

Recebido em 09/11/2021
Aprovado em 12/01/2022

O REGULAMENTO DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS: PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DA REGULAÇÃO NORMATIVA

THE ROAD CONCESSIONS REGULATION: PROPOSAL TO IMPROVE THE REGULATORY RULEMAKING

André Luis Macagnan Freire

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e graduando em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília. É Advogado da União e Superintendente de Infraestrutura Rodoviária da Agência Nacional de Transportes Terrestres (SUROD/ANTT).

Kaliane Wilma Cavalcante de Lira

Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). É Procuradora Federal e Subprocuradora-Geral de Assuntos Judiciais e Recuperação de Créditos da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (PF/ANTT).

Roberta Negrão Costa Wachholz

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). É Procuradora Federal e Subprocuradora-Geral de Assuntos Extrajudiciais junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (PF/ANTT).

SUMÁRIO: Introdução. 1 Modelos da regulação. 2 Pressupostos da regulação normativa de qualidade. 3 Reforma regulatória nas concessões de infraestrutura rodoviária. 3.1 Diagnóstico da regulação da infraestrutura rodoviária concedida. 3.2 Proposta de Regulamento das Concessões Rodoviárias. 3.3 Desafios e perspectivas. 4 Conclusão. Referências

RESUMO: O artigo propõe analisar o ambiente regulatório do setor de concessões rodoviárias e avaliar a iniciativa do Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR) pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), cujo objetivo é a simplificação e o equilíbrio entre o controle regulatório, eficiência econômica e qualidade do serviço público prestado. A relevância do tema justifica-se, entre outras razões, porque a reforma regulatória está em plena discussão com o setor regulado. Para tanto, os modelos de regulação serão contextualizadas para enfatizar suas características e campo de atuação. Em seguida, será estudado os pressupostos normativos necessários para a boa regulação à luz da teoria da regulação responsiva, ancorado na doutrina de Ayres e Braithwaite. Por fim, será analisado o do setor de concessões rodoviárias e a proposta de reforma regulatória, por meio do Regulamento de Concessões. O artigo evidencia que o RCR pode ser uma ferramenta regulatória adequada e mais flexível para o gerenciamento dos contratos de concessão rodoviária se observadas as boas práticas do processo regulatório.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público. Regulação. Concessão Rodoviária. Regulamento das Concessões Rodoviárias. Regulação Responsiva.

ABSTRACT: The article proposes to analyze the regulatory environment of the road concessions sector and evaluate the initiative of the Road Concessions Regulation (RCR) by the National Land Transport Agency (ANTT), whose objective is the simplification and balance between regulatory control, economic efficiency and quality of the public service provided. The relevance of the topic is justified, among other reasons, because the regulatory reform is in full discussion with the regulated sector. Therefore, the regulation models will be contextualized to emphasize their characteristics and field of action. Then, the normative presuppositions necessary for good regulation will be studied in the light of the responsive regulation theory, anchored in the doctrine of Ayres and Braithwaite. Finally, the road concession sector and the proposed

regulatory reform will be analyzed through the Concession Regulation. The article shows that the RCR can be an adequate and more flexible regulatory tool for the management of road concession contracts if the good practices of the regulatory process are observed.

KEYWORDS: Public service. Regulation. Road Concession. Road Concessions Regulation. Responsive Regulation.

INTRODUÇÃO

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 estatal¹. Nessa linha, a intervenção regulatória constitui uma forma de assegurar o atendimento de interesses públicos, por meio da criação de uma estrutura normativa que, em síntese, restringe liberdades individuais em favor da prevalência de interesses coletivos².

A qualidade da regulação pode ser avaliada, em geral, pela sua capacidade de gerar comportamentos desejáveis e inibir aqueles não desejáveis. Essa capacidade é resultado da construção de uma estrutura normativa adequada, apta a direcionar as condutas individuais em um certo sentido, com o menor custo possível para a sociedade.

No campo regulatório³ - seja na regulação técnica ou econômica - o incentivo a um modelo de regulação responsiva apresenta vantagens capazes de reforçar, complementar ou até mesmo substituir, em certa medida, os instrumentos regulatórios tradicionais, baseados no modelo de comando e controle (*command and control*).

Reconhecendo a relevância do controle regulatório sem descuidar da eficiência econômica, o objetivo do presente artigo é explorar o setor de concessões rodoviárias regulado pela ANTT, para demonstrar os problemas enfrentados pela regulação contratual ora vigente e que motivou a atual discussão sobre um novo modelo regulatório, o Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR), alicerçado nos princípios da qualidade na prestação de serviço público e de eficiência econômica.

Para isso, o trabalho será dividido em três partes: na primeira, serão abordados os pontos centrais dos modelos regulatórios existentes,

1 LODGE e WEGRICH, 2012.

2 GOMES, 2018.

3 No presente ensaio, a regulação deve ser compreendida como aquela desenvolvida por meio de normas infralegais pelas agências reguladoras independentes.

especialmente eventuais vantagens e problemas na sua adoção. Na segunda parte, serão explorados os preceitos fundamentais para uma regulação de qualidade relativos à maturidade do ambiente regulatório, quer sob a ótica do regulador, quer dos regulados. Por fim, a terceira parte apresentará considerações sobre o Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR), no tocante aos desafios e perspectivas.

1. MODELOS DE REGULAÇÃO

Como exposto, a regulação corresponde à espécie de intervenção estatal para orientar o comportamento dos agentes econômicos para resultados de acordo com determinados objetivos públicos. Essa intervenção pode ser instrumentalizada por contrato ou por autoridades independentes (agências reguladoras). Em ambos os casos, serão feitas escolhas e decisões regulatórias para conceber e formatar aspectos fundamentais da prestação do serviço ou da gestão do setor regulado.

A regulação por contrato confere elevada relevância aos contratos de investimento⁴ para a exploração e regulação da infraestrutura do país. Tais contratos passaram a configurar como um relevante instrumento regulatório nos setores de infraestrutura em um cenário de estabilização econômica⁵ amparado pela edição de diplomas legais que permitiram o planejamento realizado com base em contratos de longa duração.

Nesse cenário, foram publicadas a Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), a Lei nº 10.233/2001 (reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre) e a Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas), entre outras, com o objetivo de viabilizar a participação do setor privado nos investimentos de infraestrutura à luz de uma nova racionalidade de longo prazo e calcada no contrato como meio de implementar políticas públicas⁶.

A regulação por contrato permite, por meio do contrato de prazo certo e de longa duração, que parceiro privado e entidade governamental provejam um bem ou serviço público, no qual o parceiro privado assume parcela do risco e das responsabilidades de gestão do projeto recebendo

4 São contratos de investimento os arranjos institucionais nos quais o agente econômico privado realiza o investimento inicial, sem depender, em princípio, de receita pública, recebendo posteriormente sua contraprestação obtidas com a exploração da atividade, por meio de tarifas cobradas dos usuários ou por meio de receitas alternativas e excepcionalmente, por contrapartida do Estado, desde que previstos em lei e disponíveis a todos os concorrentes. São contratos de longa duração justamente para possibilitar a amortização dos investimentos feitos pelo agente privado ao longo do contrato.

5 GUIMARÃES, 2012.

6 MOREIRA, 2014.

contraprestação obtida por meio da exploração da atividade e, em alguma medida, vinculada à performance⁷.

Tais contratos concretizam e cristalizam a regulação administrativa, de forma que o setor econômico e os futuros gestores encontram-se submetidos às escolhas feitas em um momento anterior, alicerçada nas obrigações do contrato, com a fixação *ex ante* dos parâmetros de prestação do serviço no edital e no contrato, ou seja, em momento anterior à prestação das obrigações.

A regulação administrativa por contrato é, portanto, o processo jurídico de formulação ou instituição de normas regulatórias por meio de um contrato de longo prazo celebrado entre a Administração Pública e uma ou mais empresas que exercem atividade econômica no setor⁸ e representa parcela significativa da função regulatória estatal.

Essa técnica regulatória baseada em ampla e exaustiva descrição do projeto, das obrigações, dos deveres e dos demais aspectos da relação de outorga gera por um lado maior segurança jurídica, ao incorporar direitos e obrigações no contrato, e por outro diminui a flexibilidade na regulação da prestação do serviço, sua capacidade de adaptação a mudanças fáticas e limita o espaço para o contratado inovar ou implementar os seus próprios mecanismos de gestão.

A regulação de condutas por contrato é amplamente descritiva e analítica das obrigações e deveres do contratado e está calcada na unilateralidade, imperatividade e exclusividade da Administração Pública em determinar a maneira de atingir o interesse público. Ao estruturar o contrato dessa forma, impõe-se ao contratado uma rígida forma de atuar e limita-se suas possibilidades de inovar, o que pode diminuir a eficiência do agente econômico.

Uma tendência contemporânea da regulação por contrato é estruturar os indicadores do contrato e condicionar a remuneração do contratado à luz do resultado, prestigiando a performance do concessionário.

Neste paradigma de regulação voltada para o resultado (ou por performance), a estratégia regulatória se volta para a definição de metas, parâmetros, objetivos e finalidade previamente estabelecido no contrato para o agente econômico. Para tanto, é fundamental a fixação de indicadores de desempenho objetivamente monitoráveis e diretamente vinculados à contrapartida. Os incentivos econômicos devem traduzir uma equação simples: quanto maior a eficiência na execução do contrato, maior o retorno do contratado⁹.

7 World Bank (2017). Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3. World Bank, Washington, DC. ©WorldBank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052> License: CC BY 3.0 IGO.

8 VALIATI, 2017.

9 GARCIA, 2014.

Esse modelo tem como vantagem o favorecimento de maior flexibilidade e mutabilidade, por conferir maior autonomia na implementação de metodologias – impactadas pela inovação, maior a capacidade de adaptação do contrato ao longo do tempo. Tem como desvantagem, por outro lado, as dificuldades para o regulador em definir metas e indicadores adequados para medi-las. Se o regulador fixa metas muito acima daquelas performadas pelo setor, haverá desincentivo e dificuldade dos agentes econômicos em alcançarem uma remuneração atrativa. Por outro lado, a rentabilidade do negócio não pode exceder de tal modo que desprestigie a modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos.

De modo diverso, a regulação por custos fixa tanto a contrapartida do concessionário/delegatário quanto os parâmetros de serviço prestado com base no seu custo. Como regra, aplica-se em setores com monopólio natural ou setores em que os custos são representativos como variável da prestação de serviço.

Esse modelo tem como principal problema a precificação do custo das obrigações pelo regulador, considerando a dificuldade na definição de preços em razão da assimetria de informações em relação ao parceiro privado. Uma vez que a remuneração do delegatário é baseada nos custos, cabe ao regulador investigar a estrutura de custos do modelo de negócios para definir a remuneração adequada do serviço. Contudo, o regulador detém menos informações do que o regulado para determinar esses custos, vez que apenas este explora diretamente o negócio e, conseqüentemente, tem melhores condições de compreender, precisar e fixar esses custos.

Um dos maiores desafios da regulação por contrato é coadunar a estabilidade do sistema e das regras previstas no próprio contrato e as mudanças da realidade que nos cerca. Essa dicotomia deve ser considerada ante as distintas dimensões que conectam a realidade jurídica com o substrato fático - que é mutável por natureza.

Especialmente em contratos de longo prazo, como os contratos de concessão de infraestrutura, percebe-se mais facilmente a incapacidade do instrumento em prever, antes de sua assinatura, todas as possíveis ocorrências futuras que possam afetar sua execução. Portanto, é fácil perceber a incompletude de tais contratos.

A estabilidade dos contratos de longo prazo não decorre da imutabilidade dos contratos de longo prazo, mas sim de sua flexibilidade para adaptar-se às mudanças ao longo da execução do contrato.

E nesse espaço de incompletude contratual, natural da regulação por contrato, é que se pensa a regulação por agência, não de maneira dicotômica, mas de modo integrativo à regulação por contrato.

No exercício de suas atribuições regulatórias, a agência realiza atividades fiscalizadoras, sancionatórias, normativas, informativas,

gerenciais, negociadoras e arbitradoras. Em todas essas funções, atua de maneira a regular o contrato, mas de maneira conformada e limitada às escolhas regulatórias inicialmente feitas pelo titular do serviço de modo a assegurar o equilíbrio entre os interesses juridicamente protegidos e a maximização das vantagens e benefícios dos interessados. Essa atuação se dá com base nas escolhas regulatórias realizadas no âmbito dos contratos e dos marcos legais que lhe antecedem¹⁰.

Nesse contexto, a regulação por agência¹¹ consiste na conformação da atividade administrativa construída pela atuação unilateral do ente regulador, impondo regras que afetam os agentes econômicos de forma estatutária¹², e não individual – negociada e estabelecida em cada contrato. Ou seja, os agentes econômicos devem se sujeitar ao controle regulatório existente e a posteriores alterações.

Esse modelo pressupõe maior grau de discricionariedade na fixação concomitante dos parâmetros de serviço na sua prestação. É claro que se tem um momento inicial de leilão da outorga, em que determinados parâmetros do serviço são impactados, como prazo e objeto da concessão, mas de antemão as partes sabem que essa relação será alterada pelo próprio regulador dentro do ambiente regulatório, em regra, por instrumentos normativos. Então, é premissa desse modelo que parâmetros de serviço, preços e demais variáveis econômicas do negócio são mutáveis.

A regulação por agência assume, diante da incompletude contratual, uma função integrativa relevante na composição dos interesses juridicamente protegidos dos agentes econômicos, bem como, na releitura do contrato à luz das circunstâncias econômicas, financeiras, tecnológicas e sociais que poderão sobrevir durante a execução do contrato¹³. Não há uma separação rígida, pois a regulação contratual não exclui a regulação por agência, uma vez que o contrato não substitui o regulador, mas limita substancialmente sua discricionariedade.

Uma variável importante, mutável no tempo, que fica a cargo do regulador na regulação discricionária é a remuneração do contratado (variável preço). Se, por um lado, na regulação contratual, o preço/tarifa é estabelecido no contrato no momento do leilão, em uma regulação discricionária, o regulador pode, a partir de dados setoriais e de um cálculo regulatório da remuneração que ele faz de tempos em tempos, realizar a regulação de preços e, conseqüentemente, da remuneração. Mas tal alteração deverá

10 GARCIA, 2014.

11 Embora se reconheça na literatura o uso distinto das expressões “regulação por agência”, “regulação normativa” e “regulação discricionária”, o presente artigo não pretende explorar estas particularidades.

12 GASIOLA, 2015.

13 GARCIA, 2014.

sempre respeitar e conservar o equilíbrio fixado no contrato original o que assegura a proteção jurídica da justa expectativa do contratante.

Exemplificativamente, no caso de contrato de distribuição de energia elétrica celebrado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foram estabelecidas cláusulas que preveem a obrigação da distribuidora em respeitar os padrões de qualidade estabelecidos pela ANEEL e de cobrar as tarifas homologadas pela agência. Nesse modelo, tanto a qualidade (as características da prestação de serviço) quanto a remuneração da distribuidora são definidos pela agência reguladora e por esta revisitados de tempos e tempos.

Atentando-se aos pontos comuns entre a regulação por contrato e por agência, identifica-se a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, a preservação da expectativa legítima e a flexibilidade (em maior ou menor grau).

A preservação do equilíbrio econômico-financeiro é direito do regulado e dever do regulador. O equilíbrio econômico-financeiro estabelecido no contrato deve ser preservado ao longo de todo o vínculo contratual. Em uma regulação por agência, embora as partes saibam de antemão que aquele ambiente regulatório está sujeito a mudanças, deverá sempre haver deste equilíbrio.

Quanto à flexibilidade dos modelos regulatórios, cada um deles tem os seus critérios de legitimidade da atuação regulatória, mas ambos asseguram, em maior ou menor grau, a flexibilidade para adaptar-se às mudanças ao longo da execução do contrato. Na regulação por contrato, a flexibilidade se dá por meio de termos aditivos, com implementação do respectivo reequilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso. Na regulação por agência, deve-se observar o devido processo regulatório, com participação e controle social e submissão à análise de impacto regulatório.

Ao invés de dicotomia, é possível identificar a integração da regulação por contrato e por agência (sistema de dupla regulação), não obstante as suas diferenças quanto ao seu aspecto *temporal*, porque desdobradas em momentos não coincidentes - com a conformação contratual e posterior atuação da agência reguladora, subjetivo, porque exercida pela entidade titular do serviço ou da infraestrutura (Governo) e agência reguladora (Administração), e *objetiva*, porque o contrato reflete primariamente escolhas regulatórias fundamentais para o exercício de toda a atividade regulatória e, a partir dessas escolhas, a agência reguladora tem, secundariamente, a tarefa de ponderar interesses na busca do justo equilíbrio e na função integrativa das incompletudes contratuais.

Em determinados contextos, a regulação por contrato pode não ser capaz de sozinha enfrentar as dificuldades regulatórias de infraestrutura, em

especial em razão da incompletude de contrato, emergindo a importância da integração realizada por meio da regulação por agência. O que se busca com o sistema duplo de regulação é aperfeiçoar a regulação de infraestrutura, de modo a permitir a conciliação de estabilidade e flexibilidade do contrato para adequar o serviço prestado ao longo do tempo.

2. PRESSUPOSTOS DA REGULAÇÃO NORMATIVA DE QUALIDADE

Compreendidos os modelos ideais de regulação existentes, o presente capítulo se dedica a analisar os pressupostos essenciais para uma regulação normativa de qualidade.

Conforme exposto anteriormente, à luz da regulação por contrato ou da regulação por agência, percebe-se que a segunda possui maior flexibilidade em sua operacionalização, uma vez que, 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 primeira forma, em que a relação jurídica entre regulador e regulado é fundada em um instrumento contratual, eventuais alterações de interesse público não poderão ser consideradas de forma imediata pelo regulador.

Tradicionalmente, os contratos de concessão em infraestrutura rodoviária utilizaram o modelo básico de regulação por comando e controle, que tem como características regras jurídicas previamente estabelecidas que determinam padrões de conduta que devem ser seguidos, exige forte fiscalização no cumprimento dessas regras e prevê punição em caso de condutas desviantes.

No entanto, as preocupações com os custos da regulação – especialmente fiscalização e aplicação das penalidades, com alto índice de judicialização em relação as multas – engrossam críticas ao modelo clássico de regulação¹⁴.

Nesse cenário, o modelo de regulação de comando e controle parece não surtir os efeitos esperados no âmbito do setor de concessões rodoviárias, conforme será explicado no capítulo seguinte. Assim, identificando necessidade de reestruturação de seu modelo regulatório, a ANTT discute com o setor regulado o Regulamento das Concessões Rodoviárias (RCR), aproximando-se das premissas da regulação normativa e da teoria da regulação responsiva.

A partir do trabalho de Ayres e Braithwaite, “*Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*”, de 1992, as discussões sobre a

14 *Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária*. ANTT, 2020. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/363688/389038/Estudo+Internacional+de+Contratos+de+Concess%C3%A3o+de+Rodovias.pdf/7756481f-e494-1761-916d-48dc37428514?t=1592175951190>. Acesso em: 10 jul. 21.

atuação regulatória do Estado passaram a centrar-se na elaboração de formas mais inteligentes e flexíveis de regulação, ou seja, em um desenho eficiente do processo regulatório, desenvolvendo outros instrumentos regulatórios em detrimento dos instrumentos tradicionais do modelo de comando e controle.

Explorando as capacidades da autorregulação dos mercados e os limites da regulação estatal, os autores oferecem uma nova leitura sobre as possibilidades de adoção de estratégias regulatórias mistas, a partir do conhecimento das estruturas específicas de funcionamento de cada setor regulado, de sua cultura, dos interesses públicos envolvidos.

A regulação responsiva sugere uma abordagem regulatória na qual o comportamento estatal decorre de espelhamento do comportamento regulado.

A partir da delimitação da regulação responsiva, é inequívoco que o modelo de regulação normativa pressupõe um amadurecimento regulatório, que não se fundamenta exclusivamente na aplicação de sanções.

Exemplificativamente, no Regulamento em discussão há previsão de ranqueamento das concessionárias¹⁵, com oferecimento de tratamento distinto conforme a colocação alcançada, o qual encontra respaldo na pirâmide de Ayres e Braithwaite¹⁶.

Nesse panorama, enquanto a estabilidade da regulação contratual é pautada em previsão contratual com cláusulas que asseguram a proteção do equilíbrio econômico-financeiro e o estabelecimento do tratamento regulatório, a estabilidade da regulação normativa se dá por uma relação de confiança entre regulador e regulado, pautada na independência e despolitização das decisões de caráter eminentemente técnico da agência reguladora¹⁷.

No entanto, não é porque esse poder está com o regulador que não há direitos a serem preservados para o agente econômico que atua no setor. Da mesma forma, a regulação normativa unilateral não implica ausência de diálogo na sua elaboração. Para tanto, impõe-se ao regulador a observância do devido rito regulatório para executar uma regulação por agência com legitimidade, legalidade e atentando às boas práticas.

Dessa forma, os desafios para a regulação normativa são inúmeros, mas necessários para o ambiente regulatório maduro. Por parte do ente regulador podemos elencar algumas condições essenciais: 1) a

15 Art. 10 da minuta de Resolução que aprova o RCR. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=446>. Acesso em: 11 jul. 2021.

16 A proposta responsiva sustenta uma ideia de escalabilidade da reação estatal, em que as respostas estatais punitivas devem ser paulatinamente agravadas, partindo de formas mais suaves de intervenção (base da pirâmide) que gradualmente se tornam mais incisivas (em direção ao topo da pirâmide), objetivando persuadir o regulado a retornar ao modo cooperativo, cumprindo as normas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

17 GASIOLA, 2015.

institucionalidade e republicanismo nas nomeações do regulador, tanto dos órgãos de direção quanto de cargos estratégicos, para que sejam compromissados com a missão institucional; 2) corpo técnico qualificado; 3) levantamento e tratamento de dados setoriais; 4) processo regulatório eficiente, com a utilização de instrumentos que ampliam o debate da boa regulação, como a análise de impacto regulatório (AIR) bem fundamentada, a participação social, por meio de audiências e consultas públicas, reuniões participativas, tomada de subsídios e a avaliação de resultado regulatório (ARR), em que a agência reguladora recorrentemente faça uma avaliação ex post da regulação normativa; e por fim, 5) fundamentação adequada e qualificada, para justificar a discricionariedade permitida pelo modelo de regulação normativa.

Todos esses requisitos são essenciais para que o regulador, em um juízo crítico, conheça o ambiente que pretende regular, sendo capaz de responder se, quando e como regular.

Por outro lado, a boa regulação normativa também exige a maturidade do ambiente regulado, seja dos players de mercado, seja das entidades associativas, seja dos usuários do serviço público.

As condições fundamentais para os entes regulados são: 1) compreensão quanto à mutabilidade da regulação ao longo do tempo; 2) respeito às regras do jogo, quer nos momentos de colaboração, quer de embate; 3) institucionalidade dos pleitos setoriais levados a cabo pelas entidades representativas, a quem cabe tutelar pela qualificação do debate e pela autorregulação. Em especial, nesta missão, cabe às entidades representativas coibir práticas desleais e contrárias à boa regulação normativa por parte de seus representados.

Ademais, a efetiva participação dos agentes econômicos, do usuário e das entidades associativas é um dos importantes fatores a afastar uma definição hermética de interesse público, antes absoluto, inegociável, rígido, inflexível e unilateral. Quanto mais dialética a relação com o setor, maior a permeabilidade na definição dos lindes do interesse público em cada situação concreta, despidendo-se os entes públicos de uma postura predominantemente imperativa, mas deferente ao diálogo, ao consenso e à negociação¹⁸.

Percebe-se, assim, ser um modo eficiente de se fazer cumprir o arcabouço regulatório, seja na participação na concepção e estruturação dos contratos dotados de grande complexidade, seja na execução desses contratos.

18 GARCIA, 2019.

3. REFORMA REGULATÓRIA NAS CONCESSÕES DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA

A contextualização teórica desenvolvida até aqui serve de pano de fundo para compreender a reforma regulatória que vem sendo proposta pela ANTT, em especial, no âmbito das concessões de infraestrutura rodoviária.

Partindo-se do pressuposto de que há certo consenso entre o regulador e os agentes regulados do setor quanto ao diagnóstico de disfuncionalidades da regulação contratual ora vigente, revisitou-se o modelo, com a integração do novo paradigma amparado na regulação por agência, mais próximo de uma regulação normativa, movimento este ainda em construção e que não pode ser realizado sem o enfrentamento de desafios.

3.1. Diagnóstico da regulação da infraestrutura rodoviária concedida

O Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE) desenvolveu-se em etapas, como ondas de evolução e de maturação do estado da arte da prática contratual e regulatória da administração pública federal. Ainda antes da existência de uma agência reguladora setorial, o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) promoveu concessões da 1ª Etapa na metade da década de 1990.

De lá para cá, sucederam-se outras três rodadas de contratos, a partir do acúmulo de ganhos de aprendizado da Agência, criada em 2002, cada vez mais extensos na abordagem de regras procedimentais e institucionais, a pretexto de conferir maior segurança aos contratantes. Como resultado dessa sucessão de etapas, tem-se um acervo de contratos que preveem soluções discrepantes no tratamento das questões regulatórias semelhantes, dificultando a gestão contratual por parte do regulador¹⁹.

Uma segunda disfuncionalidade observada diz respeito à orientação e calibração de incentivos. Observa-se que, no momento da estruturação da concessão, determinados mecanismos foram desenhados almejando a indução ou a dissuasão de determinados comportamentos, mas que, durante a execução do contrato, não lograram alcançar seus objetivos ou até ensejaram comportamentos opostos aos almejados, dando ensejo a distorções.

¹⁹ A título de exemplo, cite-se a forma distinta em que os contratos de concessão disciplinam a regularização de acessos e de ocupações de faixa de domínio pela concessionária na 2ª Etapa (item 1.2.6.2 do programa de exploração da rodovia do contrato de concessão da Rodovia Fernão Dias, BR-381/MG/SP) e na 4ª Etapa (item 3.1.6 do programa de exploração da rodovia do contrato de concessão da Rodovia de Integração do Sul, BR-101/290/386/448/RS).

O argumento pode ser ilustrado na forma de aplicação do desconto de reequilíbrio em alguns contratos, implementado pela aplicação de fator tarifário (“Fator D”) quando a concessionária deixa de executar determinadas obrigações contratuais e, com isso, obtém ganho de capital que desequilibra a equação originária da concessão. Na 3ª Etapa, para inexecuções de apenas parte dos parâmetros de desempenho pactuados, o contrato de concessão estabeleceu o desconto do fator tarifário na sua integralidade²⁰. Estimava-se que, com isso, a concessionária buscasse sempre executar a totalidade das obrigações contratualizadas. O que se verificou um acúmulo de inexecuções parciais²¹, uma vez que o avanço no cumprimento dos parâmetros não salvaguardava a concessionária da aplicação do desconto de reequilíbrio, exceto em caso de atendimento integral ao contrato.

O alto grau de detalhamento contratual e a dinâmica estabelecida entre a Agência e os órgãos de controle²², especialmente focada em controle de custos nos momentos de revisão contratual, confluíram para um cenário de rigidez nas alterações de contrato e dificuldade na implementação de inovações regulatórias.

Discute-se hoje, por exemplo, a sucessão do modelo de postos de pesagem de veículos de carga, em que o usuário é deslocado da rodovia para a pesagem tradicional, pelo processamento da pesagem em movimento, com balanças e sensoriamento na pista. Da mesma forma, pretende-se, num futuro breve, implementar a migração da cobrança da tarifa em praças de pedágio para a sistemática de cobrança em fluxo livre²³.

O modelo regulatório atual de alta densidade contratual provavelmente exigirá que aditivos sejam celebrados em cada um dos contratos de concessão, com alto custo e transação e sem que se permita um tratamento horizontal como ambos os temas merecem.

Mas não apenas sobre o contrato de concessão se sustenta a regulação das concessões rodoviárias federais. No exercício do poder normativo, a ANTT aprovou diversas resoluções esparsas para dar resposta aos problemas regulatórios postos. Ocorre que a agência exerceu essa prerrogativa ao longo do tempo sem promover uma visão sistemática e consolidadora

20 Cite-se o item 2.3 do anexo 5 ao contrato de concessão da BR-040 no trecho Brasília/DF a Juiz de Fora/MG.

21 Bem verdade que a crise de execução, comum a diversos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, ocorreu por uma conjuntura de fatores de natureza diversa. Nada obstante, não se pode ignorar a disfuncionalidade dos incentivos contratualmente previstos na contribuição desse resultado.

22 É o que aponta o TCU em diversos processos: TC 023.298/2015-4, TC 012.624/2017-9, TC 028.343/2017-4, TC 031.985/2016-5, TC 10.222/2019-7.

23 As discussões já estavam em curso na esfera regulatória quando da aprovação da Lei nº 14.157, de 1º de junho de 2021

do aprendizado acumulado no tempo. Assim, sobrepuseram-se regras contratuais e normativas de difícil conjugação e de pouca sistematização²⁴.

Deste conjunto de particularidades apresentado de forma sucinta, tem-se um diagnóstico de esgotamento do modelo de regulação preponderantemente contratual no setor de infraestrutura rodoviária.

3.2. Proposta de Regulamento das Concessões Rodoviárias

O cenário descrito no tópico anterior, caracterizado por alto custo de regulação e de fiscalização, bem como por substanciais custos de transação e rigidez no tratamento individualizado dos desafios para cada contrato de concessão, deu ensejo à propositura da reforma regulatória que se pretende implementar na ANTT com a aprovação do RCR²⁵.

A proposta parte da premissa de que diversos problemas devem ser tratados com emprego de soluções regulatórias comuns aplicadas de forma equânime aos contratos de concessão que compõem as quatro Etapas do PROCROFE, não se justificando uma extensa e discrepante disciplina contratual.

Da mesma forma, a dinamicidade tecnológica e o amadurecimento institucional exigem maior maleabilidade na relação de outorga para permitir atualizações pela via normativa e de forma horizontal, resguardado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, este sim, individualmente considerado.

O momento desta reforma também não deixa de constituir a oportunidade para revisar incentivos, no intuito de concretizar em maior medida a prestação do serviço público adequado, prestigiando, ao fim e ao cabo, o usuário e, ao mesmo tempo, fomentando investimentos e atratividade ao parceiro privado. Diversas destas inovações já vem sendo postas à prova nos contratos recentes da ANTT e das agências reguladoras estaduais.

Na linha das melhores práticas e, mais recentemente, do dever jurídico estabelecido pela legislação, impõe-se que esta migração do modelo mais contratual para o modelo mais normativo pressuponha a efetiva participação e controle social, com transparência em audiências e consultas públicas. Da mesma forma, as futuras atualizações regulatórias exigirão os mesmos mecanismos de *accountability*.

24 A respeito das revisões tarifárias e contratuais, cite-se que, além das regras específicas de cada contrato de concessão, a ANTT disciplinou a matéria nas Resoluções nº 675/2004, nº 3.651/2011, nº 5.850/2019 e nº 5.859/2019. Também vale citar o constante conflito interpretativo e integrativo entre as normas contratuais que versam sobre penalidades e o disposto na Resolução nº 4.071/2013.

25 A proposta foi inserida na Agenda Regulatória 2021/2022 pela Deliberação nº 529/2020 da Diretoria da ANTT. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/antt-publica-agenda-regulatoria-2021-2022>. Acesso em 05 jul. 2021.

Destes pressupostos surgiu a iniciativa de se propor um novo marco regulatório²⁶, aprovado por resolução da Diretoria da Agência, que estabelecesse regras comuns a todas as concessões, dividido em cinco partes com o seguinte conteúdo, em linhas gerais:

1. Diretrizes gerais: definição de regras introdutórias de interpretação da regulação e dos contratos, deveres de informação e transparência tanto da ANTT quanto das concessionárias, classificação periódica das concessionárias, previsão dos direitos e deveres dos usuários, regras gerais sobre celebração e alteração de contratos;

2. Bens, obras e serviços: disciplina a assunção do sistema rodoviário e transferência de bens, procedimento e critérios de aprovação de estudos, projetos e orçamentos de engenharia, gestão dos bens da concessão e da faixa de domínio, parâmetros para execução de obras e serviços pelas concessionárias, operação rodoviária, impactos de obras do poder concedente sobre o contrato de concessão e apoio à fiscalização da ANTT por verificador independente;

3. Gestão econômico-financeira: tratamento do capital social, constituição da sociedade de propósito específico que explorará a concessão, regras gerais de financiamento e relação com os financiadores, seguros, garantias contratuais, sistema de contas da concessão, receitas tarifárias e não tarifárias, reajuste, revisões e fatores tarifários de equilíbrio e de incentivo;

4. Fiscalização e penalidades: disciplina do acompanhamento de obras, de parâmetros de desempenho e de indicadores econômico-financeiros da concessão, inserção de critérios de responsividade nessa fiscalização, tipificação das infrações passíveis de punição e comunicação as penalidades cabíveis;

5. Encerramento contratual: previsão do procedimento e critérios de cabimento das modalidades de extinção, tais como relicitação e caducidade, transição operacional, apuração de haveres e deveres entre as partes e mecanismos de solução de controvérsias.

²⁶ Entre outras manifestações técnicas, o conceito da reforma regulatória proposta consta da Nota Técnica nº 3863/2020/GERER/SUOD/DIR e da Nota Técnica nº 23/2021/GERER/SUOD/DIR, ambas proferidas no Processo nº 50500.085847/2020-45.

Note-se que, mesmo após a reforma regulatória, a espinha dorsal das obrigações permanecerá estabelecida no instrumento contratual, a saber, a definição do objeto e prazo da concessão e as obras e serviços que compõem a outorga. Com o RCR, no entanto, o regime regulatório que orbita e disciplina esta relação de outorga passará a ser definido por normativo da ANTT.

3.3. Desafios e perspectivas

Como se percebe, a proposta contempla questões regulatórias afetas à relação de outorga do seu “berço ao túmulo”. Este é o primeiro desafio no desenvolvimento dos debates e na implementação da reforma. Assim, o RCR se propõe a ser uma reforma abrangente, na medida em que altera o eixo de disciplina das concessões do contrato para a norma, e revisita em grande amplitude os temas afetos às concessões.

Por outro lado, diversas das soluções trazidas pelo pacote normativo representam aprimoramentos incrementais, à luz das inovações que já vêm sendo trazidas pelos contratos recentes da ANTT e das demais agências subnacionais. Assim, não seria incorreto dizer se tratar de uma reforma abrangente e incremental, ao mesmo tempo.

Um segundo desafio passa pela compreensão de que o modelo regulatório passará a ser preponderantemente normativo e, por isso mesmo, inerentemente mutável. Tanto o regulador quanto os agentes regulados devem partir da premissa de que o ambiente regulatório terá seu regime atualizado de tempos em tempos. A estabilidade do regime contratual dá lugar à dinamicidade do regime normativo, tendo como contrapartida a defesa da expectativa legítima na preservação de investimentos.

Ademais, não podem ser negligenciadas ou prejudicadas situações consolidadas, de modo que ao estoque de contratos já celebrados ao tempo da aprovação da reforma deve ser conferido regime de transição e uma porta de abertura para adesão ao novo modelo pelas concessionárias nele interessadas.

Isso também pressupõe que pode haver um conjunto de delegatárias que não têm interesse em aderir ao novo regime, cabendo à Agência preservar, na medida possível, a disciplina contratual correspondente, fazendo a integração com o RCR apenas no que couber.

Nesse contexto, há que se considerar os diferentes perfis de concessionárias e grupos econômicos que integram o programa de concessões. Existe um espectro de agentes de perfil mais colaborativo e participativo, interessado no aprimoramento do ambiente regulado,

à luz das suas expectativas de investimentos e novas oportunidades de negócios futuros. Outro espectro de concessionárias assume postura mais conflitiva no âmbito do processo regulatório e na esfera judicial. Caberá à ANTT gerenciar ambas as estratégias de interação na condução dos debates regulatórios e na implementação dos mecanismos disciplinados no Regulamento.

Após a efetiva aprovação da reforma no setor de rodovias, caso venha a se materializar, amplia-se ainda mais a importante agenda de pesquisa sobre regulação no Brasil e construção de mecanismos para incentivos à prestação do serviço público de qualidade. Sob a ótica da Agência, um instrumento importante que poderá ser levado a cabo é a implementação de avaliação de resultado regulatório, para avaliar benefícios e custos deste movimento.

4. CONCLUSÃO

O papel do Estado na regulação é central. A construção de um ambiente regulatório bem-sucedido depende em grande parte do refinamento das ferramentas regulatórias, tornando-as mais ajustadas aos seus diversos propósitos.

A evolução das possibilidades regulatórias pode ser vantajosa em duas medidas: ou para produzir melhores resultados, mantendo os mesmos custos, ou para reduzir esses custos mantendo os mesmos resultados - ampliando, nos dois casos, a eficiência do modelo.

A análise aqui empreendida partiu de uma compreensão da teoria dos modelos de regulação existentes, buscando traçar seus contornos, sua aplicação e seus limites. Buscou-se correlacionar a ideia de regulação responsiva proposta por Ayres e Braithwaite com a regulação normativa, por ser um modelo regulatório flexível, alicerçado na premissa de que diferentes setores e agentes demandam diferentes respostas regulatórias.

A partir dessa delimitação teórica, demonstrou-se que a concretização do RCR pode surgir como uma solução para o atual problema regulatório, ou seja, o descompasso entre os normativos da ANTT e os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária, bem como instrumento de implementação de mecanismos à luz da regulação responsiva.

Por fim, em razão da contemporaneidade da discussão, os novos rumos da regulação do setor de infraestrutura rodoviária podem ser alterados, gerando uma agenda de pesquisa e um precedente regulatório que pode vir a ser aproveitado em outros setores regulados.

REFERÊNCIAS

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BRASIL. *Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária*. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). 2020.

GARCIA, Flavio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contratos e a função integrativa das agências*. Revista de Contratos Públicos –RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014.

_____. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.

GASIOLA, Gustavo Gil. *Regulação de infraestrutura por contrato*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Milton Carvalho. *Regulação deliberativa: em busca do interesse público na regulação de contratos de concessão de longo prazo*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-110, maio 2018.

LODGE, M.; WEGRICH, K. *Managing Regulation: Regulatory Analysis, Politics and Policy*. London: Palgrave Macmillan, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo*. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

World Bank (2017). *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3*. World Bank, Washington, DC. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052> License: CC BY 3.0 IGO.)

VALIATI, Thiago Priess. *O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência*. Revista de direito administrativo e infraestrutura. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, v. 11, p. 35.