento da prestação dos serviços seria, ao lado da contratação de empresas privadas destinadas à sua prestação, as únicas atividades sobranes ao Estado”, como Aranha (2019, p. 24) conclui ao analisar a sua teoria.

O último autor da Teoria da Escolha Pública é Stigler, quem mais se aprofundou no mercado da regulação e mais trouxe contribuições para a teoria regulatória. Como traz Aranha (2019, p. 25), Stigler baseou a sua teoria no “pressuposto do comportamento individual racional e sua repercussão na atuação coletiva, sob o enfoque da economia neoclássica”. Essa teoria começou a ser conhecida como teoria da regulação econômica e, posteriormente, Posner firmou o termo “teoria econômica da regulação”. Já se estudava o descompasso entre os objetivos da regulação e a sua concretização, bem como a influência dos atores na regulação. Stigler trouxe de novidade o estudo do mercado da regulação a partir dos pressupostos, métodos e instrumentos da teoria neoclássica sob enfoque da escolha pública.

Nesse sentido, a preocupação do autor não se volta para a correção das falhas de mercado privado por meio de instituições reguladoras, mas para como o mercado funciona diante das decisões tomadas pelos agentes públicos. Esse olhar demonstra que essa teoria é ainda da escolha pública, porque pressupõe a racionalidade na tomada de decisões do agente público e parte da ideia de que a indústria vai atuar como um ator racional para tentar permitir a sua entrada no mercado.

Voltando-se para a regulação, a análise de Stigler aponta para a ideia de que a regulação é um insumo obtido pela indústria, na qual os diretores das agências reguladoras são atores que possuem interesses em obter maior poder, e não agentes que buscam genuinamente o interesse público. Sendo assim, Stigler entende que deveriam ser criados mecanismos de recompensa aos diretores das agências que não perpassassem bases desconexas ao serviço que prestam à indústria regulada.

Desses expoentes, em especial de Niskanen e Stigler, extrai-se que a regulação, à luz da teoria da escolha pública, não teria como princípio fundamental a busca pelo bem-estar da sociedade, a prestação mais eficiente do serviço público ou a busca pela competitividade. Na realidade, a relação entre o ente privado e o Estado na prestação de serviços públicos teria como maior propulsor a decisão racional dos indivíduos que buscam seus interesses individuais, entre eles, angariar votos, agregar competências ou receber apoio político.

Sob esse viés, a regulação visa o alcance dos interesses dos burocratas, por meios legítimos. O Estado age como uma empresa, que presta serviços à sociedade com o intuito de distribuição de capital aos acionistas (que, nesse caso, seria o poder dado aos agentes públicos) e perpetuação das atividades, o que beneficia a sociedade (por exemplo, pela possibilidade de usufruir de um serviço, receber um produto, ser empregado).

Vê-se que o foco da teoria da *public choice* é o regulador, que tem interesses próprios e age para alcançá-los, tendo como consequência benefícios à sociedade. Não há como propósito regulatório a maior eficiência do mercado ou mesmo uma atuação do regulador mais assertiva. As escolhas se pautam pelo poder que o regulador possui, o que tende a ocasionar regulações mais punitivas e impositivas. Apesar de ações dessa espécie serem importantes em determinados momentos, as lacunas regulatórias descritas não merecem ser tratadas dessa forma, porque a mera imposição regulatória pode não avaliar aspectos significativos do comportamento do regulado e trazer ineficiências que prejudicarão a prestação do serviço.

O tópico a seguir vai tratar da teoria econômica da regulação, iniciada por Stigler e que teve como principal propagador Posner.

### **3.2. Teoria econômica da regulação**

George Stigler foi o precursor a teoria da regulação econômica, ao trazer características do processo político para a análise dos propósitos e resultados da regulação. Posner propagou essa teoria e firmou a sua nomenclatura, que passou a ser conhecida como teoria econômica da regulação.

Em artigo de 1993, Peltzman analisa as contribuições de Stigler para a teoria da regulação. O trabalho de Stigler modificou a forma como os estudiosos pensavam a regulação, porque gerou uma integração da economia da regulação e a economia da política, de modo que as relações entre os agentes (aqueles que ofertam a regulação e os que necessitam dela) determinam o resultado regulatório (PELTZMAN, 1993).

Os grupos governamentais, sejam eles legisladores, agentes regulatórios ou servidores do poder executivo, conseguem vender poder aos regulados (a indústria regulada ou os seus usuários). Esses, por sua vez, competem para ter acesso a esse poder, que se manifesta, por exemplo, pelo controle de preços, barreiras à entrada de concorrentes, e estabelecimento de níveis de serviço (PELTZMAN, 1993, p. 823). Para Stigler, a regulação econômica tem como

principal objetivo justificar quem será beneficiado pelas decisões tomadas pelos burocratas (STIGLER, 1971).

Os economistas, a partir dos estudos de Stigler, passaram a reconhecer que a regulação não é primariamente eficiente e sequer busca esse objetivo. Na realidade, é sustentada pela influência de interesses organizados (PELTZMAN, 1993, p. 824).

Ao discorrer sobre esse assunto, Posner (1974) mostra que regulação econômica é a forma como o governo intervém no mercado, por meio de taxas, subsídios, legislações e controles administrativos. Ele aponta que há duas teorias econômicas da regulação, quais sejam, a teoria da escolha pública, amplamente discorrida nessa pesquisa e a teoria da captura.

Sobre a teoria da escolha pública, Posner (1974) aponta o entendimento de que as agências reguladoras foram criadas com boas intenções, mas os seus resultados não são sempre alcançados. Os resultados da regulação que não são sempre favoráveis socialmente tendem a ser perseguidos pelos grupos mais influentes, que acabariam por organizar a moldura regulatória.

Ele justifica essa ideia com dois argumentos: o primeiro é o fato de que as agências reguladoras teriam funções impossíveis de serem exercidas, como a determinação dos custos das firmas reguladas e os controles dos preços e custos, por meio de instrumentos de mensuração que não existiriam. O segundo argumento deriva dos altos custos que o poder legislativo possui. Considerando que as agências são criadas e têm suas competências definidas pelos parlamentares, Posner entende que elas são criadas quando eles têm interesse no assunto a ser regulado e capacidade de se debruçar e controlar as agências recém-criadas. Com o passar do tempo, o aumento da complexidade dos setores e das demandas dos congressistas, esses acabam delegando mais competências às agências reguladoras e exercendo menos influência sobre elas. O resultado disso seria o fracasso dos objetivos regulatórios (POSNER, 1974).

Por sua vez, a teoria da captura aponta que a regulação não busca o interesse público de forma alguma, mas é promovida por grupos influentes que buscam obter seus próprios interesses. Essa teoria tem diversas vertentes, que apontam que a regulação pode ser dominada pelas indústrias reguladas. Posner (1974), no entanto, enxerga que essa análise da regulação não é satisfatória, porque muito se assemelha às teorias da escolha pública e não possui fundamentos teóricos, sendo apenas uma análise hipotética.

Já a teoria econômica da regulação, vê a regulação como “um serviço ofertado a grupos de interesse político efetivos” (POSNER, 1974, p. 36). Posner reconhece que ela parece apenas uma versão refinada da teoria da captura por descartar a ideia de uma ação legislativa sem interesses e admitir a possibilidade de captura pelos grupos de *stakeholders*. Em relação à terminologia, Posner retira a ideia de “captura” e a substitui pelo conceito de “oferta e demanda”. (POSNER, 1974, p. 14).

Essa ideia é uma das bases da regulação econômica. Uma vez que o poder coercitivo do governo pode favorecer grupos de interesse específicos; a regulação poderia ser considerada como um produto que age conforme a oferta e a demanda.

Esse binômio pode ser entendido pela teoria dos cartéis. A comparação feita por Posner se dá no sentido de que os efeitos dos métodos da regulação, por exemplo, controle de entrada, tarifas mínimas e exceções às regras concorrenciais, são semelhantes à cartelização. Apesar disso, o autor aponta que indústrias facilmente cartelizáveis dificilmente são reguladas. Por exemplo, setores com diversos *players* tendem a ser regulados, mas dificilmente seriam cartelizadas, pois a regulação depende de ações legislativas e intervenção política enquanto o cartel demanda uma organização das próprias companhias. (POSNER, 1974, p. 18-20)

Quanto à atuação regulatória, o autor entende que o excesso de regulação pode ser o produto de uma negociação entre a indústria regulada e os grupos de consumidores, pois um se perpetua por meio de ganhos monopolistas decorrentes da regulação e outro obtém benefícios pela redução de preços. Da mesma forma, “uma aparente inexplicável omissão na moldura regulatória pode ser um resultado calculado da coalizão entre grupos de interesse” (POSNER, 1974, p. 30). Ou seja, a lacuna regulatória pode ser uma opção regulatória.

Como salientado pela teoria econômica da regulação, os objetivos da regulação dificilmente são alcançados e tendem a ser influenciados pelos agentes, que buscam os interesses privados por meio da ação regulatória. Assim, a opção de não regular, no viés apresentado por Posner (1974), não visaria a competição e o bem-estar da sociedade, mas o alcance de interesses dos *stakeholders*.

### **3.3. Regulação Responsiva**

A terceira teoria regulatória apresentada é a regulação responsiva, que tem como base “políticas de indução para incentivar comportamentos privados desejados pelo Poder Público”

(ARANHA, LOPES, 2019, p. 148). Utilizam-se incentivos de indução indireta, por meio da construção de procedimentos e competências que gerem operação autônoma da economia pelos agentes regulados, chamadas formas moderadoras de regulação. Esses incentivos visam estimular uma reorientação reflexiva, que procura permitir que sistema político-burocrático e econômico possam se manter e se organizar em paralelo, sem que haja o colapso de algum deles (ARANHA, LOPES, 2019, p. 149).

A doutrina regulatória reconhece que os reguladores devem considerar as opções em que os regulados possam colaborar, uma vez que estão em busca do mesmo objetivo, qual seja a “produção eficiente de utilidade pública”. (ARANHA, LOPES, 2019, p. 151). Em suma, os autores entendem que “o êxito da autoridade reguladora só pode ser obtido na medida em que ela busque fornecer condições adequadas para que o regulado compreenda e internalize como válidas as ordens recebidas”. (ARANHA, LOPES, 2019, p. 152).

Há um binômio que permite a concretização das políticas regulatórias, que é o *enforcement* e *compliance*, ou seja, o constrangimento legal/regulatório e os processos de conformidade com a legislação e os procedimentos regulatórios estabelecidos. Sendo assim, além da punição e persecução, o *enforcement* também pode ser uma oportunidade de educação, persuasão e negociação. Ela permite que os usuários e regulados alcancem a conformidade, podendo ser mais incisiva e punitiva, ou buscando formas de cumprimento da regulação estabelecida por técnicas mais flexíveis, como apresentadas acima (LOPES, ARANHA, 2019, p. 153).

Essa proposta de incentivos é mais eficiente por questões econômicas e relacionais. A implementação de punições é mais cara que o convencimento de que determinada legislação é mais adequada para a situação, além de ser mais propensa à efetivação de litígios judiciais e administrativos. Em contrapartida, manter uma estrutura de incentivos legitima eventuais punições necessárias e permite um relacionamento mais consolidado entre os reguladores e regulados. (LOPES, ARANHA, 2019, p. 154)

Uma forma de estruturar a regulação por incentivos é por meio da regulação responsiva. Ela se materializa a partir do cenário de rápidas mudanças tecnológicas nos setores regulados, em que as imposições regulatórias previamente estabelecidas se tornam defasadas, e a realização de investimentos ou critérios de qualidade de serviços não mais se mostram eficientes. Para solucionar possíveis embates relacionados à regulação prescritiva, os

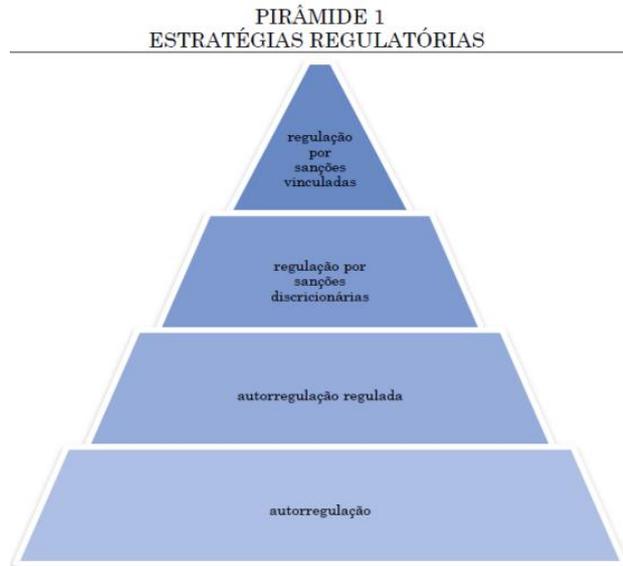
reguladores podem adotar medidas e estratégias que busquem a cooperação e o diálogo entre os regulados e reguladores (LOPES, ARANHA, 2019).

Braithwaite (2006, p. 886), um dos maiores expoentes dessa corrente, defende a regulação responsiva como um ideal democrático. Isso porque a tentativa de diálogo entre regulador e regulado e a ideia de uma regulação deliberativa se sobrepõem a uma regulação totalmente hierarquizada. A consequência disso é a criação de regras a partir das deliberações entre os agentes, assim como a interpretação dessas regras. Ou seja, a regulação responsiva permite uma atuação mais horizontal dos *players* e não verticalizada.

Com esse viés, é possível que as próprias legislações se tornem mais efetivas, por meio de uma análise do regulador de como o mercado se comporta e quais os mecanismos que melhor alcançam o objetivo pretendido. Antes de optar por aumentar a intervenção, o regulador deve observar como os regulados se organizam e se autorregulam. (BRAITHWAITE, 2006, p. 886).

Uma das formas de tentar compreender quando intervir e quando buscar a persuasão se dá por meio da pirâmide regulatória. Na sua base, estão os regulados que mais se adequam às obrigações e necessitam apenas da legislação para que a regulação se efetive. Mesmo que não cumpram a lei em algum momento, os reguladores ainda deveriam buscar o diálogo, de modo tentar reparar a situação, antes escalar na pirâmide. Ao escalar a pirâmide, alocam-se os agentes que precisam de maior intervenção regulatória, sendo seguidos dos que demandam punições. (BRAITHWAITE, 2006, p. 886). A construção da pirâmide regulatória não é fixa, podendo cada regulador definir como fazê-lo. Por exemplo, com estratégias regulatórias, ou escalonamento das sanções (BRAITHWAITE, 2006, p. 888).

Aranha e Lopes apresentam dois exemplos de pirâmide regulatória, (a) a pirâmide de estratégias regulatórias e (b) a pirâmide de constrangimentos, apresentadas a seguir:



*Figura 6 - Pirâmide de estratégias regulatórias*

Fonte: CHAVES, Mauro. 2023, p. 50



*Figura 7 - Pirâmide do Constrangimento*

Fonte: CHAVES, Mauro. 2023, p. 51

A pirâmide das estratégias regulatórias visa incentivar o regulado a ter comportamentos virtuosos, que lhe ocasionaram menor fiscalização. Na base da pirâmide, estão inseridos os agentes que agem de forma virtuosa em todos os momentos, ou na maior parte deles. Nesse caso, eles estão menos sujeitos à regulação, podendo o regulador dispender seus recursos em regulados que necessitam de maior fiscalização, intervenção e punição. Estes são os *players*

inseridos nos patamares mais altos da pirâmide, que não se comportaram conforme previa os contratos firmados e o normativo aplicável.

Nesse cenário, as estratégias para manter os atores na base piramidal podem ser diversas. Os teóricos da regulação responsiva não estabeleciam as formas como os reguladores podem ou devem atuar. Isso sequer seria possível, considerando que cada país, setor e *player* possui suas características, dificuldades e obrigações, que devem ser consideradas pelos reguladores. Sendo assim, eles podem optar por utilizar estratégias que tragam vantagens aos regulados que atuem em conformidade com o normativo vigente, como o atingimento de metas regulatórias (CHAVES, 2023, p. 57) e o reconhecimento por atingir parâmetros de eficiência e qualidade da prestação de serviços. Um exemplo dessa atuação é o Programa Aeroportos Sustentáveis, da ANAC, que premia os aeroportos que adotam de sustentabilidade.

Já a pirâmide de conformidade está organizada “de forma a constituir uma gradativa escalada de sanções” (CHAVES, 2023, p. 56). Na base da pirâmide estão inseridos os agentes que cumprem com suas obrigações e não necessitam de sanções graves. Eles podem ser regulados por meio da persuasão. Ao escalar na pirâmide, encontram-se os agentes que não atuam em conformidade com o previamente acordado, descumprindo as regulações e obrigações contratuais. A eles são impostas advertências, sanções e, em casos extremos, a suspensão e revogação da licença para operar. Vê-se que há uma gradatividade na imposição de sanções e, agindo em maior conformidade, os regulados podem também descer na escala piramidal.

A mensagem que se busca passar com a pirâmide regulatória é a de que a continuidade em descumprir as leis torna mais barato para o regulador punir o regulado, porque o próprio regulado buscaria essa punição (AYRES, BRAITHWAITE, 1992). Ora, se menos agentes serão punidos, o tempo e montante dispendido na punição também é reduzido, de modo que haverá disponibilidade de recursos públicos para propiciar a intervenção, quando se mostrar necessária.

Kolieb é crítico dessa proposta, pois entende que a pirâmide regulatória se baseia apenas em padrões de comportamento, cuja fonte é sempre a legislação, mal definida na teoria. Ao contrário do que se esperava da regulação responsiva, que visava nutrir cidadãos virtuosos, a pirâmide regulatória é um modelo que nutre a obediência à lei (KOLIEB, 2015, p. 145). Por isso, o autor propõe uma atualização da pirâmide por meio de um diamante regulatório:

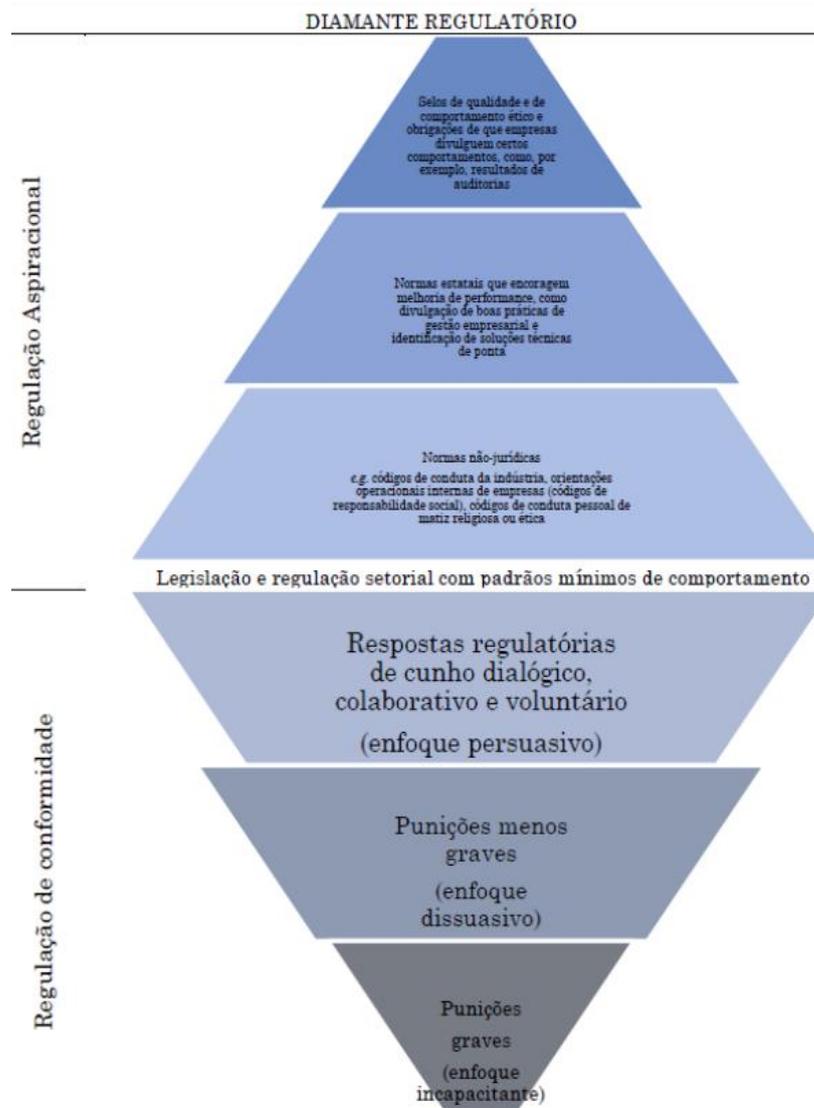


Figura 8 - Diamante regulatório

Fonte: CHAVES, Mauro. 2023

O diamante regulatório é a união de duas pirâmides, com o objetivo de incentivar o regulado a ir além do previsto normativamente. Esse modelo “adere aos princípios da responsividade e ao dinamismo da teoria da regulação responsiva” (KOLIEB, 2015, p. 151), incorporando as atividades de *compliance* regulatório e aspiração regulatória. Então, os mecanismos regulatórios encorajam a adequação a comportamentos específicos e o aprimoramento do comportamento além de patamares mínimos. Ou seja, o autor busca incentivar um contínuo aprimoramento dos comportamentos dos agentes regulados, por meio de mecanismos e métodos que estimularão o agente a agir melhor que o previsto na norma. São colocados na pirâmide o patamar mínimo de comportamento, os incentivos para melhorar esse patamar e os mecanismos para impor o cumprimento desses patamares (KOLIEB, 2015).

A doutrina aponta para um necessário diálogo entre os agentes públicos e privados, que busque criar incentivos para alcançar comportamentos superiores aos mínimos previstos. Isso pode ser feito por meio de uma imposição legislativa e punitiva menos intensa para esses atores, concessão de prêmios, possibilidade de criação de consenso para questões sensíveis e incontestáveis. Em suma, Aranha e Lopes (2019) demonstram que a regulação responsiva adota estratégias regulatórias que possam induzir a comportamentos virtuosos. Para Chaves (2023, p. 57), a regulação responsiva é uma proposta mais dinâmica e complexa que a proposta do comando e controle, no qual os reguladores possuem um viés interventivo, punitivista e com padrões fixos para todos os agentes regulados. A regulação responsiva, pelo contrário, observa, além do fato e da norma, os comportamentos e realidade dos agentes regulados (CHAVES, 2023, p. 57).

A consequência dessa proposta mais dialogada é uma regulação mais legítima, pois as sanções seriam previamente dialogadas com o regulado. Da mesma forma, os agentes seriam motivados a colaborar para comportamentos mais adequados à legislação da regulação, visando a menor intervenção dos reguladores.

A operacionalização dessa regulação se dá também por meio de um Relatório de Impacto Regulatório, que visa analisar quais as opções regulatórias que o agente possui diante de um problema, seus impactos, benefícios e malefícios. O regulador deve analisar qual dessas opções atende melhor o usuário. Lopes e Aranha (2019) descrevem como principais elementos desse relatório a descrição dos potenciais (a) benefícios dessa regra, (b) custos e efeitos adversos da regra, (c) benefícios e efeitos não quantificáveis da regra e (d) soluções alternativas que alcançariam os mesmos benefícios da escolhida e porque elas não seriam adotadas.

Atualmente, as agências reguladoras brasileiras devem adotar mecanismos de regulação responsiva, por força de lei. Os art. 5º e 6º da Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, aponta que:

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de

Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Nesse mesmo sentido, o art. 5º da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) dispõe sobre a necessidade de que a edição de atos normativos de interesse dos usuários seja precedida de análise de impacto regulatório, com os dados e possíveis efeitos dele decorrentes. Objetiva-se verificar se os impactos econômicos da nova norma são razoáveis e justificam sua edição. O parágrafo único desse artigo aponta que um regulamento vai dispor sobre o conteúdo, metodologia, quesitos mínimos e hipóteses de realização.

Esse regulamento é o Decreto nº 10.411/2020, que aponta as situações de aplicação, elementos necessários, possibilidade de não realização, metodologia e publicização do AIR. O art. 2º, inc. I desse normativo dispõe que o AIR é “procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão”. O normativo dispõe que deve ser realizado AIR em situações em que haja a “edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.

Enquadram-se nesse cenário as agências reguladoras, salvo quando o órgão colegiado decida por não realizar o AIR, em situações de (a) urgência, (b) regulamentação de norma hierarquicamente superior sem opções regulatórias, (c) ato com baixo impacto regulatório, (d) atualização ou revogação de normas obsoletas, (e) preservação de liquidez, higidez e solvência de mercados de seguro, capitais, câmbio, financeiros e sistema de pagamentos; e (f) redução de custo regulatório. Nesse sentido, os casos apresentados no presente trabalho precisaram passar pelo trâmite da regulação responsiva.

Nessa mesma seara, a Lei nº 9.784/1999, no art. 31, aponta que “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”. A partir do diálogo entre os agentes, ocasionado pela escuta do privado e resposta fundamentada da administração pública, há mecanismos da regulação responsiva.

Como demonstrado, a ANEEL e ANATEL realizaram a Consulta Pública nº 73/2021 para apresentar as alternativas regulatórias aos problemas decorrentes da ocupação dos postes de

energia elétrica. Já a ANAC, por meio da Consulta Pública nº 09/2022, recebeu contribuições sobre a precificação e regulamentação da entrada de agentes nos Pontos de Abastecimentos de Aeronaves (PAA) nos aeroportos de Guarulhos e Galeão. Vê-se a criação de mecanismos que permitem o diálogo entre os agentes reguladores e regulados, visando uma construção colaborativa da regulação no país.

Outro mecanismo que aponta para a escolha da regulação responsiva na legislação brasileira é a Análise de Resultado Regulatório (ARR). Esse último é conceituado no art. 2º, inc. III do decreto como “verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”. Ou seja, após a edição do ato normativo, é necessário avaliar se os objetivos foram alcançados ou se é necessário trazer incentivos diferentes para solucionar o gargalo em questão.

Aranha et al. (2021), por sua vez, consideram que a constituição brasileira não define o mecanismo regulatório para a intervenção estatal no ambiente econômico, permitindo que as agências reguladoras atuem de forma mais flexível, o que viabiliza a regulação responsiva.

Apesar desse arcabouço legislativo, que traz mecanismos de responsividade para o contexto brasileiro, Chaves (2023, p. 39) entende que a atuação das agências reguladoras brasileiras ainda está pautada na busca desenfreada por sanções, com caráter punitivo. O autor mostra que a regulação responsiva pode ser vista com insegurança pelos agentes públicos, uma vez que ela tende a ser alterada à medida que o comportamento dos agentes também é modificado. Entende-se que esse pode ser um dos motivos para haver certo receio de os agentes atuarem de forma mais flexível em relação à fiscalização e punição dos regulados. Outro motivo poderia ser a necessidade de uma regulação mais individualizada e criativa por parte do regulador.

Em que pese a existência dessas barreiras, vê-se que elas estão em processo de afinamento para que a regulação responsiva seja implementada nas agências reguladoras do país, conforme já discorrido no presente trabalho. Esse estudo não se debruçará sobre o mérito positivo ou negativo da implementação dessa teoria regulatória. A análise será a partir da constatação de que a legislação das agências reguladoras brasileira traz mecanismos da regulação responsiva para a atuação dessas autarquias.

A regulação responsiva, ao contrário das demais teorias regulatórias apresentadas, não coloca como centro da regulação a atuação do agente público e suas motivações. O viés regulatório passa a ser o regulado, mais especificamente, a conformidade ou não à legislação aplicável. Os teóricos da regulação responsiva visam compreender como os agentes regulados podem se conformar melhor à regulação a ponto de ela não ser mais uma mera obrigação. Eles buscam estudar os mecanismos para que a intervenção regulatória estimule os agentes a serem mais virtuosos, a ultrapassarem a letra da lei e passem a procurar uma atuação que viabilize a melhor prestação possível do serviço sem que as autoridades regulatórias precisem impor sanções e punições aos regulados.

Ou seja, a regulação responsiva tem como objetivo uma normatização mais específica e a uma estruturação de mecanismos que incentivem os regulados a melhorarem a sua atuação. Assim, a intervenção estatal deve se dar apenas quando se constata a impossibilidade de que a autorregulação ocorra. impossibilidade de ocorrer autorregulamentação. Tem-se aqui um viés menos interventivo, que busca analisar a complexidade do cenário regulado para então optar pela atuação regulatória.

### **3.4. Teoria da Regulação Positiva**

A última teoria a ser estudada é a teoria da regulação positiva, exposta por Richard Baldwin, em 2021, no livro *“Taming the corporation: how to regulate for success”*. A regulação positiva tem como foco combinar os melhores incentivos para obter os resultados necessários no menor custo.

Para isso, parte do pressuposto de que a regulação não é algo ruim, que aumenta os custos dos produtos ofertados e gera ineficiências para o mercado. Pelo contrário: segundo Baldwin, uma boa regulação gera retorno positivo para as empresas e investidores, que se converte em benefícios econômicos e sociais para a sociedade.

Como ganho econômico da regulação, vê-se o alcance de mercados mais eficientes, que maximizem o bem-estar da sociedade e reduzam os custos de operação. Os ganhos sociais são relacionados à maior segurança dos produtos e serviços comercializados, estruturação de procedimentos e regras eficientes, circulação de informação referente aos bens no mercado e incentivo à regulação. Por exemplo, sem a regulação, a sociedade perderia a confiança nos

setores que demandam regras de segurança para sua utilização. A regulação permite a devida operação dos mercados.

Como apontado, o sucesso da regulação é alcançado quando o regulador encontra os mecanismos pelo menor custo. Para isso, Baldwin estabelece três principais tarefas: definir objetivos, entregar resultados satisfatórios e criar procedimentos que atendam às expectativas dos agentes.

O regulador deve estar ciente dos objetivos que pretende alcançar com a regulação estabelecida. Os resultados dela decorrentes serão mais baratos e eficientes se as firmas tiverem a melhor disposição de cumprir com o estabelecido pelo regulador. Para que essa predisposição seja maximizada, o regulador deve observar as peculiaridades dos agentes, para definir qual procedimento vai satisfazer às expectativas e como as companhias reagiriam a depender da regulamentação aplicada.

Para cumprir essas tarefas, a regulação positiva dispõe de dois elementos principais: a busca pela maximização da predisposição do regulado para alcançar os resultados regulatórios e o desenvolvimento de habilidades de conhecimento, inteligência de dados e dinamismo para viabilizar a predisposição dos agentes.

Ter conhecimento significa estar ciente dos desafios que serão enfrentados como regulador, além de saber as possíveis estratégias a serem adotadas. Ter inteligência de dados significa ter as informações e recursos para tomar as melhores decisões. Ciente de que cada agente vai responder de forma diferente, o regulador deve saber identificar qual será a resposta e expectativa, fundamentando-a com dados e evidências. O regulador inteligente também é sensível aos resultados apresentados pelos agentes. Ser dinâmico significa que o regulador tem a capacidade de adaptar as escolhas regulatórias à realidade do setor e administrar os problemas.

A cada situação, o regulador precisa estudar as empresas envolvidas, os riscos associados à situação, a capacidade e a intenção das empresas de cumprirem com a regulação estabelecida. Como cada *stakeholder* responde a incentivos de forma diferente, essa análise é necessária para observar quais os mecanismos que melhor atenderiam ao objetivo do regulador.

As companhias, segundo a regulação positiva, são analisadas de acordo as duas características mencionadas acima, quais sejam, a disposição (vista como intenção) de cumprir com a regulação e a capacidade de fazê-lo. Nessa linha, há quatro tipos de empresas:

- a) Bem-intencionada e com alta capacidade;

- b) Bem-intencionada e com baixa capacidade;
- c) Mal-intencionada e com alta capacidade;
- d) Mal-intencionada e com baixa capacidade:

Baldwin explica que empresas com baixa capacidade e mal-intencionadas, no geral, não tendem a responder positivamente e rapidamente aos incentivos apresentados pelo regulador. Já o perigo relacionado às empresas com alta capacidade e mal-intencionadas é a possibilidade de tentar capturar o regulador ou de utilizar o sistema ao seu favor. Em contrapartida, quando bem-intencionadas, as companhias com boa intenção tendem a agir em conformidade com a regulação e responder positivamente às ações dos reguladores, tendo expectativas alinhadas às deles.

Diante desse conhecimento, o regulador deve procurar as ferramentas necessárias para viabilizar a melhor regulação. Para tomada de decisão, o regulador tende a escolher aquela que seja *win-win*, ou seja, a opção regulatória que traga tanto benefícios sociais quanto benefícios econômicos ao mercado. Baldwin aponta, no entanto, que essa solução não precisaria do regulador. O mercado deveria ser capaz de alcançá-la. Quando não o faz, há um indicativo de deficiência na gestão ou erro comportamental. Quando necessário, o regulador pode intervir com o objetivo de estabelecer uma regulação *win-win* que leve a dois possíveis resultados: o incentivo à regulação e criação de inovação que reduza os custos ou aumente a competição.

Considerando, então, a busca pelas melhores decisões regulatórias, o regulador utiliza-se de diferentes estratégias, como autorregulação, regulação colaborativa, regulação responsiva, *nudging*, incentivos, divulgação de erros e acertos das companhias. Diante das diversas opções, o regulador pode mesclá-las para alcançar a construção que mais adequada à situação, com menor custo e maior aderência das companhias. O autor ressalta que a regulação positiva tem inclinação de se utilizar da autorregulação, o que exclui a necessidade de intervenções caras e agressivas. A aplicação dessa estratégia permite que, quando seja necessária uma maior intervenção, ela seja mais eficiente e menos custosa.

Entre as estratégias mencionadas, vê-se a regulação responsiva, já tratada nesse capítulo. Isso demonstra que a regulação positiva também corresponde ao que o ordenamento jurídico brasileiro espera do regulador. Ademais, ao incorporar à regulação responsiva outras estratégias, a regulação positiva aprimora a teoria regulatória e permite que ela se adeque melhor à realidade do setor.

Nesse contexto, a atuação do regulador positivo deve se debruçar, além dos elementos já apresentados, ao momento adequado para aplicar cada estratégia. Baldwin explora essa questão a partir da não intervenção: caso o regulador não intervenha, quão prejudicial seria o resultado? Se o perigo for baixo, o regulador pode não intervir nesse momento. Caso o perigo seja alto, é importante que ele aja de forma *ex ante*, antes mesmo da concretização da situação. A definição do grau de perigo depende das prioridades definidas pelo regulador.

A teoria da regulação positiva tem o objetivo de gerar benefícios sociais e econômicos a partir da consolidação de mercados mais eficientes. Ela permite que o regulado seja dinâmico em relação à estratégia utilizada, de modo a misturar várias delas e adotar as ações que sejam ações mais efetivas para a solução do problema. Entre essas estratégias, encontra-se a regulação responsiva, a mais utilizada no Brasil. Mesclando a regulação responsiva às demais estratégias, vê-se que o regulador tem ferramentas para compreender melhor quando atuar ou não.

### **3.5. Proposta: teoria regulatória que melhor orientaria o regulador para suprir lacunas regulatórias existentes, evitar que elas existam e possam prejudicar o funcionamento do mercado e a prestação do serviço à sociedade**

Foram apresentadas quatro teorias regulatórias: teoria da escolha pública, teoria econômica da regulação, teoria da regulação responsiva e teoria da regulação positiva. De certa forma, cada uma demonstra um desenvolvimento em relação à anterior, visando compreender melhor as ações e justificativas regulatórias.

A primeira delas entende que o agente público não age de forma altruísta, mas que ele avalia as ações que mais o beneficiam, no que tange ao aumento e perpetuação do seu poder. Essa teoria não traz como objetivo regulatório o que teria condão de solucionar os desafios apresentados pelos estudos de caso, pois, sendo o desenvolvimento da sociedade uma consequência da busca dos interesses dos burocratas, essa pode ser alcançada de diversas formas interventivas e artificiais que não propõem necessariamente a consolidação do mercado competitivo.

A segunda teoria regulatória, a teoria econômica da regulação, busca justificar economicamente a atuação regulatória. Os teóricos entendem que a regulação funciona como um produto, cuja oferta e demanda são dinâmicos. Assim, o aumento ou diminuição da regulação se dá pela negociação entre os agentes e os reguladores. Essa teoria justificaria, então,

a ausência de regulação nos casos apresentados como um produto da negociação entre as partes e, possivelmente, pela captura dos agentes públicos. Essa visão não contribuiria com a solução das questões apresentadas, porque enxerga a regulação como uma disputa de interesses, sem trazer a importância de um mercado competitivo para a regulação.

A teoria da regulação responsiva tem como viés o estabelecimento de incentivos para influenciar o comportamento do regulado. Por meio de uma matriz piramidal, o regulador classifica os regulados em estágios, que demandam maior ou menor intervenção. Ele busca promover um ambiente regulatório no qual o agente opte por agir conforme prevê a regulação para evitar punições e fiscalizações mais intensas. Como desenvolvimento, busca-se que o regulado vá além do cumprimento legalista dos normativos, mas que tenha incentivos para agir de forma cada vez mais virtuosa.

Essa teoria regulatória é a mais difundida no ordenamento brasileiro e propostas regulatórias, mas ainda assim não seria suficiente para destravar os gargalos apresentados nos casos. Isso porque a solução que perpassa apenas a busca por incentivos não é suficiente para viabilizar e promover um ambiente concorrencial saudável.

A regulação positiva, por sua vez, tem como principal objetivo o fomento ao ambiente competitivo. Ou seja, busca-se estabelecer uma regulação que incentive a consolidação de mercados regulados saudáveis e, assim, gere benefícios estruturantes para a sociedade. Para isso, o regulador deve observar e conhecer o mercado, a ponto de que a sua atuação seja dinâmica e compatível com os agentes, promovendo a aderência das companhias à regulação proposta.

A proposta da regulação positiva se alinha ao objetivo pretendido desse trabalho, a partir da seguinte pergunta inicial:

**1) qual a teoria regulatória que melhor atenderia ao objetivo de desenvolvimento saudável do mercado competitivo?**

Elas têm como premissa a necessidade de um ambiente concorrencial saudável nos setores regulados para que o interesse público seja alcançado. Os três casos apresentados evidenciam como setores regulados dependem de uma relação bem estruturada entre empresas que atuam no mesmo setor. Quando isso não está bem consolidado, surgem problemas regulatórios que minam o melhor funcionamento do mercado e impedem a prestação do serviço de forma módica, segura e eficiente. A legislação brasileira também aponta para a necessidade de

complementariedade entre regulação e concorrência. Assim, a teoria regulatória que melhor orientaria o regulador para suprir lacunas regulatórias constatadas deve ter como objetivo a promoção de um bom ambiente concorrencial.

É justamente dessa premissa que parte a teoria da regulação positiva. Entendendo que o mercado competitivo permite benefícios sociais e econômicos à sociedade, o regulador positivo é capaz de observá-lo, analisar as expectativas dos agentes e estruturar uma solução que melhor atenda à necessidade de suprir uma lacuna regulatória, mantendo o mercado saudável e competitivo.

A primeira pergunta começou a ser respondida por meio desse trabalho, mas ela pode ser aprofundada a partir da análise regulatória. Ao avaliar o mercado à luz da regulação positiva, o regulador pode aprimorar as balizas e identificar de forma mais assertiva as características setoriais que demonstrem a necessidade de atuação regulatória antes do surgimento de problemas de difícil ou impossível solução.

A segunda pergunta também é respondida por esse trabalho, em especial, nesse último capítulo. Após a análise de diversas teorias regulatórias, entende-se que a regulação positiva é a teoria que mais se adequa à visão necessária para solucionar impasses regulatórios que prejudicam o ambiente concorrencial de setores de infraestrutura. O próximo capítulo vai consolidar as informações trazidas, analisando os casos à luz da regulação positiva e apontando características que possibilitem o regulador a agir *ex ante*, evitando prejuízos aos mercados regulados.

## CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DAS LACUNAS REGULATÓRIAS APRESENTADAS À LUZ DA REGULAÇÃO POSITIVA

Este trabalho se debruçou sobre situações dos setores de infraestrutura em que há grandes gargalos concorrenciais decorrentes de ausência ou ineficiência de regulamentação. Considerando a pergunta referente à teoria regulatória que melhor indicaria ao regulador como identificar as lacunas regulatórias antes que elas gerem desafios concorrenciais nos setores de infraestrutura e tratar essas situações para evitar maiores prejuízos concorrenciais e sociais, passa-se a avaliar como o regulador positivo agiria nos casos apresentados e como expandir a sua análise para casos ainda não identificados.. Para tanto, (4.1) os casos estudados serão apresentados à luz da regulação positiva; por fim, busca-se (4.2) prever quais situações o regulador deve intervir à luz da regulação positiva, diante das características existentes entre os casos apresentados.

### **4.1. Aplicando a teoria da regulação positiva aos estudos de caso sobre problemas regulatórios e endereçando possíveis soluções às lacunas regulatórias**

Quatro teorias regulatórias foram apresentadas, e uma delas, a teoria da regulação positiva, demonstrou ser a que mais atende ao estudo. A teoria da regulação positiva tem como principal finalidade melhorar a situação do mercado e, assim, gerar ganhos à sociedade. Para tanto, o regulador deve avaliar o objetivo da regulação e, com conhecimento, inteligência e dinamismo, entregar os melhores resultados, que se alinham à expectativa dos agentes. Os casos de estudo apresentados, vistos à luz dessa teoria, sinalizam algumas características que podem ser observadas pelo regulador antes de eventuais gargalos serem estabelecidos.

Quanto ao caso das barreiras à entrada no *pool* de QAv em Guarulhos, a ANAC optou por alterar a regulamentação aplicável à entrada no mercado de abastecimento de aeronaves por queroduto. A nova resolução prevê regras para que os contratos sejam mais transparentes, que permitam a entrada de novos agentes e que sejam mais claros quanto à precificação e os valores adotados. Em relação aos aeroportos em que a utilização de dutos para abastecimento for considerada uma *essential facility*, há a obrigatoriedade de acesso à infraestrutura dos PAAs com ampla discussão pública.

Como o ordenamento jurídico brasileiro apresenta a regulação responsiva, o regulador se utilizou dessas ferramentas, que poderiam ser expandidas se a regulação positiva fosse aplicada. À luz dessa teoria, o objetivo da ANAC seria estimular o bom funcionamento do mercado de

distribuição de QAv, através de ações que gerassem o menor custo aos agentes e os maiores benefícios. Isso condiz com o texto da resolução publicada, que trouxe regras de divulgação de contratos e da precificação, e obrigatoriedade de acesso por concorrentes.

Estabelecido esse objetivo, o regulador positivo precisaria selecionar as ações que alcançariam o resultado pretendido, como abrir o mercado do *pool* de abastecimento, reduzir o valor do QAv ou estabelecer o seu preço. Esses resultados deveriam ser definidos a partir do estudo do mercado, observando as características das companhias (em termos de intenção ou capacidade) por meio das aptidões de conhecimento e inteligência do regulador.

Colhidas essas informações, o regulador teria ciência das expectativas do mercado e poderia usar do seu dinamismo para estruturar diversos mecanismos que alcançassem os objetivos pretendidos. Provavelmente, a edição de uma nova resolução estaria entre as propostas estudadas, mas não seria a única. A existência de mais alternativas geraria maior assertividade e aceitação pelo mercado, evitando que algumas companhias se tornassem resistentes à solução encontrada e passassem a ser mal-intencionadas.

Em relação à ocupação dos postes de energia elétrica, desde 1999, os reguladores buscam solucionar a desordem por meio de diversas resoluções. Elas tiveram como objetivo principal estabelecer os procedimentos para ocupação dos postes de iluminação pública e precificação para situações de conflito. Apesar das tentativas, a ocupação dos postes manteve-se desordenada, prejudicando o serviço e a segurança, e permitindo comportamentos anticompetitivos. Por isso, as agências reguladoras optaram por editar uma nova regulamentação.

Nessa tentativa, que ainda não possui tempo suficiente de vigência para atestar sua eficiência e eficácia, a análise técnica propôs dividir o grande gargalo em menores e selecionar uma medida para cada um deles. Em relação à disseminação de informações e preço para a utilização dos postes de iluminação pública, optou-se pela mistura de algumas alternativas propostas, tal como prevê a regulação positiva.

Em se tratando da regulação positiva, o regulador deve estabelecer o objetivo da regulação, nesse caso, a concretização da ocupação ordenada dos postes de energia elétrica e o fomento do mercado de iluminação pública e telecomunicações.

Passada essa fase, cabe ao regulador definir quais resultados que precisam ser entregues. Por exemplo, a instituição de regras que permitam a desocupação dos postes, precificação justa

para os pontos de fixação dos postes de energia elétrica e critérios para a entrada de novos agentes no mercado. Esses pontos foram discutidos na consulta pública. Em relação à reorganização, a agência estabeleceu um Plano de Regularização, elaborado pelas exploradoras dos espaços compartilhados nos postes, com base nas diretrizes estabelecidas na regulamentação, que endereçasse também a regularização do passivo. Sobre a precificação, tentou-se criar uma metodologia que utilizasse critérios regionais e fosse transparente.

A questão concorrencial foi discutida nos demais temas, com o viés de estabelecer o mercado que fosse atrativo para outros *players* e critérios de precificação que permitissem a livre negociação sem que os detentores dos postes pudessem se utilizar do poder de mercado. A agência entendeu que os postes de iluminação pública são *essential facility* e, por isso, haveria a necessidade de maior intervenção.

Diante desse cenário, o regulador positivo utilizaria das suas habilidades de conhecimento, inteligência e dinamismo para alinhar a busca dos resultados às expectativas dos *players*. Analisa-se o perfil das companhias, suas intenções e capacidades, de modo a verificar se as medidas propostas seriam mais bem recebidas e incentivariam os agentes a chegarem no resultado pretendido; e se o resultado pretendido é aquele que os demais agentes consideram ser necessário para destravar os gargalos do setor. Com essa análise, os reguladores podem definir e aplicar os mecanismos mais eficientes para os mercados em questão.

Por fim, o último caso apresentado diz respeito às barreiras à entrada no mercado de compartilhamento de malha ferroviária. Em auditoria realizada sobre o tema, o TCU identificou três dificuldades no mercado de compartilhamento de malha decorrente da atuação (ou falta) da ANTT. São elas: falta de transparência na divulgação dos dados sobre malha ociosa e os contratos de compartilhamento de malha; ausência de ambiente regulatório que estimule a entrada de novos agentes no mercado; e ausência de preços de referência para o compartilhamento.

A disponibilização de dados foi solucionada pela ANTT durante o trâmite processual, mas os demais pontos ainda demandam atuação regulatória. É justamente em relação às questões que não foram solucionadas que se observam as lacunas regulatórias. À luz da regulação positiva, é necessário estabelecer o objetivo regulatório, por exemplo, garantir que o mercado de compartilhamento de malha ferroviária seja atrativo e permita o ingresso de operadores ferroviários independentes com preços justos e razoáveis.

O regulador deve avaliar quais os resultados esperados e certos para alcançar esse objetivo. Por exemplo, é possível a criação de um mecanismo que garanta que os trechos ociosos serão disponibilizados de forma ampla e transparente, permitindo que quaisquer agentes ingressem na malha por meio de um COE. Outra possibilidade é a existência de critérios que definam os mecanismos mais adequados para a precificação.

A partir da definição dos resultados esperados, com discussão que avalie o conhecimento e os dados do setor que a ANTT possui, o regulador deve avaliar os *stakeholders*, de modo a compreender quais seriam as reações diante das alterações sugeridas. Se as expectativas não forem alinhadas, o regulador deve ser dinâmico para modificar e mesclar as propostas de atuação, com objetivo de alcançar a melhor resposta do setor.

Além das análises apresentadas, é essencial que o regulador avalie qual o momento mais oportuno para a realização de ações regulatórias, normativas ou não. Isso é importante, pois adiantar uma ação injustificada implica em intervenção regulatória desnecessária e não corresponde ao objetivo da regulação positiva, de fomento do mercado. Como observa a advocacia da concorrência, a intervenção exacerbada pode ser vista como abuso regulatório, conforme disposto no art. 4º, *caput*, da Lei de Liberdade Econômica<sup>3</sup>.

Esse artigo demonstra que o regulador não pode estabelecer normas injustificadas tecnicamente e que acabem por prejudicar a concorrência e a inovação e gerar barreiras à entrada também sem justificativa. A legislação brasileira entende pela necessidade de que os atos normativos da administração pública não prejudiquem a competitividade do mercado. Para viabilizar isso, é necessário que os reguladores avaliem também os riscos de intervir ou não,

---

<sup>3</sup> Lei nº 13.874/2019, Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei

como mencionado por Baldwin. Essa avaliação também impeça que haja lacunas regulatórias prejudiciais ao mercado.

Apresentados os casos à luz da regulação positiva, é necessário generalizar as conclusões para construir cenários pré-estabelecidos nos quais o regulador positivo poderia entender que a ausência de regulação prejudicaria o mercado. Isso será apresentado no tópico a seguir.

#### **4.2 Observação das características dos casos em relação às lacunas regulatórias e à regulação positiva**

Em que pese a Constituição demonstrar que a intervenção estatal na atividade econômica é algo excepcional e não a regra (DEE/CADE, 2023, p. 8), há situações em que a regulação é necessária, pois, sem ela, haveria gargalos no mercado regulado, como apresentado nos estudos de caso. Quando surgem essas situações, estão concretizadas as lacunas regulatórias estudadas no presente trabalho, definidas como a falta de atuação do regulador em mercados de infraestrutura, com *essential facility*, que não possuem uma concorrência saudável sem a intervenção regulatória.

O capítulo anterior demonstrou que a regulação positiva é a teoria com os melhores elementos para suprir essas lacunas regulatórias, e o tópico anterior, como essa teoria poderia ser aplicada aos casos em questão. Isso porque essa teoria tem como premissa fomentar a concorrência: o regulador deve atuar quando entender que o mercado não consegue funcionar de forma saudável sozinho. Cabe a ele observar qual situação terá um resultado *win-win*, ou seja, que traga os benefícios sociais e econômicos esperados. Isso implica em observar o contexto em que o mercado está inserido e agir no momento e com os mecanismos corretos para alcançá-lo.

Por exemplo, observou-se que o mercado de distribuição de postes de energia elétrica não funciona de forma saudável: há ocupação desordenada, não está estabelecida uma precificação eficiente, os agentes não mostram disposição em cumprir o que já foi estabelecido; essa situação se arrasta há anos. O regulador positivo compreende que o mercado não consegue construir uma situação que há os benefícios sociais e econômicos sem a intervenção regulatória. Nesse caso (e nos demais estudados), é imperativo que o regulador o faça, porque a ausência de regulação traz dois grandes problemas: ineficiência do mercado e infrações concorrenciais, o que impede que a prestação do serviço seja devidamente realizada.

Os problemas para a sociedade decorrentes das lacunas regulatórias foram apresentados ao longo desse trabalho. Em cada situação, eles se resumem em:

- **no caso de abastecimento de aeronaves por dutos**, (a) menor concorrência, prejudicando a redução dos preços do serviço ao usuário, (b) maior demora na prestação do serviço de abastecimento de aeronaves, que deve ser realizado por caminhões quando não há acesso ao duto, e (c) maior perigo no abastecimento por caminhões, se comparado com o abastecimento por dutos;
- **no caso de ocupação desordenada de postes de energia elétrica**, (a) maior perigo na prestação do serviço, pois os postes sobrecarregados podem ocasionar acidentes, (b) maiores chances de interrupção do serviço, pois a infraestrutura está sobrecarregada, e (c) maior custo aos usuários, pois os prestadores de serviço incorrerão em gastos não previstos;
- **no caso de compartilhamento da malha ferroviária**, (a) utilização ineficiente da infraestrutura, porque há espaço para mais carga seja transportada, (b) maiores valores de frete, pois a infraestrutura ofertada é mais escassa.

Em relação às infrações concorrenciais, previstas pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), os casos apresentados também demonstram isso. Os agentes alegam existência de (a) barreiras à entrada, infração prevista no art. 36, § 3º, inc. III; (b) dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente ou fornecedor de bens e serviços, infração prevista no art. 36, § 3º, inc. IV; (c) impedimento de acesso de concorrentes a fontes de insumo, equipamentos, tecnologia e canais de distribuição, infração prevista no art. 36, § 3º, inc. V; (d) discriminação de adquirente de bens, infração prevista no art. 36, § 3º, inc. X; (e) aumento arbitrariamente os lucros. infração prevista no art. 36, *caput*, inc. III; e (f) abuso de posição dominante, infração prevista no art. 36, *caput*, inc. IV.

No estudo do PAA em Guarulhos, a Gran Petro alegou ser impedida de acessar sua fonte de insumo para competir no mercado de distribuição de QAv por dutos, dificultando seu funcionamento. Como já apresentado, o regulador positivo deve conhecer as expectativas das companhias, por meio do diálogo, e estabelecer estratégias regulatórias que os incentivem a criar uma relação saudável, permitindo a entrada dos concorrentes no *pool* de abastecimento já existentes, ou que possibilite uma alternativa, como a construção de um novo *pool*. Importa aqui que o regulador se debruce sobre a realidade do mercado e tenha os mecanismos que a predisposição das companhias de cumprir a regulação e permitam desatar os nós resultantes da

ausência de regulação. Utilizando-se da metodologia da regulação positiva, ele consegue estabelecer uma regulação que vai suprir as lacunas regulatórias que ocasionam as barreiras à entrada e os problemas sociais mencionados.

No caso da ocupação dos postes de iluminação, as empresas de telecomunicações entendem ter seu funcionamento prejudicado pela impossibilidade de ocupar a infraestrutura, além de haver diferenciação de preços. Em contrapartida, os distribuidores de energia elétrica apontam que as empresas de telecomunicações aumentam arbitrariamente os lucros ao serem *free riders* das suas estruturas. Considerando que esse caso já se estende há décadas, a atuação regulatória não é simples, pois o desgaste da disputa já minou a predisposição do regulado para cumprir a regulação.

O regulador precisa ser dinâmico ao pensar em estratégias que aumentem a predisposição de contribuir com o mercado. Tais estratégias vão além do estabelecimento de normatização que abranja aspectos concorrenciais e de precificação, pois a lacuna regulatória não será suprida sem que o agente a cumpra. A regulação positiva propõe que o regulador busque alternativas com base em diversas outras teorias que fomentem a predisposição do agente em mudar de comportamento, suprimindo as lacunas que geram problemas concorrenciais e sociais.

Já na situação do compartilhamento de malha ferroviária, o TCU enxergou o risco de criação artificial de barreiras à entrada e aumento arbitrário dos lucros em precificação exacerbada. Uma vez que foram identificados elementos que demonstram a necessidade de intervenção regulatória, cabe à ANTT estabelecer a estratégia regulatória mais adequada. Para isso, precisa estudar como o mercado tem se comportado e como ele reagiria a partir de uma alteração normativa, avaliando, por exemplo, se será necessário o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. A partir desse estudo, a agência poderá construir normativamente os melhores incentivos para o mercado a partir do objetivo principal, suprimindo as lacunas antes que se expandam.

Somadas às análises citadas, o regulador deve se utilizar do conhecimento, inteligência de dados e dinamismo para avaliar quais são os momentos adequados para intervir com normativos ou com ferramentas que visem “à promoção de um ambiente concorrencial saudável, que não tenha caráter de *enforcement legal*” (DEE/CADE, 2023, p. 4).

A partir desses casos iniciais, é possível expandir a análise para que o regulador antecipe situações que vão apresentar falhas de mercado a partir de lacunas regulatórias, possibilitando a atuação antes de prejudicar o mercado.

Para tanto, os casos estudados foram selecionados a partir de características que tornam as lacunas regulatórias semelhantes a ponto de poderem se utilizarem da mesma teoria regulatória para serem supridas. Tais características podem ser observadas em todos os setores a partir do aspecto de conhecimento, essencial para o regulador positivo. A partir dessas informações, conectadas ao estudo de outros setores com características semelhantes, o regulador consegue construir uma robusta base de dados que o auxiliará no dinamismo da escolha regulatória, além de antecipar os setores que demandariam maior atenção e atuar antes do seu adoecimento. Como apresentado ao longo do trabalho, foram observadas quatro características em comum: (a) ocorrência em setores de infraestrutura; (b) existência de *essential facility*; (c) mercados em que duas agências reguladoras se unem; e (d) busca de agentes por estrutura que permita maior eficiência na prestação do serviço.

Os três casos estudados dizem respeito a (a) setores regulados de infraestrutura, ou seja, são setores essenciais para que as necessidades básicas dos cidadãos sejam supridas. Por exemplo, locomoção, abastecimento de insumos e cargas, acesso à energia elétrica e à meios de comunicação externos.

As três situações também se referem a mercados que os reguladores entenderam se tratar de (b) infraestruturas essenciais (*essential facility*). São consideradas infraestruturas essenciais aquelas em que um agente só consegue existir no mercado se tiver acesso a ela. Por exemplo, as empresas só poderiam atuar na distribuição de QAV por querodutos se participassem do *pool* de abastecimento; só haverá sistemas de telecomunicação, se as empresas puderem acessar os postes de iluminação pública; os operadores ferroviários independentes só conseguiriam transportar carga para determinado destino se utilizarem da ferrovia.

Nessa situação, a doutrina impõe que um agente permita que outro use a sua infraestrutura por um preço justo e razoável (DAYCHOUM e SAMPAIO, 2017). Para tanto, a caracterização da situação se consolida com alguns requisitos. A OCDE, em documento intitulado “*The Essential Facilities Concept*” compara esse conceito em diversos países, apontando que há diferenças entre eles. Utilizando-se as características dos Estados Unidos, país de origem da denominação, veem-se quatro características que determinam a obrigatoriedade de compartilhamento da infraestrutura. São elas: controle da infraestrutura por um monopolista,

inabilidade de um competidor duplicar a infraestrutura, negativa do monopolista de permitir o uso da infraestrutura e a possibilidade de prover a infraestrutura (OCDE, 1996). A aplicação ou não desse conceito não é simples e harmônica, mas os reguladores nos casos apresentados entenderam que há infraestrutura essencial.

Nas duas primeiras situações apresentadas, (c) há duas agências reguladoras para gerir os mercados estudados. Não se trata de sobreposição de competências ou de vácuo de competência. Percebe-se que há a intercessão de dois setores diferentes, que devem ser regulados por agências diferentes. Elas puderam se organizar nas suas competências e buscaram agir sem interferir na esfera de atuação da outra.

Por fim, (d) os agentes buscam adentrar em um mercado para trazer maior eficiência para o setor. No primeiro deles, a Gran Petro pretende atuar em um mercado que abasteça as aeronaves de forma mais rápida. No segundo, mesmo que a situação já tenha gerado problemas profundos, o intuito do compartilhamento dos postes era permitir eficiência econômica, a partir da utilização da mesma infraestrutura para a realização de dois serviços. No terceiro, os operadores independentes visam entrar no mercado ferroviário utilizando a malha ociosa, o que viabiliza melhor produtividade para a infraestrutura. Ou seja, se supridas essas lacunas e viabilizada a entrada de novos agentes, o setor será mais eficiente, e o serviço prestado de forma mais barata e rápida.

As características em comum encontradas foram reunidas na tabela abaixo, que mostra que todos os critérios foram observados nos três casos, exceto a existência de duas agências reguladoras. As células com “S” demonstram características encontradas no caso estudado e a célula com “N” demonstra a característica não observada no caso em questão.

*Tabela 1 - Características estudadas nos casos apresentados ao longo do trabalho*

<b>Característica</b>	<b>Distribuição de QAv em GRUAirport</b>	<b>Ocupação de postes de iluminação pública</b>	<b>Compartilhamento da malha ferroviária</b>
Setores regulados de infraestrutura	Sim	Sim	Sim
Existência de <i>essential facility</i>	Sim	Sim	Sim
Mercados com diferentes Agências	Sim	Sim	Não
Busca por maior eficiência	Sim	Sim	Sim

Fonte: elaboração própria

Vê-se que, das quatro características inicialmente propostas, três delas aparecem em todos os casos estudados. A única característica que não há no compartilhamento da malha ferroviária

é a existência de duas agências reguladoras que atuam no setor. Essa característica não deve ser determinante para a existência de uma lacuna regulatória, mas pode demonstrar o grau de complexidade que seria suprir tal lacuna. Isso se demonstra pelo fato de que o caso com menores problemas concorrenciais é justamente o de compartilhamento da malha ferroviária.

A análise de casos em que as lacunas regulatórias trazem prejuízo ao mercado é necessária para que, no futuro, tais situações sejam evitadas. Ao se deparar com situações que apresentem características semelhantes a essas, o regulador positivo passa a melhor observar esses mercados. A partir desse momento, ele pode estruturar ações e alinhar expectativas com os agentes que permitam alcançar o objetivo de promover um ambiente concorrencial saudável, sem que tenha sido necessário prejudicar o ambiente concorrencial.

Entende-se, portanto, que os mecanismos que a regulação positiva propõe permitem suprir as lacunas regulatórias nos setores de infraestrutura com as características apresentadas. Isso viabiliza um ambiente concorrencial saudável e que preste um serviço adequado à sociedade.

## CAPÍTULO 5 – CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a estudar lacunas regulatórias, ou seja, situações em que a ausência de regulação – ou a existência de uma regulação incompleta e ineficiente – resultou na existência e na consolidação de mercados adoecidos. Especificamente, tratou-se de setores de infraestrutura regidos por agências reguladoras.

Buscou-se responder a uma pergunta inicial: **qual a teoria regulatória que indicaria ao regulador como suprir lacunas regulatórias que trazem prejuízos concorrenciais e melhor atenderia ao objetivo de desenvolvimento saudável do mercado competitivo?** A partir dessa resposta, é possível criar balizas para evitar que futuras situações semelhantes aconteçam.

Para que essa pergunta fosse respondida, foi necessário apresentar três estudos de caso, observando as características discutidas na hipótese inicial em cada um deles, e as principais teorias regulatórias, avaliando qual melhor atenderia à necessidade de reestabelecer um mercado competitivo saudável.

Para selecionar os casos a serem estudados, considerou-se características em comum, que seriam importantes para que a regulação positiva pudesse ser capaz de solucionar os problemas existentes. Foram quatro características selecionadas: (a) ocorrência em setores de

infraestrutura; (b) existência de *essential facility*; (c) mercados em que duas agências reguladoras se unem; e (d) busca de agentes por estrutura que permita maior eficiência na prestação do serviço. A única ressalva foi quanto à existência de duas agências reguladoras atuando em conjunto para viabilizar a existência do mercado saudável. No caso de compartilhamento da malha ferroviária, apenas a ANTT é responsável por regular o mercado. Isoladamente, essa questão não seria suficiente para rejeitar a hipótese. Na realidade, entendeu-se que a existência de mais de uma agência reguladora demonstraria o nível de complexidade na situação.

Por exemplo, os casos da entrada no *pool* de abastecimento do aeroporto de Guarulhos e da ocupação desordenada de postes possuem mais atores envolvidos se comparado ao compartilhamento de postes de energia elétrica. Essa quantidade de atores torna a situação mais sensível à medida que o regulador precisa encontrar uma solução que atenda às expectativas de mais agentes, demandando dele maior conhecimento teórico e de dados e dinamismo para pensar em soluções diversas. Além disso, havendo mais agentes envolvidos, mais usuários e serviços são impactados, o que traz maior responsabilidade à escolha regulatória. Por isso, a correlação de dois reguladores, na mesmo ambiente demanda ainda mais atenção, conhecimento e agilidade do poder público.

Consideradas as características dos setores e das lacunas regulatórias a serem estudadas, passa-se à resposta da pergunta deste trabalho. A conclusão alcançada foi diferente da hipótese. Em que pese a regulação responsiva ser a teoria regulatória mais aplicada no ordenamento brasileiro e pelas agências reguladoras, percebeu-se que ela não seria a mais adequada para impedir e corrigir problemas concorrenciais decorrentes de lacunas regulatórias. Isso porque o seu objetivo primordial se volta para a criação de incentivos para que o regulado aja em conformidade com os normativos e não para uma atuação com os menores custos e maior eficiência.

Apesar de trazer impactos positivos significativos, essa visão não tem como pressuposto o bom funcionamento do mercado. Ou seja, o mercado saudável pode ser ou não um resultado da regulação responsiva. Isso não seria suficiente para que o mercado se mantenha saudável, porque o regulador tende a buscar meramente a conformidade com a norma e não a consolidação de um agente virtuoso, que atue com vistas a entregar o melhor serviço possível ao usuário.

Ocorre que, como foi apresentado nos casos ao longo do trabalho, a partir do momento que não há como objetivo o fomento do mercado, o regulador assume o risco de gerar lacunas regulatórias que acabam por prejudicá-lo. E a consequência disso é um prejuízo ainda maior para a sociedade, que deixa de receber um serviço eficiente, módico e seguro. Há a possibilidade de se esvaziar o próprio propósito regulatório.

Em contrapartida, a regulação positiva, entendida como a teoria que melhor supriria os problemas apresentados, tem como objetivo o fomento ao mercado concorrencial. O regulador se coloca na posição de buscar os mecanismos adequados para que a concorrência seja estabelecida e assim existam ganhos sociais e econômicos. Entre esses ganhos sociais está a busca por maior eficiência, produtividade e melhor prestação do serviço, vez que o mercado competitivo demanda isso dos agentes nele inseridos.

Ademais, a regulação positiva tira do regulador a postura de interventor, muitas vezes, desnecessária. Essa mudança de olhar permite que o regulado esteja mais disposto a agir em conformidade com a regulação aplicada, pois ele compreende que a atuação regulatória se mostrou necessária para que o mercado seja mantido saudável ou seja reestabelecido. A utilização da regulação positiva permite, portanto, que o regulador encontre os mecanismos necessários para que as lacunas regulatórias sejam supridas e que o regulado tenha consciência da importância desses mecanismos e disposição para engajar no seu cumprimento.

Tendo em vista os resultados apresentados, é possível perceber que eles têm relação direta com os objetivos do trabalho. A partir da definição prévia de características do setor que podem gerar lacunas regulatórias, é possível evitar que haja prejuízo ao mercado. Considerando tais aspectos, buscou-se demonstrar que a ausência de regulação tempestiva e eficiente gera problemas estruturais no mercado, prejudicando a devida prestação do serviço público. Em relação ao primeiro objetivo, os casos estudados constatam justamente que uma falha regulatória propiciou diversos problemas concorrenciais, sendo que alguns se estendem há décadas. Por exemplo, maiores riscos de acidente, aumento exacerbado de preços, ineficiência na utilização da infraestrutura, dificuldade de entrada de outros concorrentes, entre outras questões. Viu-se, portanto, que é essencial estudar quais as características podem sinalizar que uma ausência regulatória vai prejudicar o mercado.

Ressalta-se mais uma vez que o intuito desse trabalho não é promover intervenção regulatória excessiva, mas reconhecer que o regulador deve ser inteligente e observador para

compreender quando a sua ausência gerará prejuízos. Nesse quesito, a regulação positiva é extremamente adequada: antes da atuação regulatória, o regulador deve conhecer a fundo o mercado e os agentes para saber como e quando intervir.

Quanto ao estabelecimento de balizas aplicáveis a diversos setores de infraestrutura, vê-se que elas permitem ao regulador antecipar possíveis desafios concorrenciais. Considerando que há situações em que dois reguladores convivem com certa proximidade, essa visão sistêmica permite uma atuação mais concisa, eficiente e rápida. O fator previsibilidade consegue, inclusive, impedir que efeitos negativos no mercado sejam enraizados. Isso porque foi possível perceber que os problemas mais complexos dos casos apresentados ocorrem em situações em que há mais reguladores, e não foram solucionados os impasses quando surgiram ou antes, o que ocasionou sensibilidades que demandam inúmeras análises e regulações cada vez mais complexas. Por exemplo, na ocupação desordenada de postes, a ANEEL optou por fatiar o problema em diversos outros, devido à sua complexidade.

Diante dos estudos apresentados e dos resultados alcançados, é possível estabelecer três diferentes recomendações. A (a) primeira diz respeito aos casos em que já foram identificados vácuos regulatórios prejudiciais ao mercado; a (b) segunda referente aos processos regulatórios e fiscalizatórios para análises de futuras lacunas regulatórias; e a (c) terceira, que aponta para um viés acadêmico desse tema.

Os casos apresentados nesse trabalho não são exaustivos, de modo que há outras situações em que a falta de regulação trouxe problemas concorrenciais. Por isso, a (a) primeira recomendação desse trabalho é que os setores sejam avaliados de acordo com as características apresentadas, de modo a identificar situações em que há lacunas regulatórias ainda não conhecidas. Importa lembrar que a falta de regulação isoladamente não apresenta uma lacuna regulatória, mas pode ser uma opção regulatória e, inclusive, a solução mais adequada às situações. Para que a inércia do regulador tenha que ser avaliada com atenção, é necessário que a sua consequência seja a criação de problemas para o mercado.

Ao serem avaliadas outras situações com impactos semelhantes, propõe-se uma análise mais aprofundada, que vai reconhecer novas características e confirmar as trabalhadas nessa pesquisa. Ou seja, espera-se criar um banco de dados que qualifique situações em que o regulador poderia ter agido para evitar problemas concorrenciais, permitindo-lhe conhecer os mercados de forma mais profunda e agir quando necessário.

Como prosseguimento das análises das características dos setores que apontam para a existência de lacunas regulatórias, (b) recomenda-se que sejam incluídos aspectos da regulação positiva aos processos regulatórios. O primeiro passo é justamente criar o banco de dados acima mencionado, consolidando o conhecimento do regulador e permitindo uma inteligência de dados sobre os setores. Um segundo passo seria estimular no regulador outras características dessa teoria, como a dinamicidade e o conhecimento do setor em estudo e de outros setores de infraestrutura. Incorporar essas características ao regulador possibilita uma análise mais completa das situações e uma atuação que consiga tratar das especificidades do setor sem ignorar pontos de sucesso ou não de outros setores.

Uma vez acolhidas essas primeiras características, outros aspectos dessa teoria merecem ser incorporados, como o alinhamento de expectativas com os agentes e a incorporação de diversos mecanismos regulatórios para solucionar o problema. Trazer essas ações permite uma regulação que não se encerra no comando e controle – apesar de muitas vezes ser necessário utilizá-lo – e que tende a ter maior aceitação dos regulados.

Não se espera a introdução definitiva da regulação positiva nas agências reguladoras brasileiras, mas vê-se uma janela de oportunidade de fazê-lo, inclusive porque a ANTT e a ANAC estão com processos de consulta pública para revisar seus normativos sobre as concessões.

A (c) última recomendação diz respeito aos próximos passos acadêmicos desse tema. Com este trabalho, não se esperava esgotar todos os pontos relacionados às lacunas regulatórias. Buscou-se trazer luz a esse problema, apontando os primeiros conceitos, casos e características identificadas. A partir dessa exposição, os próximos estudos podem se aprofundar no estudo das lacunas regulatórias a partir da regulação positiva. Entende-se que há espaço para melhor compreensão de como a aplicação da teoria da regulação positiva pode permitir que o regulador reconheça com antecedência a lacuna regulatória e defina com clareza os objetivos e ações pretendidos para evitar problemas concorrenciais, com apoio dos regulados.

Por todo o exposto, reconhece-se a importância de que regulador e regulado tenham expectativas alinhadas e compreendam que os dois são necessários para a boa prestação de serviços essenciais e disponibilização de infraestrutura à sociedade. Com essa consciência, proposta pela regulação positiva, esperam-se três movimentos: o primeiro é que o regulador não tenha uma postura meramente intervencionista, sem que haja real necessidade de

estabelecimento de regulação em determinado setor; o segundo é que o regulador não se exima de atuar quando for necessário, vez que isso pode acarretar grandes desafios ao mercado; e o terceiro é que o regulado esteja disposto a auxiliar o regulador, cumprindo com os normativos e recomendações apresentadas. Esses movimentos, somados à inclusão da regulação positiva na análise regulatória, permitem que as lacunas regulatórias sejam evitadas ou solucionadas antes de criarem problemas estruturais ao mercado e prejudicarem a prestação do serviço à sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC), AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP), **Nota Técnica nº 001/2019-ANP-ANAC**. Brasília, 2019. Disponível em:

[https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-](https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-)

[UrE5RhYeKTscmauEfvb7X2xkhVvRp6syRkLKRCv3unUvcvMEg831fJHSOvt04PTybcu0no rvX2uxIehQmnPegq80Jb](https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibUrE5RhYeKTscmauEfvb7X2xkhVvRp6syRkLKRCv3unUvcvMEg831fJHSOvt04PTybcu0no rvX2uxIehQmnPegq80Jb)

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC) **Nota Técnica nº 001/2019-ANP-ANAC**. Brasília, 2019. Disponível em:

[https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-](https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-)

[UrE5RhYeKTscmauEfvb7X2xkhVvRp6syRkLKRCv3unUvcvMEg831fJHSOvt04PTybcu0no rvX2uxIehQmnPegq80Jb](https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibUrE5RhYeKTscmauEfvb7X2xkhVvRp6syRkLKRCv3unUvcvMEg831fJHSOvt04PTybcu0no rvX2uxIehQmnPegq80Jb)

\_\_\_\_\_, **Resolução nº 113, de 23 de setembro de 2009**. Estabelece critérios e procedimentos para a alocação de áreas aeroportuárias. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2009.

\_\_\_\_\_, **Resolução nº 116, de 23 de outubro de 2009**. Dispõe sobre os serviços auxiliares ao transporte aéreo. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2009.

\_\_\_\_\_, **Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014**. Estabelece critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias e condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2014.

\_\_\_\_\_, **Resolução nº 302, de 13 de junho de 2023**. Altera as Resoluções nºs 302, de 5 de fevereiro de 2014, e 116, de 20 de outubro de 2009. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2023.

\_\_\_\_\_, **Voto do Diretor Rogério Benevides Carvalho**. Processo nº 00058.029624/2019-61, Rel. Rogério Benevides Carvalho. 26 de abril de 2023. Disponível em:

[https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?d-qBlq\\_KF4\\_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj2ABbopArCCff7JG7ET-Q52o-cFmQR97iJzSRqe30zXvjYAYxiCvh7D8HpHt8A6kBUIPkDEnOJliRhkMRvuM8iJ](https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj2ABbopArCCff7JG7ET-Q52o-cFmQR97iJzSRqe30zXvjYAYxiCvh7D8HpHt8A6kBUIPkDEnOJliRhkMRvuM8iJ)

\_\_\_\_\_, **Voto-vista do Diretor Presidente Substituto Tiago Sousa Pereira**. Processo nº 00058.029624/2019-61, Rel. Rogério Benevides Carvalho. 07 de junho de 2023. Disponível em:

[https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?d-qBlq\\_KF4\\_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj285WPrN3cNpDX5qt-TAm9bVdX\\_MijiFDxBuy-AnYE9CWUut8M\\_dq\\_VIWt33d861-LdfkHHzG2XJK784tx3cyYR1](https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj285WPrN3cNpDX5qt-TAm9bVdX_MijiFDxBuy-AnYE9CWUut8M_dq_VIWt33d861-LdfkHHzG2XJK784tx3cyYR1)  
————— **Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA**. Brasília, 2020. Disponível em:  
[https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-UrE5ShK4FWSGWHP4ys\\_TN2OPHqVYt9HXIV7W5ws17MptfO7h1-vzHuDP6Gb3nO\\_nYwCpDT5jypKt0-beGLuLC0-JTb](https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-UrE5ShK4FWSGWHP4ys_TN2OPHqVYt9HXIV7W5ws17MptfO7h1-vzHuDP6Gb3nO_nYwCpDT5jypKt0-beGLuLC0-JTb)

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL), AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL), AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). **Resolução Conjunta nº 01, de 24 de novembro de 1999**. Aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Brasília, 1999

————— **Resolução Conjunta nº 02, de 27 de março de 2001**. Aprova o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Brasília, 1999

————— **Resolução Conjunta nº 04, de 16 de dezembro de 2014**. Aprova o preço de referência para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, a ser utilizado nos processos de resolução de conflitos, e estabelece regras para uso e ocupação dos Pontos de Fixação. Brasília, 2014

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL), **Contrato de Concessão nº 01/2021**. Disponível em:

<https://antigo.aneel.gov.br/documents/10184//23173798//Contrato+de+Concess%C3%A3o+DI+ST+01+2021+CEA+FINAL+ASSINADO.pdf>

————— **Nota Técnica nº 0041/2020-SRD/SMA/ANEEL**. Revisão da Regulamentação sobre o Compartilhamento de Infraestruturas entre os setores de Energia Elétrica e de Telecomunicações. Brasília, 2020

————— **Nota Técnica nº 106/2023-STR/ANEEL**. Proposta de metodologia para Precificação dos Pontos de Fixação nos postes de distribuição de energia elétrica no âmbito do processo de revisão da Resolução Conjunta nº 04/2014, que trata do compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações. Brasília, 2023

—————**Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL** Análise das contribuições recebidas no âmbito da Consulta Pública – CP nº 073/2021, que tratou da proposta de aprimoramentos da regulamentação relativa ao compartilhamento de infraestrutura entre os setores de distribuição de energia elétrica e de telecomunicações. Brasília, 2023

—————**Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 0002/2020-SRD/SMA/ANEEL**. Brasília, 2020.

————— **Relatório de Impacto Regulatório (AIR) nº 0002/2020-SRD/SMA/ANEEL**. Brasília, 2020. Disponível em:

[https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p\\_p\\_id=participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet&p\\_p\\_lifecycle=2&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_cacheability=cacheLevelPage&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_pos=1&p\\_p\\_col\\_count=2&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_idDocumento=45393&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=45393&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp)

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). **Resolução nº 5.879, de 26 de março de 2020**. Dispõe sobre a flexibilização de prazos para cumprimento de obrigações contratuais e regulatórias, em razão da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, no âmbito da infraestrutura e serviço de transporte ferroviário de cargas e do transporte rodoviário de cargas e de passageiros, e dá outras providências. Brasília, 2020

—————**Resolução nº 6.031, de 7 de dezembro de 2023**. Estabelece regras para a contratação e a execução de operações acessórias ao serviço de transporte ferroviário de cargas. Brasília, 2023.

—————**Resolução nº 3.695, de 14 de julho de 2011**. Aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional. Brasília, 2011

—————**Resolução nº 5.943, de 1º de junho de 2021**. Dispõe sobre operações de direito de passagem e de tráfego mútuo no Subsistema Ferroviário Federal. Brasília, 2021

ALVES, Luiz Guilherme de Toledo Cesar. **Criptoativos - As problemáticas da lacuna regulatória das criptomoedas no Brasil**. São Paulo, 2023

ARANHA, M. I. et al. **Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais**

**e a fiscalização regulatória da ANAC. (Relatório de pesquisa).** Brasília: Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB (NDSR), 2021

ARANHA, M. I. *Telecommunications Regulatory Design in Brazil: Networking around State Capacity Deficits*. *Economia Publica*, v. 25, n. 2, p. 83-105, 2016.

————— **Teoria Jurídica da Regulação: entre Escolha Pública e Captura**. *Direito Público*, v. 16, nº 90, p. 11-37.

ARANHA, M. I.; LOPES, O. de. A. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos**. *Pesquisa e Inovação Acadêmica em Regulação apoiada em incentivos na Fiscalização Regulatória*. Projeto ANATEL-UnB (Meta 5). Brasília: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB, 2019, p. 228-249.

ARROW, K. J. *Social Choice and Individual Values*. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963.

*Arrow's Theorem*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/arrows-theorem/>

AYRES, I., BRAITHWAITE, J. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992

BALDWIN, Robert. BLACK, Julia. *Really Responsive Regulation*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 15. Londres, 2007.

BALDWIN, Robert. *Taming the corporation: how to regulate for success*. Oxford University Press, 2021

BLACK. *On the Rationale of Group Decision-Making*. *Journal of Political Economy*, vol. 59, nº 1, 1948, pp. 23-34.

BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. *World Development* Vol. 34, n. 5, pp. 884-898, 2006.

BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), **Processo nº 48500.003090/2018-13**  
————— Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Processo nº 50500.081531/2016-06**

————— Comissão de Valores Mobiliários (CVM). **Parecer de Orientação CVM nº 40, de 11 de outubro de 2022**, Os criptoativos e o Mercado de Valores Mobiliários

—————, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08700.001831/2014-27**

————— **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.** Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília: Diário Oficial da União, 2020

————— **Decreto nº 8.129, de 23 de outubro de 2013.** Institui a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal; dispõe sobre a atuação da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2013

————— **Decreto nº 8.875, de 11 de outubro de 2016.** Revoga o Decreto nº 8.129, de 23 de outubro de 2013, que institui a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal e dispõe sobre a atuação da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. para o desenvolvimento dos sistemas de transportes ferroviário. Brasília: Diário Oficial da União, 2016

————— **Decreto nº 9.192, de 6 de novembro de 2017.** Regulamenta a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, para dispor sobre a licitação de concessões de distribuição e de transmissão associadas à transferência de controle de pessoa jurídica prestadora de serviço público de energia elétrica, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2017

————— **Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.** Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nºs 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2013

————— **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.** Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2005

————— **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Diário Oficial da União, 2019

—————, **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos

10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2019.

————— **Lei nº 9.427, 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. Brasília: Diário Oficial da União, 1996.

————— **Lei nº 9.472, 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. Brasília: Diário Oficial da União, 1997

————— **Lei nº 9.478, de 06 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1997

————— **Plano Nacional de Logística (PNL 2035),** Brasília, 2021

—————, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 027.620/2019-0**

BUCHANAN, TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Liberty Fund, 1962

CASOTTI, Fábio. **Uma regulação de infraestrutura para chamar de sua: incentivos e responsabilidade regulatória no uso compartilhado de postes por prestadores de telecomunicações no Brasil.** Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 7, nº 1, p. 122-149, maio-junho 2021

CHAVES, Mauro César Santiago. **Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais: recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário Federal.** 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília/DF, 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Departamento de Estudos Econômicos. Documento de Trabalho nº 04/2023: Metodologias de Avaliação das Ações de Advocacia da Concorrência.** Brasília, 2023.

DAYCHOUM, M. T.; SAMPAIO, P. R. P. **Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário.** - 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 228 p.; 21cm.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1957

DUNNE, Niamh. *Competition law and economic regulation: making and managing markets.* Cambridge: Cambridge University Press, 2015

GUERRA, PAULO PESSOA. **Evolução dos contratos das concessões de ferrovias.** Brasília: Instituto Serzedello Corrêa e Escola Nacional de Administração Pública, 2019.

KOLIEB, Jonathan. *When to punish, when to persuade and when to reward: strengthening responsive regulation with the regulatory diamond.* Monash University Law Review, vol. 41, n. 1, 2015

LANG, A. E., **As Ferrovias no Brasil e Avaliação Econômica de Projetos: Uma Aplicação em Projetos Ferroviários.** 2007. Dissertação (Mestrado em Transportes) - Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, 2007

LOPES, O. D. A. **Fundamentos da Regulação.** Rio de Janeiro: Processo, 2018

MARQUES, Sérgio de Azevedo. **Privatização do Sistema Ferroviário Brasileiro.** Texto para discussão n. 434. Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 1996.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. **Portaria nº 93, de 20 de julho de 2020.** Disciplina a celebração, prorrogação, renovação e o aditamento dos contratos de exploração comercial que envolvam a utilização de espaços no complexo aeroportuário nos aeroportos incluídos no Plano Nacional de Desestatização - PND ou qualificados para parcerias no Programa de Parcerias e Investimentos - PPI

MINISTÉRIO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES, MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Portaria Interministerial MCOM/MME nº 10.563, de 25 de setembro de 2023.** Institui a Política Nacional de Compartilhamento de Postes – “Poste Legal” entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações. Brasília, 2023

NISKANEN, W. A. *Bureaucracy & Representative Government.* New York: Routledge, 2017.

OLSON, M. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups.* Boston: Harvard University Press, 1965

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The Essential Facility Concept*. Paris: OCDE/GD(96)113, 1996

PELTZMAN, Sam. *George Stigler's Contribution to the Economic Analysis of Regulation*. Journal of Political Economy, vol. 101, n. 5, pp. 818-832. Chicago: University of Chicago Press, 1993

———. *Toward a more general theory of regulation*. NBER Working Paper Series. Stanford, 1976

PEREIRA, A **teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?** *Análise Social*, 1997, Quarta Série, Vol. 32, No. 141 (1997), pp. 419-442

PETROBRÁS, **As 5 etapas da Jornada da Gasolina**. Disponível em: <https://nossaenergia.petrobras.com.br/conhecimento/as-5-etapas-da-jornada-da-gasolina/#:~:text=E%20todo%20o%20expertise%20t%C3%A9cnico,chegar%20%C3%A0%20distribui%C3%A7%C3%A3o%20do%20combust%C3%ADvel>. Acessado em setembro de 2023.

SINDICOM, **Combustíveis de Aviação**, jul.2012. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/comissoes/ci/CISTAC/ap/AP20120710\\_Alisio\\_Vaz.pdf](https://www.senado.leg.br/comissoes/ci/CISTAC/ap/AP20120710_Alisio_Vaz.pdf) Acessado em setembro de 2023.

STIGLER, George. *The Theory of Economic Regulation*. The bell Journal of Economics and Management Science, vol. 2, 1971.

VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de serviços públicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.34-70