

O Regulamento de Concessões Rodoviárias da ANTT como “porta de entrada” para a Regulação Responsiva no setor

ANTT’s Road Concessions Regulation as a “gateway” to introduce Responsive Regulation in the sector

Submetido(submitted): 13/05/2021

Parecer(revised): 17/05/2021

Aceito(accepted): 27/05/2021

Pedro Aurélio Azevedo Lustosa*

<https://orcid.org/0000-0001-9284-040X>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] The article aims to analyze the scenario for the edition of the Road Concessions Regulation (RCR) by ANTT, which seeks to introduce generic rules for road concessions, allowing greater simplification and uniformity of regulation and, in this mission, may represent a “gateway” to the Responsive Regulation theory in this sector.

[Methodology/approach/design] Based on the historical reconstruction of the Highway Concessions Program and on the evaluation of studies on Responsive Regulation by ANTT, it was assessed how the RCR could introduce this theory in the sector.

[Findings] The edition of the RCR represents a key rule for the broader use of Responsive Regulation in the sector.

[Practical implications] The article has practical applicability because, when analyzing the possible use of Responsive Regulation in the RCR, it places itself ahead of normative production that should be extended over the next two years.

[Originality/value] The edition of the RCR represents regulatory normative production in full swing, so that there are few papers and texts addressing this subject. This article is intended to assess the first moments of a new regulatory model that may have a profound impact on all relations in the road sector.

Keywords: Responsive regulation. Road concession. RCR. ANTT. Regulatory agencies.

Resumo

[Propósito] O artigo objetiva analisar o cenário de edição do Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR) pela ANTT, o qual busca introduzir regras genéricas para as concessões rodoviárias, permitindo maior simplificação e uniformização da regulação e, nessa missão, podendo representar “porta de entrada” para a Teoria da Regulação Responsiva nesse setor.

*Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador do Observatório do Tribunal de Contas da União (TCU) da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público (sbdp). E-mail: pedroazevedolustosa@gmail.com.

[Metodologia/abordagem/design] A partir de reconstrução histórica do Programa de Concessões Rodoviárias e de avaliação dos estudos sobre Regulação Responsiva pela ANTT, avaliou-se como o RCR poderá introduzir essa teoria no setor.

[Resultados] A edição do RCR possivelmente representa normativo chave para utilização mais ampla da Regulação Responsiva no setor.

[Implicações práticas] O artigo tem aplicabilidade prática pois, ao analisar possível emprego da Regulação Responsiva no RCR, coloca-se à frente de processo de produção normativa que deve ser estender pelos próximos dois anos.

[Originalidade/relevância do texto] A edição do RCR representa produção normativa regulatória em plena ebulição, de forma que existem poucos trabalhos e textos abordando esse assunto. Com o presente artigo, pretende-se avaliar os primeiros momentos de um novo modelo regulatório que poderá impactar as relações no setor rodoviário.

Palavras-chave: Regulação responsiva. Concessão rodoviária. RCR. ANTT. Agências reguladoras.

INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é analisar o cenário de edição do Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR) pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), o qual pretende introduzir, por meio de seis normativos – RCR-1 a RCR-5, sendo que o RCR-3 será dividido em dois –, regras genéricas para as concessões rodoviárias, permitindo uma maior simplificação e uniformização da regulação e, nessa missão, podendo representar “porta de entrada” para a Teoria da Regulação Responsiva no setor.

Tal movimento pode representar a “porta de entrada” para que a Regulação Responsiva seja formalizada no âmbito do setor de concessões rodoviárias. Trata-se da culminação de movimento normativo que se forma desde 2019 na agência reguladora, o qual tem como objetivo promover a atualização de seu ambiente normativo: por um lado para unificar os parâmetros e mecanismos de regulação – extremamente variados entre as etapas do Programa de Concessões Rodoviárias (PROCROFE) –, e por outro para alcançar maior efetividade em seus atos, evitando situações recorrentes de judicialização de controvérsias entre Regulador e Regulado.

Para aferir essa conclusão, o artigo foi estruturado de modo a realizar breve reconstrução da evolução histórica das concessões rodoviárias, demonstrando as principais características das quatro etapas do PROCROFE e os problemas regulatórios que surgiram ao longo dos anos para efetiva regulação e fiscalização desses contratos de concessão. Em seguida, serão introduzidas as principais inovações e disposições do RCR, algumas das quais buscam implementar aspectos e mecanismos da Regulação Responsiva.

Isso feito, utilizar-se-á do RCR-1, já submetido a procedimentos de participação social e sujeito a adequações da ANTT antes de sua publicação, para identificar o primeiro passo para uma possível estruturação de pirâmide regulatória (AYRES e BRAITHWAITE, 1992) e de diamante regulatório (KOLIEB, 2015) por meio da redação do seu art. 10, o qual diz respeito à qualificação das concessionárias e ao tratamento diferenciado a esses atores a partir de sua colocação na classificação da agência. Adicionalmente, nessa seção, será invocado o exemplo do Prêmio Concessionária do Ano da Agência de Transportes do Estado de São Paulo (ARTESP) para avaliar possíveis desdobramentos dessa disposição e colocá-los em perspectiva diante das contribuições já submetidas pelos agentes interessados.

Ademais, observando os outros cinco normativos que ainda serão elaborados pela agência reguladora, far-se-á breve destaque para as premissas que introduzirão mais dispositivos de Regulação Responsiva.

Ao final, em vista de todas essas considerações, será apresentada conclusão avaliando se o RCR realmente proporciona oportunidade de introdução de parâmetros normativos voltados à utilização mais ampla da Regulação Responsiva no setor de concessões rodoviárias.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS

Para lançar luz sobre o momento atual das concessões rodoviárias e de um possível ganho de espaço da Regulação Responsiva na edição do RCR, faz-se necessário entender o percurso histórico do setor de concessões rodoviárias e quais obstáculos à regulação formaram-se ao longo dos modelos contratuais do Programa de Concessões de Rodovias Federais.

No Brasil, o processo de expansão da malha rodoviária nacional teve início em 1944, chegando a somar 1,5 milhão de quilômetros até 1994, dos quais apenas 157,3 mil quilômetros eram trechos federais, estaduais e municipais pavimentados (BRASIL, 1999).

Nesse contexto, em 1993, instituiu-se o PROCROFE, por meio da Portaria nº 10/93 do Ministério do Transportes (BRASIL, 1993), com o objetivo de reduzir os custos públicos e de reduzir o papel do Estado provedor por meio do repasse à iniciativa privada de trechos pavimentados da malha rodoviária federal (ABCR, 2021).

Tal movimento foi influenciado em grande parte por um ambiente macroeconômico com alto grau de incerteza, resultante da estabilização monetária vivenciada após o processo inflacionário agudo da década de 80. Assim, ao mesmo tempo em que o país se encontrava em estado de restrição fiscal, observava-se uma crescente necessidade de incremento dos investimentos na infraestrutura rodoviária nacional. Dessa forma, na prática, a

única alternativa capaz de garantir os investimentos necessários para o setor rodoviário foi o envolvimento dos atores privados por meio de concessões (CNI, 2018).

Iniciando-se em 1994, a 1ª Etapa do PROCROFE surgiu em meio a um cenário de instabilidade econômica e antes que fosse estabelecido um marco regulatório para o setor, o qual se tornaria mais consolidado apenas com a publicação da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) (BRASIL, 1995) e com a criação da ANTT pela Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001). Ao longo dessa primeira etapa, também houve a promulgação da Lei das Delegações (Lei nº 9.277/1996) (BRASIL, 1996), permitindo a delegação de trechos rodoviários federais aos estados, municípios e Distrito Federal, que poderiam incluir esses segmentos em seus próprios programas de concessão.

Os seis contratos de concessão celebrados nessa etapa – com as concessionárias Ponte Rio-Niterói S/A (1994), Novadutra (1995), Concer (1995), CRT (1995), Concepa (1997) e Ecosul (1998) – abrangeram trechos rodoviários de menor extensão em regiões com grande demanda de tráfego, os quais ofereceram uma Taxa Interna de Retorno (TIR) consideravelmente alta – entre 17% e 24% a.a. – (SIMÕES, 2019) para atrair investimentos dos agentes econômicos.

No que tange aos mecanismos de regulação, esses contratos foram marcados por indefinições na alocação de riscos que geraram poucos incentivos à eficiência das concessionárias (GONZE, 2014), assim como pela utilização de modelo de regulação econômico-financeira estático, de forma que o Programa de Exploração Rodoviária (PER)¹ possuía quantitativos, custos unitários e soluções técnicas previamente definidos à época do processo licitatório (GONZE, 2014). Sobre esse último ponto, registra-se que as alterações necessárias à adaptação do cronograma de investimentos ao longo do tempo resultaram em necessárias revisões à Tarifa Básica de Pedágio (TBP) (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010).

Após intervalo de mais de uma década, em 2007, foram retomadas as licitações de rodovias federais com a 2ª Etapa do PROCROFE, a qual concretizou-se através de duas fases, com modelos contratuais distintos. De um modo geral, essa etapa focou em trechos rodoviários que interligavam as principais cidades brasileiras e eixos logísticos de grande importância, desenvolvendo-se em contexto institucional, regulatório e econômico mais

¹O Programa de Exploração Rodoviária se trata de documento responsável por especificar todas as condições necessárias à execução contratual, categorizando os serviços e obras previstos para realização pela concessionária durante a vigência da concessão, assim como indicando as diretrizes técnicas, as normas, as características geométricas, o escopo, os parâmetros de desempenho, os parâmetros técnicos e os prazos de execução que devem ser observados para os serviços e obras previstos.

estável que a 1ª Etapa (SIMÕES, 2019). Além disso, compreendendo que a principal reclamação dos usuários reportava-se aos altos valores de pedágio, os atores políticos à época promoveram o leilão apenas de trechos que permitiriam tarifas mais baixas e praticaram uma TIR reduzida de 8,96% a.a. para esses projetos (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010; CNI, 2018).

A primeira fase – que abarca as concessões celebradas em 2008 com a Autopista Fernão Dias, a Autopista Fluminense, a Autopista Litoral Sul, a Autopista Planalto Sul, a Autopista Régis Bittencourt, a Transbrasiliana e a Acciona – introduziu modelo contratual que visava a transferir ao parceiro privado a gestão da concessão, buscando efetivo investimento e exploração da infraestrutura rodoviária (GONZE, 2014). Embora não tenha trazido grandes avanços contratuais, essa fase promoveu a definição dos investimentos por meio de preços globais, a ampliação dos riscos operacionais alocados às concessionárias, a definição dos riscos pertencentes ao Poder Concedente – inclusive em relação a alterações unilaterais e a fato do príncipe com impacto no equilíbrio econômico-financeiro –, a diferenciação entre obras obrigatórias e não obrigatórias, a instituição de parâmetros de desempenho e a introdução do instituto da revisão quinquenal² (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010; CNI, 2018; GONZE, 2014).

Todos os fatores acima citados, aliados à centralização da regulação na ANTT, permitiram uma fiscalização contratual mais eficiente, baseada em critérios pré-definidos, e a realização dos investimentos de acordo com as condições da rodovia. Além disso, assim como na 1ª Etapa, a primeira fase da 2ª Etapa previa a aplicação de multa e redução da tarifa para descumprimento da realização de obras obrigatórias pela concessionária no cronograma previsto (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010).

Já a segunda fase – relativa apenas ao contrato celebrado com a ViaBahia em 2009 – ocorreu em um contexto de crise econômica mundial e, conseqüentemente, com baixa participação no leilão. Do ponto de vista regulatório, houve mudanças significativas com a introdução de matriz de repartição explícita de riscos, assim como a implementação do mecanismo de desconto de equilíbrio³ e de fluxo de caixa marginal⁴ (CNI, 2018; BARBO,

²O instituto da revisão quinquenal consiste na realização de revisão do contrato de concessão a cada cinco anos, com o objetivo de reavaliar o PER e sua adequação às reais necessidades da concessão.

³O mecanismo de desconto de reequilíbrio busca promover o reequilíbrio contratual em face de “descumprimento dos parâmetros de desempenho previstos para obras não obrigatórias” (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010).

⁴Já o fluxo de caixa marginal diz respeito a mecanismos que, por meio da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, busca evitar distorções decorrentes da inclusão de novos investimentos, isto é, por obras e serviços não previstos no PER (CNI, 2018; BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010).

CORREIA, *et al.*, 2010) e a inauguração do conceito de obra condicionada ao volume de tráfego⁵ para guiar investimentos na ampliação da capacidade da rodovia (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010).

Ainda seguindo a diretriz para promoção de concessões com tarifas módicas, a Administração Pública deu início à 3ª Etapa do PROCROFE em 2013, a qual foi dividida em três fases que, por entraves no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), não seguiram uma ordem cronológica. Isto é, essa etapa de concessões se iniciou com a segunda fase, seguida pelas duas remanescentes (CNI, 2018).

Como resultado dos leilões empreendidos, essa etapa compreendeu seis contratos – firmados com as concessionárias MGO Rodovias (2013), Eco-101 (2013), CRO (2014), Concebra (2014), MS Via (2014) e Via-040 (2014) –, os quais tiveram como objeto segmentos rodoviários de maior extensão. Além disso, em razão de política pública instituída pelo Programa de Investimentos em Logística (PIL), as concessionárias obrigaram-se a realizar volumosos investimentos, notadamente a duplicação na totalidade dos trechos concedidos dentro do prazo de cinco anos e a cobrança de pedágio apenas a partir da conclusão de, ao menos, 10% das obras (CNI, 2018).

Embora a 3ª Etapa tenha herdado diversos aspectos regulatórios da etapa anterior – incluindo a alocação de riscos e os parâmetros de desempenho –, houve mudanças relevantes, como a ampliação do escopo das revisões ordinárias, a redução da utilização de revisões extraordinárias (CNI, 2018), a introdução dos Fatores X (compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários), D (atraso ou antecipação da realização de investimentos), Q (indicadores de qualidade do serviço/desempenho das obras) e C (ISS, verbas, etc.) como redutores ou incrementadores da TBP no processo de reequilíbrio econômico-financeiro (FREITAS, 2017) e a adoção de uma matriz de riscos mais sistematizada.

Em termos gerais, considera-se que a 3ª Etapa de concessões não foi bem-sucedida, pois a execução de seus contratos foi severamente afetada por crises política e econômica que atingiram o país desde 2015, culminando, inclusive, na devolução de um dos trechos concedidos (BR-040, administrada pela Via 040) (NETO, MOREIRA e MOTTA, 2018).

Por fim, em 2018, foi lançada a 4ª Etapa do PROCROFE, a qual compreende, até o momento, os contratos assinados com as concessionárias ViaSul e Ecovias do Cerrado em 2019 (ANTT, 2021b). Do ponto de vista

⁵A partir da introdução do conceito de obras condicionadas ao volume de tráfego, tem-se que o contrato passa a prever que, quando atingido determinado volume diário médio móvel no tráfego, serão realizadas obras de ampliação de capacidade do respectivo trecho rodoviário (NETO, MOREIRA e MOTTA, 2018).

regulatório, manteve-se matriz de repartição de riscos semelhante à etapa anterior (SIMÕES, 2019), mas houve aumento da exigência de capital social para evitar deságios maiores e garantir projetos mais sustentáveis, previsão de estoque de melhorias com fatores predefinidos para inclusão na concessão, limitação às inclusões de obras apenas por meio de revisões quinquenais e instituição de política de transações de concessionárias com partes relacionadas⁶ para aprimorar a governança corporativa (BRASIL, 2020a).

A exposição desse breve histórico evidencia cenário regulatório marcado pela especificidade de contratos, o que restringe a condução das atribuições alocadas à ANTT por força da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001), uma vez que, nesse contexto, a agência tende a esbarrar em limitações contratuais para cada concessionária, impedindo que a regulação seja realizada de forma ampla e tornando-a custosa à ANTT.

Buscando contornar essas particularidades, a agência reguladora chegou a editar relevantes normas regulatórias para o setor de concessões rodoviárias, como a Resolução nº 1.187/2005 (BRASIL, 2005) – que dispõe sobre procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias – e a Resolução nº 4.071/2013 (BRASIL, 2013) – que estabelece as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária concedida.

No entanto, essas iniciativas têm natureza episódica, de modo que a agência jamais produziu marco regulatório de rodovias concedidas que consolidasse disposições gerais, capazes de ditar a política regulatória para esse setor. A ausência de normativo dessa amplitude repercute em diversos obstáculos ao exercício das atribuições da ANTT, exigindo-se grande versatilidade e custo regulatório para a gestão dos mencionados instrumentos contratuais (ANTT, 2021a).

IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO NA ANTT E INTRODUÇÃO DA REGULAÇÃO RESPONSIVA NO SETOR DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS

A contextualização dos contratos celebrados ao longo das quatro etapas do Programa de Concessões mostra-se relevante para a compreensão do ambiente regulatório na ANTT e, por consequência, para identificação de eventuais obstáculos na consecução de suas competências.

⁶Partes relacionadas são pessoas físicas ou jurídicas que possuem algum tipo de relação com a concessionária que impossibilite eventual transação em condições de independência, ao contrário do que ocorreria em transações com terceiros alheios à concessionária, seu controle gerencial e sua área de influência.

Isso fica claro, por exemplo, na Análise de Impacto Regulatório nº 5071447/2021 (ANTT, 2021a), que tratou da proposta do primeiro normativo a compor o RCR. Nesse documento, foi identificado problema regulatório relacionado ao (i) desalinhamento entre os normativos da ANTT e os contratos de concessão, e à (ii) mitigada utilização de mecanismos responsivos no setor de concessões rodoviárias.

O primeiro aspecto desse problema regulatório reputa-se à perspectiva estrutural da regulamentação, marcada pela especificidade dos contratos celebrados durante as quatro etapas do PROCROFE e, conseqüentemente, pela organização difusa do marco regulatório. Já o segundo aspecto faz referência à incorporação de ferramentas voltadas a aperfeiçoar a atuação da ANTT por meio de estratégias menos dispendiosas e mais eficientes.

De fato, o setor de concessões rodoviárias tem seguido tendência de regulação pautada por atos coercitivos extrínsecos, utilizando-se primariamente de sanções para alinhamento dos interesses das concessionárias de rodovia aos do Poder Concedente e da sociedade em geral.

Tal abordagem norteia-se principalmente pelo modelo de comando e controle da regulação, assumindo que o sistema jurídico se manifestaria pela incidência da coerção externa estatal sobre comportamento individual desviante (ARANHA e LOPES, 2019). Além da identidade entre regulação e normas estatais, esse modelo tende a se concentrar sobre fatores econômicos, pois seriam os “principais fatores de conformação do comportamento empresarial” (ARANHA, 2019, p. 59).

Isso em mente, tem-se que, no cenário atual da ANTT, a forma predominante para conformação de condutas e interesses das concessionárias se manifesta por meio de coerção externa. Ou seja, a agência reguladora promove a conformação das concessionárias por intermédio da aplicação de sanções, sendo essa indispensável para a afirmação do Direito em face de seu descumprimento (ARANHA e LOPES, 2019).

Todavia, a utilização de incentivos econômicos não explicaria, por si só, a variedade dos comportamentos dos atores empresariais regulados (ARANHA, 2019). Além disso, esforços baseados em coerção externa resultam em altos custos regulatórios em face dos esforços para fiscalização do território brasileiro e dos elevados índices de judicialização das sanções aplicadas às concessionárias (BRASIL, 2020a).

Justamente por isso, o modelo de comando e controle tende a não surtir os efeitos esperados no âmbito do setor de concessões rodoviárias. Assim, identificando necessidade de reestruturação de seu modelo regulatório, a partir de 2019, a agência reguladora passou a promover iniciativas normativas com vistas a aproximar-se da Teoria da Regulação Responsiva.

Essa teoria foi concebida para transcender o debate entre a intensificação da regulação estatal e a desregulação (ARANHA e LOPES, 2019), criando regras que promovam o cumprimento voluntário por parte do regulado e a instauração de ambiente de diálogo na regulação (ARANHA, 2019). Em sua concepção mais básica, a Regulação Responsiva consiste na ideia de que o ente regulador deve empregar resposta mais ou menos intervencionista de acordo com conduta dos regulados (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), mantendo-se sensível à eficácia com a qual esses se autorregulam antes de escalar a intervenção (BRAITHWAITE, 2006).

Para ilustrar essa ideia, Ayres e Braithwaite (1992) empregam o desenho de uma pirâmide (*enforcement pyramid*) na qual a atividade do regulador deve se iniciar por técnicas persuasivas, baseadas em cooperação e conciliação, e, caso essas não surtam efeito, escalar relutantemente até métodos cada vez mais punitivos. Especificamente em relação ao setor de concessões rodoviárias, a pirâmide regulatória (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2006) coloca-se como uma possível solução para a estruturação das punições de acordo com critérios de proporcionalidade (CALDEIRA, 2016).

Retornando ao ambiente regulatório da ANTT, registra-se que a primeira iniciativa de aproximação à Regulação Responsiva foi a Portaria DG/ANTT/MI nº 130/2019 (BRASIL, 2019a), que constituiu grupo de trabalho para o desenvolvimento do chamado Projeto de Atuação Responsiva (PAR), que consistiria em “ações relacionadas à concepção e implementação de métodos de trabalho e mecanismos de atuação com foco no conceito de responsividade, visando a modernização da regulação e fiscalização da agência” (BRASIL, 2019a).

Já em 2020, a Portaria DG/ANTT/MI nº 34/2020 (BRASIL, 2020b) determinou que os servidores da agência reguladora deveriam atuar de acordo com diretrizes de atuação responsiva. Esse normativo também introduziu referencial teórico desenvolvido no âmbito do PAR, o qual apresenta três pilares para a atuação responsiva da ANTT: (i) a pirâmide regulatória (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2006); (ii) o sequenciamento da escalada sancionatória para evitar o uso não planejado e ineficiente de instrumentos regulatórios; e (iii) o fato de que a utilização de estratégias de coerção externa enseja o desperdício de recursos que poderia ser aplicados em estratégias de coerção intrínseca (ARANHA e LOPES, 2019), como iniciativas educacionais e técnicas de persuasão.

É digno de nota que os trabalhos da ANTT também abordaram o diamante regulatório de Jonathan Kolieb. Segundo esse autor (KOLIEB, 2015), o diamante seria modelo alternativo que incorpora os conceitos de regulação de

*compliance*⁷ e regulação aspiracional⁸ para permitir uma evolução da Teoria da Regulação Responsiva de forma a abarcar padrões superiores aos das normas (*beyond compliance*). Isto é, além de buscar padrões comportamentais mínimos, a regulação também deve estabelecer mecanismos que incentivem o atingimento de objetivos idealizados de conduta pelos atores regulados (SILVA, 2017).

No desenho regulatório proposto por Kolieb (2015), a linha média do diamante corresponderia às normas que firmam padrões mínimos de comportamento dos regulados (*minimum standards*), sendo que a parte inferior representaria a pirâmide invertida de persuasão e punição, e a parte superior indicaria os regulados virtuosos sobre os quais deve incidir a regulação aspiracional, incentivando-os a buscar melhoria contínua (SANTOS, 2018).

Para além disso, o PAR da agência reguladora também chegou à conclusão de que, para utilização de modelo de atuação responsiva, deveriam ser observados os doze princípios pelo manual de boas práticas regulatórias da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Económico (OCDE) (OECD, 2014; THORSTENSEN e JÚNIOR, 2020), quais sejam: (i) fiscalização baseada em evidências; (ii) seletividade; (iii) foco em riscos e proporcionalidade; (iv) regulação responsiva; (v) visão de longo prazo; (vi) coordenação e consolidação; (vii). governança transparente; (viii) integração de informações; (ix) processo claro e justo; (x) incentivo para conformidade (*compliance*); (xi) profissionalismo; e (xii) checagem da realidade.

O último normativo acerca do desenvolvimento do PAR diz respeito à Portaria DG/ANTT/MI nº 636/2020 (BRASIL, 2020c), que, dentre outras medidas, estabeleceu que o projeto teria foco em três eixos: (i) promover maior efetividade na regulação através de regulação responsiva; (ii) padronizar os modelos de tramitação processual e tornar mais célere o processo sancionador; e (iii) aperfeiçoar o modelo de processamento dos autos de infração.

Essa portaria indicou vários resultados que são esperados dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do PAR, dentre os quais se destaca a criação de normas e manuais que refletissem os conceitos de atuação responsiva (BRASIL, 2020c).

Nessa nota, a implementação de Regulamento das Concessões Rodoviárias surge como solução para o problema regulatório vivenciado pela ANTT – desalinhamento entre os normativos da agência e os contratos de concessão e mitigada utilização de mecanismos responsivos –, assim como

⁷A regulação de *compliance* diz respeito a mecanismos empregados para encorajar a adesão a certos padrões de comportamento (KOLIEB, 2015).

⁸Já a regulação aspiracional versa sobre mecanismos para encorajar os regulados a melhorar seu comportamento além da mera adesão aos padrões mínimos.

possível instrumento de formalização de mecanismos desenvolvidos no âmbito do Projeto de Atuação Responsiva.

REGULAMENTO DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS (RCR)

O Regulamento das Concessões Rodoviárias foi idealizado com o principal objetivo de enfrentar os atuais obstáculos regulatórios na ANTT. Para tanto, esse normativo pretende abarcar regras genéricas e permitir simplificação regulatória no setor de concessões rodoviárias, deixando para os contratos de concessão desenvolvidos nas etapas do PROCROFE as questões mais específicas que são próprias de cada objeto.

Nesse sentido, a agência reguladora planeja balancear as particularidades decorrentes da evolução contratual ocorrida ao longo das quatro etapas do Programa de Concessões, pois, atualmente, a ANTT precisa adaptar sua atuação para gerir instrumentos contratuais com características diversas, o que exige versatilidade e resulta em alto custo regulatório (ANTT, 2021a).

No entanto, com edição do RCR, tais questões poderão ser mitigadas por meio da padronização de regras gerais aplicáveis às concessões rodoviárias e da centralização do marco regulatório em uma única norma, que abordaria aspectos transversais a todos os contratos.

Dada a complexidade da atividade regulatória para materialização do novo Regulamento, optou-se por sua criação em seis etapas, até o momento, que serão baseadas nas seguintes diretrizes: (i) regras gerais e direitos de usuários (RCR-1); (ii) bens, obras e serviços e adequação dos procedimentos de execução de obras e serviços (RCR-2); (iii) equilíbrio econômico-financeiro (aspectos societários, seguros, receitas e verbas contratuais) (RCR-3.1); (iv) equilíbrio econômico-financeiro (alocação de riscos contratuais, reajuste, revisão tarifária, fatores tarifários, equilíbrio econômico-financeiro e revisão contratual) (RCR-3.2); (v) fiscalização e penalidades (RCR-4); e (vi) meios de encerramento contratual (RCR-5).

Edição do RCR-1 e Operacionalização da Regulação Responsiva

No início de 2021, a primeira dessas normas – RCR-1 – teve sua fase de estudos concluída pela ANTT e, logo em seguida, foi minutada e aprovada internamente pela agência reguladora.

O RCR-1 agregou os temas relacionados às disposições gerais sobre concessões rodoviárias federais, como o objeto e aplicação do RCR (arts. 1º a 3º), as diretrizes de interpretação e aplicação do RCR (arts. 4º e 5º), as garantias e deveres processuais das concessionárias (arts. 6º e 7º), a contagem de prazos (art. 8º), as comunicações processuais (art. 9º), a classificação periódica de

concessionárias (art. 10), a transparência e prestação de informações na concessão (arts. 11 a 14), os direitos e obrigações dos usuários e de participação social (arts. 15 a 24), as disposições gerais dos contratos de concessão (arts. 25 a 30) e, por fim, as disposições transitórias (arts. 31 a 33).

Com a divulgação dessa minuta, iniciaram os procedimentos de participação popular, de forma que o normativo foi objeto de Reunião Participativa nº 01/2021, em 05 de março de 2021, e de Audiência Pública nº 02/2021, em 07 de abril de 2021.

Nessas ocasiões, especificamente no que tange à Regulação Responsiva, chamou atenção a redação do art. 10 do RCR-1, que dispõe sobre a “classificação periódica das concessionárias” e o “tratamento distinto de acordo com sua colocação”:

Art. 10. A ANTT aprovará periodicamente a classificação das concessionárias, a partir de critérios estabelecidos em regulamentação da ANTT.

Parágrafo único. Às concessionárias será dispensado tratamento distinto de acordo com sua colocação na classificação, conforme previsto na regulamentação da ANTT.

Segundo a própria ANTT (2021a), trata-se de disposição voltada a implantar “semente”, que seria posteriormente regulada no âmbito do RCR. Além disso, a classificação serviria o propósito de influenciar a tomada de decisão das concessionárias para incrementar o nível de conformidade no ambiente regulatório.

Retomando a Teoria da Regulação Responsiva, tem-se que a previsão de ranqueamento das concessionárias, com oferecimento de tratamento distinto de acordo com a colocação alcançada, encontra respaldo tanto na pirâmide de Ayres e Braithwaite (1992) quanto no diamante regulatório de Kolieb (2015) e nos princípios da OECD (2014).

Inicialmente, tem-se que o ranqueamento dos entes regulados pode representar uma forma de buscar autocorreção (BRAITHWAITE, 2006), permitindo melhor definição da base da pirâmide regulatória e identificando os regulados que devem receber resposta mais ou menos intervencionista (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Além do enquadramento na teoria original, esse dispositivo do RCR-1 também aproveita dos conceitos de regulação de *compliance* e aspiracional (KOLIEB, 2015), encorajando os concessionários para que se adequem a determinados padrões de comportamento, atendam exigências mínimas e almejem *standards* virtuosos.

Nesse ponto, vale mencionar o exemplo do Prêmio Concessionária do Ano da ARTESP. Realizado desde 2014, esse prêmio tem como objetivo

incentivar a adoção de ações pelas concessionárias de rodovias estaduais para tornar as estradas mais seguras, além de práticas para melhorar os serviços e o relacionamento com os usuários (ARTESP, 2021).

Esse tipo de iniciativa é importante e, no contexto das concessões rodoviárias federais, poderá se traduzir em relevantes benefícios ao interesse público e à relação regulatória entre o Poder Concedente e as concessionárias. Com efeito, ao conferir tratamento diferenciado para concessionárias de acordo com as colocações obtidas na classificação prevista pelo RCR-1, a ANTT estaria buscando aprimorar a qualidade dos serviços prestados e, como já dito, aumentar a conformidade dos atores regulados.

Por outro lado, durante os procedimentos de participação popular, houve indicação de uma série de preocupações com a implementação do art. 10 do RCR-1. De forma geral, os questionamentos giraram em torno dos pontos relativos à possível imaturidade do setor para aplicação imediata da Regulação Responsiva, sendo necessário período de testagem, e às particularidades dos contratos celebrados ao longo das etapas do PROCROFE, sendo improvável que a ANTT estabelecesse critérios justos de comparação entre concessionárias que se encontram em momentos distintos.

Ainda sobre o art. 10, vale registrar que, embora a questão da classificação de concessionárias tenha sido abordada na Resolução nº 5.859/2019 (BRASIL, 2019b), ela só possuía o intuito de estabelecer os critérios para admissão de obras novas em revisões quinquenais. Ainda assim, esse normativo pode ser adotado como um ponto de partida para os critérios de ranqueamento das concessionárias (BRASIL, 2021).

Nesse cenário, entende-se que, não obstante todas as preocupações exaradas pelos regulados, a provável implementação lenta desses mecanismos de classificação das concessionárias e conferência de tratamento distinto a elas e a possibilidade de o RCR-1 ainda ser alterado até a finalização do trabalho de produção normativa atinente ao RCR, trata-se de primeiro passo importante para a formalização da Regulação Responsiva nos normativos do setor de concessões rodoviárias.

Expectativa para os RCR-2 a RCR-5

Para além do que foi previsto no art. 10 do RCR-1, há expectativa de que os próximos normativos do Regulamento das Concessões Rodoviárias introduzam dispositivos alinhados com a Regulação Responsiva.

Notadamente, destaca-se o RCR-4, que tratará dos assuntos relacionados à fiscalização e penalidades no âmbito dos contratos de concessão. Através desse normativo, espera-se que seja preparado o terreno para a implementação

de fluxograma de fiscalização responsiva, com sistema detalhado e escalonado de aplicação de penalidades.

É possível que, com a elaboração de uma proposta de pirâmide regulatória no RCR-4 (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), a Regulação Responsiva consolide-se no âmbito das concessões rodoviárias.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o problema regulatório decorrente do desalinhamento entre os normativos da ANTT e os contratos de concessão, e da mitigada utilização de mecanismos responsivos no setor, é possível identificar o Regulamento das Concessões Rodoviárias como potencial solução.

Afinal, através do RCR, serão introduzidas regras genéricas voltadas a simplificar a atividade regulatória, pois abordam aspectos transversais a todos os contratos de concessões e deixam apenas as questões mais específicas para esses instrumentos.

Adicionalmente, com a ressalva de que ainda se trata de trabalho de produção normativa em desenvolvimento, entende-se que esse Regulamento também poderá representar verdadeira “porta de entrada” para a formalização da Regulação Responsiva na agência reguladora. Os estudos para introdução dessa teoria já se desenrolam desde 2019 e, com esse novo normativo, podem ter encontrado o momento adequado para sua consolidação.

Exemplo de dispositivos que operam a Regulação Responsiva é o art. 10 do RCR-1, que promoverá a classificação das concessionárias e garantirá tratamento diferenciado de acordo com o ranqueamento alcançado. Essa previsão, embora necessite de regulação mais detalhada, pode ser altamente benéfica para o interesse público e para a relação entre o Poder Concedente e as concessionárias. Isso porque garantirá maior racionalidade nas decisões regulatórias, evitando-se penalização excessiva – quando não for o caso – e dando espaço para técnicas de persuasão e cooperação.

Além disso, existe forte expectativa de que os outros cinco normativos possam vir a introduzir mais disposições que fortaleçam e aprofundem os mecanismos de Regulação Responsiva, especialmente o RCR-4, que poderá estabelecer sistema detalhado e escalonado de fiscalização e aplicação de sanções. Isto é, formando-se uma pirâmide – ou diamante – regulatório no setor de concessões rodoviárias.

De todo modo, pode-se concluir que o objetivo deste artigo foi atingido, permitindo a identificação do RCR como normativo responsável pela implementação da Teoria da Regulação Responsiva ao ambiente regulatório dos contratos de concessão rodoviária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABCR. História. **Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias**, 2021. Disponível em: <<https://abcr.org.br/setor/sobre-o-setor/historia>>. Acesso em: 11 maio 2021.
- ANTT. Análise de Impacto Regulatório SEI nº 5071447/2021. **Processo Administrativo nº 50500.000991/2021-09**, 2021a.
- ANTT. Histórico. **Portal ANTT**, 2021b. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/de/historico>>. Acesso em: 12 maio 2021.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 5ª Edição. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2019.
- ARANHA, M. I.; LOPES, O. D. A. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos**. Universidade de Brasília. Brasília. 2019.
- ARTESP. Concessionária do Ano. **ARTESP**, 2021. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/novas-paginas/CustomPage.aspx?page=52>>. Acesso em: 11 maio 2021.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation**: Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BARBO, A. R. D. C. et al. A Evolução da Regulação nas Rodovias Federais Concedidas. **Revista ANTT**, 2, n. 2, novembro 2010.
- BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, 34, n. 5, 2006. 884-898.
- BRASIL. **Concessões Rodoviárias no Brasil**. Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES). Rio de Janeiro. 1999.
- BRASIL. **Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária**. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). [S.l.]. 2020a.
- BRASIL. **Comentários dos artigos da minuta do Regulamento de Concessões Rodoviárias e quadro de comparativo do RCR com os contratos de concessão e regulamentação da ANTT**. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Brasília. 2021.
- CALDEIRA, L. K. O. Regulação de Concessão de Rodovias e o Papel do Estado. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, 2, n. 1, maio 2016. 233-246.

- CNI. *Concessões rodoviárias: experiência internacional e recomendações para o Brasil*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília. 2018.
- FREITAS, R. V. D. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, 58, abril/junho 2017. 199-239.
- GONZE, N. C. *Concessão em Rodovias Federais: uma Análise da Evolução dos Modelos de Regulação Técnica*. COPPE/UFRJ. Rio de Janeiro. 2014.
- KOLIEB, J. When to punish, when to persuade and when to reward: strengthening responsive regulation with the regulatory diamond. **Monash University Law Review**, 41, 2015. 136-162.
- NETO, C. A. D. S. C.; MOREIRA, S. V.; MOTTA, L. V. *Modelos de Concessão de Rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: Evolução Histórica e Avanços Regulatórios*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro. 2018. (1415-4765).
- OECD. *Best Practice Principles for Regulatory Policy*. Organisation for Economic Co-operation and Development. Paris. 2014.
- SANTOS, C. R. L. D. As contratações públicas e o Direito Regulatório. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, 4, n. 2, outubro 2018. 97-120.
- SILVA, J. M. A. M. M. D. A Regulação Responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, 3, n. 1, maio 2017. 255-280.
- SIMÕES, C. R. M. *Avaliação da evolução do esquema de alocação de risco nas concessões rodoviárias federais considerando boas práticas internacionais e nacionais*. Instituto Serzedello Corrêa. Brasília. 2019.
- THORSTENSEN, V.; JÚNIOR, M. K. A. Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE. **Working Paper Series**, São Paulo, 527, maio 2020.

Normas e Julgados

BRASIL. Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 9.277/1996 (Lei das Delegações), 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19277.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 10.233/2001, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Portaria nº 10/93. **Ministério dos Transportes**, 1993.

BRASIL. Resolução-ANTT nº 1.187/2005. **Agência Nacional de Transportes Terrestres**, 2005. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00001187&seqAto=000&valorAno=2005&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Resolução-ANTT nº 4.071/2013. **Agência Nacional de Transportes Terrestres**, 2013. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00004071&seqAto=000&valorAno=2013&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Portaria DG/ANTT/MI nº 130/2019. **Agência Nacional de Transportes Terrestres**, 2019a. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000130&seqAto=ATT&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Resolução-ANTT nº 5.859/2019. **Agência Nacional de Transportes Terrestres**, 2019b. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-5.859-de-3-de-dezembro-de-2019-231847330>>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Portaria DG/ANTT/MI nº 34/2020. **Agência Nacional de Transportes Terrestres**, 2020b. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000034&seqAto=ATT&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Portaria DG/ANTT/MI nº 636/2020. **Agência Nacional de Transportes Terrestres**, 2020c. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000636&seqAto=ATT&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 13 maio 2021.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsrr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>