

Regulação deliberativa: em busca do interesse público na regulação de contratos de concessão de longo prazo

Deliberative Regulation: Searching the Public Interest on the Regulation of Long-Term Concession Contracts

Submetido(submitted): 10/12/2017

Parecer(revised): 06/01/2018

Aceito(accepted): 23/01/2018

Milton Carvalho Gomes*

Resumo

Propósito – O objetivo do artigo é propor uma modelagem regulatória que permita a manutenção do interesse público em situações regidas por contratos públicos de longo prazo, por meio de ferramentas de democracia deliberativa, cabendo às Agências Reguladoras o papel de mediação do processo deliberativo.

Metodologia/abordagem/design – A abordagem parte da análise das teorias justificadoras da regulação pelo interesse público, das teorias que refutam essa possibilidade (*public choice*), e das teorias que se voltam ao desenho regulatório como forma de evitar o desvirtuamento das finalidades da regulação, para avaliar os caminhos possíveis de uma regulação deliberativa dos contratos públicos de longo prazo, bem como qual seria o papel das agências nesse contexto.

Resultados – Concluiu-se que, por meio de procedimentos deliberativos, a regulação pode ser construída de forma a assegurar o atendimento ao interesse público, bem como mantê-lo ao longo do tempo, cabendo às Agências reguladoras independentes o papel de mediação do processo deliberativo entre os atores sociais, públicos e privados, interessados. Constatou-se ainda que a regulação deliberativa amplia a legitimidade dos atos dos entes reguladores e reforça sua independência perante outras esferas do governo, com resultados positivos em termos de governança regulatória.

Implicações práticas – As conclusões propõem novas reflexões sobre o processo regulatório, sua forma, seus participantes, sua legitimidade democrática, bem como sobre o papel das Agências reguladoras independentes nesse processo, podendo ter aplicação imediata na modelagem do processo de tomada de decisão na regulação de contratos de concessão de longo prazo.

Originalidade/relevância do texto – O texto é original, na medida em que propõe um debate novo no Brasil, acerca de uma dificuldade real que é a regulação de contratos públicos de longo prazo e sua adequação constante à dinâmica de interesses públicos variáveis ao longo do tempo, propondo caminhos a serem seguidos para solução da questão.

Palavras-chave: regulação, agências reguladoras, desenho regulatório, contratos de concessão, regulação deliberativa.

*Mestre em Direito. Procurador Federal. E-mail: miltongomes@me.com.

Abstract

Purpose – The purpose of this article is to propose a regulatory model that allows the maintenance of the public interest in situations governed by long-term public contracts, through deliberative democracy tools, and the regulatory agencies have the role of mediation of the deliberative process.

Methodology/approach/design – This articles approach is based on the analysis of justifying theories of regulation by the public interest, of theories that refute this possibility (public choice), and of theories that turn to the regulatory design as a way of avoiding the distortion of the purposes of regulation, to assess the possible ways of deliberative regulation of long-term public procurement, as well as the role of agencies in this context.

Findings – It was concluded that by means of deliberative procedures, regulation can be constructed to assure the service to the public interest, as well as to maintain it over time, and independent regulatory agencies have the role of mediating the deliberative process between the social actors, public and private, interested. It was also found that deliberative regulation broadens the legitimacy of regulatory acts and reinforces its independence from other spheres of government, with positive results in terms of regulatory governance.

Practical implications – The conclusions propose new developments on the regulatory process, form, participants, democratic legitimacy, as well as on the role of independent regulatory Agencies in this process, being able to have immediate application in the modeling of the decision-making process in the regulation of long-term concession contracts.

Originality/value – The text is original, as it proposes a new debate in Brazil, about a real difficulty that is the regulation of long-term public contracts and their constant adaptation to the dynamic of variable public interests throughout the time, proposing ways to be followed to solve the issue.

Keywords: regulation, regulatory agencies, regulatory design, concession contracts, deliberative regulation.

Introdução

A atividade regulatória do Estado tem sido objeto de inúmeros estudos em todo o mundo, atraindo a atenção de teóricos das mais diversas áreas como Direito, Economia, Ciência Política e Sociologia. Observa-se uma expansão e um aprofundamento das teorias que buscam explicar, justificar, criticar e propor modelos regulatórios mais adequados, diante da crescente solidificação da regulação como ferramenta do Estado na realização do interesse público.

A intervenção do Estado na atividade econômica, por meio da regulação, é justificada a partir do reconhecimento de que o mercado apresenta falhas, cuja correção demanda a atuação estatal (LODGE e WEGRICH, 2012). Nessa linha, a intervenção regulatória constitui uma forma de assegurar o atendimento de interesses reconhecidos como públicos, por meio da criação de uma estrutura

normativa que, em síntese, restringe liberdades individuais em favor da prevalência de interesses coletivos.

Essa justificação da regulação, porém, não ficou imune a críticas, levantadas especialmente a partir da observação das relações estabelecidas entre indústrias reguladas, legisladores e agências reguladoras. Tais críticas partiram, inicialmente, de observações empíricas, nas quais verificou-se que o resultado da atividade regulatória era uma prevalência dos interesses particulares em detrimento dos interesses públicos. Grupos organizados de interesses (*interest groups*), em regra, influenciariam a regulação a seu favor, utilizando como instrumento de barganha o suporte financeiro fornecido para as campanhas eleitorais de agentes políticos, e da influência destes na definição da política regulatória¹. Diversas linhas de estudos derivadas da denominada ‘teoria da captura’ (AYRES e BRAITHWAITE, 1992) apontaram fragilidades que facilitariam a ação de influências indevidas do mercado regulado (ou mesmo do governo – Legislativo e Executivo) sobre o ente regulador, desviando o curso da regulação do atendimento ao interesse público para o atendimento de interesses de grupos específicos².

Confrontando os argumentos dos teóricos da *captura*, críticos da regulação, as teorias de interesse público foram renovadas, reconhecendo a necessidade de reforma do modelo regulatório e direcionando esforços para o desenvolvimento de modelagens institucionais que permitissem o atingimento de interesses públicos por meio da regulação, buscando proteger a atividade regulatória de influências indevidas³. Tais discussões são atuais e podem ser verificadas nas denominadas teorias de desenho regulatório, teorias processuais

¹Richard Posner sintetiza as visões rivais sobre a regulação nos seguintes termos: “*Two main theories of economic regulation have been proposed. One is the ‘public interest’ theory, bequeathed by a previous generation of economists to the present generation of lawyers. This theory holds that regulation is supplied in response to the demand of the public for the correction of inefficient or inequitable market practices. (...) The second theory is the ‘capture’ theory (...) this theory holds that regulation is supplied in response to the demands of interest groups struggling among themselves to maximize the income of their members*” (Posner, 1974, p. 1).

²O conceito de captura regulatória aqui utilizado é aquele formulado por Dal Bó: “*regulatory capture is the process through which special interests affect state intervention in any of its forms, which can include areas as diverse as the setting of taxes, the choice of foreign or monetary policy, or the legislation affecting R&D*” (Bó, 2006, p. 203).

³Nesse sentido: “*Such institutional design perspective offer ‘hope’ that we can establish institutional arrangements that avoid the risk of ‘capture, of politicians intervening in regulatory arrangements to please particular constituencies, or of regulatory bureaucracies pursuing their own favorite activities rather than those intended by their statutory basis*” (Lodge & Wegrich, 2012, p. 42).

ou teorias institucionais da regulação⁴. Diversas ferramentas foram propostas por teóricos institucionalistas como forma de blindar a regulação dos riscos da captura, de modo a direcionar a atuação dos reguladores à realização do interesse público.

O grande avanço das discussões sobre desenho regulatório resultou, em certa medida, no esvaziamento dos debates mais aprofundados sobre o *conteúdo* do interesse público⁵. As teorias institucionais concentram-se mais nas *estruturas* dos entes regulatórios e em seus *processos* de tomada de decisão, acreditando que tais elementos, se bem desenhados, podem assegurar um resultado final que represente o interesse público⁶, sem que precise a substância desse interesse ser discutido *a priori*. Desnecessária seria a definição do interesse público a ser atingido, pois a própria construção desse conceito ocorreria ao longo do processo regulatório, modelado com essa finalidade por entes reguladores com as estruturas e poderes adequados, e seria, ao mesmo tempo, resultado desse mesmo processo.

Ainda na literatura institucional, surgiram teorias propondo modelos de regulação em rede, destacando ser o regime regulatório composto por diversas forças, internas e externas, mutuamente atuantes e que impactam tanto as

⁴Como crítica à denominação dessas teorias como institucionalistas, Baldwin, et al, afirma: “*Institutionalism has become such a broad church that it is hard to find anyone who would not claim to be an institutionalist. (...) Institutionalists, therefore, do not necessarily agree on where preferences come from, but they do agree on the notion that institutional structure and arrangements, as well as social processes, significantly shape regulation*” (Baldwin, Cave, & Lodge, 2012, p. 53).

No mesmo sentido: “*One of the difficulties in applying an ‘institutionalist’ approach to anything is that new institutionalism is itself disparate and diverse, its central elements often vague and ambiguous. Although it crosses the normally divergent social science disciplines of economics, political science and sociology, there are still significant differences between the forms that new institutionalism takes in each of these areas, differences which make qualification of the label ‘institutionalism’ difficult to avoid. Nevertheless, all are united by the common idea that ‘institutions matter’ to individual and social action and interaction because they provide the structure in which that action and interaction occurs. Institutions comprise cognitive and moral structures, rules or norms which are regarded as socially or legally binding, but which are not self-enforcing. They have a behavioral dimension, providing norms or rules of behavior which relieve the need for individuals to ‘reinvent the wheel’ every time they are faced with a situation, thus constraining and enabling action and interaction*” (Black, 1997, p. 54).

⁵Pode-se apontar como exceções os trabalhos de Prosser (1999) e Feintuck (2010).

⁶Segundo Baldwin et al., “*this literature represents the response to the argument that all regulation was about capture – instead, this literature asks how institutions can be designed to provide for benevolent outcomes and avoid widely diagnosed pathologies of regulation*” (Baldwin, Cave, & Lodge, 2012, p. 54).

instituições quanto os mercados regulados de formas variadas⁷. A regulação, nesse sentido, é vista como atividade amplamente compartilhada entre diversos atores, públicos e privados, que ocupam o *espaço* regulatório atuando seus diversos papéis. Assim compreendida a regulação, a discussão sobre captura faz menos sentido, voltando-se o foco para a definição das formas de compartilhamento da autoridade regulatória e para o processo criativo/decisório da regulação em si.

Percebe-se que as preocupações acerca da prevalência do interesse público sobre interesses de indivíduos ou grupos menores têm guiado o desenvolvimento das teorias regulatórias desde suas origens remotas. Não apenas no campo teórico, onde disputam espaço explicações e justificativas sobre a melhor forma de regular, mas principalmente no campo prático, no dia a dia da regulação, na formulação de normas regulatórias setoriais e no desenvolvimento de políticas regulatórias pelas Agências, essas mesmas preocupações ocupam lugar de destaque.

No Brasil, Agências reguladoras foram criadas com *independência*, como forma de conferir maior segurança jurídica aos agentes regulados e impedir intervenções indevidas dos demais poderes na atividade regulatória. Seguiu-se o modelo americano, sob o pressuposto de que a melhor regulação é aquela promovida por Agências independentes dotadas de expertise técnica, com a finalidade de corrigir falhas de mercado e garantir a prevalência do interesse público em áreas como energia, telefonia e transportes, entre outras.

Essa mesma legislação, que forneceu uma modelagem básica de composição e competências das Agências reguladoras, conferiu ampla discricionariedade a esses entes no desempenho da atividade regulatória, atribuindo-lhes funções normativas, fiscalizatórias e punitivas. A legislação vigente garante largo espaço para a modelagem discricionária do processo decisório, transferindo às Agências importante espaço para a definição da política regulatória ao tempo em que estabelece seus parâmetros de atuação⁸. As Agências são, portanto, o *locus* adequado para a discussão e definição da melhor forma de garantir interesse público por meio da regulação, observando os parâmetros legais e levando em conta as diretrizes de política setorial estabelecidas pelo Poder Executivo.

Sobreleva a importância desse tema nas hipóteses específicas em que as Agências precisam assegurar o interesse público no longo prazo, em sistemas

⁷Assim, “*Rather than the exchange relationships implied by the market approach, networks are defined much as individual organizations would be, through their patterns of interaction. Networks offer many advantages as a means of producing coordination, and to some extent depend upon natural patterns of interaction among organizations and individuals concerned with the same policy issues*” (Peters, 1998, p. 20).

⁸Sobre o espaço da política na atuação das agências reguladoras independentes no Brasil, conferir Gomes (2017).

regulatórios que têm por base um contrato público, como é o caso dos contratos de concessão. Nessas circunstâncias, percebidas especialmente em setores onde há necessidade de grandes investimentos privados, verifica-se com maior frequência a formação de ambientes propensos ao exercício de pressões características daquelas denunciadas pelas teorias da captura.

Isso porque a regulação por meio de contratos de longo prazo constitui forma de regulação mais rígida que a regulação típica, dispondo essa última de ferramentas de atualização e alteração mais flexíveis. Enquanto na regulação típica se criam regras gerais aplicadas a mercados compostos por diversos agentes regulados, a regulação contratual traz maiores limitações, seja por colocar em relação direta o agente regulador com um único agente regulado, seja pela necessidade de produção de atos concretos, condicionados pelas próprias cláusulas do contrato.

Observando-se sob o ponto de vista do interesse público, as diferenças entre os dois sistemas são ainda mais relevantes. Enquanto na regulação típica a agência busca o interesse público e se adapta às suas mudanças ao longo do tempo, por meio da simples atualização das normas regulatórias, na regulação contratual essa atualização sofre limitações do próprio contrato, cujas condições iniciais devem ser preservadas de forma definitiva. Nesse contexto, a questão que se coloca é: como alterar/atualizar um contrato público de longo prazo diante de mudanças na configuração do interesse público no longo prazo? Ou, colocada a mesma questão de outra forma: que modelagem regulatória de processo decisório é adequada para que os contratos públicos de longo prazo possam ser atualizados de acordo com a dinâmica do interesse público durante sua vigência?

Com a finalidade de responder a essa pergunta, o presente texto abordará, em sua primeira parte, o papel do interesse público na regulação, como elemento que legitima a própria atividade regulatória do Estado, expondo as principais ideias e desenvolvimentos teóricos acerca do tema. A segunda parte tratará especialmente de duas concepções de modelagem regulatória, cujas ideias se complementam em certa medida: a primeira introduzindo a noção de tripartismo na regulação, propondo o empoderamento de grupos de interesse público e sua inserção no sistema regulatório, e a segunda trazendo uma concepção de regulação fundada em preceitos de uma democracia deliberativa, na visão de Habermas. Em seguida, será analisada a configuração atual dos contratos públicos de longo prazo no Brasil, em especial os contratos de concessão de infraestrutura, para avaliar a modelagem do processo de tomada de decisão nas alterações contratuais decorrentes de adequação ao interesse público no tempo. Por fim, será proposta uma modelagem processual de regulação deliberativa, democrática, inclusiva e multi-participativa, que possa ser utilizada pelas Agências reguladoras como forma de legitimar alterações nos contratos

públicos de longo prazo, como forma de mantê-los atualizados e conectados à dinâmica do interesse público.

Desenvolvimentos teóricos acerca do interesse público na regulação: validade e legitimidade da regulação estatal

A noção de interesse público encontra-se no cerne das mais importantes discussões sobre o papel e as funções do Estado, como elemento mesmo justificador de qualquer intervenção, seja na vida social ou econômica dos cidadãos. No campo da regulação, espécie que é de intervenção estatal na atividade econômica – aqui compreendida amplamente como abrangendo processos de produção, comercialização e consumo de bens e serviços – debates em torno do interesse público dirigiram e ainda dirigem o desenvolvimento das teorias regulatórias.

As primeiras justificativas para a regulação estatal foram a preservação e promoção, pelo Estado, do interesse público. Observando-se o processo de desenvolvimento da regulação nos Estados Unidos, tal constatação fica ainda mais clara, como explicou Kahn:

“For some 67 years, roughly in the period 1877-1934, the United States Supreme Court took the position that there were certain more or less readily identifiable industries, peculiarly and sufficiently ‘clothed’ or ‘affected with a public interest’ to justify legislatures subjecting them to regulation despite the Fourteenth Amendment’s injunction that ‘No State shall...deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law’. In a series of landmark decisions in the field of constitutional law, it drew tight boundaries around that group of industries, holding that outside those boundaries the Fourteenth Amendment prohibited any such drastic interferences with the freedom of contracts⁹” (KAHN, 1988, p. 3/I).

A proteção à liberdade individual, princípio de maior importância no ordenamento constitucional norte americano, teve sua interpretação flexibilizada para permitir que o Estado pudesse impor limites a atividades econômicas desenvolvidas em certas áreas, consideradas de interesse público. Tal posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos significou relevante marco na história econômica daquele país, evoluindo, posteriormente, para

⁹Em tradução livre: “Por cerca de 67 anos, aproximadamente no período 1877-1934, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos adotou a posição de que havia certas indústrias, mais ou menos facilmente identificáveis, peculiar e suficientemente ‘vestidas’ ou ‘afetadas com interesse público’ para justificar os legisladores as sujeitarem a regulação, apesar da injunção da Quarta Décima emenda no sentido de que ‘nenhum Estado deve ... privar qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal’. Em uma série de decisões importantes no campo do direito constitucional, ele estabeleceu rigorosos limites em torno desse grupo de indústrias, defendendo que, fora desses limites, a Quarta Emenda proíbe interferências drásticas sobre a liberdade de contratos”.

passar a permitir a intervenção estatal na economia em qualquer área, desde que justificada pelo interesse público:

“One view, which convinced the Court majority in *Munn v. Illinois*, in 1877, was that regulation might properly be introduced to protect customers from exploitation by private monopolists. (...)

In any event, it was over 36 years ago that the Supreme Court abandoned this historic distinction. In *Nebbia v. New York* it held, in effect, that there was no longer any constitutional barrier to legislatures imposing any type of economic regulation on any industries within their jurisdictions, where in their judgment it would serve the public interest, provided only that they did not do so in an utterly capricious or discriminatory manner:

‘It is clear that there is no closed class or category of business affected with a public interest, and the function of courts in the application of the Fifth and Fourteenth Amendments is to determine in each case whether the circumstances vindicate the challenged regulation as a reasonable exertion of governmental authority or condemn it as arbitrary or discriminatory...a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose.’” (KAHN, 1988, p. 71)¹⁰.

As primeiras teorias regulatórias, portanto, fundaram-se no interesse público como justificação para a intervenção estatal. Inicialmente para controlar atos de concentração empresarial, ampliando-se, em seguida, para abranger áreas denominadas *public utilities*, e atualmente atingindo qualquer campo econômico, desde que com a finalidade de promover o interesse público. Assim, como descrito por Baldwin:

“Public interest theories centre on the idea that those seeking to institute or develop regulation do so in pursuit of public interest-related objectives (rather than group, sector, or individual self-interests). Proponents of regulation are thus seen as acting as benevolent agents for the public interest. Regulation’s

¹⁰Em tradução livre: “Um ponto de vista, que convenceu a maioria do Tribunal no caso *Munn v. Illinois*, em 1877, era que esse regulamento poderia ser introduzido corretamente para proteger os clientes da exploração por monopolistas privados. (...) Em qualquer caso, há mais de 36 anos que o Supremo Tribunal abandonou essa distinção histórica. Em *Nebbia v. New York*, considerou, de fato, que não havia mais nenhuma barreira constitucional às legislaturas que imponham qualquer tipo de regulamentação econômica em qualquer setor dentro de suas jurisdições, onde, em seu julgamento, possa servir ao interesse público, desde que não o faça de forma caprichosa ou discriminatória: ‘É claro que não há classe ou categoria fechada de negócios afetados com interesse público, e a função dos tribunais na aplicação das Quinta e Décima Quarta Emendas é determinar, em cada caso, se as circunstâncias justificam o regulamento impugnado como razoável exercício de autoridade governamental ou condená-lo como arbitrário ou discriminatório ... qualquer estado é livre para adotar qualquer política econômica que possa razoavelmente ser considerada como promotora do bem-estar público, e para fazer cumprir essa política por meio de uma legislação adaptada à sua finalidade’”.

purpose is to achieve certain publicly desired results in circumstances where, for instance, the market would fail to yield these". (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 40-41)¹¹.

A intervenção regulatória, sob a ótica das teorias de interesse público, pressupõe uma atuação estatal fundada em expertise técnica, destinada à correção de falhas do mercado – consideradas violadoras do interesse coletivo – em favor de interesses privados. Tais teorias apresentavam, inicialmente, uma visão benevolente do processo político regulatório, abrindo espaço para fortes críticas.

Partindo de premissas econômicas que compreendem o comportamento social como o resultado da soma de comportamentos individuais, sendo cada indivíduo orientado por escolhas racionais em benefício próprio, as teorias regulatórias de interesse público sofreram críticas em variados aspectos. Uma delas, por desconsiderar a regulação como processo político, no qual relações de poder e interesses individuais estão presentes – e burocracias governamentais buscam ampliar seus recursos e influências – e onde agentes públicos procuram progredir em suas carreiras e garantir sucesso eleitoral¹². Outra, por não dedicar atenção às relações entre agente regulador, mercado e poderes constituídos (Legislativo e Executivo), deixando de levar em conta pressões e demandas por regulação, que conduziriam à produção de normas nem sempre direcionadas ao interesse público.

Em tal contexto regulatório, segundo os críticos das teorias do interesse público, verifica-se uma tendência de captura do ente regulador, que passaria a favorecer grupos de interesse em prejuízo do interesse coletivo. Como destaca Lodge:

“The most prominent explanation for regulatory failure is capture. Broadly defined, capture suggests that regulators have failed to do their job because they have come too close to the interests of those they are supposed to regulate. Regulation therefore does not represent a ‘universal’ public interest

¹¹Em tradução livre: “As teorias de interesse público centram-se na ideia de que aqueles que procuram instituir ou desenvolver uma regulamentação o fazem em busca de objetivos relacionados ao interesse público (em vez de grupos, setores ou interesses individuais). Os defensores da regulamentação são, portanto, vistos como atuando como agentes benevolentes para o interesse público. O objetivo do regulamento é alcançar certos resultados desejados publicamente em circunstâncias em que, por exemplo, o mercado não os produziria”.

¹²“The economic theory of regulation builds on the assumption that actors are inherently self-regarding and orientated at maximizing their own (material) interest. It assumes that all parties involved in regulation seek to maximize their utility (self-interest) (politicians, for instance, seeking votes to maximize their cash incomes); it assumes that all parties are as well informed as possible and learn from experience; and it also assumes that regulation is costless (hence overall efficiency will not be affected by levels of regulation)” (Baldwin, Cave, & Lodge, 2012, p. 43).

but the immediate and special interests of a selected industry (LODGE e WEGRICH, 2012, p. 29-30)¹³.

Stigler (1971), ao formular sua teoria sobre regulação econômica, observou que a demanda por regulação é originada dos próprios agentes econômicos regulados, que buscam mover a força do Estado a seu favor. Sob essa ótica o Estado, dotado de poder coercitivo inexistente em outros entes privados, toma decisões que beneficiam uns em detrimento de outros, sendo papel da teoria econômica da regulação identificar quais os beneficiados e quais os prejudicados nesse sistema, bem como avaliar os efeitos da regulação sobre a realocação de recursos econômicos (STIGLER, 1971, p. 3). Stigler analisa de forma detalhada a forma pela qual grupos de interesses obtém do Estado benefícios regulatórios, revelando um mecanismo de trocas e influências indevidas, com prejuízo para o interesse público.

Peltzman (1976), debruçando-se sobre a teoria de regulação econômica de Stigler, corrobora e expande suas conclusões, demonstrando que grupos pequenos com interesses concentrados detém maior influência sobre a regulação quando comparados com grupos grandes, de interesses difusos. Assim, agentes regulados de um setor, objetivando obter benefícios regulatórios do Estado, organizam-se de forma mais efetiva na busca por esses favores estatais, enquanto grupos difusos, com interesses variados (como cidadãos e consumidores), possuem menor poder de coalizão e organização, sendo prejudicados nesse *mercado* da regulação:

“Compact, organized interests (say solicitors) will usually win at the expense of a diffused group (say, users of legal services). The commodity of regulation will go to those who value it most, and producers will thus tend to be better served by regulation than the (more diffused, less organized) masses of consumers”... “Diffuse interests (such as ‘citizens at large’) will rarely manage to mobilize”... “according to Peltzman, the regulatory process will to some extent reflect wider social interests – but will still be dominated by the regulated interest”. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 44)¹⁴.

¹³Em tradução livre: “A explicação mais proeminente para a falha regulatória é a captura. Largamente definida, a captura sugere que os reguladores não conseguiram fazer seu trabalho porque se aproximaram demais dos interesses daqueles que deveriam regular. Por conseguinte, o regulamento não representa um interesse público “universal”, mas os interesses imediatos e especiais de uma indústria selecionada.”

¹⁴Em tradução livre: “Os interesses compactos e organizados (por exemplo, advogados) geralmente ganham à custa de um grupo difuso (digamos, usuários de serviços jurídicos). A mercadoria da regulamentação irá para aqueles que mais o valorizam, e os produtores tendem a ser melhor atendidos pela regulamentação do que as massas de consumidores (mais difundidas, menos organizadas) (...) Interesses difusos (como “cidadãos em geral”) raramente conseguirão se mobilizar (...) de acordo com Peltzman, o processo de regulamentação refletirá em certa medida interesses sociais mais amplos - mas ainda será dominado pelo interesses dos regulados”.

Propostas surgiram de reforma do modelo regulatório, fundadas na ideia de que é possível impedir a captura do ente regulador por meio do estabelecimento de procedimentos adequados, que assegurem legitimidade e independência ao regulador e preponderância do interesse público. Assim:

“Administrative agencies can advance social welfare in cases where lead administrators are motivated to do so in the first place, where agencies employ decision making procedures not easily susceptible to undue influence by ‘powerful and concentrated’ interests, and where agencies find political and legal support from another branch of government” (CROLEY, 2008, p. 304)¹⁵.

O foco no *processo* regulatório, como instrumento para a definição e execução de estratégias regulatórias, tem permeado os debates atuais sobre regulação, produzindo inúmeras contribuições. O desenho institucional e, em especial, o *procedimento* regulatório, nessa concepção, são a forma de conferir governança, legitimidade e independência ao ente regulador, permitindo que se atinja o interesse público de forma eficiente e menos custosa.

“...the call for proceduralisation is a call for regulation to shift from imposition of laws that command substantive ends to be achieved to indirect strategies in which those ends are induced, rather than commanded. Substantive ends do not disappear, but the means for achieving them changes”.

“At one level proceduralisation is simply a technique of regulation, and as such is an example, albeit a sophisticated one, of the technical nature of much regulatory literature: its concern with how best to design and implement policy rather than with normative concerns (discounting the welfare economics literature) of what that policy should be.” (BLACK, 2000, p. 2)¹⁶.

Os próximos capítulos aprofundam-se na noção de proceduralização, estabelecendo alguns parâmetros para que o processo regulatório possa garantir a legitimidade das decisões tomadas pelo Estado na regulação.

¹⁵ Em tradução livre: “As agências administrativas podem promover o bem-estar social nos casos em que os administradores principais são motivados a fazê-lo em primeiro lugar, onde as agências empregam procedimentos de tomada de decisão não facilmente suscetíveis a influência indevida de interesses “poderosos e concentrados” e onde as agências encontrem apoio político e jurídico de outro braço do governo”.

¹⁶ Em tradução livre: “o apelo à proceduralização é um apelo para que a regulamentação mude de um modelo de imposição de leis que estabeleçam objetivos substantivos a serem alcançados, para estratégias indiretas nas quais esses objetivos são induzidos, em vez de serem ordenados. Os objetivos substantivos não desaparecem, mas os meios para alcançá-los mudam”. “Em um nível, a proceduralização é simplesmente uma técnica de regulação e, como tal, é um exemplo, embora sofisticado, da natureza técnica de grande parte da literatura sobre regulação: sua preocupação com a melhor forma de conceber e implementar políticas e não com preocupações normativas (excepcionando a literatura sobre economia do bem-estar) do que essa política deveria ser”.

Tripartismo e a possibilidade de um processo regulatório deliberativo

As relações entre Estado regulador e agentes regulados são apontadas pelos teóricos da *captura* como propícias ao favorecimento de grupos de interesse, em detrimento do interesse público. Os reguladores sofreriam pressões indevidas dos Poderes estatais (Executivo e Legislativo) para o atendimento de demandas regulatórias do mercado regulado, com comprometimento de sua autonomia decisória. Grupos organizados e de interesses concentrados, nesse contexto, teriam mais facilidade de fazer preponderar seus interesses em comparação com grupos maiores, com interesses difusos.

Essas objeções levantadas pelos teóricos da *captura* foram e são consideradas seriamente nos trabalhos sobre desenho regulatório, que se concentram na elaboração de modelos que impeçam, ou ao menos dificultem, essa captura, ao mesmo tempo em que permitam uma regulação cooperativa entre os agentes envolvidos, evitando-se o modelo tradicional de comando e controle – considerado caro e ineficiente.

Surge, entretanto, um dilema: modelos mais focados em regulação cooperativa podem gerar ambientes ainda mais expostos à captura do ente regulador, dada a maior proximidade estabelecida nesse tipo de relação. Nesse sentido, Ayres & Braithwaite propõem a adoção do *tripartismo* na regulação, defendendo que o empoderamento de grupos de interesse público e sua inserção no processo regulatório pode solucionar a questão:

“Features of regulatory encounters that foster the evolution of cooperation also encourage the evolution of capture and corruption. Solutions to the problems of capture and corruption – limiting discretion, multiple-industry rather than single-industry agency jurisdiction, and rotating personnel – inhibit the evolution of cooperation. Tripartism – empowering public interest groups – is advanced as a way to solve this policy dilemma” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 54)¹⁷.

O tripartismo pode ser definido como uma política regulatória que estimula a participação de terceiros, denominados grupos de interesse público (*public interest groups* – *PIGs*), no processo regulatório, complementando a relação estabelecida entre mercado regulado e ente regulador. A integração desses *PIGs* no sistema regulatório ocorre de diversas formas, sendo as principais: garantindo a eles o acesso a todas as informações disponíveis para o

¹⁷Em tradução livre: “As características dos encontros regulatórios que promovem a evolução da cooperação também incentivam a evolução da captura e da corrupção. Soluções para os problemas de captura e corrupção - limitando o poder discricionário, jurisdição de múltiplos regulados em vez um único regulado e rotatividade de pessoal - inibem a evolução da cooperação. Tripartismo - capacitando grupos de interesse público - é considerado uma maneira de resolver esse dilema político”.

regulador, assegurando-lhes lugar à mesa de negociações entre regulador e regulado e garantindo a esses terceiros as mesmas prerrogativas do ente regulador para o ajuizamento de ações.

Nesse sentido, definem Ayres e Braithwaite:

“Tripartism is defined as a regulatory policy that fosters the participation of PIGs in the regulatory process in three ways. First, it grants the PIG and all its members access to all the information that is available to the regulator. Second, it gives the PIG a seat at the negotiating table with the firm and the agency when deals are done. Third, the policy grants the PIG the same standing to sue or prosecute under the regulatory statute as the regulator” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 57-58)¹⁸.

A inserção de um terceiro na relação entre regulador e regulado amplia a legitimidade democrática do processo de tomada de decisão, ao mesmo tempo em que aumenta o controle público e assegura maior equilíbrio de forças entre interesses públicos e privados incidindo sobre a atuação estatal. Um ambiente regulatório formado por diversos atores representando interesses diversos é mais propenso à transparência e ao controle das decisões regulatórias, ampliando as chances de prevalência do interesse público.

A proposta do *tripartismo* tem o objetivo específico de modelar a regulação de forma a bloquear na maior medida possível os riscos da captura, assegurando a presença de grupos de interesse público na mesa de negociações. Tal proposta, como assumido por Ayres e Braithwaite (1992), funda-se em uma visão da regulação como um processo negocial entre regulador e regulado, sendo adequada na fase de implementação de determinada norma regulatória – os autores não estavam propondo o *tripartismo* como forma de *construção* da solução regulatória, mas para a *implementação* de soluções já construídas. Essa ideia, entretanto, pode ser expandida para abarcar a modelagem de um processo regulatório decisório multi-participativo e democrático, composto por variados atores e interesses.

O entendimento de procedimento regulatório aqui exposto parte de uma visão da regulação como processo essencialmente político, ou seja, como processo de tomada de decisões sobre a melhor forma de realização do interesse público, afastando-se de um entendimento da regulação enquanto atividade meramente técnica. Tal compreensão é fundada na observação empírica da atuação regulatória.

¹⁸ Em tradução livre: “O tripartismo é definido como uma política regulatória que promove a participação dos PIG no processo regulatório de três maneiras. Primeiro, ele concede ao PIG e a todos os seus membros acesso a todas as informações disponíveis para o regulador. Em segundo lugar, dá ao PIG um assento na mesa de negociação com a empresa e a agência quando as negociações são realizadas. Em terceiro lugar, a política concede ao PIG a mesma posição para processar sob o mesmo estatuto que o regulador”.

Quando uma Agência reguladora estabelece requisitos, por exemplo, condicionando a entrada de empresas no mercado da aviação civil, ou para serviços de internet, tais exigências podem ser maiores ou menores, a depender das finalidades buscadas pelo regulador – ampliar a competitividade, reduzir os custos de operação, aumentar a qualidade dos serviços, etc. A decisão sobre essas condicionantes é essencialmente política, devendo necessariamente estar vinculada a uma leitura do interesse público, para que possa direcionar-se à realização desse interesse. Decisões regulatórias enfrentam *trade-offs* que precisam ser resolvidos à luz de uma compreensão ampla das demandas e valores sociais, considerando que seus resultados podem impactar diretamente em custos e na qualidade dos serviços regulados¹⁹.

Decisões regulatórias, assim observadas, são em muitos casos opções exercidas de forma discricionária pelas Agências reguladoras. A questão que se coloca é sobre a legitimidade democrática dessas escolhas políticas, tomadas por órgãos essencialmente técnicos e independentes dos demais Poderes estatais. Nesse contexto, a legitimidade das decisões regulatórias decorrerá dos procedimentos adotados, ou seja, da modelagem do processo decisório com a internalização de mecanismos que assegurem a observância do interesse público.

Entre os teóricos da regulação processual, o argumento dominante defende a criação de procedimentos e estruturas institucionais que ampliem a deliberação e permitam a participação, associada a uma mudança das estratégias regulatórias, passando do método de *comando e controle* para métodos por *incentivos*, movendo o regulador de uma posição de normatizador para uma de supervisor da atividade econômica. Essas estruturas e procedimentos, entretanto, não podem estar completamente despidos de conteúdo valorativo. Em outras palavras, a modelagem procedimental centrada na ampliação participativa deve estar fundada em valores democráticos, sendo necessário identificar, nesse ponto, qual o conceito de democracia mais adequado para que o modelo possa gerar ações regulatórias legítimas e realizadoras do interesse público.

Seguindo nessa linha, duas principais concepções de regulação processual – ou proceduralismo – podem ser apontadas, de acordo com a teoria sobre democracia em que se baseiam: liberal ou deliberativa (BLACK, 2000).

¹⁹Como exemplos recentes podem ser citadas decisões da ANATEL sobre a limitação de volume no tráfego da banda larga fixa (<http://idgnow.com.br/internet/2016/04/18/operadoras-nao-podem-cortar-banda-larga-fixa-apos-termino-da-franquia-determina-anatel/>), e da ANAC ao permitir a cobrança de bagagens despachadas (<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/nova-regra-de-bagagem-da-latam-comeca-a-valer-nesta-quinta-feira.ghtml>).

Na visão liberal, a democracia é um mecanismo para a expressão e *agregação de preferências* de todos os indivíduos, objetivando chegar a decisões que serão aceitas pela maioria, estabelecendo um esquema de escolha coletiva (HABERMAS, 1996). Tal visão compreende cada indivíduo como o melhor juiz para decidir sobre o que mais satisfaz seus interesses. Nenhuma interação social é necessária. Uma decisão por maioria é a que melhor realiza o interesse do máximo número de cidadãos, legitimando-se dessa forma.

Em contraposição, a ideia de democracia deliberativa considera que a formação de uma vontade pública não decorre da soma das manifestações individuais de preferências, mas sim da conformação de ambientes deliberativos nos quais esses indivíduos, por meio de debates sobre valores, possam chegar a conclusões sobre quais desses valores os representam como coletividade. Enquanto a concepção liberal é orientada pelo paradigma de mercado (escolhas determinadas por preferências individuais), a concepção deliberativa funda-se na comunicação argumentativa como forma de construção dos valores sociais.

Assim:

In the liberal view, the political process of opinion and will-formation in the public sphere and in parliament is determined by the competition of strategically acting collectivities trying to maintain or acquire positions of power. Success is measured by the citizens' approval, quantified as votes, of persons and programs. In their choices at the polls, voters give expression to their preferences. Their voting decisions have the same structure as the acts of choice made by participants in a market. They license access to the positions of power that political parties fight over in the same success-oriented attitude. According to the republican view, the political opinion and will-formation occurring in the public sphere and in parliament obeys not the structures of market processes but the obstinate structures of a public communication oriented to mutual understanding. For politics, in the sense of a praxis of civic self-legislation, the paradigm is not the market but dialogue. This dialogic conception imagines politics as contestation over questions of value and not simply questions of preference (HABERMAS, 1996, p. 3)²⁰.

²⁰Na visão liberal, o processo político de opinião e formação de vontade na esfera pública e no parlamento é determinado pela competição de coletividades agindo estrategicamente, tentando manter ou adquirir posições de poder. O sucesso é medido pela aprovação dos cidadãos – quantificados como votos – de pessoas e programas. Em suas escolhas nas eleições, os eleitores expressam suas preferências. Suas decisões por votação têm a mesma estrutura que os atos de escolha feitos pelos participantes em um mercado. Elas permitem o acesso aos cargos de poder que os partidos políticos disputam na mesma atitude orientada para o sucesso. De acordo com a visão republicana, a opinião política e a vontade que ocorrem na esfera pública e no parlamento não obedecem às estruturas dos processos de mercado, mas às estruturas obstinadas de uma comunicação pública orientada para o entendimento mútuo. Para a política, no sentido de uma práxis de autolegislação cívica, o paradigma não é o mercado, mas o diálogo. Essa concepção dialógica imagina a política como uma contestação sobre questões de valor e não simplesmente questões de preferência”.

Partindo dessa diferenciação, dois tipos de processos participativos são possíveis: um no qual os valores coletivos sejam identificados por meio de votos, onde cada indivíduo ou grupo declare sua preferência e, ao final, seja vencedora a posição que refletir a vontade da maioria; e outro no qual esses mesmos valores sejam construídos coletivamente por meio da interação comunicativa entre os componentes da coletividade, orientados ao mútuo entendimento. Sobre essa distinção Black (2000) constrói dois conceitos de proceduralismo, o primeiro denominado “*thin proceduralisation*” e o segundo “*thick proceduralisation*”, respectivamente:

“A ‘thin’ conception of proceduralism would thus involve participation, but a participation in which preferences remained exogenous, unchanged, and which was discourse-less. (...) a “thin” conception of procedural law would not be particularly novel. It is little more than interest group pluralism and as such it offers little that is new and raises only issues which have been long debated in political theory, public law and regulation.

In contrast, a ‘thick’ conception of proceduralisation would be one based in deliberative democracy” (BLACK, 2000, p. 14-15)²¹.

A concepção de proceduralismo fundada em valores de uma democracia deliberativa é um avanço significativo em relação à mera criação de procedimentos participativos formais, por incorporar conceitos de interação comunicativa entre os atores envolvidos no processo regulatório com a finalidade de chegar a entendimentos comuns, representando a valores compartilhados que possam ser refletidos na regulação. Mais do que a soma aritmética de vontades, a regulação deliberativa pressupõe a composição do interesse público por meio do diálogo, como meio de validação e legitimação da própria ação regulatória. A questão deixa de ser sobre o que cada ator social, individualmente, entende adequado, passando a ser sobre o que membros de uma comunidade real concordam representar o interesse coletivo, como resultado de um processo comunicativo e deliberativo.

Segundo Habermas:

“According to the republican view, on the other hand, democratic will-formation takes the form of ethico-political self-understanding; here deliberation can rely on the substantive support of a culturally established

²¹Em tradução livre: “Uma concepção ‘rasa’ de proceduralismo implicaria, portanto, participação, mas uma participação em que as preferências permanecessem exógenas, inalteradas, sem diálogo. (...) uma concepção ‘estreita’ de normas procedimentais não seria particularmente nova. É pouco mais do que o pluralismo do grupo de interesse e, como tal, oferece poucas novidades, levantando apenas questões que são debatidas há muito tempo na teoria política, no direito público e na regulação. Em contraste, uma concepção ‘densa’ de proceduralização seria aquela baseada em uma democracia deliberativa”.

background consensus shared by the citizenry. This socially integrative pre-understanding can renew itself in the ritualized recollection of the founding of the republic. Discourse theory takes elements from both sides and integrates these in the concept of an ideal procedure for deliberation and decision making. Democratic procedure, which establishes a network of pragmatic considerations, compromises, and discourses of self-understanding and of justice, grounds the presumption that reasonable or fair results are obtained insofar as the flow of relevant information and its proper handling have not been obstructed (HABERMAS, 1996, p. 296)²².

O processo decisório em matéria regulatória, no âmbito de uma Agência reguladora, deve buscar sua legitimidade, portanto, por meio da criação de espaços deliberativos que permitam a atuação dos diversos atores sociais, públicos ou privados, na tomada de decisão, decorrendo a ação estatal do resultado do processo comunicativo democrático, que *construirá* a noção de interesse público em cada caso.

“The conception of justification that provides the core of the ideal of deliberative democracy can be captured in an ideal procedure of political deliberation. In such a procedure participants regard one another as equals; they aim to defend and criticize institutions and programs in terms of considerations that others have reason to accept, given the fact of reasonable pluralism and the assumption that those others are reasonable; and they are prepared to cooperate in accordance with the results of such discussion, treating those results as authoritative” (COHEN, 1997, p. 413)²³.

A configuração de um processo regulatório deliberativo pressupõe a concorrência de determinadas condições que possam assegurar a efetividade comunicativa e a legitimação do resultado. A deliberação requer que a participação seja livre e isenta de quaisquer pressões, cada participante

²²Em tradução livre: “De acordo com a visão republicana, por outro lado, a formação de vontade democrática assume a forma de autocompreensão ético-política; aqui, a deliberação pode confiar no apoio substantivo de um background consensual culturalmente estabelecido, compartilhado pelos cidadãos. Este pré-entendimento socialmente integrador pode renovar a si mesmo rememorando os fundamentos da República. A teoria do discurso utiliza elementos de ambos os lados e integra estes no conceito de procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão. O processo democrático, que estabelece uma rede de considerações pragmáticas, compromissos e discursos de autocompreensão e de justiça, justifica a presunção de que resultados razoáveis ou justos são obtidos na medida em que o fluxo de informações relevantes e seu uso adequado não foram obstruídos”.

²³Em tradução livre: “A ideia de justificação que constitui o núcleo do ideal da democracia deliberativa pode ser capturada em um procedimento ideal de deliberação política. Em tal procedimento, os participantes consideram uns aos outros como iguais; eles visam defender e criticar instituições e programas por meio de considerações aceitáveis pelos outros, dado o fato de um pluralismo razoável e a suposição de que esses outros são razoáveis; e eles estão preparados para cooperar de acordo com os resultados dessa discussão, tratando esses resultados como impositivos”.

reconhecendo no outro um igual, expondo argumentos que possam ser considerados razoáveis e aceitos pelos demais.

No processo deliberativo, o papel a ser exercido pelos atores públicos não é de autoridade, situando-se no mesmo plano comunicativo todos os participantes, caracterizando um processo horizontalizado de comprometimento recíproco. A Agência reguladora, nesse contexto, não é a destinatária das comunicações e manifestações, devendo exercer papel de participante, contribuindo com seus conhecimentos técnicos e sua experiência na construção das soluções regulatórias e agindo como mediadora na comunicação entre os demais participantes. Sobre essas condições, defende Black:

“However, for deliberation to be cognitively-rational in this sense, it has to conform to the conditions of the ideal speech situation. These conditions require the equal and uncoerced participation of all in a deliberation in which each recognizes the other and puts forward arguments that the other is likely to accept. All issues have to be open to question; all opinions voiced in conditions of equality and free from domination(...) The only influence thus exercised is the force of the better argument. (BLACK, 2001)

(...)

The “thick” conception of proceduralisation will thus require regulators to adopt a particular role. That they will have to move from a more hierarchical relationship to a heterarchical one is clear. Translation in and out of different discourses is itself a horizontal process (BLACK, 2001, p. 2).

(...)

Rather we can posit a thick conception of proceduralisation which forms the basis for norm formation outside of the classic triumvirate of legislature, courts and executive, which involves deliberation in accordance with the discourse principle, but which involves a fragmented state: for example models of deliberative polyarchy or democratic experimentalism.” (BLACK, 2001, p. 4)²⁴.

²⁴Em tradução livre: “No entanto, para que a deliberação seja cognitivamente racional neste sentido, ela deve se adequar às condições da situação de discurso ideal. Essas condições exigem a participação igual e livre de todos em uma deliberação em que cada um reconhece o outro e apresenta argumentos que o outro provavelmente aceitará. Todas as questões devem ser abertas a questionamentos; todas as opiniões expressas em condições de igualdade e livres de coerção (...) A única influência então exercida é a força do melhor argumento. (...) A concepção ‘densa’ da proceduralização exigirá que os reguladores adotem um papel particular. É claro que eles passarão de um relacionamento mais hierárquico para um heterárquico. A tradução para dentro e para fora de diferentes discursos é em si um processo horizontal. (...) Em vez disso, podemos postular uma concepção densa de proceduralização, que constitui a base para a formação das normas, fora do triunvirato clássico da legislatura, tribunais e executivo, o que envolve deliberação de acordo com o princípio do discurso, mas que implica um estado fragmentado; por exemplo, modelos de poliarquia deliberativa ou experimentalismo democrático”.

Um processo regulatório modelado sob os preceitos de democracia deliberativa busca sua legitimação na construção coletiva das escolhas regulatórias, por meio do debate argumentativo entre membros componentes de variados grupos, representando interesses diversos, e mesmo por indivíduos agindo independentemente. Nessa visão, os participantes do processo devem compartilhar um compromisso de solução deliberativa das questões postas, por meio de manifestações fundadas na razão e no reconhecimento de valores comuns. Como afirmou Cohen,

“The notion of a deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of association proceeds through public argument and reasoning among equal citizens. Citizens in such an order share a commitment to the resolution of problems of collective choice through public reasoning, and regard their basic institutions as legitimate in so far as they establish the framework for free public deliberation” (...) A theory of deliberative democracy aims to give substance to this formal ideal by characterizing the conditions that should obtain if the social order is to be manifestly regulated by deliberative forms of collective choice” (COHEN, 1997)²⁵.

A partir do conceito acima delineado de regulação deliberativa, o próximo capítulo apresentará um contexto específico no qual a aplicação dessa modelagem pode assegurar a realização do interesse público, com o reforço da independência das Agências reguladoras e da legitimidade decisória do Estado na regulação.

Os contratos públicos de longo prazo e sua adequação ao dinâmico e mutável interesse público no tempo

Antes de iniciar a análise dos contratos públicos de longo prazo, importa estabelecer algumas diferenciações conceituais para melhor compreensão do objeto do presente trabalho. Considera-se, para os efeitos do presente artigo, que a regulação econômica pode ocorrer em dois “modos” diferentes. No primeiro, que pode ser chamado de *regulação típica*, o Estado regula estabelecendo regras que devem ser cumpridas por todo o mercado, sob pena de aplicação de punições. Nesses casos, inexistente qualquer garantia, para os agentes regulados, de manutenção das regras regulatórias ao longo do tempo, podendo ser elas

²⁵ Em tradução livre: “A noção de uma democracia deliberativa tem raízes no ideal intuitivo de uma associação democrática em que a justificativa dos termos e condições da associação avança através do raciocínio e argumentação públicos entre os cidadãos iguais. Os cidadãos, em tal ordem, compartilham um compromisso com a resolução de problemas de escolha coletiva através do raciocínio público e consideram suas instituições básicas como legítimas na medida em que estabelecem o quadro para a deliberação pública livre. (...) Uma teoria da democracia deliberativa visa dar substância a este ideal formal, caracterizando as condições que deve obter se a ordem social for manifestamente regulada por formas deliberativas de escolha coletiva”.

alteradas pelas respectivas Agências de modo a atualizar seu sistema normativo para adequá-lo ao interesse público.

No segundo “modo”, que pode ser aqui denominado *regulação contratual*, a relação jurídica entre regulador e regulado é fundada em um instrumento contratual, com regras estabelecidas para valer durante todo o período de vigência dessa relação. Nesses casos, o regulador não possui a mesma liberdade para alterar as regras regulatórias, encontrando nas cláusulas contratuais limites que circunscrevem seu campo de discricionariedade. Ao mesmo tempo, essas limitações exigem do ente regulador a utilização de mecanismos outros para a adequação desses contratos à variável noção de interesse público, com a preservação das regras acordadas entre as partes. Há, aqui, uma quebra da autoridade estatal, na medida em que o contrato firmado estabelece obrigações a ambas as partes, sendo este ajuste protegido contra mudanças unilaterais²⁶.

À luz dessas duas formas regulatórias, sob a perspectiva do interesse público, percebe-se que a primeira possui maior flexibilidade em sua operacionalização. Isso porque, identificadas alterações no interesse público, a Agência reguladora pode atualizar suas normas, que serão imediatamente vinculantes para todo o mercado regulado. Por outro lado, na segunda forma, por haver um contrato firmado entre regulador e regulado, as alterações do interesse público não podem ser imediatamente absorvidas pela Agência por meio da atualização normativa, exigindo a alteração das cláusulas do contrato para atendimento de interesses coletivos emergentes.

Outra premissa do presente trabalho é a mutabilidade como característica essencial do interesse público. Tal mutabilidade é perceptível quando se observa a mudança das demandas sociais, e mesmo dos valores compartilhados pela sociedade ao longo do tempo. As demandas de hoje eram, em sua maioria, de difícil ou impossível previsão há 10, 20 ou 30 anos atrás. Sob o aspecto regulatório, a observação da realidade social é fundamental para a identificação das alterações no interesse público.

Na regulação contratual, a mutabilidade do interesse público no tempo tem impactos mais profundos, dadas as limitações do órgão regulador para a atualização dos contratos de concessão. A observação dos contratos de concessão firmados no Brasil pode dar uma maior compreensão do problema.

Nos contratos de concessão firmados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, por exemplo, a previsão de vigência é

²⁶A proteção contra alterações unilaterais está consolidada na cláusula de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que implica na obrigação do Estado de indenizar o contratado em caso de alteração unilateral que gere qualquer prejuízo não inserido nos riscos contratualmente assumidos.

de 27 anos²⁷ na fase de produção, ou seja, soma-se ainda a esse prazo o período exploratório, que vai da assinatura do contrato até a declaração de comercialidade. Nos contratos firmados pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, para a concessão de aeroportos, o prazo de vigência é de 25 anos²⁸. Os contratos de concessão para transmissão de energia elétrica, firmados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, possuem prazo de vigência de 30 anos²⁹. Por sua vez, os contratos firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, para a concessão de rodovias, têm prazos que variam de 25 a 30 anos, e para a concessão de ferrovias têm prazos de até 90 anos³⁰.

Ao administrar contratos públicos de longo prazo é esperado que as circunstâncias contratuais originais sofram o impacto de alterações sociais em diversos níveis. Estudos produzidos sobre os fatos que afetam os contratos de concessão apontam inúmeras ocorrências nesse sentido. Kopinen e Rosqvist (2010), por exemplo, agrupam as mudanças em quatro grupos: mudanças de mercado, mudanças tecnológicas, mudanças nas redes (networks) e mudanças sociais. Wu et al. (2005)³¹ aponta um total de 34 mudanças que podem afetar os contratos, como mudanças na política e na regulação, mudanças em razão de pesquisas geológicas incompletas e mudanças nas relações trabalhistas e contratuais com terceiros.

Tais potencialidades se realizam, inevitavelmente, em maior ou menor grau, ao longo do período de vigência de um contrato de concessão. Para ilustrar a magnitude do problema, vale citar recente pesquisa realizada pela Corte de Contas da Holanda, que avaliou 5 projetos de infraestrutura (três deles rodoviários) e constatou que, somados todos eles, ocorreram 157 alterações não previstas, resultando em um custo adicional de 61 milhões de euros. Conclusões semelhantes foram encontradas pela Corte de Contas do Reino Unido, que estimou em 180 milhões de libras os valores pagos pelo Estado em contratos do tipo, para promover mudanças em 2006³².

²⁷Vide www.anp.gov.br.

²⁸Vide www.anac.gov.br.

²⁹Vide www.aneel.gov.br

³⁰Vide www.antt.gov.br

³¹Wu, C.H., Hsieh, T.Y., and Cheng, W.L., 2005. Statistical analysis of causes for design change in highway construction on Taiwan. *International journal of project management*, 23 (7), 554–563.

³²“The investigation included three major road projects and two utility projects. Between the five contracts, a total of 157 uncalculated changes resulted in cost overruns amounting to 61 million euros. This example shows that there is considerable room for improvement in the management of changes within DBFM contracts. This is in line with the findings of the UK National Audit Office (2008): ‘An estimated 180 million pounds

Anote-se ainda que renegociações em contratos de concessão são necessárias e ocorrem em todo o mundo, com grande incidência, não apenas no Brasil, como se verifica na tabela abaixo:

Região/País	Setor	% de contratos renegociados	Fonte
América Latina e Caribe	Total	68%	Guasch 2004 (2012)
	Eletricidade	41%	
	Transporte	78%	
	Água	92%	
Estados Unidos da América	Autoestradas	40%	Engel Fischer e Galetovic 2011
França	Autoestradas	50%	Atthias e Saussier 2007
	Estacionamentos	73%	Beuve <i>et al.</i> 2013
Reino Unido	Todos os setores	55%	NAO 2001

Fonte: Antonio Estache e Stéphane Saussier. Public-Private Partnerships and Efficiency: A Short Assessment. CESifo DICE Report 12 (3), 2014, 08-13.

Figura 1 – Porcentagem de contratos renegociados por região e setor

A longa extensão do prazo contratual não é elemento que possa ser desconsiderado, ou mesmo minimizado, na gestão dos contratos públicos de longo prazo. Embora alterações de diversos tipos possam ocorrer no contexto contratual após sua celebração, o que se pretende, nesse momento, é avaliar as alternativas disponíveis ao agente regulador diante de mudanças ocorridas nas demandas sociais, ou seja, na própria configuração do interesse público, que exijam modificações nos contratos de concessão.

Sob o aspecto legal, percebe-se que a lei de concessões (Lei 8.987/95) já admite a possibilidade de alterações do contrato de concessão, ao determinar que o edital preveja regras sobre “alterações e expansões a serem realizadas no futuro” (art. 18, VII). Com tal previsão, a lei vigente admite-se a possibilidade de ampla revisão do contrato de concessão, principalmente quando necessário para atender ao interesse público:

“Efetivamente, fundadas seja na teoria da imprevisão, seja nos princípios da boa-fé e da lealdade, que devem inspirar os contratos, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a necessidade de permitir a revisão dos contratos administrativos, de tal modo que seus objetivos pudessem ser realizados, mediante o atendimento dos reflexos das novas situações criadas e que foram conceituadas, nas várias legislações, como interferências imprevistas (*sujétions imprévues* ou *changed conditions*), que ocorrem na vida dinâmica da operação. Enquanto no direito privado as eventuais modificações surgidas podem levar à rescisão do contrato, ou à sua

was paid by public authorities to private finance initiative (PFI) contractors to undertake changes in 2006” (Demirel, Leendertse, Volker, & Hertogh, 2017).

paralisação, com base na *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1.092 do CC), ao contrário, no campo do Direito Administrativo vigora, em tese, o princípio da continuidade das obras públicas que leva à manutenção do contrato, com a necessária recomposição de preços e eventual dilação de prazos. (...) No contrato administrativo, muitas vezes as partes estão, pois, participando de um verdadeiro contrato associativo, que se caracteriza pela flexibilidade, pela organização comum do trabalho e pela possibilidade de, frente a situações econômicas adversas ou imprevisíveis, admitir, necessariamente, soluções negociadas ou renegociadas em relação aos problemas que surgem na execução do acordo inicialmente feito, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo. A flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, no setor econômico e, particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares, com vistas à execução de obras vinculadas às concessões de serviços públicos, é um dos traços essenciais do Direito Administrativo-Econômico hodierno” (WALD, MORAES e WALD, 1996, p. 37-39).

Verifica-se, nesse sentido, que a Lei de Concessões (lei 8.987/95) não impõe limites às alterações contratuais, reforçando a interpretação no sentido de que as alterações são possíveis, devendo ser condicionadas, entretanto, à devida justificativa.

Atualmente, as alterações nos contratos de concessão de longo prazo ocorrem, em regra, por decisões das Agências reguladoras setoriais, às quais compete a identificação das demandas sociais, a definição das alterações contratuais necessárias ao atendimento dessas demandas e a efetivação dessas alterações. Tais atos não são inseridos em procedimentos participativos mais amplos, sujeitando as decisões regulatórias a questionamentos tanto de outros entes públicos quanto de cidadãos e usuários afetados pelos respectivos serviços públicos e gerando desconfiança sobre a legitimidade democrática dessas decisões.

Esse contexto oferece condições ideais para a aplicação de um modelo de regulação por meio de procedimentos públicos deliberativos, que permitam a ampla discussão sobre a adequação das medidas regulatórias em cada caso, as consequências de cada escolha e os seus respectivos custos sociais. O próximo capítulo formulará proposta de um modelo de regulação deliberativa adequado ao contexto de regulação contratual de longo prazo, buscando oferecer uma forma de legitimação democrática das decisões das Agências reguladoras na promoção de alterações contratuais fundadas no interesse público.

A Regulação deliberativa na atualização de contratos públicos de longo prazo: proposta de modelagem regulatória

No ordenamento jurídico brasileiro, as Agências reguladoras dispõem de poucas ferramentas que lhes permitam identificar, de forma segura, se uma demanda regulatória por elas recebida reflete ou não o interesse público. Como

já apontado pelos teóricos da captura, em especial por Stigler (1971), a demanda por regulação provém, em regra, dos próprios agentes regulados, que objetivam mover as ações do Estado a seu favor, muitas vezes em prejuízo do interesse público.

Pedidos de alteração de contratos de concessão de longo prazo partem, em grande parte, dos próprios contratados, mas podem surgir também de diversas outras fontes, como de agentes políticos locais, representantes do Parlamento, membros do Poder Executivo, ou mesmo de lideranças sociais e indivíduos interessados. No contexto da regulação contratual, cabe à Agência reguladora garantir que o atendimento dessas demandas ocorra apenas após a sua validação democrática, por meio de um procedimento adequado, capaz de assegurar a prevalência do interesse público.

Na linha acima proposta, considera-se que os riscos da captura podem ser evitados, e o interesse público preservado, por meio da modelagem de um processo decisório inspirado em ideais de democracia deliberativa. Nesse modelo, a Agência reguladora tem seu papel transformado, no contexto de um processo decisório horizontalizado. As decisões são resultado da deliberação dos participantes, sob mediação da Agência reguladora, que se torna responsável por traduzir os discursos das partes, mapear suas posições, regular e facilitar o processo comunicativo buscando o mútuo entendimento e solucionando eventuais impasses.

Como defendido por Habermas (1996), em um ambiente democrático os cidadãos são autores e destinatários das suas próprias normas, havendo uma estreita interrelação entre norma e poder político. Um sistema de direitos pressupõe regras e poder político, e essas regras e esse poder político serão legítimos na medida em que assegurem as condições para a deliberação e possam ser, eles mesmos, também o resultado dessa deliberação.

Para que a deliberação ocorra, o primeiro passo da deve ser a disponibilização de informações. Assim, no contexto de demandas por alterações em contratos de concessão fundadas no interesse público, deve a Agência reguladora franquear amplo acesso tanto à proposta de alteração quanto a todos os dados a ela relacionados, para conhecimento público. Conferir publicidade aos pedidos formulados, não apenas aos pendentes de decisão, mas também aos já decididos, de forma que qualquer cidadão possa deles tomar conhecimento de seu teor e compreender seus objetivos e suas consequências.

O segundo passo é a realização, e consequente disponibilização, de manifestação da própria Agência sobre os aspectos técnicos da proposta, assim como manifestação da Advocacia-Geral da União sobre sua viabilidade jurídica, fornecendo assim a instrução mínima para que o processo de tomada de decisão centrada interesse público possa ter início. O ambiente deliberativo pressupõe certeza sobre os aspectos jurídicos da proposta, os quais não serão objeto do

debate, circunscrito este à identificação do interesse público. Às análises técnica e jurídica devem ser conclusivas e ter ampla publicidade.

Sendo favoráveis as análises técnica e jurídica, deve a Agência responsável iniciar o terceiro passo, que é a elaboração de um cronograma, fixando os prazos e detalhando as fases do processo decisório a ser iniciado.

O quarto passo é a definição dos participantes do processo deliberativo. Nesse passo é preciso que cada Agência reguladora identifique os atores políticos e sociais potencialmente interessados em cada tema, para que sejam provocados formalmente e possam se manifestar sobre as demandas a serem decididas. Dois aspectos parecem aqui importantes: a definição dos atores públicos que participarão do processo (sem a exclusão de outros que eventualmente se habilitem voluntariamente), bem como dos seus papéis; e a definição dos grupos de interesse público e a ampliação do acesso a quaisquer interessados privados.

Representantes locais, usuários dos serviços e cidadãos, em geral, devem ter amplo acesso ao processo deliberativo, podendo participar em igualdade de condições com todos os demais. Grupos de interesse público devem ser mapeados pela Agência reguladora, em cada caso, conforme o tema, o local e o impacto a ser gerado pela proposta de regulação em discussão. O conceito de *grupos de interesse público* a ser utilizado é aberto e deve ser preenchido em cada caso, nada impedindo que as Agências mantenham cadastro desses grupos, facilitando o fluxo de informações e a comunicação.

Quanto aos participantes públicos, a composição desse grupo passa pela determinação do Ministério setorial competente, no campo de atuação da Agência reguladora, o qual representará a posição do governo. As leis de criação das Agências reguladoras vincularam cada uma delas a um Ministério, facilitando a identificação das competências em cada caso. Assim, em demandas de alteração contratual no âmbito da ANTT, ANAC e ANTAQ, deve ser inserido no processo deliberativo o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação – MTPA; nas demandas de competência da ANP e ANEEL, deve participar o Ministério de Minas e Energia – MME; e nos processos de competência da ANATEL deve ser convidado o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC³³.

³³Destaca-se aqui que a ANATEL possui um Conselho Consultivo, cuja formação não se confunde nem substitui a proposta aqui formulada de regulação deliberativa. O Conselho consultivo da ANATEL serve, inclusive, para destacar as diferenças entre as duas propostas. Primeiro, porque referido conselho é composto por número limitado de integrantes (12 membros), em contraste com a abertura característica do processo deliberativo proposto, e que esse Conselho tem funções de opinar e aconselhar a ANATEL em determinados temas, preservando, assim, a configuração hierarquizada do processo decisório, que permanece com a Agência. No modelo da ANATEL, a Agência

Destaque-se que a participação dos Ministérios setoriais nos processos deliberativos conduzidos pelas Agências deve ocorrer em igualdade de condições com os demais participantes, em relação horizontalizada e por meio dos mesmos instrumentos disponibilizados aos demais, representando a posição governamental. A participação, em qualquer hipótese, é facultativa, porém a maior quantidade de participantes, bem como a sua diversidade representativa, amplia a legitimidade das decisões tomadas de forma deliberativa, bem como qualifica o debate, trazendo considerações e argumentos mais abrangentes sob os variados aspectos das propostas submetidas à discussão.

Ainda sobre participantes públicos, merece destaque o Ministério Público, que detém atribuição constitucional para a defesa do regime democrático e dos interesses sociais, devendo ser chamado a participar, no exercício dessas funções. A proximidade do MP com a sociedade potencialmente afetada pela decisão qualifica este órgão como fonte de importantes informações, destacando, porém, que sua atuação no processo não abrange quaisquer aspectos jurídicos da proposta, tendo sido esses aspectos analisados e resolvidos pela AGU previamente à abertura do processo deliberativo. A participação do MP funda-se em sua função de proteção de interesses sociais, importante no contexto nacional especialmente ante a carência de órgãos privados representativos do interesse público em diversos campos.

Da mesma forma, o Legislativo deve ser instado a participar, comunicado das demandas em curso e incluído no processo deliberativo, seja por meio de suas comissões temáticas, em muitos casos criadas para acompanhamento de contratos de concessão específicos, seja por meio da indicação de representantes em cada caso. Os Legislativos e Executivos locais também devem ser inseridos no processo, como representantes dos interesses sociais mais diretamente afetados por eventuais decisões regulatórias.

Por fim, sem prejuízo da inclusão de quaisquer outros interessados, identificados em cada caso, deve ser inserido no processo o próprio agente regulado, em regra maior possuidor de informações sobre os serviços prestados e sobre as demandas sociais relacionadas com a prestação desses serviços.

A partir das observações acima, pode-se imaginar um procedimento regulatório tendo início com o recebimento, pela Agência reguladora, de uma

mantém integralmente seu poder decisório, sendo o destinatário das informações e opiniões do Conselho, ao contrário do processo deliberativo aqui proposto, no qual a construção da decisão ocorre de forma deliberativa, por meio da comunicação entre os atores sociais, públicos e privados, detendo a Agência o papel de mediadora.

demanda por alteração no contrato de concessão, fundada no interesse público³⁴. Recebida a demanda, seu conteúdo deve ser imediatamente disponibilizado pelos veículos de comunicação estabelecidos – preferencialmente para acesso no portal da Agência na internet, em espaço próprio. Em seguida, a própria Agência deve elaborar um documento contendo análise técnica da proposta, podendo demandar complementação de informações de seu proponente quando necessária à conclusão da análise. Tal documento deve ser conclusivo acerca da admissibilidade da proposta, ou seja, sobre a possibilidade de sua implementação e a observância das normas técnicas aplicáveis – sem análise de mérito. Caso admitida tecnicamente a proposta, deve ainda sugerir quais os participantes, públicos e privados a serem instados a participar do processo, propondo ainda o cronograma a ser seguido até a conclusão da análise.

Em seguida a proposta deve ser encaminhada à AGU – que por meio da Procuradoria-Geral Federal – PGF emitirá parecer analisando os aspectos jurídicos da proposta, conferindo segurança jurídica necessária ao seu prosseguimento. Admitida a proposta, com todas as informações disponibilizadas ao público, segue-se o acionamento formal dos participantes, públicos e privados, identificados pela Agência como interessados ou potenciais colaboradores do processo. A completa e igualitária disponibilização de informações a todos os participantes é condição para a instauração da fase externa do processo de regulação deliberativa.

Deve-se buscar uma modelagem dinâmica do processo comunicativo, evitando-se o mero envio de manifestações escritas pelos interessados, direcionadas à Agência. Por ser o processo deliberativo um processo horizontalizado, no qual a Agência não é o destinatário final dessas manifestações, a plataforma de comunicação deve ser igualmente aberta, permitindo a interação argumentativa dinâmica entre seus participantes. Nesse aspecto, embora possível a participação documental estática, sendo esta uma forma também importante de agragar informações ao processo, deve haver espaço para o exercício argumentativo sobre os valores sociais envolvidos, possibilitando que o debate acerca do interesse público não se restrinja a manifestações formais estanques.

Diversas ferramentas podem ser estabelecidas, especialmente com auxílio de recursos tecnológicos, para que essa interação entre os participantes ocorra de forma dinâmica. Tal modelagem dependerá da realidade de cada Agência, sendo recomendável que a deliberação ocorra de forma permanente, por determinado período, em ambiente virtual e sem maiores exigências

³⁴A demanda fundada em interesse público é aqui considerada como sendo aquela não decorrente de ajustes contratuais vinculados, ou seja, aquela que dependa de decisão discricionária para a sua implementação, não estando contemplada diretamente nas cláusulas contratuais originais.

formais. Ao menos em uma ocasião a comunicação deve ocorrer de forma direta e presencial, preferencialmente ao final do procedimento, cabendo à Agência a prévia organização dos argumentos sustentados e a condução produtiva dos debates, conduzindo os participantes do processo para a solução da questão.

Nos estudos realizados por Croley (2008), foram identificadas ocasiões nas quais Agências reguladoras americanas, ao decidirem questões polêmicas, exorbitaram as exigências normativas estabelecidas na legislação, buscando de forma mais ampla inserir diversos atores no processo regulatório:

“agencies have on important occasions proven themselves adept at using APA and non-APA procedures – including, among others, successive rounds of rulemaking, aggressive solicitation of public comments, hosting of nonrequired public hearings and other public meetings, and reliance on expert advisory committees and peer review – in ways that maximize their regulatory autonomy” (CROLEY, 2008, p. 304)³⁵.

O papel da Agência reguladora, no processo deliberativo, deve ser de mediação, buscando a intensificação dos debates e o esclarecimento de questões de fato, evitando que o processo deliberativo seja contaminado por informações/afirmações errôneas e direcionando a comunicação ao mútuo entendimento entre as partes. Não se chegando a um consenso, caberá à Agência a formulação de proposta de decisão que atenda, na maior medida possível, às preocupações e questões levantadas no processo deliberativo, objetivando conferir ao processo decisório a devida legitimidade democrática.

O processo de regulação deliberativa pode resultar no acolhimento ou não da proposta de alteração do contrato de concessão, ou mesmo na adoção de propostas alternativas, mais ou menos abrangentes que a inicial, representativas do interesse público identificado por meio do procedimento participativo. A decisão tomada de forma deliberativa é concreta e deve ser confirmada pela Diretoria da Agência, limitando-se à validação do processo, conferindo legitimidade democrática à alteração contratual a ser promovida.

Questões outras sobre o papel da agência e sua função de mediação, ou sobre as formas de participação dos atores envolvidos no processo devem ser objeto de estudos específicos e não são objeto do presente trabalho.

³⁵Em tradução livre: “as agências, em ocasiões importantes, demonstraram-se adeptas do uso de procedimentos APA e não-APA - incluindo, entre outros, rodadas sucessivas de elaboração de regras, solicitação incisiva de comentários públicos, realização de audiências públicas não requeridas e outras reuniões públicas, e confiança em comitês consultivos especializados e revisão pelos pares - de forma a maximizar sua autonomia regulatória”.

Conclusão

O argumento no sentido de que a atividade regulatória do Estado se justifica na necessidade de proteção do interesse público vem sendo questionado sob diversos aspectos, desde as primeiras objeções levantadas pelas teorias da captura. As teorias do interesse público, em seu estágio atual, têm buscado superar o debate dicotômico sobre regulação/desregulação, propondo desenhos institucionais e procedimentais específicos (modelagens concretas) que possibilitem a mobilização dos mercados regulados por meio de incentivos, promovendo a independência do ente regulador e a legitimidade de suas decisões.

Sob o aspecto democrático, as decisões regulatórias tomadas por Agências reguladoras independentes demandam uma validação por meio de procedimentos participativos, não apenas sob o aspecto formal, à luz da concepção de política liberal, mas participativos no sentido da democracia deliberativa defendida por Habermas. Nesse modelo, as decisões regulatórias constituem resultado do processo democrático, representando os valores compartilhados coletivamente pelos indivíduos de uma determinada sociedade, em determinado momento histórico.

Como reconhecido por Croley (2008), a adoção de processos participativos é um meio não apenas de assegurar maior legitimidade às decisões da Agência, mas também de garantir sua autonomia perante os demais poderes, agentes políticos e mercado regulado. A tomada de decisão por meio de um processo deliberativo traz maior transparência e justificação, levando luz a todos os argumentos e considerações de valores que fundamentaram a decisão, ampliando assim a governança regulatória. A regulação deliberativa é ainda reforçada pela estrutura de supervisão regulatória e revisão judicial, sendo este um conjunto de fatores que tente a garantir a prevalência do interesse público sobre interesses particulares, preservando o espaço regulatório e assegurando à Agência o exercício pleno de suas competências.

No contexto da regulação contratual, especialmente em relação às alterações promovidas em contratos públicos de longo prazo, para sua adequação às mudanças decorrentes da permanente ressignificação do interesse público, a regulação deliberativa parece encontrar amplo espaço de aplicação. Isso porque, sendo a relação jurídica regida por um contrato, a margem de discricionariedade regulatória da Agência é menor, demandando procedimentos mais participativos que possam legitimar suas decisões. Tendo em vista ainda a motivação dessas alterações, justificadas como meio de promoção do interesse público, a tomada de decisão por meio de um procedimento deliberativo envolvendo diversos atores, públicos e privados, sob mediação da Agência,

parece uma modelagem apta a garantia da prevalência, acima de quaisquer outros, do interesse público.

Referências Bibliográficas

- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. New York: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. New York: Oxford University Press, 2012.
- BLACK, J. New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutional Approaches to Regulatory Decision Making. **Law & Policy**, 19, n. 1, 1997. 51-93.
- BLACK, J. Proceduralising regulation: part I. **Oxford Journal of Legal Studies**, 20, n. 4, 2000. 597-614.
- BLACK, J. Proceduralising regulation: part II. **Oxford Journal of Legal Studies**, 21, n. 1, 2001. 33-58.
- BÓ, E. D. Regulatory Capture: A Review. **Oxford Review of Economic Policy**, 22, n. 2, 2006. 203-225.
- COHEN, J. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: BOHMAN, A.; REHG, W. **Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics**. Cambridge: MIT Press, 1997.
- COHEN, J. Procedure and Substance in Deliberative Democracy. In: AMES BOHMAN AND WILLIAM REHG **Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics**. Cambridge: MIT Press, 1997.
- CROLEY, S. P. **Regulation and Public Interests The Possibility of Good Regulatory Government**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- DEMIREL, H. Ç. et al. Flexibility in PPP contracts – Dealing with potential change in the pre-contract phase of a construction project. **Construction Management and Economics**, 35, n. 4, 2017. 196-206.
- FEINTUCK, M. Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **The Oxford Handbook of Regulation**. [S.l.]: Oxford University Press, 2010.
- GOMES, M. C. O lugar da política na atuação das agências reguladoras independentes brasileiras: reflexões sobre a separação dos poderes no

- Estado moderno.. **Journal of Law and Regulation / Revista de Direito Setorial e Regulatório**, 3, n. 1, 2017. Available at: >
- HABERMAS, J. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HABERMAS, J. Three normative models of democracy. In: BENHABIB, S. **Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political**. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- KAHN, A. E. **The Economics of Regulation: Principles and Institutions**. Cambridge: Mit Press, 1988.
- KOPPINEN, T.; ROSQVIST, T. Dynamic project portfolio selection in infrastructure sector. In: J.E.A. ECHENDU, K. B. R. W. A. J. M. **Definitions, concepts and scope of engineering asset management**. London: Springer, 2010. p. 311–326.
- LODGE, M.; WEGRICH, K. **Managing Regulation: Regulatory Analysis, Politics and Policy**. London: Palgrave Macmillan, 2012.
- PELTZMAN, S. Toward a More General Theory of Regulation. **The Journal of Law & Economics**, 19, n. 2, 1976. 211-240.
- PETERS, B. G. Managing Horizontal Government: The Politics of Co-Ordination. **Public Administration**, 76, n. 2, 1998. 295-311.
- POSNER, R. Theories of Economic Regulation. **NBER Working Paper No. w0041**, 1 maio 1974. 44.
- PROSSER, T. Theorizing Utility Regulation. **The Modern Law Review**, 62, n. 2, 1999. 196-217.
- STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, 2, n. 1, 1971. 3-21.
- WALD, A.; MORAES, L. R. D.; WALD, A. D. M. O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões. **Revista dos Tribunais**, 1996.
- WU, C. H.; HSIEH, T. Y.; CHENG, W. L. Statistical analysis of causes for design change in highway construction on Taiwan. **International journal of project management**, 23, n. 7, 2005. 554–563.

