

Publicações da Escola da AGU

DIREITO E INFRAESTRUTURA NO BRASIL: TEMAS RELEVANTES EM TRANSPORTES TERRESTRES E TÓPICOS TRANSVERSAIS PARTE II

Ano 13 - n. 04, pt.2(2022) - Brasília-DF, dez. 2021/fev. 2022

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 13	n. 04, pt.2(2022)	p. 1-216	dez(2021)/ fev(2022)
------------------------------	----------	-------	----------------------	----------	-------------------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

DIREÇÃO-GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Miguel Cabrera Kauam	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Andreia Maria Nogueira Cajueiro Zanon	Coordenadora-Geral de Ensino

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'Anna

COORDENADORES

Mauro César Santiago Chaves
Procurador Federal

Natália Resende Andrade Ávila
Produtora Federal

Diagramação/Capa: Walbert Kuhne Julio

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. -- Brasília : EAGU, 2009.
v. ; 23 cm.

Irregular.

ISSN 2236-4374 (versão impressa)
ISSN 2525-3298 (versão on-line)
I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SOBRE OS COORDENADORES

MAURO CÉSAR SANTIAGO CHAVES

Procurador Federal. Professor e Coordenador do Grupo de Pesquisa em Regulação Econômica e Direito Regulatório do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/Brasília). Membro do Comitê de Regulação de Infraestrutura Aeroportuária da FGV Direito Rio. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Defesa da Concorrência e Direito da Regulação pelo UniCEUB e em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública-ENAP. Coordenador Jurídico de Aviação Civil na Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura. Secretário-Geral da Comissão de Direito Aeronáutico, Aeroportuário e Espacial da OAB/DF (2019-2021). Membro do Conselho de Administração do Aeroporto de CONFINS (BH-Airport - 2016 e 2019).

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA

Procuradora Federal. Consultora Jurídica no Ministério da Infraestrutura. Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestruturas de Rede. Colaboradora na ENAP. Professora em Parcerias Público-Privadas (IPOG, IDP, FGV e outros). Cursa Master of Laws (LLM) na University of London (direção acadêmica da University College London - UCL e Queen Mary - QMUL). Possui Mestrado em Tecnologia Ambiental e Recursos Hídricos pela UnB, Pós Graduação em Direito Constitucional pela UGF e em Direito Tributário pela Estácio, Especialização em Regulação (LSE e ENAP), Graduação em Direito pelo UniCEUB, Engenharia Civil pela UnB e Ciências Contábeis pela FIPECAFI. Graduação em Direito pelo UniCEUB, Engenharia Civil pela UnB e Ciências Contábeis pela FIPECAFI.

SOBRE OS AUTORES

ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE

Superintendente de Infraestrutura Rodoviária da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Advogado da União da Advocacia-Geral da União (AGU). Foi Procurador-Geral Substituto da ANTT e assessor na Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), trabalhou na Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e graduando em Economia pela Universidade de Brasília.

ARISTHÉA TOTTI SILVA CASTELO BRANCO DE ALENCAR

Advogada da União. Integrante do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília e em Advocacia Pública pelo Centro Universitário UNA.

CRISTIANE CARDOSO AVOLIO GOMES

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogada da União. Colaboradora no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU. Exerceu, dentre outros, o cargo de Procuradora da Fazenda Nacional (2016).

FABIO ROGÉRIO TEIXEIRA DIAS DE ALMEIDA CARVALHO

Professor Doutor de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) na Faculdade de Direito da USP e no IDP (Brasília-DF). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP, 2005). Ex-Procurador do Estado do Paraná (1992- 2007). Advogado. Consultor Jurídico em São Paulo. Pós-Doutor (Visiting Researcher) em Arbitragem Internacional pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo-Alemanha) e em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, Bolsa CAPES; 2007-08). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda, 2017-2018).

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA

Professor Doutor de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) na Faculdade de Direito da USP e no IDP (Brasília-DF). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP, 2005). Ex-Procurador do Estado do Paraná (1992- 2007). Advogado. Consultor Jurídico em São Paulo. Pós-Doutor (Visiting Researcher) em Arbitragem

Internacional pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo-Alemanha) e em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, Bolsa CAPES; 2007-08). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda, 2017-2018).

JONAS RODRIGUES DA SILVA JÚNIOR

Mestrando em Direito e Ciências Políticas na Universidade de Lisboa. Procurador Federal. Coordenador de Arbitragens da Procuradoria Federal Junto à ANTT. Já ocupou, dentre outros, os cargos de Procurador-Chefe junto à Fundação Cultural Palmares e Coordenador de Matéria Finalística da PRF da 1ª Região.

KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA

Especialista em Direito Público e Especialista em Advocacia Pública. Procuradora Federal, membro da Advocacia-Geral da União. Exerceu os cargos de Chefe de Gabinete da Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região (2015-2016), Coordenadora das Ações Prioritárias da Procuradoria Federal Especializada do INSS (2016-2019), Coordenadora de Assuntos Extrajudiciais da Subprocuradoria-Geral de Assuntos Judiciais e Extrajudiciais da PF-ANTT (2019) e Subprocuradora-Geral de Assuntos Judiciais e Recuperação de Crédito da PF-ANTT (2019-2021).

MILTON CARVALHO GOMES

Procurador Federal. Doutorando em Direito e Economia pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduado em Direito da Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA

Procuradora Federal, Consultora Jurídica no Ministério da Infraestrutura, Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestruturas de Rede, Colaboradora na ENAP e Professora em Parcerias Público-Privadas (IPOG, IDP, FGV e outros). Cursa Master of Laws (LLM) na University of London (direção acadêmica da University College London - UCL e Queen Mary - QMUL). Possui Mestrado em Tecnologia Ambiental e Recursos Hídricos pela UnB, Pós Graduação em Direito Constitucional pela UGF e em Direito Tributário pela Estácio, Especialização em Regulação (LSE e ENAP), Graduação em Direito pelo UniCEUB, Engenharia Civil pela UnB e Ciências Contábeis pela FIPECAFI.

PAULA BUTTI CARDOSO

Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2006) e especialização em Arbitragem pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - GVLaw (junho/2008). Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN (desde 2013). Coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União.

PAULO ROBERTO AZEVEDO MAYER RAMALHO

Mestre em direito ambiental e políticas públicas (Universidade Federal do Amapá). Procurador Federal (desde 2011). Exerceu, dentre outros, os seguintes cargos: Procurador-Geral da Agência Nacional de Transportes Terrestres (2018-2019), Procurador-chefe do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis no Estado do Amapá (2012-2014). É Coordenador-Geral de Transportes Terrestres e Aeroviários na Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes.

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO

Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2013) e especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-Brasília (2010). Advogada da União (desde 2006), atualmente ocupando o cargo de Procuradora-Geral junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (desde 2019). Exerceu, dentre outros, os seguintes encargos: Consultora Jurídica Substituta do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (2017-2018), Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Justiça (2012-2015), membro do Núcleo Especializado em Arbitragem – NEA da Advocacia-Geral da União (2018-2019).

RAFAEL VÉRAS DE FREITAS

Professor do LLM em Infraestrutura e Regulação da FGV-RJ. Coordenador do Módulo de Concessões e da Infraestrutura da Pós Graduação da FGV. Doutorando e Mestre em Direito da Regulação na FCFGV-RJ. Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela FGV-RJ (2010). Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Candido Mendes (2008). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro -IDAERJ. Revisor da 16ªed. da obra “Curso de Direito Administrativo”, de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Autor dos livros “Expropriações

Regulatórias”, “A Nova Regulação Portuária”, “Concessão de Rodovias” e Comentários à Lei nº 13.655/2018”.

ROBERTA NEGRÃO COSTA WACHHOLZ

Mestre em Direito e Políticas Públicas, Especialista em Direito Público e Especialista em Advocacia Pública. É Procuradora Federal, membro do Grupo de Prevenção e Combate ao Assédio Sexual da Procuradoria-Geral Federal e representou a AGU como membro titular na ENCCLA/MJ. Exerceu os cargos de Chefe de Divisão de Ações Prioritárias da CGCOB/PGF (2008-2010), membro da Equipe Nacional de Defesa da Probidade da PGF (2016-2020), Coordenadora de Assuntos Judiciais da Subprocuradoria-Geral de Assuntos Judiciais e Extrajudiciais da PF-ANTT (2020) e Subprocuradora-Geral de Assuntos Extrajudiciais da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (2020-2021).

SÍLVIA MACHADO LEÃO

Procuradora Federal (desde 2002). Exerceu o cargo de Advogada do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG (2000-2002).

STANLEY SILVA RIBEIRO

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2021). É advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, tendo passagem pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR da Consultoria-Geral da União e pela Assessoria do Gabinete do Consultor-Geral da União. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Constitucional e Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais, Administração e Políticas Públicas, Patrimônio Público, Regulação Setorial, Servidor Público, Uniformização da Jurisprudência Administrativa.

THAÍS STROZZI COUTINHO CARVALHO

Advogada, pós-graduada em direito processual civil pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), mestranda em direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Presidente da Comissão de Direito Aeronáutico, Aeroportuário e Aeroespacial da OAB/DF, membro da comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF e membro

consultora da Comissão Especial de Direito Aeronáutico, Espacial e Aeroportuário da OAB Nacional. Exerceu, dentre outros, os seguintes cargos: Procuradora-geral da Infraero (2016-2017), Superintendente de Assuntos Regulatórios da Infraero (2014-2016), Consultora-Geral Adjunta da Infraero (2010-2014), Procuradora-Chefe Regional da Infraero (2008-2010).

VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO

Professora da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Doutora em Direito pela USP. Mestre em Direito pela PUC/SP. Lemann Visiting Fellow na Oxford University (Blavatnik School of Government). Advogada. Sócia de Sundfeld Advogados.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Mauro César Santiago Chaves

Natália Resende Andrade Ávila 11

PREFÁCIO

André Luiz De Almeida Mendonça..... 13

PREFÁCIO

Marco Aurélio De Barcelos Silva

Fernando Paes..... 17

Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (Dispute Boards) Nos Contratos de Concessão de Rodovias Federais: Primeiras Impressões e Prospecções no Direito Administrativo Brasileiro

Dispute Boards in Federal Road Concession Contracts: First Impressions and Prospections in Brazilian Administrative Law

Gustavo Justino de Oliveira

Thais Strozzi Coutinho Carvalho..... 19

Bens Reversíveis e sua Função para os Contratos de Longo Prazo

Public Assets and Their Function for Long-Term Contracts

Natália Resende Andrade Ávila

Vera Monteiro.....39

A Regulação em Conceito: A Visão de um Regulador

The Regulation in Concept: The Regulator'S Perspective

Fábio Rogério Carvalho.....55

Investimentos Cruzados em Contratos de Infraestrutura: Uma Análise Sob a Ótica Sistêmica de Redes

The Cross-Investments in Infrastructure Contracts: An Analysis from a Systemic Network Perspective

Natália Resende Andrade Ávila

Rafael Vêras..... 71

Arbitragem no Setor de Infraestrutura: Relato do Caso Galvão

Arbitration in the Infrastructure Sector: Report of Galvão Arbitration Proceeding
Paula Butti Cardoso

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar

Cristiane Cardoso Avolio Gomes.....91

<p>Relações Entre Investimentos Cruzados e Modicidade Tarifária em Concessões Rodoviárias Federais à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>Relationships Between Cross-Investments and Tariff Modicity in Federal Road Concessions in Light of the Brazilian Legal Ordinance</i> Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho</p>	115
<p>A Regulação do Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros na Perspectiva da Teoria da Regulação Econômica <i>The Deregulation of Interstate and International Road Transport of Passengers From the Perspective of the Theory of Economic Regulation</i> Priscila Cunha do Nascimento Kaliane Wilma Cavalcante de Lira Jonas Rodrigues da Silva Junior</p>	135
<p>A Responsabilidade do Regulador na Aprovação de Projetos de Engenharia no Âmbito das Concessões Rodoviárias Federais <i>The Responsibility of the Regulator in the Approval of Engineering Projects in The Field of Federal Highway Concessions</i> Sílvia Machado Leão Milton Carvalho Gomes</p>	153
<p>O Novo Marco Legal das Ferrovias e a Introdução de Short Lines no Modelo Ferroviário Nacional <i>The New Railway Law and the Introduction of Short Lines in the National Model</i> Stanley Silva Ribeiro</p>	167
<p>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 Kaliane Wilma Cavalcante de Lira Roberta Negrão Costa Wachholz</p>	199

APRESENTAÇÃO

Esta edição da revista Publicações da Escola da AGU, que temos a satisfação de apresentar aos leitores, é fruto de um trabalho coletivo de acadêmicos, agentes públicos e privados sobre temas atuais e de particular relevância ao desenvolvimento da infraestrutura de transporte no Brasil. O projeto teve origem nas reflexões realizadas ao longo dos últimos anos na Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, juntamente com as unidades jurídicas da AGU, nas Agências Reguladoras vinculadas ao Ministério, e com as equipes técnicas dos mencionados órgãos e entidades.

Na primeira parte do volume, foram selecionados textos afetos aos setores aéreo e portuário, e, nesta segunda, encontram-se os textos relacionados aos transportes terrestres, bem como tópicos transversais que permeiam todo o setor de infraestrutura.

Busca-se, assim, na segunda parte do volume, conhecer e explorar os setores de transportes rodoviários e ferroviários, a partir de artigos que perpassam discussões sobre mecanismos de resolução e prevenção de conflitos no âmbito de concessões federais de infraestrutura rodoviária, como os *dispute boards* e a arbitragem, até a exploração do serviço de transporte ferroviário por meio do instituto da autorização.

Ainda, importantes e atuais temas, que impactam a infraestrutura nacional e, por conseguinte, a sociedade brasileira, são também trazidos ao debate, como a regulação do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, a aprovação de projetos de engenharia nas concessões rodoviárias federais, e a iniciativa do Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR) pela Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Em sua segunda parte, procura abordar tópicos transversais, como os que concernem aos bens reversíveis, aos denominados investimentos cruzados e à regulação enquanto conceito e fenômeno, agregando a perspectiva sistêmica e integrada que deve existir a fim de garantir um desenvolvimento harmônico do setor de infraestrutura de transportes.

Como mencionado na primeira parte do volume e vale aqui também repisar, pretende-se ampliar o debate sobre os marcos regulatórios de transportes no Brasil e compreender, a partir da abordagem interdisciplinar que se observa neste projeto, presente não apenas na

conjugação dos temas selecionados, como também em seu método de análise, os aspectos jurídicos envolvidos nas discussões, sob os prismas teórico e prático, considerando, ainda, a evolução necessária que se persegue no âmbito do direito e de outras matérias que circundam os setores de infraestrutura, de uma forma fundamentada e contextualizada.

Registramos novamente nosso profundo agradecimento à Escola da Advocacia-Geral da União e a toda sua equipe, na pessoa do Diretor Danilo Barbosa de Sant'Anna, pela oportunidade conferida à publicação desta coletânea. Merecem nossos agradecimentos especiais os colegas Henrique Fulgêncio, Allan Tavares e Stella Arruda Mota, pelo apoio, profissionalismo e gentileza sempre presentes ao longo de toda a trajetória deste trabalho. Também de forma especial, um agradecimento à equipe da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, pelo empenho, dedicação e competência no assessoramento jurídico de políticas públicas tão relevantes à sociedade, possibilitando reflexões como as presentes em toda a coletânea e conferindo a segurança jurídica necessária a sua concretização.

Agradecemos, por fim, aos autores, pela disponibilização de seu precioso tempo e esforço na elaboração dos artigos, aos revisores, pelo esmero em suas participações, e aos leitores, que são o grande propósito deste projeto. Esperamos que apreciem a leitura.

Mauro César Santiago Chaves
Procurador Federal
Coordenador de Aviação Civil na Consultoria Jurídica
do Ministério da Infraestrutura

Natália Resende Andrade Ávila
Procuradora Federal
Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura

PREFÁCIO

A Constituição Federal de 1988, no seu terceiro artigo, descreve quatro objetivos fundamentais da República, todos umbilicalmente ligados entre si e, ao mesmo tempo, relacionados com a temática da infraestrutura. A interdependência desses objetivos é de fácil percepção: será impossível alcançar o status de sociedade livre, justa e solidária (inciso I) sem as condições de bem-estar propiciadas pelo desenvolvimento nacional (inciso II), cuja progressiva realização depende de políticas econômico-sociais visando a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades socioregionais (inciso III), tudo a culminar, enfim, na *“promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (inciso IV). Nenhum desses objetivos, porém, será alcançado sem que, entre outras prioridades, o Brasil confira o devido e adequado tratamento – normativo, administrativo-regulatório, controlador e jurisdicional – ao tema da infraestrutura.

No plano constitucional, aliás, desde o preâmbulo da Carta em vigor, que insere o desenvolvimento como um dos valores supremos da sociedade, até o seu oitavo e último Título, tratando da Ordem Social, cuja base é o primado do trabalho, e o objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), tem-se como incontestáveis, explícita ou implicitamente, as balizas de uma infraestrutura dinâmica e progressivamente modificadora da realidade social como missão impositiva para a presente e futuras gerações. E não é só a Carta de 1988 que dedica atenção ao tema; a primeira Constituição da República, de 1891, já tratava de viação férrea, navegação interior e navegação de cabotagem (art. 13); a de 1934 firmou competência para estabelecer o plano nacional de viação férrea e o de estradas de rodagem (art. 5º, IX); e não foi diferente com as Constituições de 1937, 1946 e 1967.

A atenção histórica dos pactos fundamentais da sociedade política é mais do que justificada, posto que a infraestrutura se revela muito maior que suas realizações tangíveis e imediatas. É por meio dela que se retroalimenta positivamente um sistema dinâmico que, ao fim e ao cabo, resulta em geração de empregos, renda e crescimento econômico, com potencial de modificar a realidade concreta de milhões de pessoas, repercutindo direta e indiretamente em melhorias sociais de toda ordem. É por tal razão que se mostra tão valiosa a conjunção de esforços entre

os poderes, órgãos e instituições da República, incluindo o setor privado, para a construção de caminhos que, com a máxima velocidade possível, aproximem o Brasil do presente dos seus objetivos fundamentais.

Portanto, é altamente louvável a iniciativa conjunta da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura e da Escola da Advocacia-Geral da União que resultou na presente coletânea de artigos dedicados a aprofundar em bases teóricas, e a partir de vivências práticas enriquecedoras, temas fundamentais relacionados à infraestrutura de transportes. As ferrovias e rodovias, objeto central deste segundo volume, são extremamente representativas da importância constitucional dada ao tema, bem como da mutualidade existente entre infraestrutura e coletividade, fomentando as ordens econômica, financeira e social do país.

O início da história ferroviária brasileira, a partir da conhecida Estrada de Ferro Mauá, ganha atualmente os contornos de novos e instigantes institutos jurídicos, como os denominados investimentos cruzados e a possibilidade de exploração de ferrovias por meio de autorizações, que poderão contribuir para a melhoria da malha ferroviária brasileira e que, certamente, seriam motivos de orgulho de Irineu Evangelista de Souza.

As rodovias, a seu turno, também se inserem na construção da história brasileira, desde o lema adotado pelo presidente Washington Luís – *“governar é abrir estradas”* – até as evoluções regulatórias observadas nas concessões mais recentes, algumas delas discutidas, com esmero e propriedade, nos artigos ora apresentados.

Extremamente oportuno, ademais, o debate ofertado acerca do aproveitamento de institutos jurídicos inovadores, mais adequados aos desafios da contemporaneidade, ilustrado pelos Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (dispute boards), bem como a atualização e o aprofundamento de institutos que, a despeito de certa ancianidade, reclamam evolução normativa ou hermenêutica, a partir da própria curva de aprendizado das últimas décadas, como é o caso dos bens reversíveis.

Dessa forma, a coletânea em tela proporciona aos seus leitores a rica junção do conhecimento teórico, bem fundamentado e articulado, à vivência de quem trabalha diuturnamente com os assuntos abordados, trazendo ao setor de transportes e ao campo do direito uma contribuição singular, construída a partir de óticas multidisciplinares, na medida em que tangencia questões jurídicas, regulatórias e econômicas.

Parabenizo, por fim, os coordenadores, autores, revisores da obra e, sobretudo, os integrantes da Advocacia-Geral da União que contribuíram não apenas na concretização destes volumes, mas, especialmente, para a construção de políticas públicas essenciais à sociedade brasileira, enaltecendo ainda mais o papel fundamental da instituição que integram, a qual também tive a honra de integrar por mais de duas décadas.

Salamanca, Espanha/Brasília, janeiro de 2022.

André Luiz De Almeida Mendonça
Ministro do Supremo Tribunal Federal

PREFÁCIO

Nesses últimos tempos, é notável o amadurecimento institucional, regulatório e acadêmico para os temas que envolvem a infraestrutura e o investimento privado em empreendimentos públicos no Brasil. Há, hoje, inúmeras experiências significativas a compartilhar, assim como intrincadas reflexões que a vivência prática vem despertando a todo o instante, dada a riqueza das iniciativas e a complexidade dos múltiplos projetos em curso. Talvez tenha chegado a hora de o País consolidar-se, de uma vez por todas, como um exportador massivo de casos e exemplos, e inspirar positivamente o debate científico internacional.

Haja vista esse panorama, a presente edição da revista Publicações da Escola da AGU, dedicada a tratar de temas jurídico-regulatórios relevantes em transportes terrestres, mostra-se especialmente oportuna. Diga-se mais: ela é oportuna e aderente às expectativas de que há muito para contar da experiência regulatória brasileira contemporânea, sobretudo no mundo das concessões de rodovias e ferrovias.

Nesta segunda parte do volume, será possível colher, diretamente de quem hoje está no frente das discussões sobre os assuntos mais vanguardistas da infraestrutura de transporte terrestres, o testemunho dos desafios e das soluções construídas no dia a dia profissional e acadêmico. Agentes públicos, dentre os melhores quadros da Administração Pública, advogados de escol e professores de elevadíssimo quilate vêm brindar o leitor com tópicos atuais e de grande relevância prática. Quem se debruçar sobre os artigos coligidos na revista perceberá o amplo espectro e a profundidade das abordagens desenvolvidas pelos seus respeitáveis autores.

Por exemplo: será possível conhecer o relato das primeiras experiências relacionadas ao uso dos ainda promissores comitês de resolução de disputas – os dispute boards – no setor de rodovias. Também nesse setor, poderão ser examinados os pormenores de processo arbitral que antecedeu a extinção de importante contrato de concessão. Ambas as exposições permitem projetar um horizonte otimista quanto à adoção de tais institutos alternativos de resolução de conflitos no âmbito de contratos públicos de infraestrutura no Brasil.

Mais adiante, será possível adentrar na análise, igualmente atualíssima, do tratamento dos bens das concessões e sua reversibilidade, que tanto se faz importante sob o contexto do término de contratos

concessórios da década de 90 e das relicitações. Outra contribuição de relevo é a que parte dos próprios reguladores, que narram a visão da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT a respeito: da regulação, em si; da responsabilidade da agência quanto à aprovação de projetos (aspecto que exerce forte impacto sobre os cronogramas de obras nas concessões); e daquela que talvez seja uma das mais marcantes e arrojadas revisões regulatórias perpetradas nos últimos anos: a criação do Regulamento de Concessões Rodoviárias – o RCR.

Já no plano das ferrovias, chama a atenção os artigos que se propõem a analisar a mecânica dos investimentos cruzados, prática hoje já tornada realidade pelo Ministério da Infraestrutura, com a chancela do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI. Mais um tema de destaque, e que tem instigado acalorados debates e nutrido fortes expectativas de uma nova onda de investimentos no sistema ferroviário nacional, envolve o novo marco legal das ferrovias e a disciplina do instituto das autorizações no setor.

Por fim, e não menos importante, o leitor se deparará com provocativo artigo que examina o regime do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros – o denominado TRIIP – e as ponderações que o tópico suscita sob o prisma da regulação econômica, em um trabalho analítico de fôlego.

Por tudo quanto a revista reúne, é imperioso enaltecer a iniciativa da Escola da AGU, destacando, em específico, a dedicação e esmero investidos pelos coordenadores do volume, Mauro César Santiago Chaves e Natália Resende Andrade Ávila. Ambos, junto com outros tantos servidores da Advocacia-Geral da União, vêm desempenhando trabalho de excelência nas posições que ocupam, ajudando a construir uma nova e vibrante história da infraestrutura brasileira – parte da qual é registrada, com intenso controle metodológico e muita galhardia, nas páginas a seguir. Não há dúvidas de que vale a leitura!

Marco Aurélio De Barcelos Silva

Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR

Fernando Paes

Diretor-Executivo da Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários – ANTF.

Diretor da Seção Ferroviária da Confederação Nacional dos Transportes – CNT

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

COMITÊS DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE BOARDS) NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES E PROSPECÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

*DISPUTE BOARDS IN FEDERAL ROAD CONCESSION
CONTRACTS: FIRST IMPRESSIONS AND PROSPECTIONS IN
BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW*

Gustavo Justino de Oliveira

*Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP e no
IDP/DF. Árbitro, consultor e advogado especialista em Direito Público.*

Thaís Strozzi Coutinho Carvalho

Advogada, mestranda em Direito no IDP/DF.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas: conceitos e tipos. 1.1 Conceito e natureza jurídica. 1.2 Comitê revisor ou de assessoramento (dispute review board). 1.3 Comitê adjudicatório (dispute adjudication board). 1.4 Comitê misto (combined dispute board). 2. Dispute board nos contratos de concessão de rodovias federais. 2.1 Cláusula proposta pelo Programa de Parcerias de

Investimentos do Governo Federal nos contratos de concessão de infraestrutura. 2.2 Cláusulas adotadas nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA. 2.3 Acórdãos 4036 e 4037, de 2020, do Plenário do Tribunal de Contas da União: perspectivas e limitações. 2.4 Direito Projetado: projetos de lei que preveem a adoção do Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas em contratos administrativos. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO: Os Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas são amplamente adotados em contratos de longa duração e elevados investimentos em todo o mundo, com sucesso e eficiência relatada pela doutrina nacional e estrangeira. No Brasil a sua aplicação ainda é tímida. O artigo visa a analisar a previsão do comitê nos contratos de concessão de rodovias federais lançados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em 2020, bem como as perspectivas de sua utilização no país. Conclui-se que embora seja incipiente a utilização do mecanismo nos contratos de concessão federal, é perceptível a intenção do Governo Federal de ampliar a sua adoção, alinhando-se às melhores práticas internacionais.

ABSTRACT: Dispute Boards are widely adopted in long-term and high investments contracts around the world, with success and efficiency reported by national and foreign doctrine. In Brazil its application is still shy. The article aims to analyze the DB's forecast in concession contracts for federal highways launched by the National Land Transport Agency (ANTT) in 2020, as well as the prospects for its use in Brazil. It is concluded that although the use of the mechanism in federal concession contracts is incipient, the Federal Government's intention to expand its adoption is noticeable, in line with best international practices.

PALAVRAS-CHAVE: Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas. Dispute Board. Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos. Contrato de Concessão de Serviços Públicos. Rodovias Federais.

KEYWORDS: Dispute Board. ADRs. Public Service Concession Contracts. Interstate Highways.

INTRODUÇÃO

Contratos de longa duração, alta complexidade e elevados custos implicam controvérsias durante sua execução, dada a própria natureza da relação estabelecida entre as partes. É improvável, senão impossível, que o contrato seja capaz de regular todas as peculiaridades da relação jurídica entabulada ao longo do tempo, sendo natural o surgimento de situações técnicas e operacionais não previstas quando da estruturação do projeto.

A superveniência de conflitos entre as partes é, portanto, algo natural e esperado, sendo de bom alvitre que o próprio contrato aponte a forma de solucioná-los. Nesse contexto é que surge o Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas (dispute board), como mecanismo contratual de resolução de conflitos, apto a apresentar soluções para questões supervenientes não reguladas pelo contrato ou cuja interpretação seja controvertida.

O método surgiu nos Estados Unidos da América na década de 1970, tendo sido adotado pela primeira vez em 1975, no contrato de construção da segunda parte do túnel Eisenhower, no estado do Colorado, trazendo benefícios para as partes. O sucesso do instituto foi tamanho, que a solução acabou por ser adotada em inúmeros contratos de construção naquele país (CHERN, 2015, p. 11). Embora conte com quase 5 décadas de aplicação em contratos de todo o mundo, sua adoção ainda é tímida no Brasil.

Os municípios de São Paulo e de Belo Horizonte regulamentaram o instituto, conforme Leis nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, e 11.241, de 19 de junho de 2020, respectivamente de cada um dos municípios citados, havendo projeto de lei de iniciativa do Senado em tramitação, conforme PLS 206, de 2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia, do PSDB de Minas Gerais¹.

A ausência de lei específica não afasta a possibilidade de utilização do comitê em contratos dos programas de concessão do Governo Federal, cujo fundamento se extrai, para as concessões comuns, do artigo 23-A da Lei

¹ A tramitação do projeto de lei, sua redação e emendas podem ser consultadas no <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>. Acesso em 29/06/2021. O texto foi aprovado pelo Plenário do Senado em 29/6/2021, restando pendente a aprovação pela Câmara dos Deputados quando da elaboração do presente artigo.

nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que permite a adoção de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato².

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que institui a nova lei de licitações e contratos, é a primeira lei federal a textualmente prever a adoção do dispute board, conforme seu art. 151, que admite a utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nos contratos administrativos, fazendo expressa menção ao comitê de resolução de disputas, ao lado da conciliação, mediação e arbitragem.

Mesmo antes da edição de tal lei, o Programa de Parcerias de Investimentos do Ministério da Economia promoveu workshop, em 2019, no qual apresentou cláusula padrão para adoção de dispute board no âmbito dos contratos de concessões públicas promovidas pelo Governo Federal, no entanto, sua aplicação ainda não é adotada de forma ampla nos contratos de infraestrutura, a exemplo do edital de concessão de aeroportos da sexta rodada, promovida em abril de 2021, que não previu o dispute board no contrato.

Em contratos de concessão de rodovias, somente em 2020 foi previsto o comitê na modelagem da concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA a cargo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

O presente estudo visa a avaliar o contexto regulatório e normativo em que o dispute board foi previsto nos contratos de concessão das citadas rodovias federais, aprovados pelo Tribunal de Contas da União em 2020, respectivamente, por meio dos Acórdãos 4036/2010 e 4037/2020, ambos do Plenário da Corte de Contas, o primeiro de relatoria do Ministro Vital do Rêgo e o segundo sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

Para tanto, no primeiro item será apresentado o conceito e tipos de dispute board, com as diferenças entre os comitês que adotam decisões não vinculantes (dispute review board), decisões vinculantes (dispute adjudication board) ou mistas (combined dispute board), abordando-se as vantagens e desvantagens de cada modelo, bem como a natureza jurídica do instituto.

Em seguida, será analisada a cláusula de dispute board adotada nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA, avaliando-se a sua aderência à cláusula

2 O artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04, igualmente prevê que as parcerias público-privadas (concessões patrocinadas e concessões administrativas) adotem mecanismos privados de solução de conflito, assim como o artigo 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93 admite expressamente a importação de normas e procedimentos de organismos internacionais nos contratos administrativos financiados com recursos de tais organismos, o que pode implicar a utilização do dispute board, dada a ampla exigência de bancos internacionais de investimentos para que sejam adotadas cláusulas de constituição de dispute board em contratos de longa duração e altos investimentos.

padrão adotada pelo Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal, bem como o entendimento jurídico sobre o instituto traçado pela Procuradoria Federal junto à ANTT e a determinação do Tribunal de Contas da União sobre a proposta de cláusula apresentada pela agência, avaliando-se as perspectivas e limitações decorrentes da determinação da Corte de Contas e do direito projetado.

Será utilizada a metodologia de revisão doutrinária, conforme referencial teórico próprio dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, a exemplo da doutrina de Cyril Chern, bem como o estudo de caso, a partir dos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA, anexos aos editais nº 1/2021 e 2/2021, publicados pela ANTT, respectivamente, em 29/01/2021 e 31/03/2021.

1. COMITÊ DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE DISPUTAS: CONCEITOS E TIPOS

Neste item serão apresentados os conceitos e tipos de comitês de resolução e prevenção de disputa, apresentando os comitês de acordo com o caráter vinculante ou não vinculante de suas decisões, bem como as vantagens de cada espécie, de acordo com a doutrina e experiência de outros países relatada pelos autores que se dedicam ao estudo do tema.

1.1. Conceito e natureza jurídica

O Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas (DB) é um órgão, em regra permanente³, previsto em contrato, usualmente formado por três membros independentes, escolhidos pelas partes, que acompanha a execução do objeto contratado desde o seu nascedouro, podendo adotar decisões vinculantes ou recomendações em face das situações a ele submetidas pelas partes contratantes.

Trata-se de uma “criatura do contrato” (CHERN, 2015, p. 5), já que são as partes que elegem a sua instituição, por meio de previsão contratual que poderá conferir ao comitê poderes adjudicatórios ou apenas de revisão ou recomendação.

Os membros do DB são usualmente indicados pela parte, sendo que cada contratante indica um membro e os dois indicam um terceiro, de comum acordo, que exercerá a presidência do órgão, garantindo-se, assim, a imparcialidade do comitê. Regulamentos como o do Centro de

3 O regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação (CAM-CCBC) prevê a instituição de comitês permanentes ou *ad hoc*, em que ele somente será constituído para o tratamento de controvérsias ou esclarecimentos específicos, sendo destituído logo após a solução.

Arbitragem e Mediação de Comércio Brasil-Canadá para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (BRASIL, 2018) preveem a possibilidade de a parte impugnar a indicação feita no prazo de 7 dias.

O principal objetivo do instituto é a resolução e prevenção de conflitos em contratos de longa duração, alta complexidade técnica ou operacional e elevados custos. Tais aspectos são fatores preponderantes para a escolha do DB em contratos, em razão da impossibilidade de se regular no instrumento todas as situações decorrentes de sua execução, sendo inevitável a ocorrência de lacunas que invariavelmente conduzirão a controvérsias cuja solução não estará previamente definida.

O comitê foi inicialmente adotado em contratos de obras, a exemplo do Eurotúnel entre França e Inglaterra, do aeroporto internacional de Beijing, na China, do aeroporto de Hong Kong, do Niagara Tunnel, no Canadá e da rede ferroviária de Eithad, nos Emirados Árabes (CHERN, 2015, p. 91-102).

A sua aplicação é compatível, no entanto, também com outros contratos de longa duração, como concessões e parcerias público-privadas (Wald, 2011, p. 4), como nas concessões de rodovias federais analisadas reguladas pelos editais nº 1/2021 e 2/2021, da ANTT, objeto deste estudo.

Garcia (2016, p. 2) aponta o instituto como “um mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação *ex ante* do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática”.

Embora possa ocorrer a implantação *ad hoc* do comitê, apenas quando suscitado conflito pelas partes, o acompanhamento permanente do desenvolvimento da obra ou projeto contratado torna o comitê mais eficaz (RIBEIRO e ALMEIDA, 2013, 230), reduzindo tanto os custos com o procedimento quanto a própria burocracia no levantamento de fatos, eis que há efetivo acompanhamento, em tempo real, do desenvolvimento do projeto pelos membros do comitê.

Os membros se reúnem periodicamente, realizando também visitas técnicas ao local do empreendimento e recebendo reportes periódicos sobre o andamento da obra. Dessa forma, não apenas torna-se possível antever o surgimento de eventuais conflitos como também, uma vez submetida a questão à resolução pelo comitê, poderão seus membros visualizar o caso com muito maior clareza e conhecimento do fato, eis que acompanham detalhadamente o empreendimento e sua execução.

Assim, enquanto procedimentos arbitrais e processos judiciais atuam após a instalação do conflito e, via de regra, após a execução da obra, com a necessidade de apuração documental e muitas vezes pericial para a comprovação dos fatos, no DB os membros acompanham a execução de

modo contemporâneo, sendo este fato apontado (Wald, 2011, p. 5) como uma grande vantagem de eficiência do procedimento.

A celeridade na solução do conflito é outra vantagem do procedimento adotado pelo DB, como decorrência da própria contemporaneidade da análise ao surgimento da controvérsia. Por outro lado, a celeridade da solução pode induzir as partes a maior reflexão quanto à própria submissão do conflito ao comitê, visto que restará de pronto definido o resultado, que naturalmente irá beneficiar uma parte e contrariar os interesses da outra.

Adotada a decisão ou feita a recomendação pelo comitê, a sua formalização se dará, via de regra, por meio de um aditamento ao contrato, de modo a incorporar a regra ao instrumento. Daí, tem-se que a natureza do instituto é de obrigação contratual, eis que as partes não apenas decidem, de antemão, por força do contrato, a submeter os conflitos ao comitê como também, necessitarão formalizar suas resoluções por meio de aditamento ao contrato.

O órgão poderá exercer também função de mediação, de tal forma que a solução do conflito seja construída pelas próprias partes.

1.2. Comitê revisor ou de assessoramento (dispute review board)

As decisões adotadas pelo comitê poderão ter caráter opinativo ou de revisão, com efeitos não vinculantes. Os comitês que adotam decisões não vinculantes acabam por se tornar um órgão de consultoria técnica das partes contratantes, baixando recomendações diante dos conflitos ou consultas submetidas aos seus integrantes.

Caso as partes estejam de acordo com a recomendação feita, adotar-se-á a solução apontada de comum acordo e, caso haja discordância, a questão poderá ser submetida a arbitragem ou ao judiciário, a depender do foro de eleição do contrato.

O regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB, 2017) estabelece que a recomendação adotada pelo comitê, caso não impugnada pelas partes no prazo de 15 dias, torna-se vinculante.

Os Estados Unidos da América foram o berço dos Dispute Review Boards (DRB), que adotam apenas esse modelo. Dentre as vantagens do modelo, aponta-se o fato de as partes não terem qualquer razão para temer a submissão do conflito ao comitê, eis que não estarão vinculadas ao seu resultado (CHERN, 2015, 6). Por outro lado, seja em razão da qualidade técnica, conhecimento de fato ou confiança usualmente depositada nos membros do comitê, a recomendação adotada pelo comitê certamente integrará o processo judicial ou procedimento arbitral que ao final decidirá a controvérsia, constituindo-se relevante prova para o deslinde do caso.

1.3. Comitê adjudicatório (dispute adjudication board)

O Comitê adjudicatório adota decisões vinculantes, a que se submeterão as partes por força de disposição contratual. O modelo surgiu a partir de uma evolução do comitê revisor adotado pelos norte-americanos (CHERN, 2015, p. 6), sendo amplamente usada nas diferentes partes do mundo, à exceção dos Estados Unidos da América.

As vantagens do mecanismo contratual são tamanhas que o Banco Mundial passou a recomendar a adoção do comitê em obras financiadas pelo banco e, na sua esteira, o International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) editou modelos padronizados de contrato, com cláusula de DB na sua modalidade vinculante, em 1996 (CHERN, 2015, p. 12).

Apesar de vinculante, é certo que a decisão do comitê de adjudicação por vezes não é final, eis que sempre será possível a sua submissão ao judiciário ou à arbitragem, no entanto, a decisão fixada por comitê técnico, que conhece a obra e adota decisão fundamentada e contemporânea ao conflito acaba por influenciar o entendimento fixado pelo juízo arbitral ou tribunal.

Além disso, importante o registro de que, havendo as partes se submetido contratualmente às decisões do comitê, o descumprimento de uma decisão vinculante implica o descumprimento do próprio contrato, de modo que o contratante que a descumprir estará em mora, com todas as consequências dela decorrentes, até que sobrevenha decisão arbitral ou judicial em sentido diverso.

Chern (2015, p. 34) destaca que, embora o comitê de adjudicação adote decisões vinculantes, nada impede que as partes solicitem a opinião do comitê sobre algum aspecto, a qual não terá efeito vinculante, mas apenas de orientação ou assessoramento, o que torna essa modalidade ainda mais atraente.

1.4. Comitê misto (combined dispute board)

O comitê misto é uma variação dos dois modelos apresentados, desenvolvida pela Câmara Internacional de Comércio (ICC).

Os comitês mistos apresentam uma solução intermediária dos modelos de revisão e adjudicatório, em que, em regra são apresentadas recomendações e, no entanto, caso uma das partes requeira a adoção de uma decisão vinculante, não havendo objeção da outra parte, a decisão vinculará ambas. Lado outro, caso a parte apresente qualquer impugnação à pretensão de submeter a uma decisão vinculante, o comitê decidirá se será firmada decisão ou recomendação.

Chern (2015, p. 34) aponta que o modelo constitui um “*cenário mais palatável do que um simples dispute review board ou um dispute adjudication board, principalmente em situações em que as partes são novas no conceito de dispute board*”.

2. DISPUTE BOARD NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS

No final de 2020 a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) lançou dois editais de concessão de rodovias com a previsão de adoção de dispute board para a solução de controvérsias surgidas nos contratos, conforme editais aos editais nº 1/2021 e 2/2021, publicados pela ANTT, respectivamente, em 29/01/2021 e 31/03/2021.

O objetivo do presente item é analisar o teor de tais cláusulas, verificando sua aderência à cláusula padrão proposta pelo Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal no workshop realizado em 2019, bem como as perspectivas e limitações de adoção do mecanismo a partir do entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União no julgamento dos Acórdãos nº 4036 e 4037, de 2020.

2.1. Cláusula padrão proposta pelo Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal nos contratos de concessão de infraestrutura

O Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal (PPI) promoveu, no segundo semestre de 2019⁴, workshop e consulta pública para o recebimento de contribuições para fins de edição de resolução que tem por objetivo aprovar cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa.

A minuta foi debatida com os diversos órgãos do governo que atuam no setor de infraestrutura, com a Advocacia Geral da União e com câmaras de mediação e arbitragem. Assim, houve manifestação e contribuições, dentre outros, do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA/AGU), da Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, da Agência Nacional de Transportes Terrestres, do Ministério de Minas e Energia, da Câmara de Comércio Internacional, da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial, da Agência Nacional de Aviação Civil, além de servidores dos ministérios

⁴ Informação disponível em <https://www.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19>. Acesso em 27/5/2021.

da Economia, Infraestrutura, Transparência e Controladoria-Geral da União e advogados e especialistas que atuam na área, conforme se extrai da Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI (BRASIL, 2019).

Houve um workshop específico para debater e apresentar o dispute board, em setembro de 2019, com a participação de quatro especialistas para apresentar experiências com a utilização no Brasil e no mundo: Beatriz Vidigal Xavier da Silveira Rosa, Luis Otávio Rosa, Maurício Brun Bucker e Fernando Marcondes.

O PPI apresentou uma minuta de resolução, submetida à consulta pública, na qual propôs cláusula modelo para a solução de controvérsias como forma de incentivar a adoção de mecanismos adequados para a solução de conflitos, numa perspectiva de sistema multi-portas de solução de conflitos, sem caráter obrigatório, mas sim com contornos de soft law, a recomendar a adoção das cláusulas propostas.

O dispute board está previsto no anexo II da minuta de resolução, que deixa a cargo do poder concedente a previsão de comitê permanente ou *ad hoc*, sendo o permanente constituído em determinado período após a celebração do contrato, com a sugestão de que isso ocorra em 60 dias, e o *ad hoc* somente quando configurado o conflito entre as partes.

A Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI (BRASIL, 2019, p. 16) destaca as vantagens e desvantagens de cada modelo:

92. O comitê permanente é instituído desde o início do contrato ou durante a fase contratual crítica para o surgimento de potenciais conflitos. Aponta-se como vantagem do modelo de comitê permanente o seu conhecimento a respeito da execução do contrato com maior propriedade e ex ante ao surgimento do conflito, conferindo-lhe condições para proferir recomendações e decisões mais adequadas e céleres. Por consequência, este acompanhamento *pari passu* do comitê tende a induzir condutas mais cooperativas pelas partes, evitando a potencialização dos conflitos e a submissão de pleitos ao comitê e resolvendo as divergências entre elas de forma espontânea. Por outro lado, a existência perene do comitê representará para as partes maiores custos na sua manutenção.

93. Já o comitê *ad hoc* é instituído quando já instaurada a divergência. Só então os especialistas indicados como membro do colegiado tomarão conhecimento dos fatos, de modo que sua decisão tende a ser menos informada, embora seja menos dispendiosa esta modalidade em relação ao comitê permanente.

A adoção do comitê *ad hoc* está focada, portanto, em redução de custos, reconhecendo-se a vantagem do comitê permanente, ante o seu conhecimento do caso previamente ao surgimento do conflito, inclusive no que tange à possibilidade de a própria existência do comitê induzir à solução consensual do potencial conflito.

O modelo proposto faculta ao órgão público a previsão de comitê adjudicatório, recomendatório ou misto, conforme critérios de conveniência do gestor público responsável pela modelagem da concessão, conforme características do empreendimento licitado.

A PPI aponta como vantagens do modelo adjudicatório a redução do custo decisório, o que corresponde a uma desvantagem de se retirar o caráter auto-executável dos atos da administração, visto que em caso de discordância da administração quanto à decisão adotada, somente poderia ser suspensa a decisão mediante provimento judicial ou arbitral. Lado outro, o modelo recomendatório mantém o poder decisório do gestor público, o que é visto pela PPI como uma vantagem frente ao outro modelo.

A minuta elege as matérias que estarão sujeitas a ser submetidas ao comitê, conforme seu item 1.6, que assim dispõe:

1.6. São passíveis de serem submetidas ao Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, ainda que exijam interpretação do Contrato, nas seguintes matérias:

- (a) equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;
- (b) execução de serviços e obras e sua adequação aos parâmetros exigidos pela regulação e pelo Contrato; e
- (c) avaliação de ativos e de indenizações.

1.6.1. Não são passíveis de submissão ao Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências as divergências não previstas na subcláusula 1.6, e toda matéria afeta à prerrogativa de definição da política pública.

O texto proposto é expresso no sentido de que não será qualquer matéria sujeita à apreciação pelo comitê, o qual será restrito à análise das demandas vinculadas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, à execução de serviços e obras quanto à adequação aos parâmetros exigidos pela regulação e pelo contrato e à avaliação de ativos e de indenizações.

Nota-se a preocupação da União, enquanto poder concedente, de não recomendar a submissão de matérias ao comitê que possam interferir em questões afetas às prerrogativas por ela exercidas na relação contratual, como questões as relativas à definição de políticas e ao interesse público.

A relação contratual com a Administração Pública está tradicionalmente atrelada à posição do Estado contratante dotado de supremacia de poder em relação ao contratado (MEIRELLES, 2000, p. 201), o que merece alguma reflexão quando se trata de solução de conflitos com a Administração por métodos outros que não os tradicionais processos administrativo e judicial.

A própria Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, é clara ao permitir a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública por meio da arbitragem somente quando se trate de direitos patrimoniais disponíveis, a revelar a especial tutela legal conferida ao interesse público.

A proposta da PPI está, nesse sentido, alinhada à legislação de regência dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, eis que não permite a adoção do dispute board para todo e qualquer caso, mas apenas para parte dos direitos patrimoniais disponíveis de que dispõe o Estado numa relação contratual de longo prazo, como nas concessões reguladas pelo programa.

2.2. Cláusulas adotadas nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA

Os editais nº 1/2021 e 2/2021, publicados pela ANTT, que tem por objeto a concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA (BRASIL, 2021), preveem, nos contratos a eles anexados, a possibilidade de adoção do comitê de resolução de conflitos, instaurado de modo *ad hoc*, ou seja, somente quando evidenciado um conflito, e com caráter recomendatório.

O comitê poderá ser constituído por iniciativa do poder concedente ou da concessionária, devendo ser adstrito a posicionamento sobre questões de natureza eminentemente técnica, diante de situações concretas excepcionais e complexas.

Embora louvável a adoção da cláusula do dispute board no contrato de concessão de rodovias, a proposta ainda é tímida, dada a excepcionalidade da convocação do comitê e a subjetividade da sua hipótese de cabimento.

Diferentemente do que proposto pelo PPI, a cláusula do contrato de concessão das rodovias não especifica as matérias que estarão sujeitas ao pronunciamento do comitê de resolução de conflitos, além de condicionar a adoção do mecanismo à regulamentação do assunto pela ANTT⁵.

⁵ Nesse ponto, importa destacar que os contratos expressamente preveem que a inexistência da regulamentação pela ANTT, sendo que a sua inexistência não ensejará quaisquer direitos subjetivos à Concessionária.

Nota-se, portanto, que a adoção do comitê acaba por se tornar medida tão excepcional que corre o risco de perder a sua efetividade na solução de conflitos. Ademais, a própria constituição do comitê já poderá ser objeto de controvérsia, ante a falta de clareza nas suas hipóteses de cabimento. Não obstante tenha deixado o contrato de especificar as hipóteses em que poderá ser convocado o comitê, certo que os casos previstos pelo PPI para o cabimento do painel de solução de disputas poderão ser adotados como parâmetro para indicar a convocação do dispute board no caso concreto, visto que constituem matérias de ordem técnica e excepcionais.

O comitê de solução de disputas, a par de constituir um mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos, privilegia que a solução se dê de modo consensual, em especial na hipótese em que fixa entendimentos não vinculantes, como é caso do contrato de concessão de rodovias.

Nesse ponto, vale rememorar que a Lei de Arbitragem, com a redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015, expressamente reconhece a possibilidade de a Administração adotar a arbitragem para solução de controvérsia de direitos patrimoniais disponíveis. Parece-nos, portanto, que esse pode ser um ponto de partida, para fins de garantir maior objetividade na aplicação do dispute board nos contratos de concessão de rodovias, dada a semelhança dos institutos, igualmente enquadrados como mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, conduzidos por comitês de especialistas independentes e imparciais indicados pelas partes.

Importante o registro de que a ANTT conta com regulamentação própria sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da agência, conforme Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019, a qual especifica, em seu art. 2º, o que se entende por direitos patrimoniais disponíveis:

Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:

I - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato;

III - penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias;

IV - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e

V - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.

Ao prever o caráter recomendatório do comitê, o contrato registra, ainda, o intuito de a recomendação “prover subsídios para a tomada de decisão da ANTT”, com necessidade de que seja proferida a recomendação previamente à decisão administrativa sobre a matéria. A previsão revela o intuito do poder concedente de resguardar sua prerrogativa de supremacia na relação contratual, o que igualmente pode acabar por retirar a eficácia do instituto.

A própria ANTT reconhece (BRASIL, 2020-A, p. 108-109) o instituto como um mecanismo de solução de conflitos, apontando como sua maior vantagem a possibilidade de se ter a questão contratual revista por especialistas em um curto período, a atrair o interesse de instituições como o Banco Mundial, que indica a adoção do mecanismo como condição para a aprovação de alguns financiamentos.

Como visto, o interesse dos bancos financiadores na submissão das controvérsias ao comitê está relacionado à segurança jurídica decorrente de solução adotada no caso concreto, atrelada à celeridade e à eficiência das decisões firmadas pelo comitê, de modo que deve o poder concedente estar atento à segurança jurídica esperada com a adoção de tal mecanismo de solução de controvérsia, especialmente quando da sua regulamentação.

No caso das recomendações do dispute board previsto no contrato de concessão de rodovias federais, se por um lado está determinado no contrato que somente serão submetidos ao comitê questões de natureza eminentemente técnica em situações excepcionais e complexas, de outro, certo que a solução do caso concreto deverá atender ao interesse público, ainda que esse interesse aponte para o reconhecimento dos argumentos da concessionária, que poderá ter razão no caso concreto, sendo merecedora da decisão que lhe reconheça algum direito em face do poder concedente.

2.3. Acórdãos 4036 e 4037, de 2020, do Plenário do Tribunal de Contas da União: perspectivas e limitações

Quando da análise dos editais e contratos de concessão das rodovias BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA pelo Tribunal de Contas

da União (TCU), houve pronunciamento da unidade técnica do Tribunal no sentido de recomendar a exclusão da cláusula do dispute board dos contratos analisados (BRASIL, 2019).

O fundamento da unidade técnica era de que poderia o comitê “macular toda a execução contratual, visto que a ausência de regulamentação pela ANTT de um mecanismo previsto no contrato incorre no risco de se gerar um pretexto para a não realizações de obrigações por parte da Concessionária”, destacando também que o mecanismo poderia não trazer a celeridade almejada, ante a necessidade de se constituir o comitê *ad hoc*, com dispêndio de tempo para selecionar os seus membros e ainda para que eles conhecessem todas nuances do caso concreto até que adotassem a recomendação, fora todo o procedimento necessário até a efetiva tomada de decisão pelos gestores do contrato.

O entendimento da unidade técnica não prevaleceu, tendo os votos dos Ministros condutores dos Acórdãos 4036 e 4037, ambos de 2020, apontado para solução diversa, ante o pronunciamento da ANTT nos autos dos processos.

Ponderaram os Ministros, em ambos os processos, que embora as regras sobre o comitê carecessem de detalhamento por norma interna da agência, a procuradoria do ente público já apontara a solução, eis que condicionada a convocação do comitê à previa regulamentação do instituto.

Além disso, foi ponderado pelo TCU a existência de regulamentação no âmbito da agência sobre outros mecanismos de solução de controvérsias, conforme a Resolução 5.845, de 2015, já citada nesse estudo, que reflete a maturidade da ANTT na condução do assunto.

Consideraram também os Ministros da Corte de Contas ser salutar a incorporação de mecanismos privados de resolução de controvérsias reconhecidos internacionalmente. Desse modo, foi aprovada a cláusula do dispute board nos contratos de concessão, desde que sua adoção ocorresse somente após a sua regulamentação e que eventual omissão da autarquia não conferiria quaisquer direitos subjetivos à concessionária, em observância do art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995.

Extrai-se da decisão do TCU que, se por um lado, reconhece o Tribunal o amparo legal para a previsão do instituto, por outro mantém-se a cautela de somente permitir a sua instituição mediante a regulamentação interna do assunto pela agência, ainda que reconheça a semelhança da questão, se comparada às normas que regulamentam a autocomposição e a arbitragem pela própria ANTT, em aparente contradição.

Além disso, certo é que as Câmaras de Arbitragem nacionais e internacionais já regulamentaram o instituto - a exemplo dos regulamentos do CCBC (BRASIL, 2018) e da CAMARB (BRASIL, 2017) - de modo que

bastaria a eleição de uma dessas entidades para conduzir a instituição do comitê, para que fosse suprida tal lacuna.

Nota-se ainda a falta de compreensão do mecanismo pela unidade técnica do Tribunal, que enxergou no dispositivo a possibilidade de entraves e atrasos no empreendimento, embora as experiências internacionais apontem justamente para a maior celeridade das soluções apresentadas pelo comitê, ante a contemporaneidade da sua atuação.

Ainda que tenha sido prevista a constituição *ad hoc* do comitê, que a nosso ver não é a melhor solução, por se perder a oportunidade de os seus membros acompanharem toda a execução do empreendimento, prevendo controvérsias e soluções adequadas, entende-se que ainda assim o comitê terá melhores condições de apresentar soluções rápidas e apropriadas, ante a contemporaneidade de sua constituição, o tempo reduzido de atuação e a natureza técnica e multidisciplinar da equipe de especialistas.

Ademais, o pronunciamento da equipe de especialistas constitui prova para procedimentos arbitrais e judiciais posteriores, de modo que a não adoção da recomendação por qualquer das partes, poderá ensejar o questionamento posterior no foro adequado, auxiliando a recomendação adotada na formação do convencimento do árbitro ou juiz.

Desse modo, entende-se que a não adoção da recomendação do comitê pelas partes precisará ser suficientemente motivada e documentada, como forma de se buscar um pronunciamento judicial ou arbitral favorável em momento posterior, caso venha a ser questionada pela parte que se sentir prejudicada.

Conclui-se, portanto, que embora o mecanismo tenha se provado como método adequado e eficiente para a solução de controvérsias em contratos de longo prazo e alta complexidade em inúmeros empreendimentos no mundo, no Brasil, ele encontra ainda algumas limitações quando se trata de obra ou de empreendimentos públicos, especialmente ante a posição de supremacia do Poder Público na relação contratual e na falta de compreensão dos órgãos de controle quanto à sua eficácia.

2.4. Direito Projetado: projetos de lei que preveem a adoção do Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas em contratos Administrativos

No âmbito do direito projetado, destacam-se dois projetos de lei de iniciativa do Senado Federal que dispõem sobre os Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas em contratos administrativos. São eles o PLS 472/2012, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares - PSB/SE, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, sob o número PL 7063/2017, sob a relatoria do Deputado Arnaldo Jardim, e o PLS 206, de

2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia, cujo texto foi aprovado em junho de 2021 pelo plenário do Senado, com o consequente envio para a Câmara dos Deputados.

O PL 7063/2017 objetiva alterar a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios, prevendo, em seu art. 179 a possibilidade de o contrato de concessão prever comitês de prevenção e resolução de disputas para solução de controvérsias de natureza técnica ou econômico-financeira, da mesma forma como previsto nos contratos de concessão das rodovias federais analisados e como diretriz fixada pela PPI.

O PLS 206/2018 é mais específico, regulamentando a efetiva instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União.

A justificação apresentada pelo PLS 206/2018 destaca a eficiência do mecanismo como método adequado de solução de conflitos em contratos de longa duração e elevados investimentos ao redor do mundo, apontando a celeridade e segurança jurídica do Dispute Board.

O PLS 206/2018 em muito se assemelha à Lei do Município de São Paulo, prevendo a possibilidade de se adotar: a) Comitês de Revisão, que expedem recomendações não vinculantes às partes; b) Comitês de Adjudicação, que emitem decisões vinculantes; e c) Comitês Híbridos, que podem emitir decisões vinculantes ou não vinculantes.

Os projetos reforçam a tendência de que o mecanismo passe a ser amplamente adotado em contratos de concessões, como os analisados no presente estudo, mediante a regulamentação do dispositivo, como forma a garantir maior segurança jurídica na execução do contrato.

3. CONCLUSÃO

Embora adotado em todo o mundo, o dispute board ainda encontra algumas limitações para sua aplicação no Brasil, em especial diante da falta de regulamentação específica no âmbito da Administração Pública Federal.

Ainda que se reconheça a não obrigatoriedade de se regulamentar normativamente a matéria pela Administração - como aliás se chegou a aventar no julgamento do Acórdão 4037/2020 do TCU, que reconheceu a maturidade da ANTT para o trato de questões submetidas à mediação e à arbitragem, presente a semelhança dos institutos - entendemos que a regulamentação normativa acabará por conferir maior segurança jurídica na aplicação das cláusulas do contrato, porquanto garante maior uniformidade

de entendimentos e segurança para os próprios gestores públicos e, como consequência, para a concessionária do serviço público.

Vislumbra-se que a regulamentação da nova lei de licitações e contratos, a Lei nº 14.133, de 2021, será uma boa oportunidade de esmiuçar a matéria, adotando-se entendimento uniforme para toda a Administração Pública Federal, de modo a se garantir a almejada segurança jurídica no cumprimento dos contratos administrativos.

A ampla adoção do instituto nos contratos de concessão permitirá, ainda, maiores investimentos no país, ante a exigência de bancos internacionais de investimento de que haja previsão do dispute board em contratos de longo prazo, não tendo sido outro o motivo mais plausível – em nosso entendimento – para que o PPI tenha recomendado a sua adoção em regulamentação proposta em 2019.

Assim, embora ainda que incipiente a previsão do instituto em contratos de concessão de infraestrutura de transportes do país, percebe-se a intenção do Governo Federal de ampliar a sua adoção, alinhando-se às melhores práticas internacionais sobre o assunto, o que fortemente se espera que aconteça ao longo dos próximos anos no âmbito do Programa de Parceria e Investimentos, que tem alavancado concessões de longo prazo e elevada rentabilidade para o país, com investimento que ultrapassaram a marca R\$ 144,5 bilhões somente no pagamento de outorgas, de 2016 a 2020.⁶

REFERÊNCIAS

BRASIL. Edital nº 1/2021 da ANTT. *Concessão da BR-153/414/080/TO/GO*. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/br-153-414-080-to-go>. Acesso em 27/5/2021.

_____. Edital nº 2/2021 da ANTT. *Concessão da BR-163/230/MT/PA*. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/br-163-230-mt-pa>. Acesso em 27/5/2021.

_____. *Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI*, emitida no processo nº 00130.000607/2019-22, SEI/PR 1475157, de 28 de outubro de 2019, disponível em <https://www.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19>. Acesso em 27/5/2021.

_____. *Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC, 2018*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2019/12/Regulamento-de-Dispute-Boards-2018.pdf>. Acesso em: 23/8/2021.

⁶ Disponível em <https://www.ppi.gov.br/publicacoes-institucionais>. Acesso em 05/06/2021.

_____. *Regulamento de dispute board da CAMARB, 2017*. Disponível em: <https://camarb.com.br/dispute-board-drb-ou-junta-de-consultores/regulamento/>. Acesso em 26/5/2021;

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 4036/2021*, disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1693620205.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=0e09e270-3fc8-11eb-8bb0-f3fac0617b6b>. Acesso em 20/5/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 4037/2021*, disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/4037/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520>. Acesso em 20/5/2021.

CHERN, Cyril. Chern on Dispute Boards (3rd ed.). *Informa Law from Routledge*. 2015 <https://doi.org/10.4324/9781315756615>, acesso em março de 2021

GARCIA, Flávio Amaral. “*O Dispute Board e os Contratos de Concessão*.” Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/odispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em 19/5/2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: *Eficiência e casos Práticos*. <https://doi.org/10.14210/nej.v18n2.p224-239>. Acesso em 19/5/2021.

Recebido em 09/11/2021
Aprovado em 16/12/2021

BENS REVERSÍVEIS E SUA FUNÇÃO PARA OS CONTRATOS DE LONGO PRAZO

PUBLIC ASSETS AND THEIR FUNCTION FOR LONG-TERM CONTRACTS

Natália Resende Andrade Ávila

*Procuradora Federal. Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura.
Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestrutura de Redes.*

Vera Monteiro

*Professora da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.
Doutora em Direito pela USP. Mestre em Direito pela PUC/SP. Lemann Visiting
Fellow na Oxford University (Blavatnik School of Government).*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O que são bens reversíveis?. 2. O que diz a legislação sobre bens reversíveis?. 3. Qual a função do contrato?. 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo propõe uma visão realista sobre o direito brasileiro e o modo como o direito positivo trata do instituto da reversão de bens em contratos públicos de longo prazo. As reflexões deste texto aplicam-se aos “contratos de parceria”. O tema está intimamente relacionado à modelagem econômico-financeira do negócio, bem como à execução do contrato e aos mecanismos de sua sustentabilidade financeira, seja da perspectiva do poder público, dos financiadores, dos concessionários e, sobretudo, dos usuários. A conclusão é de que o desenho da reversibilidade de bens no caso concreto dependerá da regulação e da modelagem contratual, podendo ser ampla ou limitada aos bens indispensáveis à execução do serviço. Ela poderá, ainda, nem existir, se não for necessária à garantia da continuidade do serviço. Seus contornos, assim, dependem da regulação e do contrato e, por tal razão, não se mostra razoável elaborar, em abstrato, uma teoria geral sobre reversão de bens, da qual se sacaria uma solução única, aplicável a qualquer contrato de parceria.

PALAVRAS-CHAVE: Bens Reversíveis. Contratos de Parceria. Concessão de Serviço público. Continuidade do Serviço. Regulação.

ABSTRACT: This article proposes a realistic view of Brazilian law and how positive law deals with public assets in long-term contracts between a public and a private party. The reflections of this text apply to “partnership contracts”. The theme is closely related to the financial structure of the project, as well as the performance of the contract and the mechanisms of its sustainability, from the perspective of the government, the financiers, the concessionaires and, above all, the consumers. The conclusion is that the design of public assets in long-term contracts will depend on the regulation and contractual structure and may be broad or limited to the assets that are indispensable to the execution of the service. It may also not even exist, if it is not necessary to guarantee continuity of the service. Its boundaries, therefore, depend on the regulation and the contract and, for this reason, it is not reasonable to elaborate, in abstract, a general theory, from which a single solution would be drawn, applicable to any partnership contract.

KEYWORDS: Public Assets. Partnership Contracts. Concession Contracts. Continuity of Service. Regulation.

INTRODUÇÃO

O texto propõe uma visão realista sobre o direito brasileiro e o modo como o direito positivo trata do instituto da reversão de bens em contratos públicos de longo prazo. É na dinâmica de alguns desses contratos que surge o debate sobre bens reversíveis, em especial, nos de concessão de serviços públicos.

É comum que bens reversíveis sejam qualificados como bens públicos. Seja porque são bens do Estado que são transferidos para a posse do concessionário, que assumirá a sua gestão, seja porque são bens adquiridos pelo concessionário durante a concessão para executar o contrato e que, por serem necessários ao serviço concedido, recebem tratamento de bem público, pois estão afetados à prestação do serviço e, por isso, serão revertidos ao poder concedente ao final da concessão (pelo advento do termo contratual ou por sua extinção antecipada).

Daí porque, como ressalta Azevedo Marques (2015, p. 196), “que se pode afirmar que os bens integrantes da concessão (não a integralidade dos bens de domínio da concessionária) são bens públicos, no sentido funcional (porquanto dedicados à prestação de um serviço público)”, e, “sob o prisma dominial, são, em parte, bens públicos (aqueles que ao tempo da concessão eram já de titularidade do poder concedente e seguem sendo) e, em parte, privados (aqueles que integram o patrimônio da concessionária mas, por serem essenciais ao serviço público, são desde logo considerados reversíveis)”.

O desafio é desenhar essa composição de interesses e investimentos no caso concreto que leva à configuração dos bens reversíveis. É no contrato que estará a eventual cessão de bem público ao concessionário no início da concessão, bem como o detalhamento dos investimentos necessários ao cumprimento de seu objeto. Mas quando um investimento se traduz em um bem que, ao final, será transferido ao poder concedente?

Haja vista a incompletude contratual característica de contratos de longo prazo e a diversidade de circunstâncias que ocorrem na sua execução, são frequentes as dúvidas sobre o regime de uso e disposição dos bens reversíveis pelo concessionário.

É neste contexto que atentamos para o fato de que o tema dos bens reversíveis está intimamente relacionado à modelagem econômico-financeira do contrato, bem como às particularidades de cada setor e à definição dos mecanismos que tornam sustentáveis financeiramente as concessões, seja da perspectiva do poder público, dos financiadores, dos concessionários e, sobretudo, dos usuários.

O texto, assim, tem o objetivo de responder as seguintes indagações: (i) haveria contrato de concessão sem bens reversíveis? (ii) só nos contratos de concessão é que há bens reversíveis? (iii) quando um bem é considerado reversível? (iv) é da natureza das coisas que os bens vinculados a contrato de concessão sejam sempre qualificados como tal? (v) haveria uma teoria geral sobre reversão de bens, da qual se sacaria uma solução única, aplicável a qualquer tipo contratual? (vi) ou as peculiaridades dos setores econômicos e dos contratos que tratam da delegação dos serviços alertariam para a existência de soluções variadas, construídas a partir das peculiaridades de cada subsistema normativo? (vii) importaria o regime de exploração dos serviços (concessão, permissão ou autorização)? (viii) qual a utilidade prática desse debate?

Esses são alguns dos questionamentos que nos levaram a refletir sobre o assunto. O texto está dividido em três tópicos, começando pela análise do que são os bens reversíveis, seguindo à legislação aplicável e, por fim, à avaliação da função do contrato¹.

1. O QUE SÃO BENS REVERSÍVEIS?

Bens reversíveis, na acepção mais comum, são aqueles úteis para a manutenção de serviço público depois do término da relação contratual. Eles reverteriam para o titular do serviço para sua prestação não ser interrompida. Além, evidentemente, dos próprios bens públicos eventualmente cedidos ao concessionário para viabilizar a prestação dos serviços (como a rede de dutos de uma concessão de saneamento, por exemplo).

Seria, portanto, um mecanismo cujo propósito é, por um lado, resguardar o patrimônio público cedido ao concessionário e, por outro, viabilizar a continuidade na prestação de serviços, caracterizando-se pela transferência, ao poder concedente no término da relação contratual, de bens e direitos adquiridos pelo concessionário e vinculados à prestação dos serviços.

É diante deste cenário que se afirma que nos contratos de concessão haveria bens aplicados na prestação dos serviços e bens que não teriam esse emprego. Para Justen Filho (2003), seria necessário estabelecer uma diferenciação entre bens úteis e bens necessários à prestação do serviço público. Os primeiros facilitariam, mas não seriam indispensáveis à prestação, e os últimos seriam essenciais.

1 Optamos por não tratar da natureza jurídica dos bens do concessionário, pois consideramos que esse debate, que conduz à avaliação da aplicação das regras da imprescritibilidade, da não oneração, da impenhorabilidade e da alienação condicionada do patrimônio da concessionária, depende das premissas aqui fixadas.

O que está por trás desta classificação do autor é que haveria bens que são do concessionário, adquiridos com receitas advindas do contrato (como tarifas, por exemplo), mas que não são imprescindíveis ao serviço concedido. Seriam, portanto, úteis à concessão, mas privados e, por isso, não qualificáveis como bens reversíveis. Isto porque nem todos os bens adquiridos pelo concessionário são necessários ao serviço concedido, daí porque não são todos os bens do concessionário que são reversíveis.

É neste sentido que afirma Meirelles (2000), para quem a reversão só abrangeria os bens que assegurariam a adequada prestação do serviço público. Se o concessionário, durante a vigência do contrato, formar um acervo à parte, ainda que incluído na contabilidade da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não poderiam ser considerados acessórios aos principais e, por isso, não estariam, necessariamente, inseridos na reversão.

Para Azevedo Marques (2009), só poderiam ser tratados como bens reversíveis aqueles imprescindíveis à prestação do serviço delegado. Os demais seriam patrimônio do delegatário, bens privados e não tangidos pelo regime público. O autor define bens reversíveis como os “assumidos ou que venham a ser adquiridos pela concessionária para ampliação ou melhoria do serviço ou ainda para substituir bens transferidos pelo poder concedente que cheguem ao fim de sua vida útil, como serve de exemplo uma turbina de uma usina geradora de energia”.

No âmbito de um contrato de concessão, ainda segundo Azevedo Marques (2009), haveria dois aspectos principais relacionados aos bens: 1) a transferência ou, no caso de concessões novas, a aquisição de um conjunto de bens que irão servir direta e necessariamente à prestação daquele serviço público; e 2) o fato de que muitos destes bens permanecerão no domínio (com todos os direitos a eles inerentes, mas com vinculação ao uso afetado no serviço) do delegatário enquanto vigente o instrumento de delegação, extinto o qual advirá, em regra, a reversão destes bens em favor do poder delegante.

Tais aspectos, como ressalta Azevedo Marques (2009), ainda estão muito ligados à ideia de propriedade dos bens, pois identificar bens reversíveis, tradicionalmente, se resume a identificar, numa lista fechada, os bens vinculados à concessão (em geral, anexa ao contrato).

De fato, historicamente, a reversão se resumia à transferência da propriedade dos bens listados no contrato, que saíam da contabilidade do concessionário para o poder concedente (ou para um novo concessionário) e, para isso, deveriam ter seu custo amortizado durante o prazo da concessão. É uma solução patrimonialista para assegurar a prestação dos serviços, vinculada ao direito de propriedade.

Mas esta solução não é a única, nem necessariamente a mais frequente. Mesmo que o contrato liste bens reversíveis a partir do critério patrimonial, ele também poderá, com relação a outros bens vinculados ao serviço, adotar o critério funcional, segundo o qual seria qualificável como bem reversível o que fosse imprescindível à prestação do serviço. Seria a adoção do critério pela função do bem, e recairia sobre aqueles que teriam a função de garantir a continuidade da prestação do serviço (neste caso, não haveria uma lista de bens, haveria uma regra aberta, vinculada ao critério da imprescindibilidade do bem, cuja identificação seria feita ao final da concessão).

Sundfeld e Arruda Câmara (2016), tomando por base o setor de telecomunicações, exemplificam bem a opção feita neste setor pelo critério funcional, e não pelo modelo tradicional de reversão (patrimonialista), fundamentado na imposição, ao concessionário, “da obrigação de conservar ou formar um patrimônio pré-determinado, o qual seria transferido ao concedente ao fim do contrato”. Os autores fazem referência à Lei Geral de Telecomunicações (lei 9.472, de 1997), que autorizou os concessionários a empregarem, no cumprimento das obrigações inerentes à concessão, bens e outros recursos de terceiros (art. 94), além de não ter previsto a obrigatoriedade de o contrato de concessão indicar bens reversíveis (art. 93).

Neste setor, a reversão ao final da concessão poderá ser sobre os direitos de uso da rede e não necessariamente sobre a sua propriedade. A reversão dos direitos de uso (e não da propriedade da rede), explicam os autores citados, reduz a probabilidade de restar um passivo econômico ao concedente, por conta da aquisição de bens e eventual não amortização ao final do prazo da concessão. Além disso, neste modelo (funcional), a escolha dos bens que são atrelados à prestação do serviço é uma decisão do concessionário no exercício de sua liberdade de atuação empresarial para atingir suas obrigações contratuais (por exemplo, optar por compartilhar uma rede ao invés de ter a sua própria rede). Nestas situações, o que o contrato de concessão deve prever é que, no caso de extinção da concessão, o concessionário deverá sub-rogar os direitos dos contratos úteis à continuidade do serviço ao poder concedente (no exemplo citado, a reversão recairia sobre os direitos de uso da rede).

Na prática, dizem Sundfeld e Arruda Câmara (2016):

Não cabe à agência [referem-se à ANATEL] avaliar se, do ponto de vista da eficiência empresarial, seria melhor a concessionária possuir um patrimônio composto por bens reversíveis ou não. Essa avaliação foi contratualmente inserida no risco da concessionária, tanto que a Anatel poderá, ao final da concessão, recusar a reversão de bens que

considere prescindíveis ou inaproveitáveis (...). Se tivesse havido a opção pelo sistema patrimonialista, é óbvio que a lista de bens reversíveis teria caráter fechado. Não faria sentido (jurídico, lógico ou econômico) admitir a possibilidade de a agência refutar bens como reversíveis (e, com isso, eximir-se de assumi-los ao término da concessão) se a opção seguida fosse a de conferir a tais ativos um traço nitidamente dominial.

As concessões do setor de telecomunicações ajudam, assim, a enxergar que há mais de um critério para a identificação de bens reversíveis.

Dependendo das normas setoriais e do próprio contrato, tanto poderá haver modelo contratual em que existirão bens listados, numa lista fechada, a serem revertidos ao final da concessão, como será possível modelos concessórios sem bens reversíveis previamente listados, nos quais haveria a completa liberdade de atuação dos concessionários. Nestes últimos, o contrato autorizaria a total terceirização dos meios necessários à prestação do serviço e os bens sobre os quais haveria direitos reversíveis seria feita de maneira aberta (sem uma listagem prévia e individualizada desses bens), a partir de referência aos efetivamente utilizados para a prestação dos serviços (sendo excluídos os com outra destinação, como os usados para atividades meramente administrativas do concessionário, por exemplo). Neste modelo (funcional), seriam reversíveis os direitos sobre bens que cumprissem determinadas funções relacionadas à execução material do serviço concedido.

São os contratos que optarão por um critério ou outro, não havendo nenhum impedimento teórico para que um certo contrato faça uso dos dois critérios, a depender do bem e do modelo econômico-financeiro que deu suporte à inclusão do investimento relacionado no contrato.

2. O QUE DIZ A LEGISLAÇÃO SOBRE BENS REVERSÍVEIS?

A Lei Geral de Concessões - LGC (lei 8.987, de 1995), estabeleceu que o edital deverá trazer “a indicação dos bens reversíveis” (art. 18, X), as suas características e as condições em que serão postos à disposição do concessionário (art. 18, IX), sendo cláusula essencial do contrato a relativa a estes bens (art. 23, X). Para além disso, o tema surge nas obrigações do concessionário, a quem compete “manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão” (art. 31, II), e no capítulo da lei que trata da extinção da concessão. Assim, extinta a relação contratual, “retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis” (art. 35, § 1º), tendo a lei determinado que a reversão será feita “com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados

ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (art. 36).

Na prática, a LGC é bastante flexível, tendo atribuído ao contrato a identificação dos bens reversíveis, suas características e condições. Tudo depende da modelagem econômico-financeira do negócio concedido.

A legislação setorial, a seu turno, ora repete o modelo da LGC, ora detalha aspectos próprios das características econômicas envolvidas no setor, como no caso do setor de telecomunicações, no qual a lógica do compartilhamento da infraestrutura é mais consentânea à eficiência do negócio e às características setoriais do que a obrigação de criação de infraestrutura própria.

No setor de transportes federal, por exemplo, a lei de criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) repetiu a LGC e também fixou que caberá ao edital de licitação indicar as condições relativas à reversibilidade dos bens (art. 34-A, § 2º, I, da lei 10.233, de 2001), devendo o contrato de concessão trazer cláusula com os critérios para reversibilidade de ativos (art. 35, XI).

Da mesma forma, no setor portuário, a lei também fixou como cláusula essencial dos contratos de concessão de bem público destinados à exploração do porto organizado a reversão dos bens (lei 12.815, de 2013, art. 5º, VIII e § 2º). Nos contratos de arrendamento de instalação portuária, por sua vez, a solução legal ficou intrincada. Apesar de o art. 5º-C (acrescido pela lei 14.047, de 2020) não ter incluído a reversão de bens como cláusula essencial aos contratos de arrendamento, o § 2º do art. 5º continua afirmando que “findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da união, na forma prevista no contrato”. Na prática, a lei setorial deixou a solução para o contrato, sendo que, por óbvio, áreas públicas cedidas ao concessionário ou arrendatário deverão ser revertidas ao poder concedente ao final do prazo contratual². Outros bens vinculados à prestação do serviço serão reversíveis na medida da sua necessidade à continuidade da prestação, cabendo à modelagem econômico-financeira e, portanto, ao contrato, definir se a transferência será da propriedade do bem ou se a reversão poderá ser dos direitos de uso do bem empregado na prestação dos serviços.

² A própria lei de portos considera o porto organizado como um bem público, construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, sendo sua área aquela delimitada por ato do Poder Executivo, que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso a ele (art. 2º, I e II, da lei 12.815, de 2013).

Já no setor de infraestrutura aeroportuária a legislação preocupou-se com um dos aspectos dos bens reversíveis, qual seja, a possibilidade de eles serem dados em garantia nos contratos de financiamento do concessionário (decreto 7.624, de 2011, art. 19), estabelecendo autorização expressa para tanto.

No caso de transporte aéreo regular de passageiros, por sua vez, o Código Brasileiro de Aeronáutica, ao tratar das concessões de linhas aéreas, não se referiu ao tema dos bens reversíveis. Possivelmente, porque, sendo um setor competitivo, com características econômicas próprias, não faria sentido esse tipo de intervenção estatal. Nas concessões de rádio e TV também nunca se cogitou de reversão de bens.

Em suma, os exemplos acima servem para alertar sobre a importância das normas setoriais. Qualquer visão realista sobre reversão de bens no direito brasileiro deve considerar o direito positivo. E, não existindo nenhuma norma proibitiva, não haverá qualquer restrição para o contrato vir a escolher a melhor solução para garantia da continuidade do serviço ao final da concessão.

Em matéria de contratos públicos, tudo o que não for proibido, é permitido. Não se exige lei formal que autorize e fixe todos os contornos da atuação estatal quando se trata da contratualização de serviços sob sua responsabilidade (Monteiro, 2010, p. 66 e 175). Para que contratos de concessão atinjam seu objetivo de viabilizar a realização de investimentos significativos para a disponibilização de bens e serviços à sociedade, caberá à ele, à luz da legislação geral, da regulação setorial e do caso concreto, a definição do clausulado que melhor atingir as finalidades pretendidas. O que não for expressamente contrário à legislação reputa-se autorizado, com base nos elementos presentes no regime geral dos contratos, acolhido em nosso Direito.

O alerta é relevante porque, afinal, cada setor tem suas peculiaridades. Qual o regime de reversão de bens no setor de transporte coletivo de passageiros? Haveria bens reversíveis nesse setor? Seriam ônibus, garagens ou nenhum deles? Com o desenvolvimento tecnológico e a obsolescência dos bens empregados na prestação dos serviços, é natural que haja dúvida sobre a utilidade do acervo do concessionário, seja para o poder concedente, ou para novo concessionário. Qual o melhor modelo, o patrimonial ou o funcional? A resposta é uma só: em abstrato, não há o melhor modelo. Como e se haverá a reversão de bens em uma concessão é uma decisão a ser tomada pelo concedente a partir dos condicionantes regulatórios e de mercado envolvidos no caso concreto.

A reversão de bens é um mecanismo cujo objetivo último é, no caso de bens públicos cedidos no início da concessão, garantir o seu retorno

ao patrimônio público, bem como, no caso de bens e direitos constituídos pela concessionária durante a concessão, assegurar que os indispensáveis à prestação do serviço sejam transferidos ao poder público no final da relação contratual.

Por fim, lembramos que em setores como os de portos, ferrovias e geração de energia elétrica, os bens necessários à prestação dos serviços constituem estruturas de grande valor econômico e cuja duplicação não é, em princípio, viável. “Então tornou-se comum que as concessões impusessem a transferência, da antiga concessionária para a sucessora (ou para o concedente), dos direitos patrimoniais sobre os bens necessários ao serviço” (Sundfeld e Arruda Câmara, 2016). Seriam bens que só teriam algum valor se aplicados ao serviço.

Porém, as normas que regulam estes mesmos setores, diante da evolução tecnológica, já permitem a competição entre prestadores. E, por isso, pode não vir mais a fazer sentido optar pelo critério patrimonial e impor o ônus ao poder concedente de pagar indenização por bens não amortizados. Afinal, o contrato de concessão, no modelo patrimonialista, acaba sendo o meio para o poder concedente constituir patrimônio público vinculado a determinado serviço.

Ter ou não bens reversíveis listados no contrato é, assim, uma opção regulatória e de modelagem da concessão, que pode fixar a transferência da propriedade de certo bem (critério patrimonialista), do seu direito de uso (critério funcional) ou mesmo não impor a obrigação de qualquer transferência.

No modelo mais tradicional, cabe ao poder concedente planejar e monitorar os bens (transferidos originalmente ao concessionário e integrados à concessão por ele) ao longo da concessão. Ele antecipa no contrato os investimentos que quer que o concessionário faça em relação a eles. É um modelo bastante intervencionista, no sentido de que o contrato, quando impõe a reversibilidade de todos os bens vinculados à concessão, não dá liberdade para o concessionário escolher investimentos, ou mesmo compartilhar bens com terceiros.

Mas, ainda que esse seja o modelo mais comum, ele não é o único. Nas concessões de telecomunicações, como visto, a reversão não está ligada à transferência de um patrimônio ao final do contrato. O contrato pode até nem indicar bens reversíveis, não sendo uma cláusula essencial do instrumento, que pode se contentar com a reversão dos direitos de uso sobre bem aplicado à prestação do serviço concedido. E faz sentido que seja assim, uma vez que, a depender do nível de desenvolvimento tecnológico e da obsolescência dos bens empregados no setor, não é razoável cogitar da transferência de um bem definido no ano zero de uma concessão para vir a ser transferido décadas depois.

Outro elemento a ser considerado na definição do regime de bens reversíveis do contrato é se o serviço nele referido se aproxima (ou não) de um monopólio natural. Pois, se se tratar de um setor no qual o mercado é competitivo, o poder público tem menos incentivo para adquirir bens que suportem a prestação de um serviço, já que o mercado dispõe de outros prestadores capazes de bem atender os usuários sem esse ônus.

Portanto, o ponto relevante do debate é que não existe um modelo único de reversão de bens. Não há bens que sejam reversíveis pela sua própria natureza, de forma dissociada à necessidade ao serviço prestado. Cabe à regulação setorial e ao instrumento de delegação definir o grau de intervenção do poder concedente na sua definição.

3. QUAL A FUNÇÃO DO CONTRATO?

O debate sobre bens reversíveis está inserido no âmbito de contratos de longo prazo e que envolvem alto volume de investimentos. São instrumentos que viabilizam a composição de certo ajuste financeiro apto a permitir a prestação de serviços.

Tais contratos não se resumem à concessão de serviço público. Eles fazem parte do gênero “contrato de parceria”, expressamente incorporado no nosso direito positivo pela lei federal 13.334, de 2016, que definiu este modelo contratual como sendo “a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante” (art. 1º, § 2º).

O conceito é útil porque revela que nosso sistema tem um conjunto de instrumentos diferentes, a depender da legislação setorial, mas todos pertencentes a um mesmo gênero contratual: o contrato de parceria, cujas características foram descritas na norma.

De acordo com o CP3P Guide (2016), as parcerias público-privadas, de forma lato sensu, podem ser definidas como instrumentos de longo prazo entre um ente público e uma parte privada, para o desenvolvimento ou gestão de bem ou serviço público, em que o agente privado arca com risco significativo e com a responsabilidade pela gestão ao longo da vida do contrato, sendo a remuneração significativamente vinculada ao desempenho ou à demanda ou uso do bem ou serviço.

Sendo o contrato de parceria o gênero, o tema dos bens reversíveis deve ser analisado a partir da legislação aplicável, isto é, da LGC e da

legislação setorial, quando houver. Além disso, o tratamento a ser dado aos bens reversíveis deve observar as especificidades do negócio a que estão submetidos. Uma limitação dos contratos de longo prazo é a sua incompletude ou a possibilidade de que o instrumento se torne obsoleto caso as circunstâncias se alterem (Ibáñez, 2003). A depender do setor e da modelagem contratual, já se sabe a priori que determinados bens devem ser reversíveis pelas características intrinsecamente relacionadas à essencialidade do serviço a ser prestado. Outros bens, a seu turno, poderão se tornar ou deixar de ser essenciais, fato que o regulador do contrato terá condições mais efetivas de avaliar ao longo da execução da parceria.

A preocupação central, portanto, deve gravitar em torno dos valores primordiais a serem tutelados, quais sejam, a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço delegado. Bens, em verdade, tendem a ser objeto acessório desse tipo de contrato, devendo ser regulados com vistas a assegurar que tais valores sejam observados.

A título de reflexão, citamos alguns requisitos elencados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, quando de consulta sobre a possibilidade de se autorizar concessionários e arrendatários a oferecer bens, vinculados a seus projetos, em garantia de financiamentos bancários, que explicitam a relevância dos valores acima mencionados para o tratamento de bens reversíveis no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura de transportes³:

3 Processo público sob o número 50000.001466/2020-52.

Tabela: Escala de utilização de bens reversíveis (Fonte: Parecer nº 80/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU)

Espécies	Escala de utilização ⁴	Formas de autorização	Requisitos mínimos
Bens reversíveis essencialmente públicos (v.g. bens imóveis)	Disposição	Autorização legislativa, nos termos da legislação pertinente	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração da prescindibilidade do bem ou a sua fungibilidade por outro (ou por um conjunto que assim o represente) que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato
	Uso e gozo	Expressa autorização do Poder Concedente, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração de que qualquer constrição não importa na subtração do bem, sob pena da necessária autorização legislativa, uma vez que se cuidará, neste caso, de disposição do bem iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato

4 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha – usar é colocar a coisa a serviço do titular sem alterar-lhe a substância; gozar do bem significa extrair dele benefícios e vantagens – refere-se à percepção de frutos, tanto naturais como civis; dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo – é o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar (Venosa, 2013). De toda sorte, como ressalta o referido parecer “(...) mais importante que quais bens, reversíveis ou não, podem ser objeto de disposição, uso ou gozo, é se esses bens estão afetados ao serviço público, ou seja, se são essenciais e indispensáveis à continuidade da prestação do referido serviço e quais salvaguardas serão elencadas pelo poder público para que tal condição seja satisfeita. Em verdade, considerando-se bens reversíveis apenas aqueles imprescindíveis e indispensáveis à prestação do serviço delegado, a partir do momento em que o Poder Concedente expressamente autoriza, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis, quanto à prescindibilidade do bem ao serviço ou de sua fungibilidade por outro (ou por um conjunto que assim o represente) que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação, há de se avaliar se tal bem, de fato, é necessariamente reversível e a repercussão dessa conclusão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato”.

Bens reversíveis assumidos ou adquiridos	Disposição, uso e gozo	Expressa autorização do Poder Concedente, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração da prescindibilidade do bem ou a sua fungibilidade por outro (ou por um conjunto que assim o represente) que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio previstas no contrato
	Uso e gozo, no caso de bem imprescindível e infungível	Expressa autorização do Poder Concedente, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração de que qualquer constrição não importa na subtração do bem, uma vez que se cuidará, neste caso, de disposição do bem iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio previstas no contrato

Vê-se a importância dos termos contratuais e das normas regulatórias tanto na definição da reversibilidade dos bens quanto em como será sua utilização ao longo da concessão. Segundo o entendimento exposto no parecer supracitado, é possível, observados os requisitos mencionados⁵, que, durante a execução do contrato, o poder concedente entenda que os bens vinculados à concessão devam ter outros usos que não os originais, perdendo, eventualmente, o qualificativo de bem reversível. Tudo depende do contrato e da legislação aplicável, que detalharão o modo como se dará a obrigatoriedade de continuidade da prestação dos serviços objeto da parceria.

A LGC não impede soluções que adotem o critério funcional, por não obrigar que todos os bens vinculados revertam ao final da concessão. Não existe, por assim dizer, um patrimônio do próprio serviço público na natureza das coisas. Tudo depende do setor, da existência de ativos estatais

5 Como ressaltado no aludido parecer, pretendeu-se trazer balizas, considerando as especificidades inerentes e inegáveis observadas quando se trata dos bens de uma concessão, que observem os preceitos legais existentes, o regime jurídico próprio dos bens reversíveis e a atuação regulatória das agências que deve nortear os critérios de essencialidade e indispensabilidade no âmbito de contratos de longo prazo, sem prejuízo de outros mecanismos a serem estabelecidos em cada caso concreto.

prévios e, fundamentalmente, da opção regulatória, que pode ser prévia e de caráter setorial, ou ser definida no próprio contrato.

4 CONCLUSÃO

Em síntese, o debate sobre reversão de bens se dá não apenas nos contratos de concessão de serviço público, mas em todos aqueles inseridos no gênero “contrato de parceria”.

A reversibilidade de bens no caso concreto dependerá da regulação e da modelagem contratual. Ela tanto poderá ser ampla quanto limitada aos bens indispensáveis à execução do serviço. Ela poderá, ainda, nem existir, se não for necessário à garantia da continuidade do serviço.

Seus contornos dependem da regulação e do contrato. Por isso a dificuldade de se elaborar, em abstrato, uma teoria geral sobre reversão de bens, da qual se sacaria uma solução única, aplicável a qualquer contrato de parceria.

A clareza em torno deste debate revela a importância de o contrato detalhar os aspectos da reversibilidade dos bens vinculados. Quais bens são atingidos, se a listagem deles é fechada ou aberta, se a reversão é da propriedade, dos direitos de posse ou dos direitos de uso dos bens. Sem estas definições, a própria modelagem econômico-financeira do contrato restará comprometida.

REFERÊNCIAS

CERTIFIED PPP PROFESSIONAL (CP3P) GUIDE. (2016). Disponível em: <https://pppcertification.com/>. Acesso em: 04.04.2021.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts, and Discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos. Função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. Bens públicos. *Domínio urbano. Infraestruturas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2013.

Recebido em 09/11/2021
Aprovado em 16/12/2021

A REGULAÇÃO EM CONCEITO: A VISÃO DE UM REGULADOR

THE REGULATION IN CONCEPT: THE REGULATOR'S PERSPECTIVE

Fábio Rogério Carvalho

Advogado, Especialista em Regulação e Diretor da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Pós-graduado em áreas de Regulação dos Serviços Públicos; Direito da Concorrência e Direito do Estado. cursou política regulatória avançada pela George Washington University-DC. Atuou em mais de 100 projetos de PPP em rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Regulação: fenômeno estatal. 2 Escolas econômicas e jurídicas na definição de regulação. 3 O conceito de regulação na vivência de um regulador. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: A regulação é um fenômeno estatal com perspectivas de ordem jurídica e econômica. Assim, os conceitos usualmente adotados pela doutrina da matéria partem de abordagens teóricas no campo das ciências econômicas ou do Direito. O presente artigo destina-se a oferecer uma perspectiva pragmática e propõe, a partir da visão empírica de um regulador, um novo conceito e a explicação de todos os elementos utilizados na definição para identificar o objeto, o objetivo, o modo de atuação, os agentes e forças que convivem no processo regulatório. O artigo apresenta a regulação como fenômeno sistêmico, multiforme e de alta complexidade consiste em instrumento legítimo e capaz de buscar a melhoria e condições de vida da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Conceito. Fenômeno Estatal. Direito. Economia.

ABSTRACT: Regulation is a state phenomenon with legal and economic perspectives. Thus, the concepts usually adopted by the academical studies departs from theoretical approaches in the field of economic sciences or law. This article aims at showing a pragmatic perspective and proposes, from the empirical point of view of a regulator, a new concept and the explanation of all the elements used in the definition to identify the object, the objective, the way of acting, the agents and forces that coexist in the regulatory process. The article presents regulation as a systemic, multiform and highly complex phenomenon, consisting of a legitimate instrument to improve society's living conditions.

KEYWORDS: Regulation. Concept. State Phenomenon. Law. Economics.

INTRODUÇÃO

O conceito da regulação tem sido muito estudado e discutido nos últimos anos no Brasil, especialmente pela doutrina jurídica administrativista e pelas cadeiras da Economia, principalmente como reflexo da adoção do “Estado Regulador” pela ordem constitucional inaugurada em 1988, conforme art. 174, da Constituição Federal. Vários e renomados autores têm se dedicado a apresentar a matéria ora sob o enfoque da teoria econômica da public choice, ora sob a teoria administrativista da regulação.

Sob outro ângulo, a partir de uma visão empírica e pragmática, proponho apresentar uma nova abordagem e um conceito para a compreensão da regulação da maneira pela qual se opera enquanto fenômeno estatal, a que se destina, e como se observam as repercussões das atuações econômicas, jurídicas e sociais necessárias a sua realização.

1. REGULAÇÃO: FENÔMENO ESTATAL

A palavra fenômeno, em seu sentido original, deriva do grego PHAINOMENON que traz a ideia “daquilo que é visto”, “o que se manifesta aos olhos”. A regulação é, de fato, aquilo que se exterioriza em regras contratuais e normas, substrato de um processo endógeno complexo, intrincado de forças e interesses.

Nessa perspectiva, pode-se também assumir que os fenômenos estatais são consequências da forma pela qual as sociedades procuraram criar mecanismos para ampliação de seu bem-estar financeiro e social.

O funcionamento das relações econômicas impulsiona a concepção das demais relações sociais que moldam a figura do Estado e, em decorrência, as relações jurídicas que serão estabelecidas.

No caso do chamado Estado Regulador, como se sabe, como consequência do fracasso do modelo liberal e do intervencionismo estatal¹, há a ocorrência da migração de atividades inicialmente prestadas pelo Estado em que se verifica a necessidade de previsão de preceitos para se estabelecer o equilíbrio entre os interesses econômicos daqueles que são prestadores do serviço delegado; os interesses sociais dos usuários; e, os interesses políticos imediatos.

O modelo regulatório, como outros fenômenos estatais associados à capacidade produtiva e de geração e acumulação de riquezas consiste em consequência, e não causa, do funcionamento estatal.

1 V. GUERRA, Sérgio. In “Controle judicial dos atos regulatórios”. Ed. Lumen Juris, p. 20.

Em outras palavras, o “Estado Regulador” não pode ser entendido apenas a partir de conceitos jurídicos ou econômicos, sob pena de reduzir sua significância e amplitude. A regulação, como fenômeno estatal, precisa ser compreendida como é: exteriorização de forças econômicas e vontades sociopolíticas sob um marco jurídico estatuído que, perante a dinamicidade do mercado e as transformações das indústrias, precisa oferecer respostas eficazes para a salvaguarda do interesse público estatal.

2. ESCOLAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS NA DEFINIÇÃO DE REGULAÇÃO

Ocorre que a regulação é usualmente explicada segundo duas correntes de pensamento: a Escola Econômica e a Escola Jurídica. Em ambas existem derivações conceituais sempre arraigadas para o entendimento a partir de fundamentos econômicos ou jurídicos.

A respeito das correntes de pensamento da Economia e do Direito, a lavra do Professor Márcio Iorio Aranha resumiu com precisão e objetividade ímpares a dicotomia (ARANHA, 2015, p. 37):

A teoria econômica da *public choice* afirma, em síntese apertada, que o processo decisório da regulação é um produto necessário da troca de vantagens políticas entre representantes eleitos, grupos de interesse e agências reguladoras. Para tanto, ela parte de estudos econômicos sobre a democracia e decisão política, concluindo pela ínsita inadequação da regulação ou intervenção estatal sobre a economia como meio de alcance do interesse público.

Por outro lado, a teoria jurídico-institucional da regulação parte da própria natureza e razão de ser do processo decisório das agências reguladoras ou órgãos reguladores: trata-se, portanto, do estudo processual da manifestação do poder administrativo, algo, aliás, central para a análise do fenômeno regulatório. Daí poder-se dizer que se trata de uma teoria processual administrativa da regulação ou teoria do processo administrativo regulatório. Ela se preocupa com a dimensão processual do fenômeno regulatório em sua justificativa funcional de autonomia do processo de tomada de decisões regulatórias. Exatamente ao defender a consequência jurídica de autonomia decisória das estruturas regulatórias via disciplina jurídica do processo administrativo pertinente, a teoria processual administrativa da regulação nega o fundamento básico da teoria da *public choice*, qual seja, a dependência da tríade congressistas-grupos de interesse – regulador.

Ainda, segundo a escola jurídica subsiste a Teoria Social da Regulação. Mais uma vez, pela clareza, vale a lição do Professor Iorio Aranha nos seguintes termos (ARANHA, 2015, pg. 40):

A diferença de fundo entre a teoria processual administrativa da regulação e a teoria social da regulação está em que, embora ambas advoguem a insuficiência da análise econômica centrada na potencialização dos interesses dos atores privados envolvidos em um mercado regulado, a primeira delas preocupa-se com a dimensão processual de tomada de decisão regulatória, afirmando a possibilidade de decisões regulatórias em prol do interesse público via constrições procedimentais, enquanto a segunda delas concentra-se na dimensão substantiva da regulação, ou seja, no conteúdo da disciplina regulatória voltada à concretização de efeitos.

Tais correntes de pensamento são representativas das dimensões jurídicas processual e substantiva da regulação, mas não esgotam as descrições e explicações jurídicas da regulação. Nem todas as teorias jurídicas de regulação são facilmente enquadráveis como exclusivamente substantivas ou processuais, mas são identificáveis por suas características prevalentes.

Assim, na tentativa de oferecer uma conceituação nova a respeito do fenômeno estatal da Regulação, não se pode vislumbrar seu alcance exclusivamente a partir do prisma da Economia e nem apenas conforme os olhos do operador do Direito. Não há que se falar corrente conceitual mais acertada, mas em perspectiva conceitual pela qual poder-se-ia melhor definir para compreender a atuação de tal fenômeno.

Talvez por isso, atualmente, há tendência acadêmica a não mais procurar definir ou conceituar a regulação, tendo em vista a sua complexidade e extensão, mas muito mais em verificar o seu funcionamento, como a atividade regulatória erra ou acerta nos mercados sobre os quais incide.

3. O CONCEITO DE REGULAÇÃO NA VIVÊNCIA DE UM REGULADOR

Como mencionado, a regulação é, sobretudo, um acontecimento estatal. E assim, como é típico da fenomenologia, a descrição da atividade regulatória é sempre uma opção teórica por determinado ângulo de visão. E como se sabe, a compreensão de algo, a partir de apenas um ângulo, sempre resulta em reducionismo da inteireza do que se pretende explicar.

O porquê reside no fato de que a proposição pela apresentação da regulação está segundo o sentido teleológico, ou seja, há de se buscar um

conceito que represente tal fenômeno, não apenas partir de seus elementos essenciais, mas com ênfase no que se espera da regulação.

Para que o Estado cria estruturas e mecanismos destinados a disciplinar mercados em que não consegue atuar? O que, afinal, busca a regulação? O que se espera com a edição de marcos regulatórios? Qual o objetivo da atuação estatal ao elaborar e interpretar cláusulas contratuais de serviços públicos delegados a entes privados?

Enfrentar tais questões permite a proposição de um conceito de regulação. Assim, pelos olhos do regulador que sou, compreendo tal fenômeno nos seguintes termos:

A regulação é o conjunto de mecanismos econômicos, jurídicos e técnicos empreendidos pelo Estado para permitir e moderar a realização de atividades ou prestação de serviços que interessam à sociedade mediante a definição de obrigações, o estabelecimento de garantias e a previsibilidade aos agentes econômicos executores e que se opera em sistema de forças e interesses tutelados por atores políticos, econômicos e sociais.

Todo conceito é composto por elementos que revelam o que se pretendeu explicar a partir daquela concepção oferecida ao exame e à análise.

Passo, adiante, a segmentar os elementos conceituais que apresentamos para, em prestígio da didática, explicar a proposta.

O primeiro elemento conceitual diz como a atividade da regulação se manifesta. Volta-se ao caráter executório, como se opera, como se realiza a regulação: **“conjunto de mecanismos econômicos, jurídicos e técnicos empreendidos pelo Estado”**.

Entendo por **“conjunto de mecanismos econômicos, jurídicos e técnicos”** o repertório de meios, os instrumentos de que o regulador se utiliza para a realização de sua atividade. Há que se dizer que não existe caráter classificatório dos mecanismos, mas de sua coexistência sistêmica na atuação regulatória.

Tome-se por exemplo a elaboração de uma norma regulatória destinada a disciplinar os mecanismos de entrada e saída de agentes em um mercado regulado, como, por exemplo, estabelecimento de critérios para admissão de um autorizatário na prestação de serviço. Na edição de um ato dessa natureza deverão ser ponderados aspectos econômicos, jurídicos e técnicos simultaneamente. Com relação a aspectos econômicos, por exemplo, deve-se ponderar a definição de existência (ou não) de barreiras de entrada ou saída para os agentes econômicos, de modo a determinar atendimento ao mercado relevante sem permitir exercício de poder de mercado e prejuízos aos usuários dos serviços, ou mesmo quais exigências de caráter econômico serão demandadas dos agentes regulados para

preservar a qualidade do serviço público. No que se refere aos aspectos jurídicos, há a necessidade da identificação do ato jurídico adequado dentre os previstos para outorgar ao particular o exercício daquela atividade, bem como os dispositivos regulatórios aplicáveis à relação segundo o marco legal existente. Relativamente aos aspectos técnicos, por exemplo, há que se estabelecer quais são as características necessárias para oferecer adequadas condições de segurança necessárias à realização da correlata atividade.

Toda questão regulatória deve ser compreendida segundo tal lógica de coexistência de elementos econômicos, técnicos e jurídicos, sob pena de edição de normativos “míopes” ou enviesados, potencialmente prejudiciais ao mercado. Se falhos no aspecto econômico, podem ser danosos aos usuários, aos agentes regulados e à sociedade. Se inadequados em seus elementos legais, passíveis de nulidades no campo jurídico. Se defeituosos tecnicamente, sujeitos a criar mau funcionamento dos serviços. Pior, se simultaneamente defectivos em todos os seus elementos, serão incapazes de atender a sociedade, imporão desequilíbrios econômicos e exigirão sustação legal, o que caracterizaria completo desastre do ponto de vista da efetividade regulatória e da credibilidade da entidade regulatória.

A verdadeira beleza da atividade regulatória reside, portanto, na necessidade de equilíbrio constante entre os meios. Um bom regulador não pode ser apenas economista, nem tão somente um brilhante engenheiro ou, muito mesmo, um mirífico jurista. Precisa, para o exercício adequada de sua função pública, a harmonização desses conhecimentos em prol da sociedade.

Com a expressão “**empreendidos pelo Estado**”, o objetivo é o de tornar claro que a atividade regulatória é, antes de tudo, uma atividade de interesse do Estado, de caráter permanente, de olhar voltado para o futuro e não apenas para conjunturas favoráveis ou desfavoráveis à adoção de determinadas medidas, por vezes incompreendidas e impopulares para a população ou mesmo acanhadas por interesses políticos, portanto de Governo, de ideologia reinante. A escolha da palavra “empreendidos”, também derivada do verbo empreender, não é por acaso. A atividade regulatória, assim como a ação de “empreender” exige atividade proativa, de antevisão, interpretação da realidade e certa assunção de riscos na tomada de decisões, que tutelam interesses indisponíveis da sociedade. Razão pela qual prudência e arrojo devem ser balanceados.

O conceito proposto segue com a inclusão do elemento finalístico da regulação, pelo qual entendemos que essa atividade empreendida pelo Estado tem como escopo “**permitir e moderar a realização de atividades que interessam à sociedade**”.

A palavra “**permitir**” foi escolhida para definir a relação que se estabelece entre o Estado e o ente privado que recebe a delegação da atividade pública (concessionário, permissionário ou autorizatário). O verbo permitir encerra três noções principais: consentir, não se opor ou ceder o lugar a alguém ou algo.

São exatamente essas as principais situações de manifestação regulatória. Em algumas situações, o Estado anui com a realização de uma atividade pelo agente privado, mas que por alguma natureza de interesse público depende de concordância com a realização. Trata-se de consentimento regulatório, tipicamente manifesta por meio do instituto da autorização. O particular, para poder explorar a atividade econômica em que há interesse público, mediato ou imediato, precisa de aval do Estado para o seu livre exercício.

Com proximidade ao sentido anterior, em outras atividades sobre a qual incide a regulação, a manifestação estatal é no sentido de não objeção, uma espécie de nihil obstat conferido pelo Estado para o desempenho daquela atividade. O instituto para tais situações jurídicas é também o da autorização, todavia com menor nível de exigências ou “regras de entrada” para o desempenho da atividade. Em tais hipóteses a manifestação estatal consiste em reconhecimento de que aquela atividade proposta pode ser executada sem maiores embaraços de ordem burocrática.

Muito embora, as duas situações sejam muito assemelhadas e geralmente previstas por meio do instituto da autorização, existe uma diferença técnica sutil entre as duas situações que consideramos ser relevante pontuar. Como é típico dos institutos que dependem de autorização, o interesse do particular é preponderante ao interesse público na realização da atividade e o que as difere é a intensidade da vontade do particular com relação à celebração de tal negócio jurídico. Nas hipóteses de “não objeção” o interesse do particular é evidentemente mais forte do que nas situações que dependem de “consentimento”. A diferença não é apenas de cunho teórico, na medida em que existem rigores e níveis de obrigações diferentes para procedimento de obtenção de autorização. Deverá o regulador ponderar o nível adequado de exigências para deferimento das pretensões, modulando o interesse estatal no monitoramento ou conhecimento que se pretenda da atividade autorizada.

O balizador do nível de exigências para a autorização da exploração de atividades como essas deverá ser a preponderância de interesse.

Quanto maior o interesse do agente privado pela execução dos serviços, casos de “não objeção”, menor deverá ser o estabelecimento de regras de entrada e burocracia para o funcionamento. Nesse sentido, quando o interesse privado na realização daquela atividade possuir intensidade significativa, a modulação das regras deverá seguir, de maneira

proporcional, o ponto necessário ao estímulo da atividade e controle estatal do que for apenas essencial ao seu funcionamento

O terceiro sentido do “permitir” usado no conceito traz a ideia de “dar ocasião a”, “ceder o lugar” materializando-se nos mecanismos de delegação de serviços ou exercício de atividades em nome do Estado promovidas por meio dos clássicos institutos da concessão e permissão, assim previstos pela Lei nº 8.987/95, ou autorização.

Nesses casos a noção está muito bem empregada, o que ocorre tipicamente nas atividades sob regime de regulação é exatamente o fato de que uma atividade de interesse estatal passe a ser desempenhada pelo agente privado, que substitui a Administração na executoriedade, remanescendo a titularidade com o Poder Público.

Daí a diferença principal dos sentidos de “consentimento” ou “não objeção”, dos casos de permissão, concessão ou autorização de serviço público, quando o Estado oferece o seu lugar de executor ao particular, uma vez que as atividades objeto de tais negócios jurídicos são de preponderante interesse estatal ou coletivo e não do particular prestados do serviço ou executor do empreendimento.

Várias seriam as possibilidades aqui elencáveis, dentre elas destacamos: as concessões de rodovias, ferrovias, aeroportos, portos organizados, dentre outros.

O outro verbo escolhido, que revela como o Estado promover a regulação foi “**moderar**”. O sentido aqui atribuído é que a atividade regulatória não pode ser intervencionista, por definição. Uma vez que a atividade ou empreendimento foi permitida ao agente privado, resta ao Poder Público, por meio dos instrumentos técnicos, jurídicos e econômicos que já discutimos acompanhar, avaliar, normatizar e fiscalizar o desempenho. Todavia, deve pautar sua atuação com prudência e comedimento, sob pena de estabelecer estruturas e burocracias maiores que as ideais ao bom funcionamento da atividade e, assim, acabar por consistir em mais um elemento de custo na execução da atividade econômica ou na prestação do serviço delegado.

Por esse motivo e pelas modificações que a atividade regulatória impõe aos mercados regulados, não se pode tomar decisões de afogadilho ou apenas baseadas em conjunturas, antes, é preciso ponderação, moderação e, quando necessário, austeridade no exercício de suas funções. Esse comportamento, que sempre foi desejável se considerarmos as boas práticas regulatórias, passou a ser exigido legalmente após as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovidas pela Lei nº 13.655/18, bem como com a nova Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/19).

Forçoso dizer que não se modera aquilo que não se conhece, motivo pelo qual a regulação deve buscar de maneira incessante a atualização intelectual de seu corpo técnico e tecnológica de seus aparatos, para que com suficiente gestão de conhecimento do mercado que regula esteja apta a tomar as melhores decisões aos desafios que forem apresentados.

Seguindo na explicação de conceito proposto abordamos agora a expressão **“realização de atividades que interessam à sociedade mediante a definição de obrigações, o estabelecimento de garantias e a previsibilidade aos agentes econômicos executores”**.

Ao dizer “as atividades que interessam à sociedade”, o conceito propõe a maior abrangência possível aos empreendimentos, tais como a execução de obras, a manutenção e ampliação de infraestrutura, a prestação de serviços de interesse mediato ou imediato da sociedade, dentre outros possíveis.

Tais atividades têm sempre a sociedade como destinatária, na condição de usuária (ainda que potencial) ou beneficiária da execução por agente privado, do qual se deve esperar e exigir agilidade e competência específicas para o objeto.

A relação estabelecida entre o Poder Público Regulador e o agente privado dependerá da existência de ato negocial – contrato ou termo de autorização – que estabeleça direitos, obrigações e responsabilidades pela execução das atividades ao longo do período definido.

Tal documento é o elemento formal necessário para o estabelecimento legal da relação, daí sua importância fundamental no estudo da regulação.

Todo ajuste ou contrato é uma materialização de incertezas, quanto maiores e mais difusos os interesses das partes envolvidas em contrato, mais complexo e importante o instrumento que disciplinará a regência dessa relação.

Ocorre que, geralmente, a prestação de serviços públicos (ou de interesse público) e a realização de obras e empreendimentos de custos elevadíssimos por meio particulares atuando em nome do Estado em contratos de longa duração são caracterizados por maior grau de incerteza. E incerteza tem preço.

Aliás, a doutrina econômica a partir do consagrado Teorema de Coase, procurou explicar o fenômeno. Tomaremos aqui as palavras de dissertação de mestrado de Marcelo Guarany (GUARANY, 2010):

Em todas as relações econômicas, estão presentes custos derivados da própria natureza da relação. Se não existissem custos na manutenção e negociação dos direitos de propriedade, os agentes, na sua interação, sempre chegariam a um resultado eficiente. Contudo, diante da

existência desses custos, pode ser que não se chegue a um resultado eficiente, sendo cabível ao Direito o papel de alocar os direitos de propriedade entre os agentes de forma a minimizar os efeitos dos custos de transação sobre as suas decisões.

De fato, por meio de suas ideias, Coase demonstrou para economistas e advogados que, num mundo baseado em trocas por acordos, são os custos e benefícios de cada acordo que vão nortear as decisões dos agentes. Assim, inseriu a ideia dos custos de transação na Economia e levou ao reconhecimento do Direito como determinante para os resultados econômicos.

(...)

Como consequência desses argumentos, ganham relevância as instituições e as organizações, bem como os arranjos e arcabouços institucionais existentes na sociedade, que podem gerar maiores ou menores “custos de transação”. Instituições podem ser conceituadas como as regras do jogo, formais ou informais, que definem como serão as relações entre as organizações, que, por sua vez, são compostas por grupos de indivíduos que possuem o mesmo objetivo comum, como firmas, órgãos reguladores, partidos políticos etc.

De fato, não apenas os instrumentos contratuais e regulatórios, mas toda a atividade regulatória não pode esquecer que os custos de transação são sempre repassados aos usuários ou à sociedade, gerando ineficiências desnecessárias.

Por esse motivo, fica fácil compreender o nível de complexidade da estruturação de projetos e a responsabilidade que requer a produção dos editais, contratos, aditivos e normativos regulatórios.

Por paradoxal que seja, a incerteza é a certeza dos contratos de longa duração, sendo, portanto, fundamental que o espírito colaborativo e convergente prepondere na relação particular-público que é estabelecida pela delegação e que deverá imperar para fins de regulação. Tal fato, no campo teórico, foi compreendido pela chamada Teoria dos Contratos Relacionais.

Segundo a Teoria e em apertada síntese, em relações jurídicas caracterizadas pela dinamicidade e a impossibilidade de previsibilidade objetiva das obrigações contratuais decorrentes da relação e que serão assumidas pelas partes durante a vigência da avença é essencial o estabelecimento de relação de confiança e segurança entre as partes para

bom funcionamento do contrato, admitindo-se adoção de cláusulas em aberto e elegibilidade de mecanismos de resolução de contendas.

Dito isso, a última parte desse trecho do conceito o “**o estabelecimento de garantias e a previsibilidade aos agentes econômicos executores**”, revela que a finalidade especial da Regulação é a estabilidade das relações jurídicas que serão estatuídas, ou seja, a Proteção à Confiança.

A necessidade de previsibilidade remete ao Princípio da Segurança Jurídica, não apenas um princípio jurídico, mas um dos mais importantes sustentáculos sobre o qual se assenta o Estado de Direito. Pois traz em sua concepção o cerne de garantidor da paz social, na medida em que possibilita a todos os submetidos ao Estado saber o modo pelo qual serão tratadas as relações sociais.

Há que se dizer que o Princípio da Segurança Jurídica é um “meta-princípio”, dos quais princípios jurídicos, inclusive o Princípio da Legalidade, são decorrências. Observe-se, neste entendimento, que o arcabouço normativo, fonte da legalidade, existe apenas e tão-somente porque os indivíduos, renunciando às suas liberdades individuais para a resolução de seus conflitos, elegem que o Estado, por meio de suas leis, possa substituir com maior vantagem o juízo particular e manter a necessária paz social.

É inegável que a necessidade de segurança e previsibilidade influencie todas as relações humanas nos mais diversos campos.

No panorama econômico não é diferente. Especialmente em tempos de economia globalizada, com facilidade na circulação de riquezas em nível mundial, o corolário ganha ainda maior importância por fomentar a eficiência econômica e atrair investimentos internacionais para um país. Bem a propósito, o magistrado britânico TOM BINGHAM, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em sua obra “*The Rule of Law*”, trata de forma muito clara acerca da necessidade de a Lei (aqui compreendida em sentido amplo) ser clara e previsível e, principalmente, sua capacidade de atrair ou afugentar capital estrangeiro: “*the third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties’ rights and obligations were vague or undecided.*”²

Com incremento de investimento há aumento da produtividade; geração de empregos; formação de classes com maior capacidade de compra; aquecimento de mercado interno; melhoria das condições sociais e de vida da população e, até mesmo, estabilidade, vez que não haveria interesse

2 BINGHAM, Tom. *In The Rule of Law*. Ed. Penguin. P. 38.

político em modificação deste cenário, permitindo um círculo virtuoso de benefícios.

A regulação, em outras palavras, também se destina a tutelar a segurança jurídica em favor dos benefícios que gera para a economia e o bem-estar social.

Resta, do conceito proposto, a necessidade de referência ao locus em que ocorre a regulação, o que é proposto no seguinte trecho: “(...) **que se opera em sistema de forças e interesses tutelados por atores políticos, econômicos, institucionais e sociais**”.

Para a compreensão de um fenômeno é sempre necessário identificar o cenário em que se opera e as quais as forças se sujeita. A regulação também é assim. Só poderá ser compreendida a partir da identificação do *framework*.

A compreensão desses *frameworks* advém das lições de Elinor Ostrom e que, em doutrina pátria, são muito bem explicadas por Natália Resende Andrade Ávila, que assim registrou (ÁVILA, 2021):

Frameworks, por seu turno, identificam os elementos, e as relações gerais entre eles, que precisam ser considerados para uma análise institucional, bem como organizam avaliações diagnósticas e prescritivas, fornecendo um conjunto amplo de variáveis no âmbito de exames de arranjos institucionais (Ostrom, 2011). Outrossim, segundo a aludida autora, *frameworks* fornecem uma linguagem teórica que pode ser usada para comparar teorias, fazendo com que os elementos referentes a uma estrutura ajudem a gerar questões que necessitam ser abordadas quando de uma análise.

(...)

O desenvolvimento de *frameworks* é uma atividade central no estudo, por exemplo, de sistemas socioecológicos (SESs), pois fornecem aos estudiosos de diferentes origens linguagens comuns para comparar e construir a teoria entre os casos (Ostrom, 2009).

Geralmente, o propósito de desenvolver um *framework* é facilitar a troca de argumentos sobre o domínio do conhecimento por meio de uma descrição clara e inequívoca dos conceitos em questão e de seus relacionamentos. No domínio dos SESs, por exemplo, isso significa que um *framework* deve apoiar a formulação e comparação de hipóteses, modelos e teorias. Um *framework* SESs visa, assim, fornecer o conjunto mais geral de conceitos que se supõe serem aplicáveis a todo o domínio

dos SESs (Ostrom, 2005). Embora isso não signifique que um *framework* seja livre de teoria, o objetivo de seu desenvolvimento é permanecer o mais neutro possível para permitir a representação de diferentes teorias dentro da estrutura (Hinkle, 2014).

A ideia de *frameworks* toma por empréstimo a noção de “sistema de forças” das Ciências da Natureza. Como sabido, o conceito de força está na ação ou influência capaz de modificar o estado de algo. E, ainda, as forças podem ter direções, sentidos, intensidades e pontos de aplicação diferentes. Quando sobre um mesmo objeto, atuam simultaneamente um conjunto de forças, temos o chamado “sistema de forças”.

Assim, *mutatis mutandis*, a regulação se opera em coexistência de forças premidas por atores políticos, econômicos e sociais. Não estamos a discutir a legitimidade de tais forças, mas a reconhecer que elas ocorrem e atuam na atividade regulatória.

Na atuação das forças exercidas por agentes políticos temos os detentores de mandatos eletivos e que, se por um lado detém a representatividade social, por outro tutelam interesses, por vezes, transitórios em razão da necessidade de oferecer respostas periódicas e de curto prazo ao eleitorado.

A força dos agentes políticos acaba se operando principalmente de três maneiras: na definição dos gestores, na influência no processo de tomada de decisão e na pressão por adoção de medidas de interesses difusos. Não se pretende anatematizar ou mesmo conferir reprovabilidade a tal realidade, o que nos importa é reconhecer academicamente que há essa ocorrência e que deve o regulador saber lidar com essa realidade.

Sob a força dos atores econômicos temos os concessionários, permissionários, autorizatários, acionistas, fundos de investimentos, bancos, seguradoras, entidades associativas, usuários monopsonistas ou com elevado poder de mercado e demais grupos econômicos que atuam no sentido de compelir a regulação a observar seus pontos de vistas. A capacidade financeira de tais agentes permite, para além da tensão decisória, a disponibilidade de contratação dos melhores profissionais aptos a construir e advogar em favor das teses mais benéficas perante os órgãos reguladores. É preciso reconhecer que a regulação, em certa medida, acaba mimetizando o legítimo processo democrático de construção que se vê no Poder Legislativo.

Em recente livro intitulado “*Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*”, os autores Cass Sunstein e Adrian Vermeule sustentam que “[i]f we are concerned with democracy, freedom, or the general welfare, there is a great deal to be said for, not against, the modern administrative state.

In contemporary government, federal and state agencies are arguably products of democratic will (acknowledging the role of self-interested private groups).³

Nesse sentido, ganha maior importância a adoção e implementação de medidas dos reguladores para obrigar a implementação de políticas e práticas de *compliance* às empresas reguladas como medida de mitigação de abusos, além das próprias regras de governança no âmbito da Agência Reguladora.

A adoção de medidas de integridade, transparência e redução de hipóteses de fraude e corrupção permite que as empresas possam reforçar seus compromissos com os valores éticos e objetivos institucionais e, primordialmente, com o cumprimento do marco legal e regulatório.

A promoção e implementação efetiva de políticas de transparência, prestação de contas e regramento de condutas permitiriam que os atores econômicos utilizassem sua capacidade de influenciar o processo decisório segundo regras e padrões aceitáveis, possibilitando, assim, maior credibilidade no público interno e externo, além de potencializar a atração de novos investimentos oriundos de parceiros internacionais.

Dentre os chamados “atores institucionais” estão o conjunto de órgãos e representantes das estruturas estatais atuantes nos processos regulatórios. A identificação pormenorizada seria motivo de outra discussão específica, pode-se, exemplificativamente, enumerar: as Magistraturas, os membros dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais; os Tribunais de Contas; os Governos Estaduais e Municipais; os órgãos ambientais, as autoridades policiais, dentre outras. Entes que exercem controles prévios, concomitantes ou posteriores a atuação e tornam ainda mais intrincado o exercício de forças.

O debate quanto à delimitação e à autocontenção dessas instituições tem sido objeto de diversas discussões doutrinárias, de sorte que, para o presente artigo, é apenas relevante reconhecer que a atuação legítima e compromissada com o resultado em esforço conjunto e convergente traz evoluções ao processo regulatório. No entanto, a ocorrência concomitante de tantos interesses – ainda que legítimos – tornam o processo da regulação muito mais árduo e demorado.

Resta, por fim, referenciar as forças exercidas pelos atores sociais. Como se sabe, infelizmente não há no Brasil uma cultura efetiva de participação da sociedade em processos decisórios promovidos pela Administração Pública.

Ainda assim, existem mecanismos em todas as Agências Reguladoras que possibilitam a participação social desde a construção das ideias até a implementação da norma, tais como Tomadas de Subsídios, Reuniões Participativas, Agendas Regulatórias, Consultas e Audiência Públicas.

3 SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. *In “Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State”*. Ed. The Belknap Press of Harvard University Press. P. 143.

Geralmente grupos minoritários representativos da sociedade são mais bem organizados e, por conseguinte, aqueles que melhor estruturam a sua participação. No entanto, por muitas vezes tais representações defendem pontos de vista direcionados não à coletividade, mas ao atendimento de interesses pontuais e próprios. Mas não se pode ignorar que esses grupos representativos também podem exercer valiosa função de controle sobre eventuais abusos por parte do regulador, na medida em que estão mais afetos à regulação setorial.

Cabe, na boa prática, que os reguladores estejam atentos a essa situação e busquem rotineiramente fomentar a cultura regulatória para permitir o conhecimento da sociedade de sua atuação e assim aprimorar o debate e não direcionar as ações regulatórias a apenas algumas das vozes sociais, lembrando-se sempre que cuidam de um patrimônio maior e pertencente a toda a coletividade.

A contribuição ao enumerar tais agentes é reconhecer a coexistência das forças imprimidas no fenômeno regulatório.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, a partir da discussão aqui proposta, os fenômenos estatais, dentre os quais a regulação, decorrem de como a sociedade se organiza em busca do bem-estar financeiro e social. Quanto mais complexas as relações que se estabelecem nessa busca, mais complexas serão as medidas que o Estado terá de utilizar para garantir o funcionamento e a manutenção do sistema.

Como se vê, a regulação é sistêmica e multiforme, sua materialização é um substrato, uma resultante das forças sobre as quais se sujeita na produção e utilização dos mecanismos regulatórios pelos quais se manifesta.

O conceito proposto faz perceber o quanto a regulação é atividade de alto grau de complexidade, que impõe elevada responsabilidade e é capaz de promover grandes transformações econômicas e sociais.

E, por isso, eis aí seu maior desafio e beleza: equilibrar e ser equilibrada na busca do interesse perene do Estado e da melhoria das condições de vida da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Laccademia Publishing Limited – London, United Kingdom. 2015. 2ª ed.

ÁVILA, Natália Resende Andrade. *Novos Desafios Regulatórios das Concessões*. Editora FGV – Rio de Janeiro, 2021.

Recebido em: 09/11/2021

Aprovado em 16/12/2021

INVESTIMENTOS CRUZADOS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA SISTÊMICA DE REDES

*THE CROSS-INVESTMENTS IN INFRASTRUCTURE
CONTRACTS: AN ANALYSIS FROM A SYSTEMIC NETWORK
PERSPECTIVE*

Natália Resende Andrade Ávila

*Procuradora Federal. Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura.
Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestrutura de Redes.*

Rafael Véras

*Professor do LLM em Infraestrutura e Regulação da FGV Direito Rio. Doutorando e
Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Relativização dos mitos a propósito do regime jurídico dos contratos de concessão. 2. Dos investimentos cruzados sob a ótica sistêmica de redes. 3. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente ensaio cuida dos denominados “investimentos cruzados”, assim considerados como aqueles em que o concessionário ou arrendatário pode vir a realizar “obrigações de investimentos” em outros projetos que não os que lhe foram delegados. O novo instituto desafia algumas concepções rígidas de um direito administrativo de outrora, dentre as quais, o dever irrestrito de licitar; a relatividade dos efeitos contratuais; a vinculação das fontes de financiamento da concessão ao mesmo projeto. Pretendemos endereçar algumas interpretações jurídicas a propósito desta novel engenharia contratual, especialmente no que toca à sua validade e ao seu raciocínio econômico. Para tanto, o artigo aborda, em um primeiro momento, a desmitificação do entendimento de que os contratos administrativos teriam efeitos apenas interpartes e, numa segunda parte, os investimentos cruzados sob a ótica sistêmica de redes, que deve nortear os setores de logística. Por fim, algumas reflexões são trazidas acerca de balizas necessárias no âmbito de tais investimentos, a serem alicerçadas em decisões racionais e consequentialistas.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de concessão. Investimentos cruzados. Infraestrutura de redes. Regulação de Redes. Sistemas Econômico, Político e Jurídico. Integração.

ABSTRACT: This essay deals with the so-called “cross-investments”, which are “investment obligations” performed by the concessionaire in projects outside its delegation. The new institute challenges some rigid conceptions of administrative law, such as unrestricted duty to bid; relativity of contractual effects; linking of the sources of financing of the concession to the same project. The article intends to discuss some legal interpretations of this contractual engineering, especially its basis and economic reasoning. Firstly, the understanding that administrative contracts would not have effects only inter-parties is discussed, and section two shows the cross-investments under the systemic view of networks, which should guide the logistics sectors. Finally, some reflections about the necessary guidelines in the scope of such investments, based on rational and consequentialist decisions, are presented and discussed.

KEYWORDS: Concession Contracts. Cross-Investments. Network Industry. Network Regulation. Economic, Political and Legal Systems. Integration.

INTRODUÇÃO

Em 5 de junho de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.448, fruto da conversão da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e para a relicitação dos denominados “contratos de parceria”, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Tal diploma, para além de disciplinar os novidadeiros institutos da relicitação e da prorrogação antecipada, teve por racional implementar nos contratos de infraestrutura um regime jurídico lastreado na incompletude e na assimetria de informações intrínsecas a esses ajustes.

Para tanto, tal diploma pretende efetivar as diretrizes traçadas pelo Programa de Parceria de Investimentos (PPI), dentre as quais, para o que aqui importa, destacam-se as de “garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas” e de “fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano” (art. 2º, II e V, da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016).

Como se pode observar, a Lei nº 13.448/2017 intenta nortear a regulação veiculada por intermédio de pactos concessórios – trazendo previsibilidade e estabilidade às novas modelagens. Mais que isso, ela consagra o entendimento de acordo com o qual a regulação dos setores de infraestrutura predica uma regulação holística e sistêmica.

É sob tal perspectiva que tem lugar o seu art. 25, § 1º, segundo o qual o poder público, de comum acordo com o parceiro privado, busca soluções para todo o sistema, podendo “adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas”, admitida, ainda, “a previsão de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública”.

Em sentido semelhante, mas com o escopo ampliado para o setor rodoviário, além do ferroviário, o art. 30, § 2º, aduz que valores decorrentes de compensações de haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, “poderão ser utilizados para o investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública”.

Ainda no âmbito do setor de infraestrutura de transportes, um pouco depois da publicação da MP nº 752/16, o Decreto nº 9.048, de 10 de maio de 2017, ao alterar o Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta a Lei de Portos (Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013), trouxe também para o setor portuário uma lógica análoga ao dispor, no art. 42-

A, que o poder concedente poderá autorizar, nos casos de arrendamento portuário, “investimentos, fora da área arrendada, na infraestrutura comum do porto organizado, desde que haja anuência da administração do porto”.

Cuida-se, em todos os casos, dos denominados “investimentos cruzados”, assim considerados como aqueles em que o concessionário ou arrendatário pode vir a realizar “obrigações de investimentos” em outros projetos que não os que lhe foram delegados.

Temos para nós que o novo instituto desafia algumas concepções rígidas de um direito administrativo de outrora, dentre as quais, o dever irrestrito de licitar; a relatividade dos efeitos contratuais; a vinculação das fontes de financiamento da concessão ao mesmo projeto. Eis o objeto do nosso ensaio. Pretendemos endereçar algumas interpretações jurídicas a propósito deste novel instituto, especialmente no que toca à sua validade e ao seu raciocínio econômico.

Para tanto, num primeiro momento, pretendemos desmitificar o entendimento de que os contratos administrativos teriam efeitos apenas interpartes e, num segundo momento, analisaremos os investimentos cruzados sob a ótica sistêmica de redes, que deve nortear os setores de logística, com reflexões, ao fim, sobre algumas balizas a serem observadas em tais investimentos.

1. RELATIVIZAÇÃO DOS MITOS A PROPÓSITO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

No Brasil, o regime jurídico dos contratos em que o poder público é parte foi forjado a partir da transposição acrítica de ensinamentos doutrinários legatários da Europa Continental. Seguiu daí a consagração do entendimento segundo o qual o contrato administrativo deveria ser disciplinado por um regime jurídico único, permeado de prerrogativas publicísticas.

Tal entendimento importou no que Marques Neto (2010) designou, com muita felicidade, de “Maldição do Regime Único”. É dizer, tal maldição teve lugar, por intermédio da tentativa de, a partir da apartação entre Direito Público e Direito Privado, atribuir a todos os institutos do Direito Público um regime jurídico único, pautado na ideia de supremacia do interesse público. De acordo com o autor, isso se deu: (i) em razão de uma necessidade metodológica, que tem de ver com a afirmação do Direito Administrativo, bem como da necessidade vivida no fim do século XIX de demarcar seus lindes em relação a outros ramos do direito; (ii) em decorrência da influência do Direito Administrativo Francês, em que a segregação entre o regime comum e administrativo era necessária à dualidade de jurisdição; e (iii) em razão da influência corporativa das mais

distintas origens e propósitos, que sempre tendem a unificar o tratamento jurídico dos institutos e a rejeitar modificações de regimes.

Esses paradigmas, há muito, vêm apresentando anomalias. A profusão de subsistemas regulados (rodovias, portos, saneamento, ferrovias, aeroportos) é um exemplo saliente disso. Cada subsistema regulado apresenta um arsenal regulatório endógeno (contratual) e exógeno (decorrente da agência reguladora setorial) que, juntos, endereçam o regime de contratação, no âmbito desses setores.

Não há que se falar em unicidade de regimes jurídicos contratuais, mas no desenho de regulações contratualizadas customizadas, que visam a corrigir falhas de mercado setoriais, reduzir a assimetria de informações entre as partes e, por conseguinte, as suas condutas de oportunidades.

Ademais disso, os contratos de infraestrutura passam a se submeter a relações jurídicas horizontalizadas entre os particulares e poder público. A referida tendência da atuação consensual da Administração Pública fora, há muito, observada por Moreira Neto (2011), quando leciona que “o antagonismo já propiciou, durante boa parte da história, o progresso da humanidade, mas, por outro lado, fomentou o acontecimento de guerras – duas quentes e uma fria”. E conclui, em passagem lapidar, que, por essa razão, “a coordenação, por possibilitar uma convergência de expressões do poder, aumenta o grau de confiança do Administrado no Estado; daí o surgimento do princípio do Consenso, que se traduz no primado da concertação sobre a imposição”.

Tal princípio se manifesta, para o aqui importa, na redução da dicotomia público/privado. Nesse quadrante, conforme lecionam Palma e Schirato (2009), “o dogma da existência de uma espécie de avença própria e exclusiva da Administração Pública passa a ser atenuado, entendendo-se mais e mais ser possível a adoção de instrumentos privados”, como, por exemplo, “a negociação durante o processo de formação da avença (conforme permitido pela legislação da licitação na modalidade de pregão, por exemplo), a arbitragem como mecanismo lícito de solução de disputas etc”.

A “privatização” do contrato de concessão é um movimento sem volta. As prerrogativas publicísticas passam a ter de conviver com mecanismos típicos de direito privado, tendo como manifestação saliente dessa característica a negociação de suas obrigações.

Nesse quadrante, é de se destacar a própria Lei nº 13.448/2017, na qual se estabelece um regime jurídico para a relicitação e para a prorrogação antecipada de contratos de concessão – institutos que nada mais são do que instrumentos de renegociação dos contratos de concessão. No mesmo sentido, no setor de concessão de aeroportos, digna de nota é a Medida

Provisória nº 779, de 19 de maio de 2017, convertida na Lei Federal nº 13.499, de 26 de outubro de 2017, por intermédio da qual se renegociou o pagamento de outorgas¹.

Nesse sentido, são precisos os ensinamentos de Schunck (2013), em robusta tese de doutoramento sobre o tema, para quem, em contratos de longo prazo “não apenas o devedor da obrigação possui deveres, mas igualmente o credor, que deve colaborar o tempo todo para o cumprimento da obrigação e agir de modo a permitir a completa realização do programa contratual”. Cuida-se de uma espécie de “obrigação de contratar”², ou, melhor dizendo, de “recontratar”.

Segue daí um dos fundamentos dos investimentos cruzados: a abertura dos contratos de concessão à consensualidade, a partir da qual poder concedente e concessionários se veem autorizados a negociar novas obrigações de investimentos.

Acontece que o novel instituto parte da premissa de acordo no qual os investimentos cruzados serão realizados em outros ativos que não na própria concessão, o que poderia importar no desvirtuamento do objeto licitado. Esse entendimento é açodado, e, como tal, improcedente.

Em primeiro lugar, porquanto, no âmbito da teoria geral dos contratos, quando se trata de previsão de investimentos pelos contratados, seja no próprio contrato seja em malha de interesse da administração ou na infraestrutura comum do porto organizado, o que se está a disciplinar, no sentido estritamente técnico e tal como consta nos arts. 304 e seguintes do Código Civil, é uma forma de cumprimento de uma ou mais obrigações.

Como bem explana Venosa (2008), o pagamento deve ser visto nas obrigações de dar, fazer e não fazer. Por exemplo, ensina o citado autor,

1 No setor das concessões rodoviárias federais, tentou se endereçar renegociação similar, por intermédio da Medida Provisória nº 800/2017 – a qual veio a perder sua eficácia pela ausência de apreciação.

2 Cuida-se de racional similar ao que se passa na aplicação da *Essential Facilities Doctrine*. Como sabemos, tal teoria teve lugar pela primeira vez no caso *Terminal Railroad*, julgado em 1912 pela Suprema Corte, mas o julgamento que fixou as bases que até hoje presidem a Teoria foi o MCI contra AT & T, realizado pelo Sétimo Circuito da Justiça dos EUA, em que esta teve que dar acesso à sua rede de telefonia fixa (*a facility*), da qual tinha o monopólio, para aquela prestar os seus serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria AT & T, que também os prestava. *MCI Communications Corp. v. AT & T*. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. *Denied*, 464 U.S. 891 (1983)). Dessa teoria decorre o direito a um *duty to contract* («dever de contratar»). Esta definição é, no entanto, importante, porque o direito deste país não equiparou o direito de acesso ao *right to pass*, que seria equivalente à nossa servidão administrativa. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59-123, abr./jun. 2003).

paga-se, na compra e venda, quando se entrega a coisa vendida; paga-se, na obrigação de fazer, quando se termina a obra ou a atividade encomendada³.

Eventual investimento a ser realizado em malha de interesse da administração ou na infraestrutura comum do porto organizado constituirá contrapartida da concessionária (obrigação de fazer), que poderá substituir a outorga (obrigação de pagar) advinda, por exemplo, de um processo de prorrogação antecipada, retroalimentando positivamente os respectivos setores.

Cuida-se, portanto, de formas de cumprimento de obrigações contratuais que possibilitam a realização de investimentos cruzados, nos termos do § 1º do art. 25, do § 2º do art. 30, ambos da Lei nº 13.448/2017, e do art. 42-A do Decreto nº 9.048/2017, a fim de solucionar entraves logísticos, modernizar o desenho regulatório e desenvolver a infraestrutura dos setores ferroviário, rodoviário e portuário.

Conclusão semelhante chegou o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADI nº 5991, que discutiu a validade constitucional do inciso II do § 2º do art. 6º, dos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da Lei nº 13.448/2017.

Como ressaltou a Ministra Relatora Carmem Lucia, por ocasião do julgamento da medida cautelar pleiteada pela Procuradoria-Geral da República, “[a] imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes da dinâmica do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido”, sendo necessário observar “o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes”.

Também o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da aludida cautelar, afirmou que, uma vez que o contrato de concessão é um acordo bilateral que opera no interesse da administração pública, “nada impede que, de forma acessória à obrigação principal de prestação adequada do serviço dentro da malha licitada, sejam também pactuadas obrigações não diretamente relacionadas ao empreendimento”.

Já no julgamento do mérito, a Ministra Relatora confirmou os termos da medida cautelar indeferida, votando no sentido de julgar improcedente a ação, e destacou que “no investimento cruzado, não se tem alteração do objeto da concessão, mas da alteração contratual para adequar-se às necessidades mutáveis do interesse público”.

3 Segundo o referido autor: “[v]ulgarmente, quando nos assoma a noção de pagamento, logo imaginamos o cumprimento de uma obrigação em dinheiro. Isto é, corriqueiramente, até entre nós mesmos, técnicos do direito, imperceptivelmente ligamos o pagamento a uma transferência em dinheiro. Nada impede que continuemos a racionar assim. Contudo, o termo pagamento, no sentido estritamente técnico e tal como está nos arts. 304 ss. (arts. 930 ss.) do Código, é toda forma de cumprimento da obrigação. Trata-se das solutio, solução do velho direito. A obrigação, a dívida solve-se, resolve-se, paga-se”. Em sentido semelhante: RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

É de se ressaltar que os investimentos cruzados, uma vez executados pela concessionária/arrendatária, não serão incorporados à concessão/arrendamento, não desfigurando, em razão disso, seu objeto originalmente pactuado.

Outrossim, não constitui demasia relembrar que a licitação é um processo cuja condução se destina à obtenção, por parte da Administração, da proposta que lhe seja mais vantajosa quando esta pretende adquirir bens e serviços no mercado, ou ainda dispor de determinados bens.

Exatamente por não constituir um fim que nela se esgota, senão meio para a consecução das finalidades jurídicas mencionadas, que a própria legislação a excepciona, seja quando a competição entre os interessados que entabularão a relação jurídica com a Administração não se mostra viável, seja quando, apesar de viável a competição, em algumas circunstâncias previamente fixadas na legislação a licitação não se mostra conveniente.

A decisão proferida pela 4ª Vara Federal Cível de Vitória, em 26.07.2018, no âmbito da Ação Civil Pública nº 5006063-63.2018.4.02.5001/ES, apresenta de forma muito clara a problemática quando se trata de investimento cruzado:

Pois bem. Em um primeiro momento há que se distinguir duas hipóteses diferentes entre si. A primeira é a contrapartida econômica consistente não somente em construção de um bem (EFVM ou FICO), mas também a concessão de sua operação, sem licitação. **A segunda, de uma contrapartida econômica que consistisse em apenas construção de um bem** (esse bem poderia ser tanto a expansão da EFVM, quanto a construção da FICO) **e que, depois de pronto, seria entregue à União, se incorporando ao ativo do país.**

(...)

Vejamos as hipóteses separadamente.

Acerca da primeira hipótese, não somente construção de ferrovia, mas também concessão de operação dela (como contrapartida econômica pela prorrogação da concessão da EFVM), haveria vícios graves de origem constitucional caso fosse levada adiante. É que, como bem destacou o autor, a concessão de serviços públicos como dispõe a CF em seu art. 175 precisa ser precedida de licitação. Nesse último caso, a CF, aparentando dar maior ênfase, utiliza o termo sempre. Pela importância do tema, vale novamente a transcrição:

(...)

No caso concreto, todavia, a União tratou de afastar essa hipótese (concessão sem licitação), noticiando que, após a construção, o bem voltará ao patrimônio público para ser licitado em sua concessão de serviço (Evento 15 – pet. 01 – pg. 27), o que coincide com as notícias veiculadas por boa parte da imprensa especializada.

Nesse sentido, a União esvaziou os fatos trazidos pelo autor no que tange à concessão de serviços públicos sem licitação, uma vez que isso não se dará.

Além do mais, no estágio em que o processo administrativo de prorrogação antecipada se encontra (elaboração de estudo técnico prévio), ainda não é possível afirmar o que pretende crer o autor. Assim, não há elementos para deferir tutela de urgência quanto a esse ponto. Quanto à segunda hipótese (somente a construção de bem como contrapartida econômica sem sua concessão para operação), vejamos o que diz o citado art. 37, XXI, da CF/88 quanto a construção de obra que será incorporada ao ativo público:

(...)

Como a própria norma constitucional afirmou, a licitação é a regra, só havendo possibilidades de contratação direta nos termos da lei. E essa estabeleceu alguns casos em que a licitação é dispensada e outros em que ela é inexigível. Estão nos arts. 24 e 25 da lei 8666/93.

Nesse contexto de exceções legais à regra de licitação, a lei 13448/2017 criou a possibilidade do investimento cruzado ou apenas investimento (como é denominado na lei) quando admitiu que a contrapartida econômica da prorrogação antecipada pudesse ser consistente em obrigação de fazer, de modo a alavancar soluções para os graves problemas de logística do país.

Evidentemente não se trata de hipótese de dispensa ou inexigibilidade, mas, tão quanto essas, admite guarida na exceção constitucional vista acima, de que as licitações são obrigatórias, ressalvadas as hipóteses legais. **Como se verá a seguir, o sistema ferroviário brasileiro exige que o intérprete da lei compreenda as particularidades que permitem o enquadramento da lei 13448/2017 como uma das hipóteses de investimento cruzado não vedada pela CF/88.**

(Grifou-se)

Não se pode impor, portanto, ao poder público, tal preceito como um limite ao estabelecimento de uma modelagem econômico-financeira, que considera a unidade finalística de uma rede de infraestruturas e gera incentivos para o funcionamento do sistema de logística como um todo, tema que será desenvolvido no próximo tópico.

Cuida-se de uma engenharia contratual que, no limite, visa a endereçar a impossibilidade fática de aporte de recursos públicos em ativos específicos e importantes à sociedade.

Ademais, já se encontra superado o entendimento de que os negócios jurídicos só produziram efeitos entre as partes. Trata-se de uma manifestação da “Teoria da Eficácia Externa do Crédito”, segundo a qual terceiros estranhos ao contrato devem suportar os efeitos e as limitações dele decorrentes, como um exemplo de exceção ao princípio da “relatividade dos contratos”⁴.

Os pactos concessionários, ao serem celebrados no âmbito de um sistema, compõem um plexo interligado de relações contratuais (o contrato de concessão, os contratos privados celebrados pelos concessionários, o contrato de financiamento, os contratos celebrados com os usuários).

Cuida-se de contratos coligados. Trata-se de uma sofisticação contemporânea para o desenvolvimento de atividades econômicas, por meio das redes de negócios como “*modes of organising economic activities that bind formally independent firms who are more or less economically dependent upon one another through stable relationships and a complex reciprocity that is more co-operative than competitive in form*” (Teubner, p. 17).

Assim, os contratos de concessão devem ser considerados como uma parte de um sistema, que, como tal, faz parte de uma engenharia de retroalimentação de incentivos. E isso não importa, per se, numa violação do dever de licitar. Afinal, de novo, a licitação é um meio, e não um fim em si.

2 DOS INVESTIMENTOS CRUZADOS SOB A ÓTICA SISTÊMICA DE REDES

As normas que tratam dos investimentos cruzados no âmbito do setor de infraestrutura de transportes autorizam o poder público a pensar seus contratos de parceria sob a perspectiva de solucionar questões operacionais e logísticas de uma forma sistêmica.

Para além das normas autorizadoras, cabe compreender a lógica que as acompanha. A regulação, segundo Marques Neto (2011), serve de elemento de

⁴ Nesse sentido, confira-se o Enunciado 21, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: 21 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

integração entre os sistemas econômico, político e jurídico, sendo isso possível “a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos”, os quais, “de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica (no âmbito e em torno da qual se estrutura este subsistema)”.

De acordo com Newbery (1999), o problema enfrentado por investidores/concessionários e consumidores/usuários se concentra no desenvolvimento de instituições que equilibrem interesses e poderes. O desenho regulatório referente às regras para a fixação de preços/tarifas, nesse contexto, é apenas uma parte da agenda de infraestruturas de rede, que trazem consigo a ideia de sistemas.

Como explica Moss (2005), as redes são compostas de links que conectam os nós. Há uma série de configurações possíveis, de acordo com a autora, como por exemplo: (i) rede “estrela” com um hub central, que poderia representar (a) sistema referente aos transportes aéreos, sendo o nó central o aeroporto hub e os nós externos aeroportos menores ou (b) sistema local de distribuição de eletricidade, sendo o nó central o gerador, os nós externos os consumidores e as ligações as linhas de distribuição (Figura 1); (ii) duas redes “estrelas” conectadas através de uma linha de tronco, em que se observa o fluxo de operações entre dois sistemas de distribuição (Figura 2).

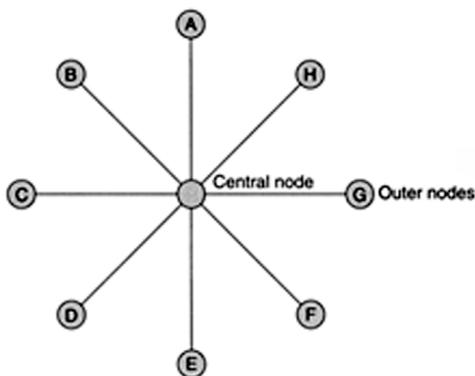


Figura 1: Rede “estrela”. Fonte: Moss (2005).

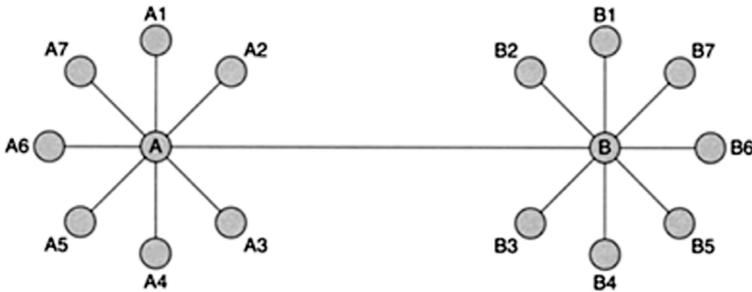


Figura 2: Duas redes “estrelas” conectadas através de uma linha de tronco. Fonte: Moss (2005).

De acordo com Kwoka e White (2005), as ferrovias estão entre os primeiros exemplos de uma indústria de redes na economia dos Estados Unidos. De acordo com a Figura 3, em que se observa um sistema de transporte ferroviário, os pontos A, B e C representam os pontos de origem, a partir dos quais as cargas são armazenadas em uma instalação portuária (denominada T1), para, em seguida, serem transportadas a um segundo terminal T2, oportunidade em que são distribuídas aos destinos finais X, Y e Z.



Figura 3: Modelo de rede ferroviária. Fonte: Kwoka e White (2005).

Importa, ainda, observar se a rede é unidirecional ou bidirecional. Segundo Moss (2005), as redes unidirecionais, como representa o sistema elétrico, podem indicar economias de escala particularmente fortes. Em uma rede bidirecional, por seu turno, como se verifica no transporte aéreo, os nós externos podem receber e iniciar operações que fluem de um lado para o outro entre quaisquer dos nós externos através do nó central.

Nos sistemas supracitados, há uma composição logística que afeta diretamente os diversos serviços prestados aos usuários, a depender da sua interação. Como destaca Moss (2005), uma vez que há um número limitado de rotas possíveis através da rede, as restrições de capacidade podem criar gargalos, consubstanciados em interrupções ou atrasos no serviço.

As políticas públicas concernentes às infraestruturas de rede, nesse sentido, refletirão inevitavelmente características políticas e culturais da sociedade, podendo a estrutura e a regulação dos correspondentes projetos variar ao longo do tempo em resposta às mudanças de circunstâncias (Newbery, 1999). Tais políticas públicas, assim, podem responder a mudanças, como ressalta o autor: no equilíbrio do poder político, no poder relativo aos grupos de interesse, na tecnologia, nos riscos (por exemplo, de interrupções de fornecimento), na competição internacional ou nas necessidades de investimento, este último um dos principais pilares que moveu a construção da Lei nº 13.448/2017.

Como bem explana Marques Neto (2011), ao exercer a regulação, deve-se “perseguir a combinação entre a garantia das condições de exploração econômica e a implementação dos objetivos de ordem pública”, fazendo com que “o Estado tenha que combinar o equilíbrio sistêmico com a promoção de políticas públicas”.

O pagamento por determinado serviço público significa, no limite, “dizer a quem a coletividade decide imputar (alocar) os custos de uma sociedade mais solidária (se pensada a lógica da universalização)” e, ainda, “mais coesa (se pensada a importância do acesso e da efetiva fruição dos serviços essenciais para a dignidade humana) e menos desigual (se cogitada da alocação dos ônus mediante critérios distributivos)” (Marques Neto, 2004).

Conforme menciona Schwind (2010), “a forma de organização e remuneração dos serviços públicos sempre envolve alguma discussão de ordem distributiva”, destacando o autor que “a forma de alocação dos ônus da prestação de um serviço público não é neutra do ponto de vista distributivo”.

Na esfera da infraestrutura de transportes, a noção de sistema foi trazida, para além dos normativos já citados, pela Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação (SNV), sua composição, objetivos e critérios de implantação, em consonância com os incisos XII e XXI do art. 21 da Constituição Federal.

De acordo com seu art. 2º, o SNV é constituído pela infraestrutura física e operacional dos vários modos de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição dos diferentes entes da Federação. Ainda, são objetivos do Sistema Nacional de Viação (SNV), do qual fazem parte o Subsistema Rodoviário

Federal, o Subsistema Ferroviário Federal, o Subsistema Aquaviário Federal e o Subsistema Aeroviário Federal⁵, assegurar a unidade nacional e a integração regional; garantir a malha viária estratégica necessária à segurança do território nacional; promover a integração física com os sistemas viários dos países limítrofes; atender aos grandes fluxos de mercadorias em regime de eficiência, por meio de corredores estratégicos de exportação e abastecimento; e prover meios e facilidades para o transporte de passageiros e cargas, em âmbito interestadual e internacional.

Segundo o art. 7º da Lei nº 12.379/2011, a União poderá aplicar recursos financeiros no SFV, qualquer que seja o regime de administração adotado, sendo vedada a aplicação de tais recursos em obra ou serviço que, nos termos do respectivo contrato ou outro instrumento de delegação, constitua responsabilidade de qualquer das demais partes envolvidas.

A leitura do referido artigo deve se dar sob dois prismas: o primeiro no sentido de conferir a garantia de que não sejam aplicados recursos da União para obras já inseridas, por exemplo, em contratos de concessão; e o segundo com o olhar dos objetivos supracitados do SFV, que carregam intrinsecamente uma lógica de sistema.

É dizer, os investimentos cruzados se inserem em uma ótica sistêmica de redes, decorrente do próprio Sistema Federal de Viação, que possibilita ao poder público incentivar e investir, por meio do contrato de concessão, em soluções aos gargalos existentes.

Consoante aduz Marques Neto (2011), “[o]s subsistemas jurídicos não prescindem da produção de normas legais”, como são, quanto aos investimentos cruzados no âmbito da infraestrutura de transportes, as autorizações legais mencionadas ao longo do presente ensaio. Contudo, continua o referido autor, “cada vez mais a textura normativa das leis é aberta, franqueando largas margens de preenchimento do conteúdo normativo em âmbito infralegal, ou seja, no ambiente de cada subsistema regulado”.

A regulação estatal, assim, não pode ser meramente reativa ou ordenadora, havendo de ser proativa e planejadora, como bem ressalta Marques Neto (2011). Alerta, no entanto, o autor que tais características devem ser pautadas por vetores de equilíbrio, ponderação e responsabilidade.

Nesse sentido, entendemos relevante traçar algumas balizas para que o intento das normas sobre os investimentos cruzados e da lógica

5 Em relação ao setor aéreo, cabe mencionar que o Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC) traz também consigo a ideia de rede, uma vez que os valores devidos como contrapartida à União em razão das outorgas de infraestrutura aeroportuária compõem os recursos do Fundo e podem ser utilizados no desenvolvimento e no fomento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil (art. 63, §§1º e 2º, da Lei nº 12.462/2011). Ou seja, a outorga auferida em um contrato de concessão poderá, mediante o FNAC, ser utilizada para o desenvolvimento da infraestrutura de outro aeroporto.

que as acompanha sejam observados de forma adequada, a fim de que um importante mecanismo de propulsão das infraestruturas de rede não seja utilizado desproporcionalmente.

Como exemplo, destacam-se os seguintes trechos do voto do Ministro Relator Bruno Dantas, nos autos de acompanhamento dos atos e procedimentos preparatórios para a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Estrada de Ferro Carajás (EFC), TC 018.841/2019-8:

493. Se por um lado, não vislumbro óbice, ao menos em tese, à utilização desse dispositivo legal para aquisição de determinado insumo relevante para o atingimento dos objetivos maiores da política de transportes, por outro lado, reputo que essa alternativa implica um desafio maior do poder público no sentido de garantir que todo o ciclo do investimento seja cumprido.

494. A Lei 13.448/2017 tem, entre os seus objetivos, a ampliação dos investimentos em infraestrutura e o imperativo de resolver os entraves logísticos do país. Portanto, os objetivos legais serão satisfeitos com a efetiva implantação dos empreendimentos e não com a mera aquisição de materiais e insumos.

495. Assim, de nada adiantaria o Poder Concedente direcionar recursos para a aquisição de materiais, se as demais “amarras” a que está submetida a administração inviabilizarem a sua implantação. Podemos citar as restrições orçamentárias e financeiras, as deficiências dos projetos, dificuldades nas liberações das frentes de trabalhos, dentre tantas outras dificuldades frequentemente observadas nas obras públicas neste país.

496. Além disso, o Poder Público precisará estabelecer procedimentos a fim de se assegurar do atendimento das especificações técnicas, do rastreamento, da garantia, da guarda do material, da compatibilização dos seus preços com os de mercado, da forma de contabilização desses dispêndios, enfim, uma série de aspectos que não foram informados nesta oportunidade.

497. Finalmente, a escolha de empreendimentos a serem objeto desse investimento deve ser cautelosa, para que não ocorra inviabilidade prática de sua implantação. A título ilustrativo, a Ferrovia Transnordestina mencionada na nota técnica do MInfra possui um longo histórico de irregularidades apuradas por este Tribunal.

498. Reproduzindo, mais uma vez, a explanação do eminente ministro Gilmar Ferreira Mendes, na ADI 5.991, “é importante que o aplicador da política pública desenhada seja rigidamente controlado e fiscalizado, a fim de se garantir que a assunção dos compromissos de investimento em malha de interesse da Administração Pública seja opção tão ou mais vantajosa do que o recolhimento de outorga ou do que qualquer outra contraprestação que poderia ser imposta em favor do Poder Público” (ADI 5.991).

499. Portanto, proponho que este Tribunal informe ao Poder Concedente que não há óbice em direcionar recursos do saldo livre do fluxo de caixa (valor de outorga) da modelagem econômico-financeira à aquisição de trilhos pela concessionária, e à sua entrega à Valec, para aplicação em sua malha ou em outra de interesse da administração, desde que, previamente à celebração do termo aditivo, o Poder Concedente discipline, detalhadamente, a forma de implementação desta nova diretriz, afastando os riscos de desvio dos princípios que nortearam a autorização legal em apreço.

Nesse contexto, apenas a título de reflexão sobre o tema, elencamos, na Tabela 1, adiante, alguns critérios a serem observados quando se tratar de investimentos cruzados, sob duas óticas: (i) do contrato de concessão a partir do qual partirão tais investimentos; e (ii) do sistema em que se encontra inserido.

Tabela 1: Alguns critérios a serem observados quando se tratar de investimentos cruzados.

Investimento cruzado	Contrato de concessão	Sistema
		
Natureza	Residual	Ativo do Estado
Objeto	Não pode ser incorporado	Justificativas técnicas para a sua escolha
Fiscalização da execução	Previsões claras de obrigações e penalidades correlatas	Ator responsável pelo recebimento do ativo

Em primeiro lugar, é imprescindível que o contrato de concessão tenha seu objeto preservado. Dessa forma, sob a ótica do contrato de

concessão, a natureza dos investimentos cruzados será residual, ou seja, os investimentos a serem realizados dentro do objeto concedido devem necessariamente ser priorizados.

Ainda, os investimentos cruzados configuram-se como ativo do Estado, fruto de uma obrigação advinda do contrato, mas que a ele não pode se incorporar, sob pena da sua desnaturação. Neste ponto, sob a ótica do sistema, é primordial que a escolha do que será objeto de investimento cruzado se pautem em critérios técnicos, com o devido embasamento, considerando a lógica de redes, sobretudo: (i) a importância do projeto para o sistema no qual se insere; e (ii) sua funcionalidade.

Poderiam, nesse sentido, ser coletados dados que comprovem a interdependência logística, bem como as externalidades positivas que serão produzidas pelos investimentos cruzados, a partir de análises de política pública que exponham as consequências sistêmicas do aporte de recursos em outras malhas ou infraestruturas que não integram o objeto do contrato, inclusive no que toca aos efeitos concorrenciais entre setores forjados a partir de uma assimetria regulatória.

Outro critério essencial é a forma de fiscalização quanto à execução do investimento cruzado, que deve estar bem delineada no contrato, com previsões claras das obrigações, partes responsáveis e uma adequada gradação de penalidades no caso de descumprimentos. Ademais, da perspectiva do sistema, é importante verificar quem do poder público será o responsável por receber o ativo, após sua conclusão, uma vez que será relevante que esse órgão/entidade também acompanhe a execução dos investimentos.

Importante ressaltar que tais critérios trazem, como mencionado, reflexões iniciais sobre o tema, as quais certamente merecem aprofundamento, principalmente quando analisadas no âmbito do caso concreto e de suas particularidades. No caso das prorrogações antecipadas, por exemplo, poderiam ser acrescidos os custos de transação entre relicitar o ativo e estabelecer a prorrogação antecipada e os investimentos cruzados.

Sabe-se que, na moderna regulação dos serviços públicos, como bem destaca Ortiz (2003), distinguem-se o regime legal teórico e a prática regulatória, sendo que o regime legal não define com precisão soluções definitivas sobre os múltiplos conflitos que a realidade impõe.

Como ensina Marques Neto (2011), “cada subsistema regulatório se apresenta como uma forma distinta de engate entre os sistemas jurídico, político, econômico e social”, sendo necessário que o “operador do direito enfrente o desafio de compreendê-los e operá-los não apenas a partir do conhecimento geral do sistema jurídico”. De acordo com o autor, “é necessário, pois, conhecer não apenas a floresta e suas principais árvores,

mas também ter a noção da sua importância para o meio-ambiente como um todo e, além disso, reunir conhecimentos sobre cada um dos ecossistemas nela contidos”.

3 CONCLUSÃO

O direito não dá conta da realidade. Os ensinamentos doutrinários de outrora não podem servir para impor limites ao direito. Os contratos de infraestrutura bem retratam tal sistemática. Mais do que uma relação jurídica permeada por prerrogativas publicísticas, os módulos concessórios veiculam um sistema de incentivos.

Busca-se engendrar um arranjo jurídico-econômico que reduza a assimetria de informações entre as partes, informando jogos repetitivos de soma zero, que são tendentes à cooperação. É que, em relações de longo prazo, as incertezas e a incompletude que permeiam tais ajustes importam em práticas cooperativas entre o poder concedente e concessionário. É, justamente, a partir de tais quadrantes, que devem ser interpretados os “investimentos cruzados” de que tratam a Lei nº 13.448/2017 e o Decreto nº 9.048/2017.

No caso das prorrogações antecipadas, estabelece-se, por intermédio de tal instituto, uma possibilidade de renegociação que se utiliza da variável “prazo” (que reflete o VLP do ativo) tendo como contrapartida o adimplemento de novas obrigações de investimento pelo concessionário. Acontece que tal modalidade de “novação”, por assim dizer, é um tanto mais sofisticada.

Sob a ótica sistêmica de redes, esse mecanismo é vocacionado a produzir externalidades positivas à rede de transporte logístico. É disso que trata o novel instituto. Cuida-se de expediente, criado no âmbito dos citados normativos, e que teve a sua constitucionalidade referendada pelo STF. E, mais que isso, que está em consonância com a ideia de regulação enquanto elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico, característico dos setores em questão.

Claro que tal instituto não se configura como um “cheque em branco” para o poder público. Há de se estabelecer peais ao desvio de finalidade, para que sejam obstados investimentos que estejam dissociados do interesse público, a lastrear políticas de “governo”, e não de “estado”. Diante do que temos para nós que tais investimentos terão de estar alicerçados em decisões racionais e consequencialistas, que considerem sua natureza e objeto, observando, a título de reflexão para próximos estudos:

(i) a importância do projeto para o sistema no qual se insere e sua funcionalidade, utilizando-se, por exemplo, de dados que comprovem a

interdependência logística, bem como as externalidades positivas que serão produzidas pelos investimentos cruzados; e

(ii) a forma de fiscalização quanto à execução do investimento cruzado, sob o prisma do contrato de concessão (obrigações e sanções bem estabelecidas) e do sistema (órgão/entidade responsável pelo ativo após sua conclusão).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. TC 018.841/2019-8. Autos de acompanhamento dos atos e procedimentos preparatórios para a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Estrada de Ferro Carajás (EFC). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A1884120198/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 set. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.991 Distrito Federal. Relatora Min. Cármen Lúcia. Medida cautelar indeferida. Direito administrativo. Setor ferroviário. Prorrogação antecipada dos contratos de concessão. Alegada inconstitucionalidade do § 2º do inc. II do art. 6º, dos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448, de 5.6.2017. Ação direta julgada improcedente. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 5 set. 2021.

BRASIL. 4ª *Vara Federal Cível de Vitória*. Ação Civil Pública nº 5006063-63.2018.4.02.5001/ES. Autor: Estado do Espírito Santo. Réu: União - Advocacia Geral da União. Indeferidos os pedidos de tutela de urgência (art. 300 do CPC/15), cautelar e de evidência (art. 311, I, do CPC/15) formulados pelo Estado do Espírito Santo.

KWOKA, John E.; WHITE, Lawrence J. Freight railroads. In: *Network access, regulation and antitrust*. American Antitrust Institute. London and New York: Routledge, 2005, p. 76-85.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Org.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 331-351.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Do Contrato Administrativo à Administração Contratual*. Governet. Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, p. 726-732, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79/91, jan/mar., 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 11, n. 45, p. 13-37, jul./set., 2011.

MOSS, Diana L. (Org.). *Network access, regulation and antitrust*. American Antitrust Institute. London and New York: Routledge, 2005.

NEWBERY, David M. *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*. The Walras-Pareto Lectures. The MIT Press Cambridge, Massachusetts, London, England, 1999.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, n. 27, out./dez., 2009.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Madrid: Editorial Cordillera, 2003, p. 629.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e o dever de cooperação (tese)*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas. (dissertação)*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 43.

TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts*. United Kingdom: Bloomsbury Publishing PLC, 2011, Trad. Michelle Everson. p. 17.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 170.

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

ARBITRAGEM NO SETOR DE INFRAESTRUTURA: RELATO DO CASO GALVÃO

ARBITRATION IN THE INFRASTRUCTURE SECTOR: REPORT OF GALVÃO ARBITRATION PROCEEDING

Paula Butti Cardoso

Procuradora da Fazenda Nacional. Coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Universidade de São Paulo.

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar

Advogada da União. Membro do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília e em Advocacia Pública pelo Centro Universitário UNA.

Cristiane Cardoso Avolio Gomes

Advogada da União. Colaboradora no Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Resumo dos fatos que deram origem à arbitragem. 2. Relatório dos atos do

processo arbitral. 3. Alegações iniciais da requerente; 4. Resposta às alegações iniciais e reconvenção da União. 5. Resposta às alegações iniciais da ANTT. 6. Sentença parcial. 7. Discussão teórica. 8. Conclusão. Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo que relata o Caso Galvão, no qual se debateu a responsabilidade pela inexecução de obrigações em contrato de concessão de rodovia, que levou à decretação de caducidade. O objetivo é apresentar os fatos que antecederam o requerimento de arbitragem e as sínteses das alegações iniciais, das respostas das Requeridas e da sentença parcial prolatada pelo tribunal arbitral. Ao final, conclui-se que o Caso Galvão ilustra como a arbitragem é um método adequado para solução célere, técnica e segura de conflitos complexos no setor de infraestrutura. Com isso, espera-se que outros conflitos dessa natureza sejam solucionados pela via arbitral, de modo que a arbitragem continue avançando e se consolidando como meio mais adequado para solução de controvérsias nesse setor indispensável para o desenvolvimento nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Infraestrutura. Caducidade. Reequilíbrio Econômico-Financeiro.

ABSTRACT: This article reports the Galvão Arbitration Proceeding, in which was debated the responsibility for the non-performance of obligations that led to premature termination of the highway concession contract. The object of this paper is to present the facts that preceded the request for arbitration and the summaries of the statements of the case, the responses of the parties, and the partial arbitral award rendered by the arbitral tribunal. We reached the conclusion that the Galvão Arbitration Proceeding illustrates how arbitration is an adequate method for a fast, technical and secure resolution of complex conflicts in the infrastructure sector. Thus, it is expected that other conflicts of the same nature will be resolved through arbitration, so that arbitration continues to advance and consolidates itself as the most adequate method to solve disputes in this sector, which is essential for national development.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Infrastructure. Termination. Economic-Financial Rebalance.

INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei nº 9.307/1996 – Lei de arbitragem (Larb) (BRASIL, 1996), a arbitragem vem se firmando como um instrumento privado de resolução de litígios de natureza complexa, que envolvem altos valores e que demandam alta especialidade de todos os profissionais envolvidos.

O fato de a arbitragem se propor a ser um mecanismo para solução de conflitos de maneira célere, com alto grau de especialização, flexibilidade procedimental e segurança jurídica tornou-a especialmente atrativa para o setor de infraestrutura, no qual as controvérsias costumam ser de grande vulto e necessitam de solução técnica, rápida e eficaz, a fim de não paralisar obras essenciais para o desenvolvimento do país.

Com o passar dos anos e devido aos resultados positivos advindos do uso do instituto, há cada vez mais confiança e estímulo ao uso da arbitragem em contratos de infraestrutura, o que justificou a edição de normas específicas para o setor desde o ano de 2015, quando foi editado o Decreto nº 8.465/2015 (BRASIL, 2015) para “dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário”. Posteriormente, este Decreto foi revogado pelo Decreto nº 10.025/2019 (BRASIL, 2019), que passou a dispor sobre as arbitragens não só no setor portuário, como também nos setores de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e trouxe disposições atualizadas de acordo com a evolução da prática da arbitragem.

A especialidade dos conflitos que surgem nos contratos de infraestrutura demanda não só a escolha da arbitragem como método adequado para solucioná-los, mas também exige a capacitação de todos os profissionais envolvidos, incluindo árbitros, peritos e advogados que atuam nas causas. Embora a representação por advogado em arbitragem não seja obrigatória (art. 21, §3º, da Larb), nota-se que há grande especialização das bancas privadas de advocacia que atuam no setor, acompanhada de um esforço das advocacias públicas para capacitar seus procuradores para a defesa dos interesses públicos perante os tribunais arbitrais.

Nesse contexto, destaca-se, no âmbito da União, a atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA/AGU), criado como um projeto piloto pela Portaria AGU nº 226/2018 (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2018) e atualmente consolidado de forma permanente pela Portaria AGU nº 320/2019 (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2019). É interessante notar que a União reconheceu as especificidades práticas da arbitragem e percebeu a necessidade de criar um núcleo destinado apenas a demandas arbitrais em decorrência da

superveniência do denominado Caso Libra (Processo arbitral nº 78/2016/SEC7 do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá - CAM-CCBC), que envolvia justamente um conflito na área de infraestrutura, mais especificamente, no setor portuário.

Desde então, o NEA/AGU vem atuando em outros casos de arbitragem em infraestrutura¹, com destaque para o Caso Galvão (Processo Arbitral nº 23433/GSS/PFF da Câmara de Comércio Internacional - CCI), escolhido para relato no presente artigo.

Portanto, o propósito deste artigo é realizar uma exposição do Caso Galvão, analisando os fatos que antecederam o requerimento de arbitragem e apresentando as sínteses das alegações iniciais, das respostas das partes, da sentença parcial prolatada pelo tribunal arbitral, a fim de demonstrar como a arbitragem resolveu de maneira técnica, célere e segura o conflito que se apresentava.

1. RESUMO DOS FATOS QUE DERAM ORIGEM À ARBITRAGEM

Por meio do Edital ANTT nº 001/2014 (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES, 2014), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) promoveu licitação para a concessão do direito de exploração de parte da rodovia BR-153/GO, mais especificamente de “trecho de 642,8km da rodovia BR-153 entre o entroncamento da BR 060 em Anápolis, no Estado de Goiás, e o entroncamento com a TO 070 (Oeste) em Aliança do Tocantins”. O leilão de concessão foi realizado levando-se em consideração a proposta elaborada com a menor tarifa de pedágio dentro dos limites previstos no edital².

A Concessionária de Rodovias Galvão BR- 153 S/A (“concessionária Galvão”) sagrou-se vencedora do certame e, em 12 de setembro de 2014, foi celebrado o Contrato de Concessão nº 01/2014 (ANTT, 2014) entre a concessionária e a ANTT, sendo o termo de assunção da concessão celebrado em 31 de outubro de 2014, data em que teve início o período de exploração do sistema rodoviário concedido pelo prazo total de 30 anos.

No entanto, já em seus primeiros anos, a execução do contrato apresentou problemas em razão do descumprimento das obrigações contratuais que compunham a fase de trabalhos iniciais da concessão. À época, a equipe de inspeção responsável pela vistoria das obras relatou “a

1 As informações sobre os demais casos de arbitragem envolvendo a União estão disponíveis em <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem/casos-de-arbitragem-2>. Acesso em 18 jun. 2021.

2 Edital de concessão nº 1/2014 (Apresentado pela Requerente nos autos do Processo Arbitral como Doc. A.02)

situação de não atendimento aos parâmetros de desempenhos previstos na Frente de Recuperação e Manutenção, bem como a de não implantação e não operacionalização das instalações e sistemas da Frente de Serviços Operacionais”³. Dessa forma, em meados do ano de 2016, foi instaurado o processo administrativo nº 50500.215567/2016-36 no âmbito da ANTT para “apurar as infrações de natureza grave, puníveis com pena de caducidade, praticadas pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A. (...)”⁴ (ANTT, 2016). O processo administrativo culminou com elaboração de relatório final no qual foram elencadas todas as irregularidades identificadas na execução do contrato⁵, imputando à concessionária a responsabilidade pelo descumprimento das disposições contratuais e sugerindo à União a decretação de caducidade, com conseqüente extinção do contrato⁶.

Após manifestação da Diretoria Colegiada da ANTT⁷, da área técnica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (atual Ministério da Infraestrutura)⁸ e da Consultoria Jurídica da mesma pasta ministerial⁹, a caducidade foi declarada pelo Presidente da República através do Decreto sem número de 15 de agosto de 2017¹⁰ (BRASIL, 2017). É interessante observar que esse processo de caducidade foi a primeira experiência dessa natureza na história das concessões federais de infraestrutura¹¹.

Como conseqüência da caducidade, houve o retorno do sistema rodoviário pela União, que, por meio do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), passou a ser responsável pela administração da rodovia e pela execução das obras e serviços que eram objeto do contrato de concessão.

Por sua vez, à concessionária Galvão foi negado o pagamento da indenização referente ao valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis, além de ter sido condenada ao pagamento de R\$ 20.141.831,50

3 Item 8 do Parecer Técnico N° 265/2016/COINF-MG/SUINF (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-05)

4 Deliberação ANTT nº 138/2016 (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-04).

5 Para maior detalhamento dos fatores que justificaram a proposta de caducidade, ver Nota Técnica nº 2/2017/CGEA/DOUT/SNTTA-MTPA (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-07)

6 Relatório Final da Comissão Processante (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-08)

7 Deliberação ANTT nº 138, de 23 de junho de 2017, publicada em 26 de junho de 2017 (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-09)

8 Nota Técnica nº 2/2017/CGEA/DOUT/SNTTA-MTPA (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-07)

9 Parecer nº 00500/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-10)

10 Contrato de Concessão 01/2014 (Apresentado pela Requerente no Processo Arbitral como Doc. A.01)

11 Diagnóstico e alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais (Apresentado pela Requerente no Processo Arbitral como Doc. A-13).

(vinte milhões, cento e quarenta e um mil, oitocentos e trinta e um reais e cinquenta centavos – valor atualizado até abril de 2017) à União a título de indenização referente ao não pagamento de verba de fiscalização e às multas contratuais aplicadas à concessionária¹².

2. RELATÓRIO DOS ATOS DO PROCESSO ARBITRAL

Em razão dos fatos anteriormente expostos, em 2 de fevereiro de 2018, a concessionária Galvão apresentou requerimento de arbitragem em face da ANTT e da União perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). O requerimento foi fundamentado na convenção arbitral inserida na cláusula 37.1 do Contrato de Concessão nº 001/2014, que tem o seguinte teor:

37.1. Arbitragem

37.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

(i) Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

37.1.2 A submissão a arbitragem, nos termos deste item, não exime o poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.

37.1.3 A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

37.1.4 A arbitragem será conduzida em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

¹² Relatório Final da Comissão Processante, § 205 (Apresentado pela União no Processo Arbitral como Doc. R2-08)

37.1.5 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira excluída a equidade.

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três)  rbitros, cabendo a cada Parte indicar um  rbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro  rbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9 do regulamento de arbitragem da CCI.

37.1.7 Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condi oes aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

37.1.8 Caso seja necessária a obten ao das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constitui ao do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de media ao, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constitui ao do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

37.1.9 As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e sucessores.

37.1.10 A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos  rbitros.

(ANTT, 2014)

O tribunal arbitral   formado por Sergio Nelson Mannheimer ( rbitro Presidente), Anderson Schreiber (Co rbitro indicado pela requerente) e Patrícia Ferreira Baptista (Co rbitra indicada pelas requeridas)¹³.

Após a assinatura da ata de missão, o processo arbitral se desenvolveu com a apresenta ao de alega oes iniciais, respostas às alega oes iniciais, réplicas e tréplicas.

Houve audiência preliminar para apresenta ao do caso, ao fim da qual o tribunal arbitral, acolhendo pedido das partes, decidiu pela bifurca ao

13 A despeito da prola ao da sentença arbitral parcial, o procedimento está, em curso, em fase de liquida ao.

do procedimento para proferir sentença parcial sobre a questão relativa à causa da caducidade do contrato de concessão e seus efeitos jurídicos.

Acerca da instrução probatória, o tribunal arbitral decidiu ser desnecessária a produção de prova oral requerida pela União, considerando o farto conteúdo probatório já existente nos autos.

Após a apresentação de alegações finais pelas partes, o tribunal arbitral considerou a causa madura para julgamento e proferiu sentença parcial, a qual será mais adiante relatada.

3. ALEGAÇÕES INICIAIS DA REQUERENTE

Inicialmente, ao tratar da arbitrabilidade da matéria trazida à arbitragem, a concessionária Galvão esclareceu que:

18. (...) **não se pretende discutir, na presente Arbitragem, a extinção antecipada do Contrato de Concessão por decisão das Requeridas**, mas tão somente obter o reconhecimento (i) do direito da Requerente à indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados que realizou até a extinção do Contrato de Concessão e retomada do Sistema Rodoviário pelo DNIT, (ii) da inexigibilidade das multas administrativas indevidamente aplicadas à Requerente pela Requerida 1 e (iii) afastar qualquer responsabilidade da Concessionária pelos inadimplementos contratuais apontados pelas Requeridas como fundamento da extinção do Contrato de Concessão por caducidade. (grifos no original)

Acerca do mérito de suas pretensões, a concessionária Galvão se insurge contra a decisão da União e da ANTT de imputar à concessionária a responsabilidade pelos inadimplementos contratuais que ensejaram a aplicação de multas administrativas e levaram à extinção do contrato por caducidade¹⁴.

A concessionária defende que a disponibilização do financiamento (“empréstimo-ponte”) prometido pelas instituições financeiras em documento chamado “Carta de Apoio dos Bancos Públicos” fazia parte das condições essenciais de viabilidade do contrato e que o financiamento não foi concedido devido à crise econômica que atingiu o Brasil a partir do último trimestre de 2014 e cujos efeitos repercutiram nos anos posteriores. No entender da requerente, tal crise econômica, por ter se manifestado no mercado de crédito de maneira superveniente, imprevisível e extraordinária, impediu a contratação do financiamento prometido e se

¹⁴ Alegações iniciais, seção IV.2

caracteriza juridicamente como caso fortuito ou força maior, cujo risco deveria ser alocado ao poder concedente, nos termos da cláusula 21.2.4 do contrato de concessão.

Afirmou, ainda, que a mudança na política de financiamentos públicos para projetos de infraestrutura e o fato de a União não ter atuado de maneira colaborativa para preservação do contrato configura fato da Administração, o que afasta a responsabilidade da concessionária pela não obtenção dos recursos necessários à execução do contrato.

Por esses motivos, considerou ser descabida a alegação de que o risco ordinário pela obtenção do financiamento seria da concessionária, tendo em vista que a alocação contratual dos riscos entre as partes impõe o reconhecimento de que o poder concedente é responsável por viabilizar o acesso aos recursos que tornariam possível a execução do objeto do contrato.

No mesmo contexto de discussão da responsabilidade pela inexecução contratual, a concessionária Galvão também defendeu que é inexigível o pagamento das multas administrativas aplicadas pelo poder público e, subsidiariamente, que o valor das multas não deve ser descontado do cálculo da indenização.

Além de impugnar a sua responsabilização pelos fatos que deram ensejo à caducidade, a requerente também se insurgiu contra a decisão administrativa que negou seu direito à indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis e não amortizados, questionando os fundamentos adotados na decisão à luz da legislação aplicável e das disposições contratuais¹⁵, e apresentou seus critérios para cálculo da indenização que entende lhe ser devida¹⁶.

Em conclusão, a concessionária Galvão formulou os seguintes pedidos:

vi. O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, conseqüentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para resolução da presente controvérsia;

vii. A condenação das Requeridas ao pagamento de indenização à Requerente pelos investimentos vinculados a bens reversíveis e não amortizados que realizou, em valor final a ser arbitrado neste procedimento conforme a metodologia apresentada na seção IV.1 destas Alegações Iniciais e no Parecer da GO Associados, devidamente atualizado;

¹⁵ Alegações iniciais, seções IV.1.1 e IV.1.2

¹⁶ Alegações iniciais, seções IV.1.3 e IV.1.4

viii. O reconhecimento de que a inexecução do objeto contratual não se deveu aos supostos inadimplementos imputados à Concessionária pelas Requeridas e que fundamentaram a aplicação de multas administrativas pela ANTT e a decisão das Requeridas de extinguir antecipadamente o Contrato de Concessão por caducidade, e sim à materialização de risco alocado contratualmente e por lei ao Poder Concedente, que desequilibrou a equação econômico-financeira contratual em desfavor da Concessionária, inviabilizando a Concessão;

ix. A declaração da inexistência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas à Requerente pela Requerida 1; e

x. A declaração da inexigibilidade do pagamento pela Requerente de tais multas, ou, subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda que as controvérsias sobre a aplicação de penalidades contratuais e seu cálculo não são arbitráveis, o reconhecimento de que o valor de tais multas não deve ser descontado do valor da indenização devida à Requerente.

4. RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS E RECONVENÇÃO DA UNIÃO

Em sua resposta, a União salientou que, apesar de a ANTT ser a executora do serviço público e a responsável pela fiscalização do contrato de concessão, o ente público possui interesse na execução contratual, tendo em vista que o descumprimento gera frustração da política pública nacional de transportes que é de sua competência¹⁷.

Quanto ao mérito das alegações iniciais da requerente, a União defendeu que a obtenção de financiamento não era elemento essencial do contrato, tendo em vista que a concessionária se obrigou a executar as obrigações contratuais com recursos próprios, e que o contrato previa em capítulo específico a obrigação da concessionária de obter os empréstimos necessários à exploração do serviço (cláusula 26). Acrescentou que o fato de a concessionária Galvão ter se envolvido no maior escândalo de corrupção do Brasil (com a prisão de dirigentes do grupo econômico), bem como sua posterior recuperação judicial, foram elementos determinantes para que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) negasse o financiamento solicitado. Destacou, ainda, que a não obtenção de empréstimo não pode ser justificativa para proceder à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e que eventual discussão acerca do impacto da negativa do empréstimo sobre a

¹⁷ Nos termos do art. 22, IX, da CRFB/88, do art. 35, I, da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, e do art. 1º, I do Decreto nº 9.676, de 2 de janeiro de 2019.

inexecução contratual deve ser direcionada ao BNDES pelas vias adequadas. Com isso, concluiu pela ausência de qualquer responsabilidade do poder público pelo descumprimento do contrato de concessão¹⁸.

A União também defendeu que não é devida a indenização requerida pela concessionária Galvão, sendo descabida a interpretação ampliativa dos conceitos de “reversão” e de “bens reversíveis” adotada pela concessionária Galvão. Destacou, ainda, que os investimentos em bens reversíveis não amortizados realizados pela concessionária não atenderam às condicionantes legais e negociais para justificar o pagamento de indenização, assim como as operações realizadas com partes relacionadas, que apresentaram inconsistências que afastam a respectiva indenização¹⁹. Por fim, impugnou a metodologia utilizada pela concessionária para cálculo da indenização²⁰.

Na mesma oportunidade em que respondeu às alegações iniciais, a União apresentou reconvenção a fim de obter indenização pelos prejuízos sofridos em razão da extinção antecipada do contrato por culpa da concessionária e sem a realização dos investimentos pelos quais ela havia se obrigado²¹. Confira-se parte da justificativa do ente público para o pleito reconvenicional:

258. Dessa forma, a União tem direito a ser ressarcida, minimamente, pelos gastos que teve e tem de despender para recuperar emergencialmente a rodovia, fazendo-a retornar ao seu status quo, assim considerado aquele existente ao tempo em que a concessionária Galvão assumiu o serviço público. Repise-se: a concessionária venceu a licitação e foi contratada para executar obras e serviços na rodovia, com objetivo de atingir determinado padrão de qualidade; no entanto, não realizou os investimentos acordados, permitindo uma degradação ainda maior das condições do trecho concedido, e devolvendo a rodovia à União em condições muito inferiores às existentes ao tempo do início do contrato.

Em suma, os pedidos formulados pela União em sede de reconvenção foram os seguintes:

(...)

vi. Seja reconhecida a arbitrabilidade dos pedidos formulados na reconvenção apresentada pela União tendo em vista seu caráter patrimonial;

18 Resposta às alegações iniciais e reconvenção da União, capítulo 2

19 Essa matéria é objeto da segunda fase da arbitragem e será resolvida por sentença arbitral final.

20 Resposta às alegações iniciais e reconvenção da União, capítulo 3

21 Resposta às alegações iniciais e reconvenção da União, capítulo 4

vii. Seja a requerente condenada a ressarcir a União pelos prejuízos que lhe causou em razão do seu inadimplemento contratual, no valor de R\$ 96.199.028,17 (noventa e seis milhões, cento e noventa e nove mil, vinte e oito reais e dezessete centavos), atualizado até janeiro/2019, requerendo, ainda, que referido valor seja atualizado pelo IPCA-E até a data do efetivo pagamento pela Galvão;

viii. Sejam descontados os valores não pagos pela Requerente à ANTT a título de Verba de Fiscalização.

5. RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS DA ANTT

Em sua resposta às alegações iniciais, a ANTT expôs os descumprimentos de diversas disposições legais e contratuais que caracterizaram a inexecução total do contrato e justificaram a aplicação da penalidade máxima de caducidade²².

A agência também defendeu a inconsistência dos argumentos da concessionária relativos ao pedido de indenização, por terem sido incluídos serviços não indenizáveis, e argumentou que, mesmo nos serviços que seriam indenizáveis, a concessionária apresentou incongruências em seus registros que afastam a possibilidade de ressarcimento²³.

A ANTT também considerou ser inadmissível o pedido da concessionária de suspensão da exigibilidade das multas administrativas transitadas em julgado e demais encargos devidos pela requerente, sendo certo que, além dessas rubricas, a concessionária deve indenizar a União pelos danos causados ao sistema rodoviário²⁴.

Por fim, reiterou os argumentos de que a responsabilidade pela aquisição de financiamentos e empréstimos era da concessionária e que a não obtenção dos créditos não pode ser caracterizada como caso fortuito, força maior ou álea administrativa²⁵.

6. SENTENÇA PARCIAL

A sentença parcial foi proferida pelo tribunal arbitral em 10 de setembro de 2020, isto é, pouco mais de dois anos após a apresentação do requerimento de arbitragem.

²² Resposta às alegações iniciais da ANTT, capítulo III

²³ Resposta às alegações iniciais da ANTT, capítulo V

²⁴ Resposta às alegações iniciais da ANTT, capítulos VI e VII

²⁵ Resposta às alegações iniciais da ANTT, capítulo VIII

Como anteriormente mencionado, houve consenso entre as partes quanto ao pedido de bifurcação do procedimento para que houvesse a prolação de sentença parcial com o objetivo específico de definir a responsabilidade pela inexecução contratual. Nesse contexto, os árbitros consignaram que:

207. (...) a sentença parcial tem por finalidade apontar a PARTE que deu causa à inexecução do Contrato, definindo as responsabilidades e os efeitos dela advindos. Saliente-se que o ato que decretou a caducidade não é questionado por nenhuma das PARTES na presente arbitragem. (grifamos)

O tribunal arbitral também reconheceu a arbitrabilidade objetiva²⁶ dos pleitos deduzidos pela concessionária Galvão em suas alegações iniciais e pela União em sua reconvenção, considerando a “evidente natureza patrimonial desses pedidos, diretamente relacionados ao Contrato firmado” (§ 215).

Feitas estas delimitações, os árbitros iniciaram a análise do mérito da discussão sobre a responsabilidade pelo não cumprimento das obrigações contratuais. No ponto, observaram que:

236. (...) a REQUERENTE não contesta que, no momento em que declarada a caducidade da concessão da BR-153, de fato, não tinha mais capacidade para cumprir o Contrato nos termos originalmente firmados.

237. No entanto, atribui sua incapacidade à ocorrência de evento extraordinário e imprevisível (caso fortuito ou força maior) e à caracterização de Fato da Administração por parte das REQUERIDAS, circunstâncias capazes de eximi-la de culpa pela extinção do Contrato por caducidade.

Para resolução dessa celeuma, o tribunal arbitral considerou relevante a análise da matriz de riscos contratual²⁷, a fim de verificar a delimitação previamente pactuada acerca da responsabilidade de cada contratante pelos riscos assumidos, notadamente pela obtenção do financiamento que a concessionária Galvão considerou indispensável para execução das obras. Nesse sentido, os árbitros destacaram as disposições das cláusulas 21 e 26 do contrato de concessão, abaixo transcritas em parte:

²⁶ Sentença parcial, capítulo VII.2

²⁷ Sentença parcial, capítulo VII.4

21 Alocação de Riscos

21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

[...]

21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

[...]

21.4. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar.

26 Financiamento

26.1 A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato.

[...]

26.3 A Concessionária não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato.

À luz dessas disposições, especialmente da subcláusula 26.3, o tribunal arbitral observou que:

246. (...) o risco financeiro relacionado a financiamentos ou mesmo ao atraso no desembolso de recursos foi integralmente alocado à REQUERENTE, que não poderia invocá-lo para justificar atraso ou inadimplemento de suas obrigações.

Assim, os árbitros entenderam ser plenamente aplicável o princípio do *pacta sunt servanda* para reconhecer a força obrigatória das disposições

contratuais que alocaram com a concessionária o risco pela obtenção do financiamento. No mesmo sentido, ressaltaram que o contrato veda expressamente a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de materialização de quaisquer dos riscos assumidos pela concessionária (cláusula 21.4), como é o caso do risco do financiamento.

A respeito da Carta de Apoio dos Bancos Públicos²⁸, os árbitros observaram que ela era apenas uma declaração de intenções, sem caráter vinculante, e que o próprio documento advertia que a efetiva concessão do empréstimo estava sujeita à análise de crédito por parte do agente financiador. No ponto, o tribunal arbitral extraiu dos documentos juntados aos autos os motivos invocados pelo BNDES para não conceder o empréstimo-ponte à concessionária Galvão:

267. Com efeito, nos documentos A-28 e R2-87, trazidos ao procedimento pela REQUERENTE e pela REQUERIDA 2, respectivamente, o BNDES expôs os motivos pelos quais não concedeu o financiamento à REQUERENTE. Nesses documentos, o BNDES esclareceu que o empréstimo-ponte não foi concedido porque “o rating atribuído ao Grupo Econômico (...) sofreu substancial downgrade”, resultado do “envolvimento do Grupo Galvão na Operação Lava-Jato”, bem como em razão do pedido de recuperação judicial datado de 25.03.2015, que “constitui-se em fato impeditivo à concessão de crédito ao referido grupo econômico”.

Assim, o tribunal arbitral constatou que as razões invocadas pelo BNDES para negar o financiamento dizem respeito a fatos relacionados apenas com a concessionária, não motivados pela crise econômica iniciada em 2014 e intensificada nos anos de 2015 e 2016.

Sobre o mesmo assunto, os árbitros rechaçaram, ainda, a possibilidade de que a referida crise econômica caracterizasse motivo de caso fortuito ou força maior que pudesse transferir a responsabilidade para o poder concedente²⁹, considerando que:

287. (...) o impacto sobre o Contrato não deriva da crise econômica, mas sim da não obtenção do financiamento, risco que, conforme já visto, as PARTES expressamente atribuíram à Concessionária em seu instrumento contratual (cláusulas 26.1 e 21.4 do Contrato).

²⁸ Sentença parcial, capítulo VII.5

²⁹ Sentença parcial, capítulos VII.6 e VII.7

Da mesma forma, consideraram que a crise econômica não pode ser enquadrada como evento imprevisível e extraordinário para fins de reequilíbrio contratual, na medida em que, à época da assinatura do contrato, o cenário econômico brasileiro já apresentava sinais de recessão. Desse modo, o tribunal arbitral entendeu que caberia à concessionária comprovar o advento do fato extraordinário e imprevisível posterior à celebração do contrato que tornasse suas obrigações excessivamente onerosas, o que não restou demonstrado no caso concreto.

A respeito da possível ocorrência de fato da Administração³⁰, o tribunal arbitral não encontrou provas de que a União possuísse alguma ingerência que resultasse na não concessão do empréstimo-ponte. Nesse sentido, o tribunal destacou o fato de que o financiamento foi concedido pelo BNDES a outras concessionárias também participantes da 3ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, o que indica que a decisão gerencial do BNDES foi movida pela análise de risco financeiro, não por mudança na política pública de mútuo supostamente promovida pela União.

Sobre possível descumprimento do dever de cooperação pelo poder concedente, os árbitros destacaram que:

323. (...) a REQUERENTE passou a inadimplir o Contrato praticamente desde o seu marco zero (docs. R2-04 a R2-08), circunstância que inviabilizou qualquer solução por parte das REQUERIDAS visando à manutenção da concessão, eis que a CONCESSIONÁRIA, logo nos primeiros meses de Contrato, já demonstrou não dispor de recursos financeiros suficientes para os necessários investimentos.

Os árbitros consideraram, ainda, legítima a recusa da ANTT em adotar o Plano de Segurança Rodoviária (“PSR”) proposto pela concessionária Galvão, uma vez que ele não preenchia os requisitos necessários de atendimento ao interesse público, e afirmaram que não havia dever de renegociar o contrato com base nas Medidas Provisórias 752/2016 e 800/2017.

Após concluir que as inexecuções das obrigações contratuais foram causadas pela incapacidade econômica, técnica e operacional da concessionária Galvão, o tribunal arbitral passou a analisar as consequências da extinção contratual, notadamente quanto à indenização por bens reversíveis requerida pela concessionária e aos pleitos reconventionais formulados pela União.

30 Sentença parcial, capítulo VII.8

Sobre a indenização, o tribunal arbitral decidiu que, mesmo que a requerente tenha dado causa à extinção do contrato por caducidade, ela faz jus à indenização prevista no art. 36 da Lei nº 8.987/95 e na subcláusula 32.7 do contrato. No entanto, os árbitros frisaram que “esta indenização **restringe-se aos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados**” (§ 339 – grifos no original) e acrescentaram que:

342. (...) a fase seguinte desta arbitragem servirá para que, entre outros, seja estabelecido (i) quais bens devem ser considerados reversíveis para os fins do Contrato, de modo que (ii) se possa apurar quais investimentos deverão ser objeto de indenização.

Ademais, os árbitros observaram que do montante da indenização devem ser abatidas as multas administrativas, as quais são devidas pela concessionária em razão da inexecução contratual, já reconhecida nos capítulos anteriores da sentença arbitral. Os árbitros também autorizaram o abatimento do valor das verbas de fiscalização não quitadas, bem como dos prejuízos comprovadamente causados à União em razão do inadimplemento contratual, tal como autorizado pela cláusula 32.7.2 do contrato, os quais deverão ser apurados na liquidação que terá lugar na segunda fase da arbitragem.

Ao final, a sentença arbitral teve o seguinte dispositivo:

353. Diante do exposto, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, decide:

(i) acolher os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 222, “vi”, de suas Alegações Iniciais, e pela REQUERIDA 2 no item 355, “vi”, de sua Reconvencção, para reconhecer a arbitrabilidade objetiva dos pedidos formulados;

(ii) julgar improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 222, “viii”, de suas Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado pela REQUERIDA 2 no item 355, “i”, de sua Reconvencção, para declarar a validade do ato de declaração de caducidade do Contrato de Concessão e reconhecer a responsabilidade exclusiva da Concessionária pela inexecução do objeto contratual;

(iii) julgar prejudicados os pedidos deduzidos pela REQUERIDA 2 no item 355, “iv” e “v”, de sua Reconvencção, tendo em vista o acolhimento do pedido principal formulado no item 355, “i”, da mesma manifestação;

(iv) julgar parcialmente procedente o pedido deduzido no item 222, “vii”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE, para condenar as REQUERIDAS ao pagamento de indenização à Concessionária pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, em valor a ser liquidado na segunda fase do presente procedimento arbitral;

(v) julgar procedentes os pedidos formulados pela REQUERIDA 2 nos itens “ii” e “viii”, do parágrafo 355 de sua Reconvenção e parcialmente procedente o pedido formulado no item “vii” do mesmo parágrafo da manifestação, para condenar a REQUERENTE ao pagamento (a) das multas administrativas aplicadas pela REQUERIDA 1, ainda não quitadas, (b) dos valores não pagos a título de verba de fiscalização e (c) das perdas e danos comprovadamente sofridas pela REQUERIDA 2 com extinção da concessão por caducidade, tudo a ser liquidado na segunda fase do presente procedimento arbitral;

(vi) esclarecer que a metodologia a ser adotada para a apuração da indenização devida à REQUERENTE pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados e para o cálculo das multas, verbas de fiscalização e perdas e danos devidas às REQUERIDAS será definida na segunda fase do procedimento arbitral, momento em que será apreciado o pedido formulado pela REQUERIDA 2 no item “iii” do parágrafo 355 de sua Reconvenção;

(vii) estabelecer, desde já, que os valores apurados por força do acolhimento dos pedidos discriminados nos itens “ii”, “vii” e “viii” do parágrafo 355 da Reconvenção apresentada pela REQUERIDA 2 poderão ser compensados com eventual indenização a ser quantificada em favor da REQUERENTE na segunda fase desta arbitragem, na forma do item “iii” do parágrafo 335 desta Sentença Arbitral Parcial;

(viii) julgar improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE nos itens “ix” e “x” do parágrafo 222 de suas Alegações Iniciais, para deixar de declarar (a) a inexistência de infrações contratuais incorridas pela Concessionária e (b) a inexigibilidade das multas administrativas aplicadas pela Requerida 1;

7. DISCUSSÃO TEÓRICA

Após o relato do caso, passamos a tecer breves considerações sobre os atos do procedimento arbitral à luz de algumas lições da doutrina especializada de arbitragem.

Como visto, a matéria de fundo envolvia a apuração da responsabilidade pela inexecução contratual que levou à caducidade da concessão e, nesta medida, questões técnicas e sensíveis que exigiram a análise, por exemplo, da matriz de risco contratual para verificação das responsabilidades assumidas por cada parte na execução das obras e serviços contratados.

Pelo relato dos atos procedimentais, verificou-se que a controvérsia foi dirimida de maneira célere, uma vez que, a despeito da complexidade da discussão, entre o requerimento de instauração de arbitragem e a prolação da sentença parcial houve o decurso de pouco mais de dois anos. Assim, confirmou-se um dos fatores de destaque para uso da arbitragem em contratos administrativos do setor de infraestrutura, conforme observam Irene Patrícia Nohara e Danilo Vieira Vilela (2019, p. 31):

São dois motivos básicos que tornam a arbitragem atraente aos contratos administrativos: (a) a celeridade na resolução dos conflitos; e (b) a especialidade.

O emprego da arbitragem garante maior rapidez na decisão. Se o contrato administrativo for revisto na via judicial, isso pode levar anos, dadas as prerrogativas da Fazenda. Também esperar tanto para que haja o reequilíbrio judicial pode ser fatal, na prática, para a continuidade do negócio.

Também houve demonstração da flexibilidade procedimental, que é fator igualmente relevante da arbitragem salientado por Bruno Lopes Megna (2019, p. 169):

[...] a principal diferença do processo arbitral (e de cada processo arbitral) para o processo judicial é que aquele proporciona, com máxima largueza, a flexibilidade necessária para se *adequar* o método de solução de disputas às características *particularizadas* de cada conflito. (grifos no original)

Tal característica ficou evidente no caso analisado, sobretudo porque as partes pactuaram pela bifurcação do procedimento para que se decidisse primeiro a questão da responsabilidade pelo descumprimento contratual para, na fase seguinte, proceder à apuração da eventual indenização devida à concessionária, descontadas as multas e indenização a ser apurada em favor do poder público.

No mesmo sentido, nota-se que houve adequação da instrução probatória, pois, diante da farta documentação, o tribunal arbitral dispensou a produção de outros meios de prova.

Além disso, as partes apresentaram de maneira ampla as suas alegações, que foram objeto de detida análise pelo tribunal arbitral, a fim de dirimir qualquer dúvida sobre a responsabilidade pela inexecução contratual. Com efeito, a leitura do conteúdo da sentença parcial demonstra o alto grau de tecnicidade e especialização do julgamento proferido pelos árbitros, o que confirma a escolha de julgadores especialistas na matéria como uma das vantagens da arbitragem, consoante ressaltam Sérgio Mannheimer, José Antônio Fichtner e André Luis Monteiro (2018, p. 53):

O universo dos envolvidos no litígio possivelmente sairá ganhando (...) com um corpo de árbitros que possa, efetivamente, conhecer em profundidade aquela área do conhecimento e contribuir, assim, para a melhor solução do litígio. *A familiaridade do árbitro com a matéria objeto do conflito permite não só a prolação de decisões melhores sob o ponto de vista técnico – reduzem-se as chances de erro – como também de decisões mais rápidas*, o que evidentemente, aponta no sentido dos interesses maiores da justiça.

O conteúdo da sentença parcial também permitiu que a segunda fase do procedimento arbitral pudesse ter seu escopo restringido e que fossem simplificados os cálculos necessários para a liquidação. Do ponto de vista da defesa do interesse público, a mobilização de equipe especializada, tanto jurídica como técnica, mostrou-se decisiva. Com efeito, verificou-se, na prática, o resultado positivo decorrente da adequação da Administração Pública à realidade da arbitragem, necessidade já reconhecida pela doutrina, conforme ilustra a opinião de Arnold Wald e Riccardo Giuliano Figueira Torre (2019):

Em 2007, o Ministro Toffoli assumiu o cargo de Advogado-Geral da União e fez questão de ampliar os horizontes em prol do emprego de instrumentos mais eficazes na consecução de justiça material, sugerindo que se pensasse em “instrumentos de solução de conflitos que aproximem a Advocacia-Geral da União e o Poder Judiciário dos cidadãos e do setor produtivo do país, estabelecendo-se a distribuição de uma justiça horizontal, em que as partes envolvidas se submetam à decisão por elas negociada”.

O ápice, por assim dizer, que deu concretude a este movimento no âmbito da AGU aconteceu no final de 2018, quando foi editada a Portaria n.º 226/18 para criar o núcleo especializado em arbitragem(...). O art. 13 do Decreto n.º 10.025 ratifica que a União e seus entes

serão representados por membros da AGU, frisando a importância do trabalho desenvolvido pelo núcleo especializado.

Por fim, nota-se que a sentença parcial não foi objeto de ação anulatória, o que demonstra que a arbitragem também garante a segurança jurídica de que a solução dos árbitros foi definitiva para pacificar o conflito.

8. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o Caso Galvão ilustra como a arbitragem é um método adequado para solução de conflitos complexos no setor de infraestrutura.

Tendo este caso como exemplo, espera-se que outros conflitos dessa natureza sejam solucionados na via arbitral, de modo que a arbitragem continue avançando e se consolidando como meio adequado para solução de controvérsias nesse setor indispensável para o desenvolvimento nacional.

Ao mesmo tempo, espera-se que a Administração Pública como um todo não apenas lance mão desse meio de resolução de controvérsias, mas ao mesmo tempo se organize e se prepare para a sua efetiva utilização, com mobilização de equipes técnicas e advogados especializados, na melhor defesa do interesse público.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Portaria nº 226, de 26 de julho de 2018*. Institui o Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União no Estado de São Paulo (NEA-SP) e organiza, neste âmbito, a representação extrajudicial da União. Diário Oficial da União, Brasília, 27 jul. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/34380066/do1-2018-07-27-portaria-n-226-de-26-de-julho-de-2018-34380050. Acesso em 24 jun. 2021.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Portaria nº 320, de 13 de junho de 2019*. Institui o Núcleo Especializado em Arbitragem. Boletim de Serviço ano XXVI nº 24, Brasília, 17 jun. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/190613_portaria_agu_320_de_13_de_junho_de_2019_-_institui_o_nucleo_especializado_em_arbitragem_-_edi.pdf. Acesso em 24 jun. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Edital de concessão nº 1/2014. *Concessão para exploração da rodovia BR 153/TO/GO*.

Disponível em: http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2696/Lote_3.html. Acesso em 24 jun. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. *Contrato de concessão para exploração da rodovia BR 153/TO/GO*. Disponível em: http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2696/Lote_3.html. Acesso em 24 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 24 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015. Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm. Acesso em 24 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em 24 jun. 2021.

BRASIL. Decreto de 15 de agosto de 2017. Declara a caducidade da concessão de titularidade da Concessionária de rodovias Galvão BR-153 SPE S.A – BR 153 / GO; TO. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 ago. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/dsn/Dsn14487.htm. Acesso em 24 jun. 2021.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia; VILELA, Danilo Vieira. Arbitragem em contratos de infraestrutura celebrados com a Administração Pública: desenvolvimento e energia. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 9, abr./jun. 2019, p. 23-44.

WALD, Arnold; TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. *Arbitragem na administração pública: da segurança jurídica à atração do capital estrangeiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-25/opinio-arbitragem-seguranca-juridica-capital-estrangeiro>. Acesso em 23 ago. 2021.

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

RELAÇÕES ENTRE INVESTIMENTOS CRUZADOS E MODICIDADE TARIFÁRIA EM CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RELATIONSHIPS BETWEEN CROSS-INVESTMENTS AND TARIFF MODICITY IN FEDERAL ROAD CONCESSIONS IN LIGHT OF THE BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho

*Mestre em direito ambiental e políticas públicas (Universidade Federal do Amapá).
Procurador Federal. Coordenador-Geral de Transportes Terrestres e Aeroviários na
Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Investimentos cruzados na infraestrutura rodoviária federal brasileira. 1.1 O Sistema Federal de Viação brasileiro e o seu Subsistema Federal Rodoviário. 1.2 A arquitetura institucional do gerenciamento da infraestrutura rodoviária federal brasileira. 1.3 Os investimentos cruzados na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; 2 Concessões de rodovias federais brasileiras e a questão da modicidade tarifária. 2.1 Concessões no Brasil: aspectos relevantes da Lei

nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. 2.2 Concessões rodoviárias e os ditames da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. 2.3 A modicidade tarifária nas concessões de rodovias federais no Brasil. 3 Conciliando investimentos cruzados e modicidade tarifária nas concessões rodoviárias federais brasileiras. 3.1 Tensões entre investimentos cruzados e modicidade tarifária no contexto das rodovias federais brasileiras. 3.2 Acepções de modicidade tarifária. 3.3 O papel da política tarifária na definição de investimentos cruzados em rodovias federais brasileiras. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo se dedica a analisar tema ainda incipiente no debate jurídico brasileiro, qual seja, a forma como o instituto do investimento cruzado, previsto na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, vem a se amoldar no ordenamento jurídico pátrio, considerando sobretudo o influxo do preceito da modicidade tarifária no gerenciamento da exploração indireta de infraestrutura rodoviária federal. Serão apontados ainda os principais órgãos e entidades públicos envolvidos e quais suas responsabilidades para a escoreta utilização desse tipo de investimento. Para tanto, a pesquisa se vale de uma análise minudente das leis incidentes, bem como de uma literatura selecionada sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Investimento Cruzado. Modicidade Tarifária. Infraestrutura. Rodovias Federais Brasileiras. Concessão.

ABSTRACT: This study is dedicated to analyzing a topic that is still incipient in the Brazilian legal debate, namely, the way in which the institute of cross-investment, provided for in Law n. 13.448, of June 5, 2017, comes to conform to the homeland legal system, considering, above all, the influence of the precept of tariff modicity in the management of the indirect exploitation of federal road infrastructure. Will also be pointed out the main public agencies involved and what are their responsibilities for the correct use of this type of investment. To do this, the research makes use of a thorough analysis of the incident laws, as well as a bibliographical review on the subject.

KEYWORDS: Cross-investment. Tariff Modicity. Brazilian Federal Highways. Concession.

INTRODUÇÃO

Brasil, em decorrência de sua elevada extensão territorial, possui uma grande malha rodoviária, que, para se manter em condições adequadas, necessita de uma quantidade de recursos financeiros. Esse panorama suscita a necessidade de utilização de parcerias com o capital privado, notadamente por meio de concessões.

Contudo, as concessões rodoviárias realizadas no país passaram por dificuldades, de modo que foi preciso endereçar soluções que inovaram o ordenamento jurídico brasileiro, entre elas está a previsão de realização de investimentos cruzados, constante na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

Como acontece com toda inovação no plano normativo, é preciso colmatar as arestas existentes em relação às normas já existentes. O presente trabalho tem exatamente o propósito de contribuir com esse debate, ainda tão incipiente no âmbito jurídico a despeito do já considerável tempo transcorrido desde o início da vigência da Lei nº 13.448, de 2017.

Nesse sentido, demonstra-se como os investimentos cruzados se amoldam à legislação que rege a administração da infraestrutura rodoviária brasileira, ressaltando a preocupação quanto à modicidade tarifária, sem deixar de apontar os principais órgãos e entidades públicos envolvidos e quais suas responsabilidades para a esmerada utilização desse tipo de aplicação de recursos.

Para tanto, a pesquisa se vale de uma análise minudente das leis incidentes, bem como de uma revisão bibliográfica sobre o tema.

1. INVESTIMENTOS CRUZADOS NA INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA FEDERAL BRASILEIRA

1.1. O Sistema Federal de Viação brasileiro e o seu Subsistema Federal Rodoviário

Segundo o Relatório Executivo do Plano Nacional de Logística (EPL, 2018), o Brasil conta com 76,4 mil quilômetros de rodovias federais, dos quais apenas 64,8 mil km são pavimentados.

Para melhor compreender a organização dessa extensa infraestrutura, na qual incidirão os investimentos cruzados, é preciso observar, de início, que a Constituição da República, em seu art. 21, inciso XXI, enuncia que compete à União “estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação”, assim como determina, em seu art. 22, *caput*, inciso XI, que compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, dispondo sobre o Sistema Nacional de Viação (SNV), sua composição, objetivos e critérios para sua implantação. Como esclarece o seu art. 2º, o SNV é constituído pela infraestrutura física e operacional dos vários modos de transporte de passageiros e carga, sob administração dos diferentes entes da Federação, compreendendo os subsistemas rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroviário. Augusto Neves Dal Pozzo (2020, p. 186), fazendo alusão à setorialidade como princípio do direito administrativo da infraestrutura, destaca a clivagem feita pelo mencionado dispositivo legal:

A lei se utilizou da expressão infraestrutura física, para designar a provisão de ativos públicos, e a denominação infraestrutura operacional para intitular, exatamente, os recursos envolvidos na realização das atividades de manutenção e operação de ativos compreendidos no subsistema nacional rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroviário, consoante o disposto no seu art. 3º.

Prosseguindo, um dos elementos principais do SNV é o Sistema Federal de Viação (SFV), que, conforme os arts. 3º e 4º da Lei nº 12.379, de 2011, é composto por quatro Subsistemas, o rodoviário, o ferroviário, o aquaviário e o aeroviário, tendo como objetivos: a) assegurar a unidade nacional e a integração regional; b) garantir a malha viária estratégica necessária à segurança do território nacional; c) promover a integração física com os sistemas viários dos países limítrofes; d) atender aos grandes fluxos de mercadorias em regime de eficiência, por meio de corredores estratégicos de exportação e abastecimento; e e) prover meios e facilidades para o transporte de passageiros e cargas, em âmbito interestadual e internacional.

Já os arts. 5º e 6º da Lei do SNV dizem ser competência da União nos termos da legislação vigente, a administração do SFV – que compreende o planejamento, a construção, a manutenção, a operação e a exploração dos respectivos componentes –, o fazendo, diretamente, por meio de órgãos e entidades da administração federal, ou mediante concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada. O art. 7º, *caput*, da mesma Lei ainda ressalta que “a União poderá aplicar recursos financeiros no SFV, qualquer que seja o regime de administração adotado”.

O art. 12 da Lei do SNV faz outro recorte, agora por modo de transporte: chama de Subsistema Rodoviário Federal o conjunto de todas as rodovias administradas pela União, direta ou indiretamente, nos termos dos arts. 5º e 6º acima mencionados.

1.2. A arquitetura institucional do gerenciamento da infraestrutura rodoviária federal brasileira

Como bem se percebe, a Lei do SNV, embora organize a distribuição de competências entre os diversos entes federativos da República brasileira no que se refere ao gerenciamento da sua infraestrutura rodoviária, não indica especificamente os órgãos e entidades que as desempenharão.

É necessário, portanto, que essa definição seja aqui endereçada, com base na atual configuração do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se possa precisar que órgãos e entidades públicas federais estão envolvidas nas discussões sobre investimentos cruzados.

Tornando à Constituição da República, esta em seu art. 87, parágrafo único, estabelece que compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas no próprio texto constitucional e na lei, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República, bem como expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

Observe-se que o Decreto-Lei nº 200, 25 de fevereiro de 1967, já previra em seus arts. 19 e 20 que todos os órgãos da Administração Federal, direta ou indireta, estão sujeitos à supervisão ministerial na respectiva área de competência, atribuição esta que é exercida por meio da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério.

A administração federal brasileira, portanto, tem como primeiro escalão os Ministérios.

No que se refere ao tema ora estudado, em disposição mais recente e específica, a Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, enuncia em seu art. 35, que constituem áreas de competência do Ministério da Infraestrutura, entre outras: a) a política nacional de transporte rodoviário; b) participação no planejamento estratégico, no estabelecimento de diretrizes para sua implementação e na definição das prioridades dos programas de investimentos em transportes; e c) elaboração ou aprovação dos planos de outorgas, na forma prevista em legislação específica. Tais competências atribuídas ao referido Ministério compreendem: a formulação, a coordenação e a supervisão das políticas nacionais.

Em sentido praticamente idêntico vai o Decreto nº 10.368, de 22 de maio de 2020, no art. 1º, *caput*, incisos I, VI e VII, e parágrafo único, inciso I, de seu Anexo I. Essa mesma norma infralegal, em seu art. 2º,

inciso IV, alínea a, itens 1 e 2, e alínea b, item 3, do Anexo I, ainda aponta o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL) como entidades vinculadas ao Ministério da Infraestrutura.

Quanto às duas primeiras entidades vinculadas, foram criadas por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. O DNIT, com base no art. 82, *caput*, incisos IV e V, desse diploma legal, é uma autarquia possui uma competência geral sobre gerenciamento de rodovias federais não concedidas. Já a ANTT, nos termos dos arts. 20, inciso I, 22, *caput*, inciso V, 24, *caput*, e 26, *caput*, inciso VI, é uma autarquia de regime especial que detém competências específicas para regulação e gerenciamento de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária federal. A EPL, por sua vez, criada pela Lei nº 12.404, de 4 de maio de 2011, inicialmente para implantar e operar ferrovias de alta velocidade, hoje se dedica, consoante a redação de seu art. 5º, *caput*, inciso I, a elaborar estudos de viabilidade técnica, jurídica, ambiental e econômico-financeira necessários ao desenvolvimento de projetos de logística e transportes em geral.

Não se pode ignorar ainda o relevante papel desempenhado pelo Programa de Parcerias e Investimentos (PPI) da Presidência da República, que, segundo o art. 7º, *caput*, inciso V, alínea c, da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, possui entre outras funções às atribuídas ao Conselho Nacional de Desestatização pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Assim é que todas as concessões federais, como modalidade de desestatização que são, devem ser previamente aprovadas pelo PPI.

1.3. Os investimentos cruzados na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017

Adentrando, enfim, a temática dos investimentos cruzados propriamente dita, tem-se como marco normativo a Lei nº 13.448, de 2017, resultante da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, editada para resolver diversos entraves históricos nas concessões de infraestrutura de transportes federal.

Em seu art. 25, *caput* e § 1º, a Lei nº 13.448, de 2017, determina que:

Art. 25. O órgão ou a entidade competente é autorizado a promover alterações nos contratos de parceria no setor ferroviário a fim de solucionar questões operacionais e logísticas, inclusive por meio de prorrogações ou relicitações da totalidade ou de parte dos empreendimentos contratados.

§ 1º O órgão ou a entidade competente poderá, de comum acordo com os contratados, buscar soluções para todo o sistema e adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas, **admitida a previsão de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública** (sem destaque no original).

Cumpra-se perceber que o dispositivo autoriza expressamente a previsão, em contratos de parceria no setor ferroviário, de investimentos pelos contratados em malhas outras, de interesse da administração pública.

Embora o enunciado no art. 25 se dirija especificamente ao modo ferroviário, tem-se previsão semelhante no art. 30 da mesma Lei, aplicável também ao setor rodoviário, senão vejamos:

Art. 30. São a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores **rodoviário e ferroviário**.

§ 1º Excluem-se da compensação de que trata o *caput* deste artigo os valores já inscritos em dívida ativa da União.

§ 2º **Os valores apurados com base no *caput* deste artigo poderão ser utilizados para o investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública** (sem destaques no original).

O art. 30 supra permite que, feita uma compensação de haveres e deveres de natureza não tributária e não inscritos em dívida ativa, eventual saldo em favor do poder concedente seja utilizado para viabilizar investimentos em malhas de interesse da administração.

A possibilidade de valores excedentes provenientes da exploração indireta de determinado trecho rodoviário serem aplicados, diretamente pelo parceiro privado, em outro trecho, à escolha da Administração, denota o que se convencionou chamar de investimento cruzado. É dizer: o concessionário de um trecho rodoviário federal X poderá investir, se assim lhe restar autorizado, em trecho rodoviário Y. Esse investimento poderá se dar tanto na infraestrutura física quanto operacional do segmento, distinção esta feita, como já restou dito, no art. 2º, *caput*, da Lei do SNV.

Note-se que os dispositivos legais não restringem a malha a ser escolhida pela administração pública àquela concedida. Esse trecho rodoviário Y, destarte, sequer precisará estar concedido, submetendo-se, por isso, ao gerenciamento do DNIT, como visto em linhas anteriores. Deverá se tratar, porém, de trecho integrante do Sistema Federal de Viação, concedido ou não, considerando que o já citado art. 7º, *caput*, da Lei do SNV exige que os investimentos da União se deem em infraestrutura sob sua administração, qualquer que seja o regime adotado.

Vale lembrar que foi manejada contra a Lei nº 13.448, de 2017, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5991/DF, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal. Entendeu-se que “no investimento cruzado, não há alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequação do ajuste às necessidades mutáveis do interesse público” (BRASIL, 2021). A constitucionalidade dessa medida, portanto, é inquestionável.

De todo modo, os investimentos cruzados possibilitam uma agilidade sem precedentes na alocação de recursos para os pontos considerados mais carentes pelo poder concedente. No entanto, por serem uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no que tange à infraestrutura de transportes, deve ser amoldado à legislação que rege as concessões no país.

2. CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS BRASILEIRAS E A QUESTÃO DA MODICIDADE TARIFÁRIA

2.1. Concessões no Brasil: aspectos relevantes da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995

Incursionando no segundo eixo do presente trabalho, a modicidade tarifária exige uma abordagem, ainda que superficial, da Constituição da República e da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Ao contrário do que ocorre com os demais modos de transporte, a exploração de rodovias não está prevista no art. 21, inciso XII, da Constituição da República, que define competências materiais da União acerca de bens ou serviços. Assim, há de se atentar às disposições gerais de seu art. 175, que reza:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nesta senda, foi editada a Lei nº 8.987, de 1995, que traz em seu art. 2º, incisos II e III, as definições mais comuns de concessão no Brasil: Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Em geral, as concessões de infraestrutura de transporte podem se incluir no conceito de concessão de serviço público precedido de obra pública.

Avançando, outro tomo bastante relevante da Lei nº 8.987, de 1995, é o relativo ao serviço adequado, presente no seu art. 6º, *caput* e §1º:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas** (sem destaque no original).

A modicidade tarifária, bem se percebe, é uma das condições para que o serviço seja considerado adequado, pressuposto de toda concessão.

A Lei nº 8.987, de 1995, ainda contém dispositivos gerais sobre política tarifária.

O art. 9º, *caput*, prevê que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão expressas na lei, no edital e no contrato respectivos. Já nos parágrafos 2º e 3º do mesmo art. 9º, tem-se que a revisão tarifária é um dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Constata-se assim que, além de ter um viés qualificador da adequação do serviço concedido, a tarifa funciona como elemento de grande importância na estabilidade econômico-financeira da concessão.

No art. 13, vê-se a possibilidade de diferenciação de tarifas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”.

2.2 .Concessões rodoviárias e os ditames da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001

Passando à análise específica das concessões rodoviárias, não há como deixar de enveredar novamente pela seara da Lei nº 10.233, de 2001. Além de definir boa parte da arquitetura institucional relativa à administração de rodovias federais – como se viu em linhas passadas –, tal norma ainda traz princípios, diretrizes e regras específicas acerca da infraestrutura de transportes do país, versando sobre concessões rodoviárias. É o que se passa a demonstrar.

O primeiro ponto relevante é que a exploração indireta de rodovias federais se dá mediante celebração de contratos de concessão, precedidos de licitação, como determinam os arts. 13, *caput*, inciso I, 14, *caput*, inciso I, alínea a, e 34-A, *caput*, da Lei nº 10.233, de 2001. Em se tratando de outorga de rodovias, não existe previsão legal para que se dê por meio de permissão ou autorização.

Os contratos de concessão de rodovias, em regra, são de longa duração, em virtude do volume de investimentos exigidos, que devem ser remunerados pela cobrança de tarifa dos usuários. Daí porque Rafael Vêras de Freitas (2018) afirma que contratos como esses são dotados de uma incompletude deliberada, ligada à atualidade do serviço, condição

presente no já referido art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987, de 1995, e esmiuçada no § 2º, esclarecedor de que “compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Essa atualidade, frise-se, também é mencionada expressamente no art. 28, inciso I, da Lei nº 10.233, de 2001, redobrando a necessidade de sua observância pela ANTT na gestão de contratos de concessão rodoviários.

Em época como a presente, de avanços tecnológicos intensos em curto espaço de tempo, manter a atualidade do serviço é um desafio que torna especialmente complexos contratos de longo prazo. Isso porque investimentos previstos em um dado momento podem ser tornar desnecessários, ao passo que investimentos não previstos podem vir a ser imprescindíveis em momento futuro, para que se viabilize o uso de técnicas, equipamentos e instalações modernas, como exige a lei.

Em decorrência mesmo dessa incompletude, é comum que contratos de concessão venham a ser alterados para se ajustarem a novas realidades constatadas e sufragadas pelas partes, sem descuidar, contudo, da manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

2.3. A modicidade tarifária nas concessões de rodovias federais no Brasil

Fulguram ainda na Lei nº 10.233, de 2001, enunciados que acabam por evidenciar o imprescindível diálogo entre investimentos por meio de concessões em infraestrutura rodoviária e modicidade tarifária.

Algumas dessas disposições dizem respeito ao já apontado Sistema Nacional de Viação, antecedendo, assim, em mais de dez anos a Lei do SNV nesse sentido.

Em seu art. 4º, a Lei nº 10.233, de 2001, destaca que são objetivos essenciais do SNV: a) dotar o País de infraestrutura viária adequada; b) garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens; e c) promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional. Trata-se de disposição deveras relevante, complementando os preceitos da Lei do SNV, que abordam, como registrou-se anteriormente, apenas objetivos do Sistema Federal de Viação, sem versar sobre infraestrutura viária adequada nem operação racional e segura de transporte. Esses dois elementos, aliás, são objeto de definição nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 4º, que se passa a transcrever dada a sua relevância:

§ 1º Define-se como infra-estrutura viária adequada a que torna mínimo o custo total do transporte, entendido como a soma dos custos de investimentos, de manutenção e de operação dos sistemas.

§ 2º Entende-se como operação racional e segura a que se caracteriza pela gerência eficiente das vias, dos terminais, dos equipamentos e dos veículos, objetivando tornar mínimos os custos operacionais e, conseqüentemente, os fretes e as tarifas, e garantir a segurança e a confiabilidade do transporte.

O § 1º permite uma concepção específica de adequação quanto à exploração da infraestrutura rodoviária, que envolve custos de manutenção e de operação não apenas de uma determinada via, mas do próprio sistema viário. Acertadamente, o citado dispositivo permite que se entenda a malha viária como a rede que é, de modo a evitar que determinada sobrecarga em um ponto possa refletir no comprometimento de outros pontos do sistema viário, criando uma ampla disfunção na infraestrutura de transportes afetada.

Já o § 2º, aludindo expressamente à minimização de custos operacionais, o que envolve as tarifas cobradas, traça uma correlação entre operação racional e segura de transporte e o princípio administrativo da eficiência, constante no art. 37, *caput*, da Constituição República. Evoca-se, pois, ainda que indiretamente, a questão da modicidade tarifária como indicador da eficiência do gerenciamento da infraestrutura de transportes.

A tarifa, portanto, tem uma estreita ligação com as ideias tanto de adequação da infraestrutura viária quanto de operação racional e segura de transporte.

A Lei nº 10.233, de 2001, ainda traz uma vasta carga principiológica e diretiva nessa linha, valendo destacar o que diz o seu art. 11, inciso IV:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

[...]

IV – assegurar, **sempre que possível**, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência (sem destaque no original).

O art. 11, inciso IV, da Lei nº 10.233, de 2001, ao se utilizar da expressão “sempre que possível”, permite que, excepcionalmente, a tarifa cobrada dos usuários expresse valores que não sejam exatamente aqueles referentes apenas aos custos dos serviços prestados em regime de eficiência.

O art. 20, inciso II, alínea a, da Lei nº 10.233, de 2001, encarta taxativamente a modicidade tarifária como objetivo da regulação ou

supervisão da exploração da infraestrutura de transportes a cargo da ANTT, mas o faz sem olvidar de outros como eficiência, segurança e conforto. De modo similar, o art. 28, inciso I, da Lei nº 10.233, de 2001, além de citar, conforme se viu, a atualidade do serviço como condição para tê-lo por adequado, elenca também, tal como a Lei nº 8.987, de 1995, pondo no mesmo patamar a modicidade, ladeada pela eficiência, a segurança e a generalidade.

Ademais, a multicitada segurança, em sua dimensão viária, vinculada à preservação da ordem pública, à incolumidade das pessoas e de seu patrimônio nas vias públicas, compreendendo a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, chega a ter assento constitucional no Brasil, como se percebe pelo teor do art. 144, § 10, da Constituição da República.

Na alínea b, do mesmo art. 20, inciso II, da Lei nº 10.233, tem-se outro objetivo da regulação da ANTT, qual seja:

Harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Nesse contexto, a persecução de um serviço adequado, que tem como condição a modicidade tarifária, mas sem suprimir a eficiência, a segurança, a atualidade, o conforto e a generalidade, torna cogente a harmonização de interesses de usuários e empresas concessionárias.

Como se não bastasse, o art. 35, § 1º, alínea b, da Lei nº 10.233, de 2001, assevera que a revisão de tarifas deverá considerar a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário.

3. CONCILIANDO INVESTIMENTOS CRUZADOS E MODICIDADE TARIFÁRIA NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS BRASILEIRAS

3.1. Tensões entre investimentos cruzados e modicidade tarifária no contexto das rodovias federais brasileiras

Adotando uma lógica econômica simples, pode-se constatar que, enquanto os investimentos cruzados pressionam o valor da tarifa no sentido de aumentá-lo, a modicidade tarifária tende a sustentar um vetor contrário, ou seja, uma diminuição.

No entanto, é preciso compreender que os investimentos incluídos em uma concessão guardam forte ligação com as condições de eficiência, segurança, atualidade, conforto e generalidade, que indicam a adequação do serviço a ser prestado.

Assim, não se deve instituir uma tarifa tão baixa que não permita ao concessionário prestar um serviço eficiente, seguro, atual, confortável e que alcance o maior número de pessoas possível. Por outra perspectiva, não se deve exigir um volume de investimentos que levem a tarifa a um valor excessivamente alto. Em qualquer dessas situações não se teria um serviço adequado, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

É preciso encontrar, na modelagem de uma concessão, o ponto ótimo entre o volume de investimentos e a modicidade tarifária. Essa tarefa exige um diálogo entre diversos campos do conhecimento, como engenharia civil, economia, política, ciências ambientais, administração, direito, entre outros.

A situação torna-se particularmente mais complexa quando se está a tratar de infraestrutura rodoviária, em especial de países em desenvolvimento, como o Brasil. É que, dentre os modos de transporte, as rodovias exercem a mais ampla função de conexão entre pontos de origem e destino, podendo ser utilizada por veículos das mais variadas espécies (EPL, 2018). Essas características as tornam um equipamento fundamental para a circulação de pessoas e bens, bem como para o acesso da população a bens e serviços.

A infraestrutura rodoviária, portanto, não raras vezes é um elemento que franqueia o pleno exercício de direitos previstos na Constituição da República, como saúde, educação, trabalho, liberdade de culto, entre outros. Como reflete Diogo Rosenthal Coutinho (2014), tais direitos costumam ser pontos especiais de atenção em países em desenvolvimento, em função inclusive de exigirem vultosos investimentos em favor de uma população com renda relativamente baixa.

3.2. Acepções de modicidade tarifária

Para a conciliação proposta neste estudo também é necessário colocar em perspectiva o que se deve entender por modicidade tarifária. Sabe-se que se trata de conceito jurídico indeterminado, razão pela qual é natural valer-se de entendimentos doutrinários para sua escoreta identificação em um caso concreto.

Nesse trilhar, existem correntes teóricas que se apegam ao sentido etimológico, literal, da expressão modicidade, defendendo que esse verdadeiro princípio deve ser compreendido como uma determinação

para que as tarifas tenham valores baixos, possibilitando que usuários dos mais variados níveis de poder aquisitivo possam usufruir dos bens ou serviços públicos concedidos. Tem-se, como bem se percebe, uma franca associação com outro princípio previsto na Lei nº 8.987, de 1995, que é o da generalidade. Esse é o escólio, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Melo (2010), José dos Santos Carvalho Filho (2020), Irene Patrícia Nohara (2009), entre outros.

Outra corrente doutrinária adota uma linha mais atenta ao sopesamento do valor tarifário em relação aos investimentos necessários à observância dos demais princípios da adequação: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, dispostos no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987, de 1995. Destaca-se que a modicidade não deve ser vista como um fim em si mesmo. Nesse sentido professam Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008), Arnaldo Wald e Marina Gaensly (2009).

Uma terceira corrente doutrinária traça uma abordagem relacional entre tarifa módica e serviço adequado, tendo por base objetiva não só o estatuto legal da concessão, mas também a proposta do licitante vencedor e o respectivo contrato celebrado, evitando com isso a obtenção de lucros exacerbados em favor de uns e intensos sacrifícios em desfavor de outros, no gozo do bem ou serviço público concedido. É o que ensina Egon Bockmann Moreira (2010).

As correntes acima apontadas captam, em verdade, diversas dimensões da modicidade, razão pela qual não necessariamente excludentes entre si. De fato, a inteligência da modicidade tarifária deve levar em conta a capacidade econômica dos usuários, para que não obste a fruição do serviço por uma parcela significativa da população, especialmente no caso de rodovias federais, tão ligadas ao pleno exercício de direitos fundamentais, conforme se alinhavou anteriormente. Lado outro, viu-se que a modicidade das tarifas concorre com outras condições da adequação do serviço, tendo ainda que considerar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em cotejo com todos os investimentos postos ali a cargo do parceiro privado.

3.3. O papel da política tarifária na definição de investimentos cruzados em rodovias federais brasileiras

Todo o cenário delineado acima denota que o ordenamento jurídico brasileiro não determina que a tarifa sirva perpétua e exclusivamente para remunerar o concessionário por investimentos básicos necessários à prestação do serviço.

A doutrina também sufraga esse entendimento. Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 86) assevera:

O caráter político que, nos termos do próprio texto constitucional (art. 175, parágrafo único, III), reveste o regime jurídico tarifário dá ensejo a um emprego mais abrangente dos recursos oriundos das tarifas. É perfeitamente factível que os recursos tarifários tenham destinação diversa da estrita remuneração do concessionário. Havendo base legal, tais recursos podem também apresentar como finalidade o atendimento de uma política pública.

Toca-se aqui em um ponto fundamental para o desenlace do imbróglio entre investimentos, inclusive os cruzados, e a modicidade da tarifa: a política tarifária.

Thiago Marrara e André Souza (2019, p. 399-400), valendo-se de lição de outro ilustre administrativista, seguem sentido semelhante, registrando a complexidade da decisão sobre política tarifária, senão vejamos:

Egon Bockmann Moreira ressalta que a fixação das tarifas configura uma das questões mais difíceis na concessão de serviços públicos, principalmente nos últimos anos, em que a quantidade de variáveis relacionadas à configuração da justa remuneração do concessionário e dos diversos níveis de concorrência diversificou-se. A regulação da fixação de tarifas não se refere apenas à receita do projeto de concessão e aos valores pagos pelos usuários; sua correta análise e aplicação relacionam-se à execução de políticas públicas previstas constitucionalmente, ligando-se, assim, a objetivos maiores do Estado (MOREIRA, 2010, p. 321-322).

Note-se que, como bem alerta Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida (2009), as leis que estabelecem a política tarifária não têm como objetivo esmiuçar por inteiro a questão, essa função cabe à Administração, que, observando as balizas legais, deverá estabelecer detalhadamente a tarifa a ser praticada.

No caso das rodovias federais, o art. 20, inciso I, da Lei nº 10.233, de 2001, impõe à ANTT que implemente as políticas formuladas pelo Ministério ao qual é vinculada, observando os princípios e diretrizes previstos naquela Lei. Outrossim, o art. 24, *caput*, inciso III, também da Lei nº 10.233, de 2001, determina que a Agência submeta ao Ministério o plano de outorga da infraestrutura rodoviária.

Conforme Diogo Rosenthal Coutinho (2014, p. 148):

Deve-se ressaltar a importância de que uma regulação esteja aberta a influxos de formulação de estratégias setoriais (ou mais amplas) por meio das quais se dará a comunicação da regulação com programas racionais de investimentos e planejamento sistêmico coerente, em logo prazo, em serviços essenciais.

É imperioso, pois, que o Ministério da Infraestrutura e a ANTT, auxiliados pela EPL e ouvido o PPI, cada qual observando suas respectivas competências, estabeleçam uma política tarifária que contemple a possibilidade de realização de investimentos cruzados, se tal solução se mostrar a mais adequada para fazer frente à dinamicidade e à complexidade do gerenciamento da infraestrutura de transporte rodoviário por meio de concessões.

Tal decisão deve se basear, direta ou indiretamente, nos princípios e diretrizes constantes tanto na Lei do SNV quanto na Lei nº 10.233, de 2001. Nesse caminho, seria juridicamente viável, por exemplo, determinar a realização de investimentos cruzados para promover a integração regional ou nacional. Tratar-se-ia, claro está, de uma vinculação direta com o art. 4º, inciso I, da Lei do SNV, ou mesmo com o art. 4º, inciso III, da Lei 10.233, de 2001.

Quanto à forma de destinação de eventuais excedentes tarifários, é imprescindível a imposição de mecanismos que permitam o correto cumprimento das obrigações de investimento cruzado, como segregação de contas bancárias, aferição de compatibilidade de preços com os praticados no mercado, entre tantos outros que podem surgir no bojo de casos concretos. A legalidade de eventuais diretrizes nesse sentido repousa exatamente na previsão de utilização desses excedentes para o reinvestimento em trechos rodoviários pré-determinados pelo poder concedente.

4. CONCLUSÃO

Primar pela adequação da infraestrutura de transportes brasileira, máxime a extensa malha rodoviária, é um desafio de grande complexidade.

A ideia de um gerenciamento compartimentalizado, estanque, da infraestrutura de transportes deve ceder espaço a outra que prestigie uma administração de rede, que leve em conta os diversos componentes físicos e operacionais como integrantes de um sistema. Esta noção, como se demonstrou no presente estudo, está bastante incutida no ordenamento jurídico brasileiro, por força tanto da Lei do SNV quanto da Lei nº 10.233,

de 2001, por fidelidade inclusive à própria Constituição da República, que diz competir à União, nos precisos termos de seu art. 21, *caput*, inciso XXI, “estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional viação”.

A Lei nº 13.448, de 2017, ao permitir que verbas excedentes de uma determinada concessão rodoviária sejam investidas em outras malhas de interesse da administração – os chamados investimentos cruzados –, contempla exatamente essa sistematicidade da infraestrutura rodoviária, possibilitando uma alocação de recursos mais expedita nos pontos considerados mais carentes pelo poder concedente.

Não se pode, contudo, no afã de resolver problemas históricos da matriz de transportes brasileira, descurar da modicidade tarifária nos contratos de concessões rodoviários. É preciso, portanto, conciliar a necessidade de investimentos com o valor da tarifa a ser cobrada dos usuários das rodovias federais.

Há de se ter em mente, nesse sentido, que a modicidade tarifária está ladeada por outros parâmetros balizadores da adequação do serviço concedido, como a continuidade, eficiência, segurança, atualidade e generalidade, todos intimamente ligados à realização de investimentos, inclusive os cruzados.

Isso significa dizer que os órgãos e entidades envolvidos, sobretudo o Ministério da Infraestrutura, devem se esmerar na estruturação de uma política tarifária abrangente, não se limitando a definir o quantum tarifário com base exclusivamente na remuneração dos serviços básicos a serem prestados pelo concessionário. É possível, assim, implementar investimentos cruzados considerando diversos outros feixes de interesse público ligados, direta ou indiretamente, ao Subsistema Rodoviário Federal e constantes na Lei nº 12.379, de 2011 (Lei do SNV) e na Lei nº 10.233, de 2001.

Tal política tarifária, porém, deve prever mecanismos que assegurem a esmerada aplicação cruzada dos recursos excedentes, vez que a legalidade de eventuais diretrizes nesse sentido repousa precisamente na efetiva utilização desses excedentes no reinvestimento em trechos rodoviários pré-determinados pelo poder concedente.

Desse modo, entende-se ser juridicamente possível conceber a realização de investimentos cruzados sem obliterar a modicidade tarifária nas concessões rodoviárias federais.

Percebe-se, no entanto, que o tema é recente de grande complexidade, não havendo como ser esgotado em trabalho singelo como o presente. É preciso, pois, que os estudos aqui elaborados sejam aprofundados, de modo a ampliar ainda mais o conhecimento sobre as relevantes relações entre investimentos, cruzados inclusive, e modicidade tarifária em concessões rodoviárias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. *Tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5591/DF*. Lei 13.448, de 5 de junho de 2017. Diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Proponente: Procuradoria-Geral da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 10 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441830/false>. Acesso em: 5 jul. 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 86.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148.

DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARRARA, Thiago; SOUZA, André. *Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária*. In: MOREIRA, E. B. *Tratado do equilíbrio-econômico financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 399-400.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WALD, A.; GAENSLY, M. *Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 877, p. 11-26, nov. 2008.

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

A REGULAÇÃO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

THE DEREGULATION OF INTERSTATE AND INTERNATIONAL ROAD TRANSPORT OF PASSENGERS FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF ECONOMIC REGULATION

Priscila Cunha do Nascimento

Mestre em Direito pelo Instituto de Direito Público (IDP). Advogada da União e Procuradora-Geral da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (PF/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).

Jonas Rodrigues da Silva Junior

Mestrando em Direito pela Universidade de Lisboa. Procurador Federal e Coordenador das Arbitragens da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (PF/ANTT).

SUMÁRIO: Introdução. 1 Teoria da regulação econômica. 2 Aspectos históricos do setor regulado de TRIIP. 3 A análise da evolução do setor de TRIIP à luz da teoria da regulação econômica. 4 Análise empírica da regulação do setor de TRIIP. 5 Conclusão. Referências

RESUMO: O artigo analisa o ambiente regulatório do setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (TRIIP) e avalia as atividades de reforma regulatória que têm sido realizadas pelo Congresso Nacional, pelo Poder Executivo e pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) durante os últimos anos, com proposta de desenvolvimento crítico à luz da teoria da regulação econômica. A relevância do tema encontra referência na atual discussão sobre o novo marco regulatório do setor, inspirada nos anseios de livre iniciativa e ampla concorrência. Para tanto, a teoria da regulação econômica será problematizada para enfatizar suas características e campo de aplicação, com apoio nas doutrinas de George Stigler e de Richard Posner. Em seguida, será estudado o setor de TRIIP sob a responsabilidade da ANTT, que servirá de panorama para aplicação da teoria, última etapa do estudo. O teste consistirá na análise da evolução da regulação sobre TRIIP, a partir da comparação dos dados empiricamente encontrados com as premissas extraídas da teoria. O resultado da análise corrobora o resultado esperado pela aplicação da teoria da regulação econômica ao demonstrar ter havido preponderância da influência das firmas incumbentes sobre o regulador, especialmente no período anterior à edição da Deliberação nº 955/2019.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço Público. Regulação. Teoria Econômica. Transporte Rodoviário de Passageiros. Análise Empírica.

ABSTRACT: The article analyzes the regulatory environment of the interstate and international passenger road transport (TRIIP) sector and assesses the regulatory reform activities that have been carried out by the National Congress, the Executive Branch and the National Land Transport Agency (ANTT) during the last few years, with a proposal for critical development in the light of the theory of economic regulation. The relevance of the topic is referenced in the current discussion on the new regulatory framework for the sector, inspired by the desire for free enterprise and broad competition. Therefore, the theory of economic regulation will be discussed in order to emphasize

its characteristics and field of application, based on the doctrines of George Stigler and Richard Posner. Then, the TRIIP sector under the responsibility of ANTT will be studied, which will serve as a panorama for the application of the theory, the last stage of the study. The test will consist of analyzing the evolution of regulation on TRIIP, from the comparison of empirically found data with the assumptions extracted from the theory. The result of the analysis corroborates the result expected from the application of the theory of economic regulation by demonstrating that there was a preponderance of the incumbent firms' influence on the regulator, especially in the period prior to the issuance of Deliberation No. 955/2019.

KEYWORDS: Public Service. Regulation. Economic Theory. Road Transport of Passengers. Empirical Analysis.

INTRODUÇÃO

A conjuntura econômica vivenciada na Europa na década de 70 e no Brasil na década de 90 do Século XX demonstrou a falência do *Welfare State*¹ e o surgimento do Estado Regulador, que tem como característica central a delegação de serviços públicos e de atividades de monopólio Estatal à iniciativa privada.

Nesse cenário, a atuação estatal na economia foi reinventada, passando o Estado a atuar preponderantemente como agente normativo e regulador da atividade econômica e dos serviços públicos delegados, muitas vezes por meio da criação de agências reguladoras.

Dentre o arsenal teórico que emergiu dessa nova configuração, surge a teoria da regulação econômica com o objetivo de justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com os ônus da regulação, bem como sobre a forma que a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de recursos (STIGLER, 2017).

Com base nessas premissas, o presente estudo propõe uma análise do setor rodoviário internacional e interestadual de passageiros (TRIIP), que ganhou importância econômica e social com a política pública de incentivo e priorização do modal rodoviário cujo ápice foi atingido nas

1 O Estado de bem-estar social é um tipo de organização política, econômica e sócio-cultural que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país, em parceria com empresas privadas e sindicatos, em níveis diferentes de acordo com o país em questão (SHUMPETER, Joseph E. On the concept of Social Value. in *Quarterly Journal of Economics*, volume 23, 1908-9, pag. 213-232).

décadas de 60 e 70 (SHILLER, 2018), sob a perspectiva da teoria da regulação econômica.

A pesquisa abordará, numa primeira parte, as premissas e diretrizes extraídas da teoria da regulação econômica, enumerando suas distinções com a teoria do interesse público e balizas de aplicação. Ato contínuo, será realizada uma evolução histórica sobre a regulação de TRIIP, enfocando os paradigmas normativos sucessivos até a implementação da previsão constitucional de 1988. Por fim, o estudo buscará traçar a evolução do setor de TRIIP à luz da teoria da regulação econômica, para ratificar a validade de suas premissas, seguida de uma análise empírica, com foco no resultado da regulação atual no mercado tratado.

A relevância do tema é ainda mais assente em razão da supressão de barreiras de entrada no mercado e da discussão em trânsito sobre o novo marco regulatório que tem o desafio de construir uma norma mais aderente aos princípios da livre iniciativa e da ampla concorrência e promover incentivos econômicos eficientes para ambas as partes do mercado (firmas e usuários).

Ao fim da análise da base teórica elegida e do mercado avaliado serão analisadas se as normas regulatórias e dados sobre TRIIP apresentam os resultados que seriam esperados pela aplicação da teoria da regulação econômica, o que a confirmaria; ou se os resultados apontam para a rejeição da aplicabilidade da teoria ao caso em questão.

1. A TEORIA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

A teoria econômica da regulação teve seu início com Stigler (1971), e sua principal característica é definida por Peltzman:

What has come to be called the economic theory of regulation, or ET, began with an article by George Stigler in 1971. The most important element of this theory is its integration of the analysis of political behavior with the larger body of economic analysis. Politicians, like the rest of us, are presumed to be self-interested maximizers. This means that interest groups can influence the outcome of the regulatory process by providing financial or other support to politicians or regulators (PELTZMAN, 1989, p. 1).

A proposta dessa teoria é a integração dos processos políticos e econômicos na análise da intervenção do Estado na economia, em oposição à visão que predominava, que não distinguia os aspectos normativos, relacionados a como deve se comportar o regulador, e os aspectos positivos

do processo de regulação econômica, que dizem respeito a como ele efetivamente se comporta (FIANI, 2004).

Para tanto, a teoria da regulação econômica aplica seus pressupostos teóricos ao comportamento dos agentes políticos e reguladores, assumindo que estes últimos tendem a maximizar sua utilidade e, por isso, tendem a atender aos grupos de interesse mais organizados, que podem lhes dar apoio político (PELTZMAN, 2017).

Sob o prisma econômico, a preocupação normativa é a capacidade de incentivar investimentos privados, corrigindo eventuais falhas de mercados, para com isso gerar o bem-estar social.

Importante ressaltar que, embora a teoria da regulação econômica proponha que a teoria do interesse público subestima o grau de influência do poder econômico e político na regulação, o Estado deve considerar os anseios da coletividade em geral na correção e ajustes de mercados.

A teoria do interesse público centra-se na ideia de que a intervenção do Estado na regulação se justifica em razão da existência de falhas de mercado, monopólios e externalidades, de forma que a atuação do regulador deve alocar os recursos de maneira eficiente.

É uma visão um pouco simplista e abstrata do que seja o papel do Estado, mas orienta a atividade regulatória para a busca do bem-estar, sem ignorar a dinâmica de mercado de oferta e procura e a realidade do setor regulado, sob pena de a regulação se tornar ineficiente.

Controvertendo essa visão limitada da teoria do interesse público ancorada na busca do bem-estar, para a teoria da regulação econômica o processo regulatório é resultado da interação estratégica dos vários agentes, na forma de grupos de pressão da sociedade e do Estado. Reforça-se que este último é um agente dotado de agenda e objetivos próprios, compondo e desfazendo alianças com os demais atores da sociedade, na medida de sua capacitação institucional e de seu posicionamento ideológico (FIANI, 1998).

Nesse contexto, a regulação baseada no interesse público não responde de forma adequada a uma série de problemas teóricos, práticos e políticos ligados ao processo regulatório. Seja porque o próprio conceito de interesse público é subjetivo e abstrato, ou porque a concretização do bem-estar social depende da satisfação das preferências individuais coletivamente consideradas, ou, ainda, porque não leva em consideração os confrontos entre grupos de interesse e os enredos políticos.

Por sua vez, a teoria econômica da regulação apresenta uma visão mais realista da regulação, pressupondo que as partes envolvidas são impulsionadas para maximizar seus próprios interesses e que a atuação regulatória do Estado é produto dos interesses dos regulados e do próprio regulador.

Ademais, em ambientes estatais com limitada disponibilidade de recursos financeiros, o regulador tem frequentemente que negociar com o legislador seus orçamentos, muitas vezes em disputas com outras agências reguladoras setoriais, fato esse que dá margem à atuação indireta de agentes econômicos (BALDWIN, CAVE & LODGE, 2012).

Definido o marco teórico da teoria da regulação econômica, com suas características e aplicação no exercício da atividade regulatória, passa-se à discussão da regulação do serviço regular² de transporte rodoviário coletivo internacional e interestadual de passageiros (TRIIP) à luz da teoria da regulação econômica.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA REGULAÇÃO DO SETOR DE TRIIP

O setor de TRIIP formalmente instituído em 1945, com a criação do DNER pelo Decreto-lei nº 8.463/1945, desde a sua criação é marcado por uma regulação estatal mínima, em que os serviços são prestados por “permissionários de serviço público”, selecionados sem prévio procedimento licitatório (RAINER, 2018).

O Decreto nº 68.961/1971 outorgava o serviço através da celebração de contrato de concessão precedido de concorrência pública. A realização do certame deveria estar motivada na necessidade do serviço e na exploração economicamente viável, levando-se em conta se o mercado era atendido.

O Decreto nº 90.958/1985 e o Decreto nº 92.353/1986, que o sucedeu, além do regime de concessão através de concorrência pública, estabeleceram o regime de permissão, via seleção sumária da firma, e mantiveram a preocupação em garantir a viabilidade econômica do serviço ao considerar os reflexos de novas outorgas sobre os mercados em operação.

A Constituição de 1988 conferiu ao legislador ordinário competência para outorgar o serviço público de TRIIP por meio de autorização, permissão ou concessão, exigindo-se licitação apenas nos dois últimos casos.

Com a finalidade de compatibilizar o Decreto nº 92.353/1986 com os preceitos constitucionais, foi suprimida, por meio do Decreto nº 90.072/1990, a previsão da seleção sumária e estabelecida a licitação, na modalidade concorrência, tanto para a concessão quanto para a permissão de TRIIP.

A regulação anterior foi sucedida pelo Decreto nº 952/1993 que adotou a outorga de permissão para os serviços regulares de TRIIP e

² No presente ensaio optou-se por estudar apenas a exploração do serviço regular de TRIIP, não sendo objeto de análise a exploração do serviço em regime de fretamento (turístico, eventual ou contínuo) face ao tratamento distinto conferido pela legislação em vigor.

de autorização para os serviços temporários e sob regime de fretamento, mantendo pelo prazo de 15 anos as outorgas das firmas incumbentes.

O normativo posterior (Decreto nº 2.521/1998) não trouxe inovações relevantes quanto ao regime de outorga e à manutenção das outorgas das firmas incumbentes, cujos instrumentos permaneceram válidos pelo prazo fixado no regramento anterior.

No ano de 2001, a agência reguladora federal do setor de transportes terrestres (ANTT) foi criada pela Lei nº 10.233/2001 e, no que se refere ao serviço regular de TRIIP, assumiu a missão de outorgá-lo mediante permissão.

Foram editadas as Resoluções nº 2.868/2008³ e nº 2.869/2008⁴, autorizando as firmas incumbentes a operar, em regime de autorização especial, em caráter precário, até 31 de dezembro de 2009 ou até que fossem celebrados os contratos de permissão precedidos de processo licitatório e iniciada a operação dos serviços.

O prazo previsto inicialmente foi sucessivamente prorrogado face a não finalização dos estudos necessários à realização da licitação. Apenas em 2013 foi publicado o Edital de Licitação nº 01/2013 relativo ao Projeto da Rede Nacional de Transporte Interestadual de Passageiros (ProPass-Brasil), que foi revogado pela Resolução 4.355/2014⁵, em razão da superveniência da Lei nº 12.996/2014.

A Lei nº 12.996/2014, verdadeiro *turning point* da regulação do setor, alterou o modelo de outorga do serviço regular de TRIIP para autorização. Se antes a lógica do setor era promover a concorrência pelo mercado por meio de permissão precedida de licitação, a partir da edição desta Lei, adotou-se a estratégia de promover a concorrência no mercado ao se estabelecer que a autorização independe de licitação, em regime de livre e aberta competição, com liberdade tarifária e sem limitações quanto ao seu número, características estas que deveriam ter aumentado a eficiência econômica do mercado.

No período subsequente foram editadas diversas normas regulando o setor, destacando-se a Resolução 4.770/2015⁶. Esta norma trouxe

3 Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00002868&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2008&seq_ato=000. Acesso em: 06 jun. 2021.

4 Disponível em https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00002869&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2008&seq_ato=000. Acesso em: 06 jun. 2021.

5 Disponível em https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00004355&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2014&seq_ato=000. Acesso em: 06 jun. 2021.

6 Disponível em https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00004770&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2015&seq_ato=000. Acesso em: 06 jun. 2021.

disposições transitórias que estabeleceram que até a finalização dos estudos para definição das hipóteses de inviabilidade operacional, o número de firmas por mercado estaria limitado àquelas já em operação, ou, tratando-se de mercado novo, a apenas duas firmas.

As limitações de acesso ao mercado foram modificadas com a edição da Deliberação ANTT nº 955/2019⁷, que declarou a revogação de todas as normas transitórias que se encontravam em descompasso com o regime de autorização cujo período de transição se encerrou em 18 de junho de 2019⁸ (data limite para o controle tarifário pela ANTT).

Nesse período, também foi editado o Decreto nº 10.157/2019 que instituiu a política de estímulo ao TRIIP, cujos princípios fomentam a livre concorrência, a liberdade de preços, de itinerário e de frequência, a defesa do consumidor, e a redução do custo regulatório. Dentre as suas diretrizes, destaca-se a vedação à instituição de reserva de mercado em prejuízo dos demais concorrentes e à imposição de barreiras que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado.

Atualmente, a ANTT está prestes a inaugurar o novo marco regulatório de TRIIP que pretende “satisfazer não apenas os princípios gerais da atividade econômica, como também os pressupostos de prestação de serviço adequado, e os deveres de universalização e continuidade”⁹. O assunto foi objeto da Audiência Pública nº 4/2020¹⁰, ainda pendente de apreciação e deliberação pela Diretoria Colegiada da ANTT.

3 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO DO SETOR DE TRIIP À LUZ DA TEORIA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

O presente capítulo tem por objetivo confrontar a evolução da regulação do setor de TRIIP com a teoria da regulação econômica na perspectiva das doutrinas de George Stigler e de Richard Posner.

Ao longo dos anos o serviço de TRIIP foi outorgado em caráter precário a determinadas firmas, sem critérios claros para exploração e

7 Disponível em https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00000955&sgl_tipo=DLB&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&vlr_ano=2019&seq_ato=000. Acesso em: 06 jun. 2021.

8 Esse período de transição foi definido no art. 4º da Lei nº 12.996, de 2014, nos seguintes termos: “A ANTT, por um período de até 5 (cinco) anos, contado da publicação desta Lei, poderá fixar as tarifas máximas dos serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como os critérios para seu reajuste”.

9 Trecho extraído da NOTA TÉCNICA SEI Nº 5042/2020/GEEST/SUPAS/DIR. Disponível em <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=423>. Acesso em: 06 jun. 2021.

10 Disponível em <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=423>. Acesso em: 03 jul. 2021.

prestação do serviço ou mediante ausência de procedimento isonômico para escolha dessas firmas (GÔMARA, 1999).

Ainda que os normativos anteriores à Constituição de 1988 previssessem a concorrência pública para seleção da firma, essas normas limitavam o ingresso de novas firmas à análise da sustentabilidade da exploração do serviço pelo Estado e estabeleciam critérios de desempate que favoreciam as firmas incumbentes, aspectos estes que denotam o *discrímen* em favor das firmas incumbentes que ingressaram no mercado sem que tenham sido submetidas a um processo licitatório.

Stigler aponta três modelos de benefícios políticos que os setores econômicos podem obter do Estado, dentre eles, o controle de entrada de novos competidores num mercado específico. Nesta seara, as políticas públicas regulatórias podem ser destinadas a dificultar a entrada de novos rivais, como, por exemplo, através do indeferimento de pedidos de licenças ou dificultando a concessão no mercado, cuja entrada de novos competidores é sujeita à permissão estatal (NASCIMENTO, 2015).

A Constituição de 1988 trouxe como mudança a outorga da permissão precedida de licitação e a necessidade de ser garantida a igualdade entre as firmas, além da possibilidade de autorização, conforme mencionado anteriormente. Nessa toada, as normas legais e infralegais posteriores deveriam garantir o caráter competitivo no procedimento licitatório e a livre concorrência na execução do serviço, vedando-se o estabelecimento de preferência ou distinção entre os licitantes.

Ocorre que, essas alterações não foram suficientes para modificar o panorama fático do setor de imediato. O princípio da continuidade da prestação do serviço público foi utilizado como fundamento para manutenção das outorgas das firmas incumbentes enquanto não houvesse o certame licitatório.

A alteração da modalidade de outorga promovida pela Lei nº 12.996/2014 ocorreu por iniciativa de uma associação de empresas do setor¹¹ no momento imediatamente anterior à finalização da licitação que permitiria pela primeira vez a adoção de permissão precedida de concorrência pública.

O regime autorizativo que deveria vigorar a partir da Lei nº 12.996/2014, também não teve aplicação imediata, uma vez que as disposições transitórias da Resolução 4.770/2015 que vigoraram até 18 de junho de 2019 criaram barreiras de entrada no mercado mantendo o *status quo* das firmas incumbentes.

Percebe-se que a regulação sobre TRIIP não foi capaz de promover a concorrência no mercado ou pelo mercado, limitando-se a manter em

11 A esse respeito, vide PARECER nº 24, de 2014-CN, da Comissão Mista da MPV 638/2014, sobre a Medida Provisória nº 638, de 2014. Disponível em: [prop_mostrarintegra\(camara.leg.br\)](http://prop_mostrarintegra.camara.leg.br). Acesso em: 06 jun. 2021.

operação as firmas incumbentes pelo prazo necessário a conclusão dos estudos necessários para implementação do regime permissionário e, posteriormente para implementação do regime autorizativo. O Estado se manteve no papel de provedor de uma regulação voltada a atender aos anseios de determinado grupo de interesse em detrimento do aumento da eficiência econômica do mercado regulado e dos usuários.

Stigler (1971) afirma que, em inúmeras situações, as firmas reguladas capturam o regulador e se beneficiam da sua proteção. Essa dominação se dá com o passar do tempo e representa um desvio nos propósitos originais da regulação, na medida em que a regulação passa a ser influenciada preponderantemente pelos próprios agentes econômicos regulados, em detrimento de outros grupos ou interesses que, em tese, deveriam ser considerados pelo regulador.

Apenas com a edição da Deliberação nº 955/2019, que efetivamente foi implementado o regime autorizativo disciplinado pela Lei nº 12.996/2014, de maneira que as firmas incumbentes passaram efetivamente a concorrer com as firmas entrantes no mercado. E, em decorrência, conforme será demonstrado no capítulo seguinte, os usuários do serviço de TRIIP passaram a dispor de uma maior oferta do serviço.

Pela primeira vez a regulação não estava preponderantemente voltada a atender aos interesses dos próprios agentes econômicos regulados. O regulador, sem descuidar dos aspectos econômicos que regem a exploração da atividade, parece ter se voltado aos propósitos originais da regulação, em especial, atender um outro grupo de interesses: o dos usuários do serviço de TRIIP.

Apesar do evidente avanço na regulação decorrente da preocupação do regulador de sopesar o atendimento a diversos grupos de interesse, em especial, o das firmas e o dos usuários, a implementação do regime autorizativo e a consequente concorrência no mercado tem ensejado embates nas mais diversas esferas de poder.

No âmbito do Poder Judiciário destacam-se as ADI 5549 e ADI 6270 propostas pelo Ministério Público Federal e por uma associação de empresas do setor, respectivamente que, em síntese, discutem a constitucionalidade do regime de autorização como espécie de outorga de serviço público¹². No

¹² Importante destacar que essa discussão sobre a constitucionalidade não se observa em outros setores, que também se utilizam das autorizações para o desempenho de atividades similares e com o mesmo fundamento constitucional (por exemplo, os arts. 126 e 131 da Lei nº 9.472, de 1997 – exploração de serviços de telecomunicações em regime privado, mediante prévia autorização; art. 7º da Lei nº 9.074, de 1995 – a implantação de usinas termoeletricas e o aproveitamento de potenciais hidráulicos são objeto de autorização; art. 8º da Lei nº 12.815, 2013 – dispõe sobre a possibilidade de exploração de instalações portuárias mediante autorização; e art. 36, IV, da Lei nº 7.565, de 1986 – possibilidade de exploração de aeródromos por autorização).

poder legislativo, encontra-se em curso na Câmara dos Deputados o PL 3.819/2020¹³, que pretende retornar o regime de permissão e determinar a suspensão e reanálise dos atos praticados a partir de 30 de outubro de 2019 (data da publicação da Deliberação nº 955/2019), e perante o Tribunal de Contas da União (TCU) o TC 033.359/2020-2 trata de denúncia anônima por supostas ilegalidades cometidas pela ANTT na análise de pedidos de novos mercados¹⁴.

Nesse cenário de intensa disputa a respeito da modelo de outorga mais adequado para a consecução dos interesses coletivos visados na exploração do serviço de TRIIP, pode ser que antes da implementação do novo marco legal de TRIIP decorrente da Audiência Pública nº 4/2020 haja nova alteração legislativa retornando ao regime de permissão ou, que o Supremo Tribunal Federal decida sobre a constitucionalidade (ou não) do regime autorizativo, situações estas que podem conduzir a regulação do setor para outra direção.

4. ANÁLISE EMPÍRICA DA REGULAÇÃO DO SETOR DE TRIIP

Compreendida a teoria da regulação econômica na perspectiva de George Stigler e de Richard Posner e confrontada as suas premissas com a evolução da regulação de TRIIP, o presente capítulo se dedica a analisar dados empíricos extraídos do sítio eletrônico da ANTT¹⁵ no que pertine ao comportamento do mercado a partir da edição da Resolução nº 4.770/2015 e após a Deliberação nº 955/2019, até a data de 31 de dezembro de 2020¹⁶.

Como exposto no Capítulo anterior, as disposições transitórias da Resolução nº 4.770/2015 criaram barreiras de entrada no mercado, de forma que nos quatro anos de sua vigência não foi outorgado nenhum mercado novo e o número de novos entrantes para operar mercados já existentes foi ínfimo.

Entre 2015 e 2019, conforme se verifica na Figura 1, observa-se um alto grau de concentração do mercado. Dos cerca de 2 mil municípios atendidos pelo serviço de TRIIP, aproximadamente 40% eram explorados

13 Tramitação disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268069>. Acesso em: 07 jul. 2021.

14 O termo mercado deve ser compreendido como um par de localidades que caracteriza uma origem e um destino.

15 Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/>. Acesso em 07 de jul. 2021.

16 Optou-se por restringir a amostra até 31 de dezembro de 2020, em razão da decisão cautelar proferida pelo TCU, referendada pelo plenário da Corte de Contas no Acórdão nº 559/2021, que impede a ANTT de outorgar novos mercados e novas autorizações no setor de TRIIP. Acórdão disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%2ACORDAO-COMPLETO-2464571%22>. Acesso em: 07 de jul. 2021.

por uma única empresa em regime de monopólio. Se considerarmos os mercados explorados - par de origem e destino interestadual - em regime monopolista esse percentual aumenta para 66% do total.

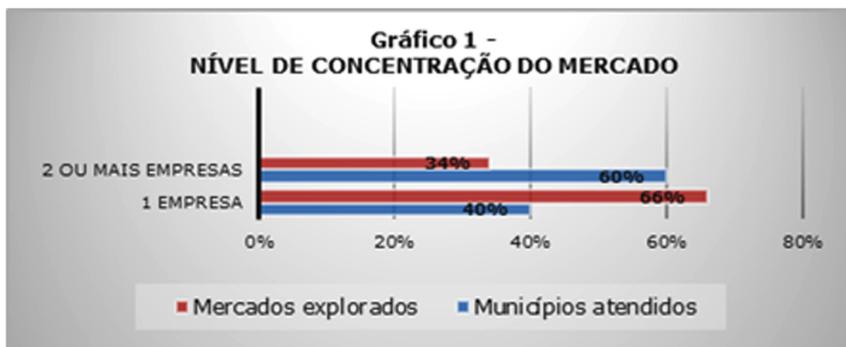


Figura 1: Nível de concentração do mercado
Fonte: Dados extraídos do sítio eletrônico da ANTT¹⁷

Durante a vigência das regras transitórias da Resolução nº 4.770/2015, observa-se a baixa evolução do número de mercados autorizados e do quantitativo de empresas autorizadas.

Até 2015 foram autorizados 39.132 mercados e em 2019 o número de mercados autorizados somava 40.178, representando um acréscimo de apenas 2,7%. Por sua vez, no ano de 2020, momento em que é possível observar os efeitos da Deliberação nº 955/2019, esse número subiu para 48.000, o que corresponde a um incremento de cerca de 16,5% em relação a 2019.



Figura 2: Mercados autorizados

¹⁷ Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/>. Acesso em 07 de jul. 2021.

Fonte: Dados extraídos do sítio eletrônico da ANTT¹⁸

Em relação ao número de firmas autorizadas, a partir do ano de 2017 percebe-se uma estabilidade do quantitativo de empresas, ao passo que no ano de 2020 foram autorizadas 17 novas entrantes.



Figura 3: Firmas autorizadas

Fonte: Dados extraídos do sítio eletrônico da ANTT¹⁹

Extraí-se da Figura 3 que em pouco mais de um ano de vigência da Deliberação n.º 955/2019, o quantitativo de firmas em operação se igualou ao maior número verificado nos anos anteriores, o que denota uma expectativa de crescimento da concorrência no setor com o incremento de novas entrantes e, por consequência, a redução do quantitativo de mercados explorados em regime de monopólio ilustrado na Figura 1.

A eliminação completa das barreiras de entrada promoveu considerável incremento na exploração do serviço de TRIIP. No ano de 2020, foram autorizadas 6.753 novas ligações interestaduais, interligando 983 municípios que passaram a ser atendidos pelo serviço de TRIIP. Com isso, foi possível beneficiar 2,5 milhões de pessoas que foram incluídas à rede de atendimento do serviço, contando com ao menos uma ligação de transporte interestadual, promovendo a universalização do serviço público, e estender a mais 107 milhões de pessoas mais de uma opção de TRIIP, estimulando a ampla concorrência. O mapa a seguir demonstra a rápida expansão do setor regulado em resposta à abertura do mercado em 2020:

18 Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/>. Acesso em 07 de jul. 2021.

19 Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/>. Acesso em 07 de jul. 2021.

Municípios Conectados em 2020

Municípios conectados pelos 14,151 mercados outorgados em 2020, conforme os atos publicados no DOU



Imagem 1: Municípios conectados em 2020

Fonte: Elaboração da SUPAS/ANTT²⁰

Em sede de análise dos preços praticados pelo setor, as aferições empreendidas pelo órgão regulador demonstram que queda das barreiras representou uma notória redução dos preços praticados, tanto no serviço convencional como no executivo em médias distâncias, senão vejamos:

²⁰ Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/>. Acesso em 07 de jul. 2021.

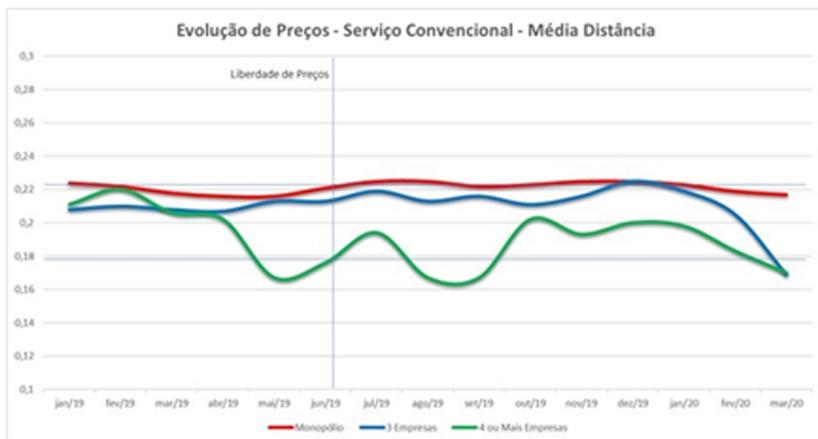


Figura 4: Evolução dos preços no serviço convencional
Fonte: NOTA TÉCNICA SEI N° 5042/2020/GEEST/SUPAS/DIR²¹

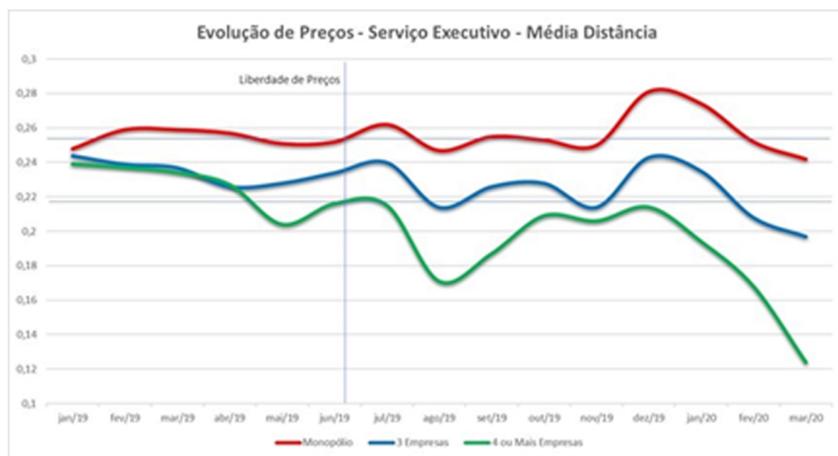


Figura 5: Evolução dos preços no serviço Executivo
Fonte: NOTA TÉCNICA SEI N° 5042/2020/GEEST/SUPAS/DIR²²

Os dados preliminares acima elencados – apurados a partir da vigência da Deliberação n° 955/2019 – apontam que o regime autorizativo cuja regulação é guiada pelo incentivo à concorrência no mercado, sem descuidar da dinâmica e peculiaridades do mercado regulado, têm potencial para trazer substanciais benefícios aos usuários do serviço de TRIIP, com

21 Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/>. Acesso em 07 de jul. 2021.

22 Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/>. Acesso em 07 de jul. 2021.

estímulo a maior disponibilidade do serviço e aos preços praticados no setor, em franco atendimento pelo regulador aos interesses dos grupos de usuários.

Por outro lado, o estímulo da concorrência no mercado provoca a alteração do *status quo* do grupo de interesses formado pelas firmas incumbentes que passam a concorrer com as novas entrantes, o que têm provocado uma reação pelo retorno das barreiras de ingresso no mercado, seja por meio de eventual declaração de inconstitucionalidade do regime autorizativo, seja por meio de alteração legislativa que promova o retorno ao regime de permissão.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou revisar, à título teórico, os aspectos da teoria da regulação econômica, apontando suas características, campo de aplicação e limites. Buscou-se compreender, sob a perspectiva jurídico-econômica, a forma de intervenção do Estado por meio da regulação, identificando-a como um produto a ser fornecido pelo Estado e o processo regulatório como resultado da interação entre os agentes econômicos e as entidades estatais. Nesse cenário, a regulação é vista como resultado da pressão dos grupos de interesse privados, com objetivo de obter vantagens e maximizar lucros.

A partir dessa delimitação teórica, analisou-se a evolução histórica do setor de TRIIP com foco nas alterações das diretrizes normativo-regulatórias incidentes sobre o setor para constatar, em sede empírica, que ao longo dos anos a regulação do setor tende a ser produto da pressão dos grupos de interesse privados, que se utilizam de sua influência econômica para manter essa posição de vantagem, limitando ou impedindo a concorrência para o mercado (nos casos de permissão precedida de licitação) ou no mercado (nos casos de autorização).

Demonstrou-se também que a ruptura do modelo histórico dominante, com a abertura do mercado nos termos da legislação infraconstitucional, ancorou incontestáveis ganhos aos usuários, representados por aumento da disponibilidade e pelo estímulo aos preços praticados no setor, aferida pela diminuição dos valores no período avaliado.

Assim, embora no âmbito da teoria da regulação econômica haja certa dificuldade na comprovação de que a geração de um resultado específico para as firmas incumbentes seja decorrente da influência dos grupos de interesse privados ou de se foram fruto do objetivo do regulador de corrigir falhas de mercado, no caso de TRIIP, os ciclos de alterações legislativas relacionados ao modelo adequado para exploração

desse serviço, fruto de emendas ou propostas parlamentares não raras vezes pautadas por pleitos de associações que congregam firmas do setor, ou de questionamentos por parte dessas mesmas associações perante o STF a respeito da constitucionalidade do regime adotado pelo legislador ordinário, corroboram a existência de influência de grupos econômicos na manutenção da posição das firmas incumbentes de explorar o mercado em regime de monopólio.

Por fim, em razão da contemporaneidade da discussão e da influência historicamente constatada de grupos econômicos na regulação do setor, os novos rumos da regulação de TRIIP de que trata a Audiência Pública nº 4/2020 podem ser alterados a depender do grau de influência dos grupos de interesses, o que corrobora as premissas da teoria da regulação econômica.

REFERÊNCIAS

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FIANI, Ronaldo. *Afinal, a quais interesses serve a regulação?*. Economia e Sociedade, Campinas, SP, v. 13, n. 2 (23), p. 81-105, jul./dez. 2004.

_____. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, 1998.

GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico*. Brasília: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros, 1999.

NASCIMENTO, Carlo Bruno Lopes do. *Dificuldades de regulação econômica: uma leitura das teorias de regulação*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 1 (2015), nº 4, 191-238.

PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação depois de uma Década de Desregulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa, et al. *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 85-126.

RAINER, Yahn. *Desregulação de serviços públicos e o transporte intermunicipal de passageiros por ônibus: uma proposta viável?* Revista dos Transportes Públicos - ANTP - Ano 41 - 2018 - 3º quadrimestre. p.24-54.

SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. *Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios*. 2018. 242f. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa, et al. *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 31-55.

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

A RESPONSABILIDADE DO REGULADOR NA APROVAÇÃO DE PROJETOS DE ENGENHARIA NO ÂMBITO DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS

*THE RESPONSIBILITY OF THE REGULATOR IN THE
APPROVAL OF ENGINEERING PROJECTS IN THE FIELD OF
FEDERAL HIGHWAY CONCESSIONS*

Sílvia Machado Leão

*Procuradora Federal e Subprocuradora-Geral de Matéria Regulatória da Procuradoria
Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (PF/ANTT).*

Milton Carvalho Gomes

*Doutorando em Direito e Economia pela Universidade de Lisboa. Procurador Federal
em exercício na Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes
Terrestres (PF/ANTT).*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A disciplina jurídica da aprovação de projetos de engenharia apresentados por concessionárias pelo ente regulador. 2 Importância do efetivo exercício do papel fiscalizatório pela ANTT: limites e alcance da responsabilidade do ente regulador.

3 Novos caminhos regulatórios e o futuro da análise de projetos na ANTT. 4 Conclusão. Referências

RESUMO: O presente artigo investiga os contornos da responsabilidade da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT no exercício de sua função de aprovar projetos de engenharia apresentados pelos concessionários, a partir da constatação de que as o sistema jurídico vigente (abrangendo contrato, normas regulatórias e leis) não confere a segurança jurídica necessária e compromete a eficiência do ente público no exercício dessas atividades. O artigo aborda ainda recentes proposições em discussão na ANTT a fim de aprimorar seu papel fiscalizatório e, ao final, reconhece a necessidade de desenvolvimento normativo no sentido de melhor delimitar o papel da Agência, o escopo da análise de projetos que empreende e dos limites de responsabilidade pelas conclusões dessa análise.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Infraestrutura Rodoviária. Projetos de Engenharia. Fiscalização. Responsabilidade da Agência Reguladora.

ABSTRACT: This article investigates the boundaries of the responsibility of the National Agency for Land Transportation - ANTT in the exercise of its function of approving engineering projects submitted by concessionaires, based on the finding that the current legal system (covering contract, regulatory rules and laws) does not provide the necessary legal certainty and consequently compromises the efficiency of the public entity in the exercise of these activities. The article also addresses recent propositions that have been discussed at ANTT in order to improve its supervising role and, at the end, recognizes the need for normative development in order to better delimit the role of the Agency, the scope of the analysis of projects it undertakes and the limits of responsibility for the conclusions of this analysis.

KEYWORDS: Regulation. Highway Infrastructure. Engineering Project. Supervision. Responsibility of the Regulatory Agency.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, no exercício de sua atribuição legal de gerir os contratos de concessão de exploração da infraestrutura rodoviária, é frequentemente apontada, por órgãos de controle e pelas concessionárias, como incapaz de aprovar, com agilidade e acuidade esperadas, os projetos de engenharia a ela apresentados.

A ANTT administra hoje vinte e três contratos de concessão e um total de mais de 10 mil quilômetros de rodovias concedidas, o que redundava em um quantitativo expressivo de projetos e anteprojetos de engenharia elaborados pelos concessionários e submetidos à sua aprovação, como condição ao início de execução de obras a que se obrigaram.

Nesse cenário, a imprescindibilidade de que a ANTT aprove tais projetos, tratando-se de obras previstas originalmente no contrato de concessão, é, não raras vezes, posta em dúvida. Além disso, o alcance dessa análise promovida pelo regulador e a responsabilidade assumida por ele em razão da aprovação de determinado projeto são, de igual forma, objeto de hesitação no estabelecimento de seus contornos.

Sobre o papel da Agência na análise de projetos de engenharia, a lei de criação da ANTT, suas normas internas e as cláusulas contratuais dos instrumentos vigentes se valem de terminologias distintas, referindo-se às atividades relacionadas a essa análise como aceitação, autorização, não objeção e aprovação de projetos. Ante a variedade de termos e a ausência de delimitação de seus sentidos, o corpo técnico da Agência parece encontrar dificuldades em conhecer os limites de sua atuação e em saber em que medida poderia vir a responder tecnicamente pelo projeto submetido à sua apreciação.

Não por outra razão, também interessa às concessionárias identificar de antemão os exatos contornos da atuação da Agência na avaliação de projetos. A compreensão de em que termos a conformidade será atestada garantiria previsibilidade necessária acerca das atividades a cargo do ente regulador, o que traria maior segurança jurídica à relação entre contratante e contratado.

Sob essa ótica, e examinando exclusivamente o papel da ANTT na análise dos projetos e anteprojetos de obras constantes como obrigação originalmente assumida pela concessionária no momento da celebração do contrato de concessão, este artigo buscará descobrir se há falha na conformação jurídica das responsabilidades da ANTT ou se o arcabouço normativo hoje vigente e as disposições contratuais são suficientes para permitir a devida delimitação das responsabilidades desta Agência na análise de projetos de engenharia no âmbito de contratos de concessão.

1. A DISCIPLINA JURÍDICA DA APROVAÇÃO DE PROJETOS DE ENGENHARIA APRESENTADOS POR CONCESSIONÁRIAS PELO ENTE REGULADOR

A Lei nº 10.233, de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e traçou suas competências, estabeleceu como uma das suas esferas de atuação a *exploração da infraestrutura rodoviária federal*. Dentre outras atribuições, imputou-lhe o papel de editar atos de outorga de exploração de infraestrutura, *celebrando e gerindo os respectivos contratos*¹, além de reunir sob sua administração *os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura já celebrados* antes de sua criação.

A mesma Lei nº 10.233/01 atribuiu à ANTT o dever de *autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas*²; de igual forma, o Decreto nº 4.130, de 2002, que aprova o regulamento da Agência, estabeleceu que *lhe compete autorizar e fiscalizar projetos no âmbito das outorgas estabelecidas*.

Por sua vez, os contratos de concessão geridos pela ANTT, sejam aqueles firmados antes de sua criação ou aqueles cuja celebração

1 Lei nº 10.233, de 2001:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

V – editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

(...)

VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:

(...)

VII – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infra-estrutura.

2 A título de comparação, a Agência de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, autarquia estadual contemporânea à ANTT, tem a atribuição de, por meio de sua Diretoria de Investimentos, controlar a execução e aprovar os projetos funcionais e de controlar a execução e aprovar os projetos para obras de melhoria e ampliação da infraestrutura da concessão ou permissão, conforme estabelecem os incisos V e VI do art. 31 de seu Regimento Interno, consolidado pela Resolução ARTESP nº 001, de 17 de junho de 2009 (ARTESP, Resolução nº 001, de 2009).

Nesse sentido, aliás, já dispunha, por exemplo, o Contrato nº 007/CR/98 - Contrato de Concessão do Sistema Anchieta-Imigrantes (ARTESP, Contrato nº 007/CR/98, 1998), gerido pela ARTESP, mas celebrado ainda pelo Departamento de Estradas de Rodagem de SP:

“18.2.1 O CONTRATANTE, de acordo com programa estabelecido em com a CONCESSIONÁRIA, acompanhará permanentemente a elaboração dos projetos e estudos, para minimizar os prazos de aprovação.
(...)”

18.4. A aprovação pelo CONTRATANTE dos projetos ou estudos apresentados pela CONCESSIONÁRIA, não implica qualquer responsabilidade para o CONTRATANTE, nem a exime total ou parcialmente das suas obrigações decorrentes deste CONTRATO ou das disposições legais ou regulamentares pertinentes, permanecendo de sua responsabilidade eventuais imperfeições do projeto ou da qualidade dos serviços realizados.

e seu respectivo procedimento licitatório prévio foram encabeçados pela própria Agência, dispõem, cada qual à sua maneira, sobre a necessidade de submissão à autarquia dos projetos de engenharia relativos a obras a serem executadas pelas concessionárias.

Assim, nos contratos celebrados ao longo da chamada 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCROFE, firmados ainda na década de 90 pelo extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, impôs-se à concessionária o dever de encaminhar àquela autarquia cópia dos projetos executivos antes do início efetivo da execução das obras e serviços de engenharia programados³.

Nos contratos da 2ª Etapa, estes firmados já pela ANTT, ainda que com redação um pouco diferente, há cláusula que obriga a concessionária a encaminhar à ANTT, antes do início efetivo da execução das obras e serviços de engenharia previstos no Programa de Exploração da Rodovia, cópia dos respectivos projetos executivos, diagramas e outros elementos elucidativos necessários. No mesmo sentido, o Programa de Exploração de Rodovia - PER, anexo aos contratos de concessão, dispôs que antes de iniciar qualquer serviço ou obra de recuperação e de melhoramento, ou, ainda, de manutenção ou operação, quando algum elemento adicional for incorporado à Rodovia, a concessionária deve apresentar à ANTT os respectivos projetos executivos, além dos cronogramas detalhados de suas implementações⁴.

Os contratos da 3ª Etapa do PROCROFE estabeleceram que, como condição para execução das obras previstas no contrato, a concessionária deveria encaminhar o anteprojeto à ANTT, com Anotação

3 A título ilustrativo, vejamos cláusula que estava presente nos contratos da CONCEPA e da CCR Ponte, firmados em 1997 (DNER, 1997):

“270. A CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar à fiscalização do DNER, antes do início efetivo da execução das obras e serviços de engenharia programados, cópias dos respectivos projetos executivos, peças, diagramas e outros elementos elucidativos necessários a execução das obras e serviços referidos.

271. Uma vez que o DNER não apresente objeções a CONCESSIONÁRIA, até 15 (quinze) dias corridos após o recebimento protocolizado dos projetos, esta encaminhará à fiscalização, no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos, os planos de trabalho das obras e serviços, acompanhados dos respectivos cronogramas de execução física.

4 Por exemplo, no contrato firmado com a Autopista Fernão Dias em 2008 (ANTT, Contrato de Concessão firmado entre a ANTT e a Concessionária Autopista Fernão Dias, 2008):

“18.7. A Concessionária deverá encaminhar a ANTT, antes do início efetivo da execução das obras e serviços de engenharia previstos no PER, cópias dos respectivos projetos executivos, diagramas e outros elementos elucidativos necessários a execução destas obras e referidos serviços.

18.8. Não havendo objeções pela ANTT aos projetos, a Concessionária encaminhará a fiscalização os planos de trabalho das obras e serviços, acompanhados dos respectivos cronogramas de execução física.

18.9. No caso de existirem objeções aos planos de trabalho referidos no item 18.8, a ANTT as encaminhará à Concessionária.

de Responsabilidade Técnica – ART, garantindo sua aderência às normas técnicas vigentes⁵.

Muito embora tenham admitido anteprojeto ao invés de projeto executivo, os contratos da 3ª Etapa não dispensaram a necessidade de prévia aceitação pela ANTT. Passou-se a exigir da concessionária, nesse momento, anteprojeto (sem eximi-la, no entanto, da obrigatoriedade de entrega posterior do projeto executivo), mas de igual forma, condicionou-se o início das obras à sua análise e não objeção pela Agência.

Mais recentemente, os contratos da chamada 4ª Etapa atribuem à concessionária o dever de obter a *não objeção ao anteprojeto e de apresentar* o projeto executivo como condição para o início da execução das obras. Alertam ainda para que os procedimentos de *análise dos anteprojetos* sejam considerados como parte do prazo para a obtenção de autorização de início das obras⁶.

Vê-se então que ao longo das várias etapas por que vem passando o programa de concessão de rodovias federais, sempre se julgou imprescindível que a entidade fiscalizadora, antes DNER, hoje ANTT, conhecesse e analisasse os projetos executivos (e mais recentemente os anteprojetos) como condição para o início da execução das obras, ou pelo menos para a maior parte delas.

A ANTT também editou resoluções que tratam da necessidade de submissão prévia – para sua aceitação – dos projetos elaborados pelas concessionárias: a Resolução nº 1.187/05 (ANTT, 2005) impõe, para execução das obras constantes do programa de exploração, que a concessionária encaminhe à ANTT o projeto executivo, em relação ao

5 Vejamos exemplificativamente contrato de concessão firmado com a ECO 050 (originalmente MGO) em 2013 (ANTT, Contrato de Concessão firmado entre a ANTT e a Concessionária, 2013):

6.1 A Concessionária deverá elaborar e manter atualizados os projetos executivos para a execução das obras da Concessão, que deverão atender integralmente aos prazos e condições previstos no PER e nos Regulamentos da ANTT.

6.2 Como condição para execução das obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço e da Frente de Serviços Operacionais previstas no PER, a Concessionária deverá encaminhar o anteprojeto a ANTT, com Anotação de Responsabilidade Técnica, garantindo que o anteprojeto está de acordo com as normas técnicas vigentes, e obter a não objeção desta Agência, nos termos desta subcláusula.

6.6 A aceitação dos projetos pela ANTT, a resposta as consultas feitas pela Concessionária a ANTT e os esclarecimentos ou modificações solicitadas pela ANTT ou pela Concessionária não alterarão, de qualquer forma, a alocação de riscos prevista no Contrato.

6 É o que se vê, por exemplo, no contrato de concessão firmado com a CCR Via Costeira em 2020 (ANTT, 2020):

6.2 A Concessionária deverá obter a não objeção ao anteprojeto, exceto na hipótese prevista na subcláusula 6.2.5, bem como apresentar projeto executivo como condição para o início da execução das obras, obedecendo aos prazos estabelecidos.

6.2.1 Os procedimentos de análise dos anteprojetos e apresentação do projeto executivo deverão ser considerados como parte do prazo para obtenção da autorização de início de obras.

qual a Agência deve se *manifestar* no prazo de quinze dias, aceitando-o ou rejeitando-o.

A Resolução nº 4.071/13 (ANTT, 2013), ao descrever infrações por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida, tipifica a falta de apresentação prévia, pela concessionária, de projetos executivos de obras previstas no PER como conduta punível com penalidade de multa, assim como executar obras ou serviços em desacordo com o *projeto autorizado* pela ANTT.

Por sua vez, a Resolução nº 5.888/20 (ANTT, 2020), que aprova o Regimento Interno da ANTT, ao traçar as competências de suas unidades organizacionais, atribui ao Superintendente de Infraestrutura Rodoviária o encargo de *aprovar* e acompanhar a implantação dos projetos de infraestrutura de transporte rodoviário.

Fato é que, embora invariavelmente se imponha a necessidade de submissão prévia dos projetos/anteprojetos à ANTT, não houve preocupação em garantir uniformidade na terminologia utilizada quanto a seu efetivo papel, na medida em que se usou expressões muito distintas como autorização, aceitação, aprovação, manifestação e não objeção.

Não bastasse a inexistência de padrão terminológico, nenhuma dessas expressões encerra em si um sentido suficientemente claro, ou tradicionalmente reconhecido, que permita conhecer seu exato alcance delinear minimamente o escopo da análise a ser promovida pela ANTT. Não é possível atestar, pelo menos não com base no arcabouço normativo e contratual de que dispomos hoje, que a “aprovação” de projeto pressuporia uma análise mais criteriosa ou aprofundada do que aquela que antecederia uma “autorização” de projeto, por exemplo.

Talvez seja possível cogitar, mas apenas cogitar, que a *não objeção* a um determinado projeto demande menor esforço em sua análise do que uma *aprovação* exigiria, ou, de outro lado, supor que deixar de enxergar objeções ao projeto signifique um exame mais superficial que aquele feito como condição a sua *aceitação*.

Quiseram a lei, as normas e os contratos que a Agência se posicionasse em relação aos projetos, seja aceitando-os, não objetando-os, aprovando-os ou os autorizando, a despeito da inexistência de regras claras de como a ANTT desempenharia esse papel, e de não haver segurança no estabelecimento de definições precisas da responsabilidade da Agência no exercício dessa atividade. Em outras palavras, a imprecisão daquelas expressões e a falta de disciplina própria sobre o alcance de sua atuação não pode fazer – como não faz – da ANTT mera arquivadora de projetos ou simples verificadora de completude do material apresentado pelas concessionárias previamente à execução das obras de sua responsabilidade.

Aprovar, autorizar, aceitar ou não objetar projetos demandam, com maior ou menor profundidade e abrangência, que a Agência se debruce sobre seu conteúdo e verifique sua adequação ou inadequação com relação a algum parâmetro de verificação previamente estabelecido, seja qual for a terminologia usada. Interessa mais saber o que deve ser aferido pela Agência e sobre o que ela precisa atestar a conformidade, sem que isso represente trazer para si responsabilidade técnica pelo projeto.

2. IMPORTÂNCIA DO EFETIVO EXERCÍCIO DO PAPEL FISCALIZATÓRIO PELA ANTT: LIMITES E ALCANCE DA RESPONSABILIDADE DO ENTE REGULADOR

Embora as dificuldades enfrentadas na análise prévia dos projetos submetidos à ANTT decorram, em parte, das indefinições e confusões terminológicas identificadas nas regras vigentes, elas também resultam, em grande medida, do receio de regulador de compartilhar a responsabilidade que deve recair sobre a concessionária incumbida de sua elaboração. Tal receio está presente mesmo sabendo-se que a Lei nº 8.987, de 1995 (BRASIL, 1995), foi clara ao incumbir à outorgada a execução do serviço concedido, a responsabilidade por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, *sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade*⁷.

Esse, aliás, é o fundamento das cláusulas contratuais ao ressaltarem que a não objeção da ANTT aos projetos não implica a assunção de responsabilidade técnica por eles. Tal ressalva, no entanto, não parece ser o bastante a conferir conforto na análise de projetos realizada pela ANTT.

Ao tempo em que avigora a responsabilidade objetiva do concessionário - já estabelecida, há muito, em sede constitucional, nos

7 *Mutatis mutandis*, os códigos de edificações editados pelos legisladores municipais costumam fazer expressa ressalva no sentido de afastar a responsabilização do Município ao aprovar os projetos, licenciar e fiscalizar a execução de obras, quanto a eventual deficiência do projeto, da execução ou do uso da edificação concluída. Exemplo disso, cite-se dispositivo da Lei nº 9.725, de 2009, do município de Belo Horizonte
Art. 9º - É competência do Executivo aprovar os projetos, licenciar e fiscalizar a execução das obras, certificar a conclusão das mesmas e aplicar as penalidades cabíveis, visando ao cumprimento da legislação vigente, não se responsabilizando por qualquer sinistro ou acidente decorrente de deficiências do projeto, da execução ou da utilização da obra ou da edificação concluída.

Disponível em <https://www.cmbh.mg.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2021.

Redação semelhante é adotada pela Lei nº 16.642, de 2017, da cidade de São Paulo, ao estabelecer:

Art. 10. A Prefeitura não se responsabiliza pela estabilidade da edificação e do equipamento ou por qualquer sinistro ou acidente decorrente de deficiências do projeto, de sua execução ou instalação, bem como de sua utilização.

Art. 11. A conformidade do projeto às normas técnicas gerais e específicas de construção e às disposições legais e regulamentares aplicáveis aos aspectos interiores das edificações é de responsabilidade exclusiva do responsável técnico pelo projeto, de acordo com a declaração de responsabilidade a ser apresentada nos termos deste Código.

Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16642-de-09-de-maio-de-2017/>. Acesso em: 8 set. 2021.

termos do §6º do art. 37 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), aquele dispositivo da lei de concessões reforça a imprescindibilidade da fiscalização a ser exercida pelo órgão competente. Daquele comando, portanto, tem-se que a responsabilidade do concessionário não é eximida, nem mesmo atenuada, pela atuação do ente público, assim como, a *contrario sensu*, a responsabilidade do concessionário não desonera o ente público de sua obrigação (poder-dever) de fiscalizar o cumprimento do contrato.

A imprescindibilidade de se autorizar, aprovar, aceitar, ou não objetar previamente projetos de engenharia de obras, como condição ao início de sua execução, é fruto do papel fiscalizatório da Agência, e pelo termo “fiscalizar” deve-se entender, valendo-nos das palavras de Marçal Justen Filho (2003), as “providências rotineiras, permanentes e contínuas de acompanhamento da atividade do concessionário”. Tal atividade não haveria de ser vista apenas em sua função sancionadora ou repressiva, mas no sentido de que “(...) a continuidade da fiscalização incrementa a eficiência do serviço, inclusive por permitir a prevenção de eventuais falhas e omissões (Filho, 2003).”

A autorização/aceitação prévia de projetos pela ANTT não importa, de nenhuma forma, avocação ou mesmo compartilhamento da responsabilidade técnica pela sua elaboração, ou seja, não faz dela a projetista. Não obstante, faz com que se desincumba de parcela de seu múnus de fiscalizar, mesmo previamente ao início da execução das obras (enquanto prevenção de eventuais falhas e omissões, uma espécie de fiscalização preventiva), o cumprimento das obrigações pelo prestador do serviço público concedido.

Nesse contexto, em que a autorização de projetos se revela parte do exercício do dever, inafastável, da ANTT de fiscalizar a prestação dos serviços, *cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento*, tal qual imposto pelo inciso VIII do art. 24 da Lei nº 10.233, de 2001, falta saber sobre que itens, que aspectos ou segundo quais premissas se dará a análise pela Agência.

Em sendo da concessionária a responsabilidade técnica pelo projeto que elabora – e decerto, pela sua execução –, é seu o dever de garantir que o projeto atenda premissas de qualidade, solidez, durabilidade, segurança, fluidez e preservação ambiental, competindo-lhe, para tanto, certificar-se de que estão ali atendidas e respeitadas as normas técnicas vigentes. Não obstante, não há como a ANTT se furtar do ônus de aferir a conformidade do projeto àquilo a que a concessionária se obrigou no contrato de concessão. É seu o dever de atestar a adequação da forma como concebido o projeto e da solução proposta. Para além disso, contudo, é preciso que o regulador indique de forma clara o que está sendo verificado, ou seja, que elementos e parâmetros estão sendo conferidos e avaliados.

3. NOVOS CAMINHOS REGULATÓRIOS E O FUTURO DA ANÁLISE DE PROJETOS NA ANTT

Não ignorando essas dificuldades, a Agência vem implementando medidas na tentativa de tornar mais efetiva a gestão dos contratos de concessão e a fiscalização mais eficiente e menos dispendiosa dos contratos. Como exemplo, pode-se citar a previsão, na modelagem mais recente dos contratos de concessão, da exigência da apresentação, pela concessionária, de certificado de inspeção de anteprojetos e projetos executivos emitido por organismo de inspeção acreditado para tais fins. Com a chancela de um terceiro com autoridade para tanto, espera-se ganhar agilidade no exame dos projetos apresentados tendo em vista que o certificado de inspeção conferiria maior garantia de que as normas técnicas foram observadas pela concessionária na elaboração dos projetos.

Por sua vez, outros aperfeiçoamentos regulatórios têm sido objeto de recentes discussões no âmbito da ANTT, a exemplo da Reunião Participativa nº 03/2021 (ANTT, Reunião Participativa 03/2021, 2021) no âmbito do chamado Regulamento de Concessões Rodoviárias, oportunidade em que se pretende, dentre outras medidas, disciplinar a tramitação dos estudos e projetos levados, fixando procedimentos e prazos de análise a seu cargo.

Dentre os diversos mecanismos em estudo, direta ou indiretamente relacionados com a análises de projetos pela ANTT, merecem também referência a figura do *verificador independente*, concebido como um terceiro imparcial, de caráter técnico, que preste apoio à ANTT na fiscalização de obrigações contratuais; e o *fast tracking*, definido como sendo técnica de planejamento específica para compressão do cronograma de um projeto, o que supostamente otimizaria a sua elaboração e conseqüentemente a análise pela ANTT que a faria por meio de verificação mais ágil, de simples conferência (*check list*) do anteprojeto ou projeto executivo analisado.

A preocupação com a delimitação dos deveres e das responsabilidades do ente regulador e da concessionária parece estar presente nas propostas normativas em elaboração na ANTT. Nessa linha, há indicações de que será editada regulamentação no sentido de atribuir à Agência o papel de, na análise de projetos, *validar a localização, o quantitativo, o prazo, o tipo, a configuração e funcionalidade das obras* a serem executadas. Pretende-se definir, por outro lado, que o *dimensionamento, a memória de cálculo, a nota de serviço ou outra informação e documento relacionado a definição dos quantitativos de serviços* não serão objeto de verificação pela ANTT ao apreciar os projetos que lhe são submetidos⁸.

8 (ANTT, Reunião Participativa 03/2021, 2021)

Com isso, é preciso reconhecer, a ANTT passaria a ter normas jurídicas delimitando o escopo da análise desses projetos, sem prejuízo de que em outras normas isso seja disciplinado de forma mais minuciosa. Com base apenas nas normas hoje vigentes, parece não haver suporte jurídico suficiente, o que conduz a um quadro que não favorece um ganho de eficiência na análise desses projetos, fazendo com que a ANTT gaste tempo desnecessário na delimitação de suas atribuições e responsabilidades.

Quando (e se) definidas, então, as divisas de atuação da Agência, sua responsabilidade restaria limitada a elas: ao atestar, por exemplo, que a solução apresentada pelo projeto da concessionária atende ao que o contrato demandara, a ANTT responde por essa decisão. Aferido se o projeto desenha a obra segundo a tipologia e funcionalidade demandadas no contrato, a Agência sujeita-se a responder pela exatidão e acerto dessa constatação. Nada diferente do que já é hoje, porém com limites mais claros e que suscitem menos dúvidas do que os atualmente existentes, conferindo maior segurança jurídica e eficiência à atuação regulatória.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo se prestou a apurar os limites da responsabilidade da ANTT na apreciação de projetos de engenharia a ela submetidos pelas concessionárias, chegando à conclusão de que os resultados insatisfatórios no desempenho desse seu papel são fruto ao mesmo tempo da insuficiência de normas regulatórias que delimitem o papel da Agência e suas responsabilidades, e de equívocos e imprecisões na interpretação dos dispositivos existentes. Em síntese, verificou-se que o conjunto normativo atualmente vigente é insuficiente para conferir o grau de segurança jurídica e eficiência necessários à atuação da ANTT nesse campo.

Feito o recorte no sentido de que este artigo se preocupou tão somente com as obras previstas originalmente no contrato e que, portanto, não representam nova obrigação imposta à concessionária, tem-se que o papel da ANTT na *autorização* de projetos de engenharia (para usar aqui a expressão da lei) não conta com regras claras que permitam saber o escopo dessa análise em cada situação. A confusão terminológica vista nas normas da ANTT, nos contratos e na lei, acaba por comprometer e dificultar essa compreensão.

Nesse sentido, constatou-se que meros ajustes na terminologia adotada pela ANTT em suas normas ou nos contratos não garantiriam a segurança necessária à concessionária e nem conforto à atuação da ANTT. De um jeito ou de outro, a terminologia usada não seria capaz de, por si

só, sanar as dúvidas acerca dos limites do exame a ser feito pela ANTT e tampouco de afastar – como pretendido – a responsabilidade técnica da Agência ao autorizar os projetos que lhe são submetidos. A deficiência normativa, portanto, fica evidenciada na ausência de definição clara do escopo da análise promovida pela ANTT ao receber projetos de engenharia encaminhados pelas concessionárias.

As cláusulas contratuais e as normas regulatórias hoje existentes não são, portanto, suficientes para conferir segurança no processo de aprovação de projeto, seja do ponto de vista da delimitação da responsabilidade do ente regulador, seja sob o prisma da efetividade do procedimento de análise. Não obstante, a Agência parece reconhecer isso e tem se empenhado em modificar essa realidade.

Encontram-se em discussão na ANTT propostas de normas regulatórias que direcionam esforços na solução da questão, ao delinear de forma mais clara os espaços de responsabilidade de cada parte contratante, disciplinando, ainda, o procedimento de análise e aprovação de projetos de engenharia com a participação de terceiros, conferindo maior confiabilidade ao processo. De toda forma, a regulamentação proposta em nada poderá ampliar ou reduzir a responsabilidade atual da ANTT pela aprovação de projetos de engenharia – seja qual for a nomenclatura que utilize – servindo apenas para trazer maior clareza ao tema.

Como ente incumbido da fiscalização dos contratos de concessão de rodovias federais, o papel da Agência na garantia de cumprimento dos exatos termos destes contratos recobre-se de elevada importância. A análise prévia de projetos constitui etapa fundamental da execução contratual, devendo sempre a ANTT assumir a responsabilidade pela sua aceitação ou rejeição – nos limites de suas atribuições regulatórias – como instrumento de proteção do interesse público.

REFERÊNCIAS

ANTT, A. N. (2005). *Resolução 1.187, de 09 de novembro de 2005*, que dispõe sobre os procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT. 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: 12 jul. 2021.

ANTT, A. N. (2008). *Contrato de Concessão firmado entre a ANTT e a Concessionária Autopista Fernão Dias*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/autopista-fernao-dias>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ANTT, A. N. (2013). *Contrato de Concessão firmado entre a ANTT e a Concessionária ECO050*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/eco050>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ANTT, A. N. (2013). *Resolução 4.071, de 03 de abril de 2013*, que regulamenta as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004071&seqAto=000&valorAno=2013&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=&cod_menu=7796. Acesso em: 12 jul. 2021.

ANTT, A. N. (2020). *Contrato de Concessão firmado entre a ANTT e a Concessionária CCR Via Costeira*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/ccr-viacosteira>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ANTT, A. N. (2020). *Resolução 5.888, de 12 de maio de 2020*, que aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00005888&seqAto=000&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=7796. Acesso em: 12 jul. 2021.

ANTT, A. N. (2021). *Reunião Participativa 03/2021*. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/antt-promove-reuniao-participativa-sobre-regulamento-das-concessoes-rodoviaras>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ARTESP. (1998). *Contrato nº 007/CR/98, celebrado com a Concessionária ECOVIAS DOS IMIGRANTES S.A.* Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=21>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ARTESP. (2009). *Resolução nº 01, de 17 de junho de 2009*, que altera dispositivos e consolida o Regimento Interno da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Shared%20Documents/Portarias/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2001%2C%20de%2017%20de%20junho%20de%202009.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. (1988). *Constituição Federal*.

BRASIL. (1995). *Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões)*.

DNER. (1997). *Contrato de Concessão PG-016/97-00 firmado com a Concessionária Rodovia Osório - Porto Alegre S.A. - CONCEPA*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/concepa>. Acesso em: 12 jul. 2021.

FILHO, M. J. (2003). *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética.

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

O NOVO MARCO LEGAL DAS FERROVIAS E A INTRODUÇÃO DE SHORT LINES NO MODELO FERROVIÁRIO NACIONAL

THE NEW RAILWAY LAW AND THE INTRODUCTION OF SHORT LINES IN THE NATIONAL MODEL

Stanley Silva Ribeiro

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2021). É advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, tendo passagem pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR da Consultoria-Geral da União e pela Assessoria do Gabinete do Consultor-Geral da União.

SUMÁRIO: Introdução. 1 *As short lines* no modelo ferroviário nacional. 2 Constitucionalidade do regime de autorização ferroviária. 3 As cautelas necessárias em um ambiente de assimetria regulatória. Conclusão. Referências.

RESUMO: O trabalho aborda os aspectos legais e dogmáticos da regulação do serviço de transporte ferroviário, especialmente a pretendida introdução do instituto da autorização, sob regime de direito privado, mediante o Projeto de Lei do Senado nº 261, de 2018. Em especial, é analisado o modelo de assimetria regulatória, com enfoque nos mecanismos necessários para se obter um ambiente assimétrico sustentável, em que se sejam preservados os direitos e obrigações dos prestadores de serviço ferroviário, ao tempo em que se fomenta a concorrência e eficiência. A metodologia utilizada foi a dogmática, com análise da legislação, jurisprudência e doutrina especializada.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação de Serviço Público. Assimetria Regulatória. Atividade Econômica Privada. Ordem Econômica. Infraestrutura Ferroviária.

ABSTRACT: The paper addresses the legal and dogmatic aspects of rail transport regulation, especially the authorization, based on private law, through the Senate Bill 261, from 2018. In particular, the asymmetry regulation model shall be analysed, focusing on the mechanisms necessary to achieve a sustainable asymmetric environment in which the rights and obligations of railway service providers are preserved, while the competition and efficiency are fostered. The methodology used was dogmatic, with analysis of legislation, jurisprudence and specialized doctrine.

KEYWORDS: Public Service Regulation. Asymmetric Regulation. Private Economic Activity. Economic Order. Rail Infrastructure.

INTRODUÇÃO

No Brasil, existe uma grande e preocupante desproporção na distribuição da capacidade de carga por modal de transporte. Esse problema atrasa o desenvolvimento econômico brasileiro há décadas, ainda que ao longo dos anos muitas tentativas de reverter essa situação tenham sido levadas a efeito. O resultado disso é um custo logístico altíssimo, que impede nossa economia de desempenhar melhor internamente e de se apresentar mais competitiva no cenário internacional.

O transporte ferroviário brasileiro é deficiente, obrigando as empresas a utilizarem do modal rodoviário e muitas vezes do hidroviário, por não terem outra opção para transportar suas cargas. É evidente a necessidade de aumento da nossa malha ferroviária para que se possa obter uma maior participação deste modal dentro da matriz de transporte brasileira.

As ferrovias que têm melhores desempenhos operacionais são as ferrovias operadas pela Vale para o transporte de minério de ferro, sendo elas a Vitória-Minas e Estrada de ferro Carajás. Essas ferrovias apresentam linhas em ótimas condições de operação, permitindo que os trens circulem em velocidades razoáveis e com capacidade de transporte considerável (CARVALHO, 2017, p. 15).

Em 2018, o Senador José Serra propôs o Projeto de Lei nº 261, que estabelece um novo marco legal para as ferrovias brasileiras, com o objetivo de minorar as ineficiências existentes em função de diversas questões regulatórias. Da justificativa que acompanhou a proposta legislativa destacam-se os seguintes excertos:

A história ferroviária do Brasil é marcada por diversas oportunidades perdidas. Em virtude disso, conquanto a economia brasileira figure em 7º lugar no ranking global, nossa infraestrutura ferroviária, segundo o Fórum Econômico Mundial, ocupa a modesta 88ª posição entre 137 países analisados.

Segundo dados do Governo Federal, as ferrovias brasileiras transportam somente 15% das cargas em termos de tonelage por quilometro útil, a mesma proporção de meados da década de 1990. Em extensão de trilhos ativos, retrocedemos aos níveis de 1911, apesar de todos os avanços em produtividade e segurança possibilitados pelas concessões ferroviárias.

(...)

Parte significativa deste atraso está na grande dependência de investimentos públicos para desenvolvimento do setor, mesmo na hipótese de outorga por concessão. O fato é que no Brasil dispomos de 8.534 km de ferrovias abandonadas, 51.530 km de ferrovias planejadas e pouco mais de 10.000 km de ferrovias ativas, em plena operação.

Estimativas da Confederação Nacional da Indústria – CNI apontam que, ao se excluir as cargas de minério de ferro, as ferrovias são utilizadas para apenas cerca de 4% da nossa matriz de transporte. Mesmo com o crescimento do volume transportado e dos investimentos na malha nos últimos anos, a quantidade e a variedade de mercadorias movimentadas nesse modal estão muito abaixo do seu potencial (CONFEDERAÇÃO..., 2021. p. 7).

A grande premissa do PLS 261 é manter a presença estatal nos segmentos onde ele seja realmente necessário, por razões de cunho social, técnico ou econômico, diretamente ou mediante concessão, ao tempo em que se busca atrair investimentos privados para construção da infraestrutura em regime de competição, onde haja interesse do mercado.

O Projeto de Lei sofreu diversas alterações desde sua propositura inicial, apresentando uma gama de modificações regulatórias que extrapolam os estritos limites e o escopo deste trabalho.

Nesse sentido, iremos nos deter na introdução de uma nova ordem de ferrovias, construídas ou adquiridas pela iniciativa privada por meio de outorgas de autorização, com custos e regulação amenizados. Essa modalidade de exploração, utilizada em trechos menores e conhecida internacionalmente como *short line*, facilita os investimentos na expansão das linhas e em trechos ociosos, fomentando o compartilhamento das ferrovias.

Nos Estados Unidos, as *short lines* foram essenciais para o aumento da eficiência e do volume de cargas transportadas nos últimos anos, incentivando e ampliando a integração da malha ferroviária. O setor produtivo se beneficiará imensamente desse novo cenário, que equilibra e diversifica a matriz de transportes, de forma a reduzir o custo logístico.

Por sua vez, considerando que as alterações normativas importam em modelo dual, marcado pela assimetria regulatória, será objeto de análise a constitucionalidade do uso de tal modelo no âmbito do transporte ferroviário, que tem o dever de proteger os investidores já existentes sob a égide do modelo unitário em voga até hoje.

A metodologia utilizada é a dogmática ou instrumental e em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da problematização torna-se imprescindível a análise da legislação em vigor, bem assim da jurisprudência

e da doutrina especializada. O ponto central do tema está inserto na seara das normas e da coerência do ordenamento jurídico, buscando, de forma pragmática, uma precisa adequação formal voltada à solução de casos concretos do cotidiano dos cidadãos.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tratará da introdução do modelo de autorização para exploração de infraestrutura ferroviária sob regime privado, no contexto do Projeto de Lei do Senado nº 261/2018, de autoria do Senador José Serra, cuja pretensão de inserção em nosso sistema jurídico tem inspiração norteamericana. O segundo capítulo abordará os questionamentos jurídicos envolvendo a constitucionalidade do aventado regime jurídico. Por fim, o terceiro capítulo abordará as preocupações que devem servir de diretriz quando da implementação de modificações que ocasionarão assimetria regulatória no ambiente regulado, de forma a estabilizar o sistema e assegurar os direitos de todos os atores sociais.

1. AS *SHORT LINES* NO MODELO FERROVIÁRIO NACIONAL

O Projeto de Lei do Senado 261/2018 tem como um dos seus propósitos viabilizar a operação no país de uma modalidade de ferrovia, construída e explorada pela iniciativa privada, em regime de direito privado e concomitantemente com ferrovias exploradas em regime de direito público.

Além de efetivamente incluir as ferrovias privadas no modelo atual, o PLS traz para o âmbito legal várias questões e iniciativas que até o momento vinham sendo regulamentadas em atos infralegais e pelas práticas contratuais. Dentre os vários aspectos interessantes da proposta, é de se destacar a introdução de uma saudável concorrência intramodal na malha ferroviária, na medida em que explicitamente se permite a outorga de mais de uma ferrovia em uma mesma região, desde que obedecidos os aspectos técnicos e de segurança viária.

Quanto à instituição das ferrovias de titularidade privada e utilidade pública, construídas ou adquiridas e exploradas pela iniciativa privada em regime de direito privado, a proposta tem como referência experiências de outros países, em particular das *short lines* nos Estados Unidos. Como dito, permanecem as ferrovias de titularidade pública outorgadas mediante concessão.

A expansão das *short lines* nos Estados Unidos está associada ao processo de desregulação do setor ferroviário propiciado pela aprovação do *Staggers Rail Act* de 1980 (ASSOCIATION..., 2021, p. 2). Esse processo favoreceu a concorrência nesse modal de transporte, implicando a busca de racionalização e eficiência das operações ferroviárias e o maior foco

na rentabilidade das empresas, o que acabou produzindo desinteresse dos operadores ferroviários por trechos menos rentáveis economicamente.

O abandono de trechos da malha ferroviária e a simplificação do processo de alteração na administração de ativos ferroviários, induziu a proliferação de *short lines*, que aumentaram de 20 em 1980, para cerca de 600 nos dias de hoje (BOSTON..., 1920. p.24-25). Esse aumento ocorreu em função de trechos ociosos e com volume de carga transportada reduzido ou de baixa rentabilidade econômica. Como é possível verificar, a situação se amolda bastante ao cenário vivenciado no transporte de cargas ferroviário brasileiro.

As operadoras de *Short Lines* geralmente são de pequeno porte e com baixa capacidade de investimento, o que faz com que sua sustentabilidade somente exista em um ambiente de custos e regulação reduzidos (BOSTON..., 1920. p. 25). É exatamente esse *locus* potencializador de desenvolvimento que a proposta legislativa intenta implementar em nosso ordenamento jurídico, haja vista a alta complexidade e a ineficiência, das normas regulatórias aplicáveis aos tradicionais trechos objetos de concessão pública (BRASIL, 2019).

O PLS 261, em sua versão inicial, estabelecia a competência da União em relação ao transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada. A versão que está em debate na Comissão de Serviços de Infraestrutura possui abrangência maior, tratando de inúmeros temas do sistema ferroviário como um todo, esclarecendo melhor alguns aspectos, como a competência da União para dispor sobre regras relativas à segurança de trânsito e de transporte ferroviários, que se aplica a todas as ferrovias do País, enquanto as competências da União para outorgar a exploração da infraestrutura e a realização do transporte ferroviário restringem-se às ferrovias integrantes do Subsistema Federal Ferroviário (art. 2º).

Nesse contexto, ressaltamos alguns pontos de interesse da proposta legislativa, os quais tangenciam a temática da autorização para exploração ferroviária em regime privado:

- a autorizatária é responsável, por sua conta e risco, pelos investimentos necessários para criação, expansão e modernização das instalações ferroviárias e veda a inclusão de cláusulas que atribuam direitos a equilíbrio econômico-financeiro;
- a autorização pode ser extinta nos casos de advento do termo contratual, cassação, caducidade, decaimento, renúncia, anulação; e falência (arts. 25 a 30). Permite-se, ainda, que a autorizatária, a seu exclusivo critério, desative trechos ferroviários mediante

comunicação ao regulador ferroviário, podendo alienar esses trechos a novo investidor (art. 31);

- a outorga de determinada ferrovia, em regime público ou privado, não impede a outorga de outras ferrovias, ainda que compartilhem a origem e destino ou a mesma região geográfica (art. 9, parag. 1º);
- a autorização para a exploração de ferrovia em regime privado deve ser formalizada por meio de contrato por prazo de duração de 25 a 99 anos (ar. 14), podendo o mesmo ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos;
- é garantida ao autorizatário a liberdade para fixação de preços, cabendo aos órgãos de defesa da concorrência a repressão a infrações à ordem econômica (art. 8º);
- o poder público pode alienar, ceder ou arrendar à operadora ferroviária autorizatória bens móveis e imóveis de sua propriedade, para constituir infraestrutura ferroviária a ser operada sob regime privado;
- os bens móveis e imóveis constituintes da ferrovia autorizada não são reversíveis ao poder público quando a respectiva autorização for extinta, exceto na hipótese de cessão ou de arrendamento (arts. 16 e 17);
- a outorga de exploração de ferrovias em regime privado ocorre mediante: (i) a manifestação de interessado ao poder Estatal e (ii) iniciativa do Poder Executivo de promover a exploração econômica de trechos ferroviários ociosos por mais de três anos – ferrovias ociosas (art. 14); e
- a necessidade de inclusão de acesso ferroviário na faixa de domínio de outra ferrovia não inviabiliza a outorga por autorização (art. 18).

No caso das ferrovias ociosas há mais de três anos, o Poder Executivo pode promover chamamento público para identificar interessados na obtenção de autorização para a exploração econômica desses trechos ferroviários. Pela proposta a ociosidade é caracterizada pela existência de bens reversíveis não explorados ou pelo descumprimento das metas de desempenho definidas em contrato de concessão.

Encerrado o processo de chamamento público, que deverá indicar o valor mínimo exigido pela outorga a ser pago no ato da assinatura do contrato, na hipótese de haver mais de uma proposta, o regulador ferroviário deve promover processo seletivo público, observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sendo o critério de julgamento o maior valor de outorga.

Como grande parte das medidas regulatórias que inserem novidades no sistema vigente, a exploração mediante autorização ferroviária, sob regime privado, é objeto de muitos debates de ordem técnica, econômica, política e jurídica. Destarte, imprescindível tecer algumas considerações a respeito das divergências existentes.

2. CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DO REGIME DE AUTORIZAÇÃO FERROVIÁRIA

A despeito das inúmeras vantagens desse novo regime de prestação do serviço ferroviário, mister registrar que existem questionamentos de ordem jurídica sobre o tema, mais precisamente no que concerne à constitucionalidade da medida, sendo assim, necessário o devido enfrentamento do tema.

Embora o art. 21, XII, do texto constitucional faça alusão à autorização para prestação do serviço de transporte ferroviário, é preciso reconhecer que não há consenso se o rol de serviços listados no art. 21 constituem, por força do texto constitucional, necessariamente serviços públicos ou se haveria abertura para exploração desses serviços tal qual atividade econômica em sentido estrito.

Aqueles que entendem ser inconstitucional a configuração de um regime de concomitância entre a prestação de uma atividade econômica, submetida a um regime competitivo, e outro subordinado a regime jurídico público. Para alguns tal situação violaria o princípio da isonomia e causaria desequilíbrio entre os prestadores, ante uma suposta violação aos atos jurídicos perfeitos - quais sejam, os contratos de concessão/permissão firmados, previamente, com o Poder Público.

Considerando que os serviços públicos são notadamente caracterizados por uma atividade que, diante de seu elevado grau de interesse social, admita sua exigibilidade em face do ente público, parcela da doutrina entende que tão somente a Administração Pública poderia deter a titularidade de tais atividades, em grau de exclusividade, ainda que sem disposição constitucional ou legal expressa nesse sentido (DI PIETRO, 2012, p. 90-96).

Em reforço ao pensamento de apartar em ambientes distintos as atividades econômicas e os serviços públicos, parcela da doutrina defende

que os conceitos de livre concorrência e livre iniciativa somente devem ser aplicados às atividades econômicas em sentido estrito (JORDÃO, 2009, p. 49). Em se tratando dos serviços públicos, há interpretação pela reserva de exclusividade da titularidade ao ente estatal, em relação quase antagônica (MELLO, 2012, p.701-710), posição em relação a qual discordamos.

A disciplina normativa dos serviços públicos tomou corpo em um contexto social no qual as atividades econômicas relevantes se enquadravam como monopólios naturais e ou legais. Dada a impossibilidade de exploração em regime de concorrência ou em razão de questões estratégicas atreladas à segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, certas atividades estatais são serviços públicos, mas nem toda atividade de interesse público deve ser exclusiva do Estado.

Prosseguindo na defesa da dicotomia por nós contestada, registra-se as palavras de Grau (2012, p. 128-129), que embora mencione especificamente o serviço portuário, pode-se transpor a ideia para o serviço ferroviário:

47. Daí por que, v.g., a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da atividade econômica em sentido amplo à categoria de serviço público (os chamados serviços públicos por definição constitucional) é equívoca, pois inúmeras vezes ocorre incluírem-se tais parcelas na categoria das atividades econômicas em sentido estrito.

Suponha-se tenha a União deixado de prestar serviços de transporte por via fluvial, atividade que, enquanto empreendida por determinada empresa estatal federal, permitia o transporte de produtos agrícolas. O exemplo, de que me sirvo ensejou, recentemente, debate no Supremo Tribunal Federal [refere-se ao RE 220.999-7] a propósito da caracterização dessa atividade como serviço público ou não.

Lembro dizer o art. 21, XII, “d”, da Constituição de 1988, o seguinte: “Art. 21. Compete à União: (...) - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”.

A mera leitura do preceito constitucional poderia levar-nos à conclusão de que estamos, no caso - serviços de transporte por via fluvial em trajeto que transpõe os limites de um Estado -, diante de serviço público de competência da União. Sucede que, no caso, a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte

fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos - o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivamente - que a sua prestação é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social (Duguit) ou que ele corresponda a um serviço essencial, relativamente à sociedade (Cirne Lima).

Dáí não caber, no caso, a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público.

Essa atividade, no caso, reclama mera autorização para que possa ser empreendida por empresa privada - compreende atividade econômica em sentido estrito.

Outro não é o entendimento de Justen Filho (2011, p. 376-377), ao condicionar a vinculação do serviço à fruição de um direito fundamental para que possa ser qualificado como público:

“Ao discriminar competências dos diversos entes federados, a Constituição refere-se a certas atividades como serviços públicos. O art. 21 contém diversas previsões acerca de serviços públicos (incisos X, XI e XII), o que conduziu parte substancial da doutrina a reconhecer tais atividades como serviços públicos por inerência. Quanto a eles não haveria margem a qualquer inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional. Esse entendimento é rejeitado. Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da CF poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais. (—) Idêntica interpretação prevalece a propósito de todas as previsões contempladas no art. 21. É pacífico que o elenco do art. 21 tem que ser interpretado no sentido de que haverá serviço público somente se presentes alguns requisitos específicos e determinados - sobre os quais o aludido art. 21 silencia. Exige-se o oferecimento de utilidades a pessoas indeterminadas, a exploração permanente da atividade e outros requisitos fixados em lei ordinária. Portanto, não basta a existência da norma constitucional para o surgimento do serviço público. Mais ainda, a lei ordinária pode estabelecer que algumas atividades, subsumíveis ao modelo constitucional, não serão serviço público, e nisso não haverá qualquer inconstitucionalidade.

Mais à frente, referido autor trabalha com a possibilidade de duplicidade de regimes jurídicos, um público e o outro privado, para exploração de serviços de geração de eletricidade (JUSTEN FILHO, 2011, p. 378-379):

Em suma, cabe à lei ordinária determinar a publicização de uma certa atividade e as hipóteses em que configurará serviço público. Isso não equivale a reconhecer uma autonomia ilimitada para o legislador ordinário. Não é indiferente para a Constituição que as atividades referidas nos incisos X a XII do art. 21 sejam tratadas como serviço público ou como atividade econômica em sentido restrito. Tese dessa ordem é indefensável e infringe os arts. 170, 173 e 175 da CF. A Constituição determinou que as atividades referidas no art. 21, X a XII, serão qualificadas como serviço público quando estiver presente o pressuposto necessário: a satisfação imediata de direitos fundamentais. A aplicação prática da tese permite compreender melhor a orientação adotada. Suponha-se o caso da energia elétrica. Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, é indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência à rede de energia elétrica, de modo a assegurar o acesso a utilidades fundamentais.

Portanto, a infraestrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades configura serviço público. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público. Se um sujeito produz energia elétrica para o próprio consumo - por exemplo, para fins industriais -, a atividade não configurará serviço público. Quando muito, haverá a fiscalização por parte do Estado. Essa conclusão é perfilhada de modo incontroverso por parte da doutrina tradicional, a qual afirma que, no caso, estaria ausente um pressuposto do serviço público (consistente no oferecimento de utilidades para pessoas indeterminadas). (...) Existem duas situações inconfundíveis. Há o dever estatal de assegurar o fornecimento de energia elétrica a todos os domicílios. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade de geração de energia elétrica seja um serviço público. Além da geração da energia elétrica como um serviço público, pode haver geração como atividade econômica privada.

Em nossa perspectiva, é preciso repensar a noção clássica do serviço público, como algo necessariamente atrelado à prestação exclusiva estatal, para então admitir que atividades relacionadas ao interesse público de

maneira mais branda possam ser exploradas por particulares, sob sua titularidade e exclusiva responsabilidade. As mudanças nas práticas administrativas e nos antigos paradigmas, nos quais o Estado interventor se posiciona como provedor de grande parte das demandas sociais.

Modernamente existe a visão de um Estado Regulador, caracterizado pela atuação normativa e balizadora das atividades econômicas, sem que se acarrete o afastamento de exigências mínimas de respeito aos direitos e garantias individuais (MARQUES NETO, 2009, p. 29-44).

Embora não haja definição clara sobre um conceito de serviço público em nosso ordenamento, inegável que a forma de pensar essa ideia está se modificando. A noção de serviço público cada vez mais é encarada como uma atividade que o poder público tem a obrigação de prestar, ou garantir requisitos mínimos, do que como uma reserva de titularidade do Estado. Nesse sentido, uma atividade afetada à prestação estatal direta e sob regime de direito público pode vir a ser realizada sob regime privado, a depender do contexto político-jurídico analisado e da opção do Estado (JUSTEN FILHO, 2003, p. 12).

Assim, diante de uma ausência de exclusividade estatal, uma atividade seja tida como de interesse público, poderia ser prestada simultaneamente pela iniciativa privada, sob regime privado, e pelo ente estatal, consoante o tradicional de regime jurídico de direito público. O tema já foi trabalhado pela doutrina com a alcunha de *serviços compartilhados ou serviços sociais* (ARAGÃO, 2013, p. 173).

Uma interpretação sistemática do texto constitucional parece conduzir ao entendimento aqui explicitado. O artigo 175 combinado com os artigos 170, 173 e 174 da Constituição Federal de 1988, emerge a compreensão de que o Estado possui o dever de prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, sem, contudo, deter a titularidade exclusiva dos mesmos, à semelhança do que ocorre com os serviços de saúde e educação nos artigos 196 e 205 da CF (TORRES, 2015, p. 14).

Na seara infraconstitucional são diversos os diplomas que admitem o instituto da autorização de serviço público. Guardadas as devidas peculiaridades de cada setor, esse regime privado já foi previsto para alguns serviços no âmbito das telecomunicações, conforme previsão trazida pela Lei nº 9.472/97:

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

No caso específico dos serviços de telecomunicações, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 1668, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a possibilidade de que os serviços pudessem conviver com regimes jurídicos distintos, em que atividades afins são prestadas tanto em regime de concessão como de autorização.

Mais que isso, a doutrina vem apontando os fundamentos utilizados na decisão poderiam ser aplicados a outros tipos de serviço público, pelo que são constitucionais as leis que disciplinam regime de Direito Privado para serviços estampados no art. 21 da Constituição. Ao referendar o modelo de assimetria regulatória das telecomunicações, o STF admitiu que a constitucionalidade de sua outorga por meio de autorizações, sem licitação e que cabe ao legislador ordinário e à agência reguladora setorial a definição do modo de execução da atividade (MOREIRA, 2014, p. 63).

Recentemente a ADI 1668 teve seu mérito julgado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021), o qual, nesse tocante, manteve os argumentos que legitimavam o regime de autorização de serviço público. Vejamos trechos da ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. LEI 9.472/1997. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO REGULADOR. INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA. SUPERVISÃO MINISTERIAL. NÃO

CONHECIMENTO. COMPETÊNCIAS ANATEL. DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO PODER EXECUTIVO NÃO VERIFICADA. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. COMPETÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PELO ÓRGÃO REGULADOR. IMPOSSIBILIDADE. LICITAÇÃO. OBEDIÊNCIA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ESTABELECIMENTO DE PREGÃO E CONSULTA COMO MODALIDADE LICITATÓRIA. POSSIBILIDADE. OUTORGA DE SERVIÇOS MEDIANTE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO. GLOSA AO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO PREVISTO PARA A PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE REGRAS ESPECÍFICAS PREVISTAS EM LEI PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS. CONCOMITÂNCIA ENTRE REGIMES PÚBLICO E PRIVADO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PREVISÃO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR MEIO DE AUTORIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...)

2. A competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo, para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e aprovar o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, da Constituição Federal.

3. O poder de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado é imanente à atividade regulatória da agência, a quem compete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços. Interpretação conforme à Constituição para fixar o entendimento de que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir tais normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem matéria.

(...)

7. A possibilidade de concomitância de regimes público e privado de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço. Assim, a atribuição à agência da competência para definir os serviços não desborda dos limites de seu poder regulatório.

Também digno de destaque o excerto abaixo do voto proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin (BRASIL, 2021):

Alega-se a inconstitucionalidade dos arts. 65, III, §§ 1º e 2º; 66; e 69 da Lei, sob o argumento de que o serviço de telecomunicações é essencialmente público, razão pela qual seria inconstitucional a previsão de sua prestação concomitantemente em regime público e privado. Ademais, a definição de serviço público só poderia ser feita por meio de lei específica e não pela Agência, como previu o art. 69.

(...)

Ressalto, no ponto, a superveniência da Lei 13.879/2019, a modificar substancialmente esse quadro ao permitir a adaptação dos atuais contratos de concessão (utilizados para a outorga do serviço de telecomunicações em regime público) para autorização (outorga em regime privado), bem como ao revogar a disposição de lei que classificava as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar (art. 4º da aludida Lei).

Oportuno salientar, no ponto, que até o advento da referida Lei, somente para o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral havia previsão de prestação em regime público (conforme dispunha o art. 64, parágrafo único 1, da lei sob exame e a Resolução 73/1998, art. 13 2, do Conselho Diretor da Anatel) e, ainda assim, estabeleceu-se a possibilidade de sua prestação no regime privado.

(...)

Isso significa que os atuais contratos de concessão poderão, a pedido da companhia, ser adaptados para autorizações. Nesse contexto, deixarão de estar sujeitos às metas de universalização, obrigação de continuidade e controle tarifário, bem como aos controles da Administração relacionados ao regime público de prestação dos serviços. Em contrapartida terão outras obrigações, como o investimento na implantação de infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados em áreas sem competição adequada e a redução das desigualdades, nos termos da regulamentação da Agência (art. 144-B, §§ 2º e 3º)

(...)

Destaco, ainda, que o § 1º do art. 65 foi alterado pela Lei 13.879/2019, que lhe conferiu a seguinte redação: “Poderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, mesmo sendo essenciais, não estejam sujeitas a deveres de universalização”. Nada obstante, como mantido o intuito do dispositivo como um todo, compreendo inexistir prejudicialidade no conhecimento da ação, no ponto. A medida cautelar quanto a esses dispositivos foi negada pelo Plenário, ao entendimento de que a possibilidade de concomitância de regimes de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço.

(...)

De fato, na exordial sustentam os autores que, em sendo a abrangência do serviço – se restrito ou coletivo – que determina o regime – privado ou público – a ser adotado, não haveria como admitir que um serviço seja ao mesmo tempo de interesse restrito e de interesse coletivo. Ademais, alegam que admitir a coexistência de ambos é violação ao princípio constitucional da isonomia, insculpido no art. 5º da Constituição, pois o mesmo serviço, no âmbito do regime privado, seria delegado a empresas por meio de simples autorização, enquanto que, adotado o regime público, seria imprescindível a adoção de procedimento licitatório prévio à outorga a particulares.

No entanto, a previsão constitucional do artigo 21, inciso XI, permite a exploração “*diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei*”. (grifo do autor)

Portanto, a despeito da previsão mais genérica do artigo 175, no caso dos serviços de telecomunicações, é o texto constitucional que permite a exploração por meio de autorização, o que significa conferir à Administração a faculdade de instituir um regime privado, submetido à livre concorrência – ainda que derogado parcialmente pela regulação estabelecida pela ANATEL.

(...)

A rigor, da leitura da petição inicial, depreende-se que os autores discordam da possibilidade de outorga do serviço de telecomunicações por meio de autorização, regida pelo regime privado.

No entanto, essa foi justamente a intenção da privatização do Sistema Telebrás, qual seja, permitir o ingresso de atores privados na prestação desse serviço público.

Se esta não era a intenção do constituinte originário de 1988, concorde-se ou não, o constituinte reformador operou a modificação de todo o sistema que rege as telecomunicações no País, possibilitando a outorga da atividade à iniciativa privada e que a atividade fosse desempenhada pelo regime privado, por meio de simples autorização.

De fato, a Lei nº 9.472/1997 faz a diferenciação entre a caracterização das atividades submetidas a regime público e aquelas submetidas a regime privado:

(...)

Assim, diante da existência de parâmetros definidores na legislação, e da permissão constitucional para a prestação do serviço de telecomunicações pelo regime privado, por meio de autorização, não assento existir inconstitucionalidade no ponto.

O mesmo entendimento albergado na ADI 1668, pela constitucionalidade de um regime de autorização para prestação de serviço

de interesse público, já havia sido explicitado no julgamento da ADI 4923, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em 2017 (BRASIL, 2017).

Na legislação aplicável ao setor elétrico é possível encontrar previsões análogas, quanto à possibilidade de um regime de autorização:

Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização.

A Lei nº 9.074/1995 inaugurou um regime no qual existe uma quebra da cadeia do setor em geração, transmissão, distribuição e comercialização, passando a admitir regimes distintos de acordo com a natureza e especificidade de cada tipo de prestação de serviço. Nesse sistema, “tem-se que: i. a atividade de geração de energia elétrica pode ser sujeita aos regimes jurídicos de serviço público ou geração independente de energia elétrica; ii. a atividade de transmissão de energia elétrica é sujeita ao regime jurídico de serviço público; iii. a atividade de distribuição de energia elétrica é sujeita ao regime jurídico de serviço público; e iv. a atividade de comercialização de energia elétrica não é sujeita ao regime jurídico de serviço público” (SCHIRATO, 2016, p. 258).

O setor portuário traz previsões de terminais de uso privado, conforme legislação de regência:

Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.

Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:

I - terminal de uso privado;

II - estação de transbordo de carga;

III - instalação portuária pública de pequeno porte;

IV - instalação portuária de turismo;

V - (VETADO).

§ 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

§ 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

I - a atividade portuária seja mantida; e

II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

§ 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização.

Da mesma forma ocorreu no setor portuário. A Lei nº 12.815/2013 também criou dois regimes de outorga distintos. De um lado, há os serviços do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas, os quais são outorgados pelo poder público mediante concessão ou arrendamento de bem público. Por outro lado, a exploração indireta das instalações portuárias situadas fora da área do porto organizado, submetidas a um regime tipicamente privado, se dá mediante autorização.

Mencionamos ainda as disposições concernentes à Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que trata do transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, autorizado e permitido.

No caso do serviço de transporte coletivo de passageiros, a situação é idêntica à dos casos referidos nas legislações acima mencionadas, sendo razoável imaginar que o legislador possa criar regimes diferenciados de outorga, considerando as peculiaridades de cada tipo de transporte. In casu, o legislador se valeu do instrumento da autorização para aqueles casos em que o melhor cenário pressupõe ampla competitividade entre os agentes privados interessados na execução do serviço (BINENBOJM, 2017, p. 1282).

Cumpra ressaltar que ações de flexibilização do papel do Estado na prestação de serviços não significam, de modo algum, o abandono ou a desregulação total do setor (MOREIRA, 2010, p. 8). O Estado, mesmo sem deter a titularidade de determinado serviço, permanece com inúmeros deveres de ordem constitucional e legal quanto a essas atividades. A vantagem na convivência de regimes é que além da regulação por

comando e controle, o agente terá igualmente incentivos gerados pela competição, estando exposto a riscos próprios desse ambiente concorrencial (BINENBOJM, 2017, p. 1284).

Em outros termos, o fato de se tratar de autorização ou de ser um serviço submetido a um regime privado não faz com que o Estado deixe de regular e fiscalizar a atividade. Bem ao contrário, compete ao Estado regular a atuação das empresas, considerando tratar-se de um serviço de interesse coletivo, o que envolve normatizar a atividade, fiscalizar o cumprimento das normas e aplicar sanções aos infratores.

Observa-se que o projeto de lei em análise busca, como tantos outros em relação aos quais não há notícia de reconhecimento de inconstitucionalidade, conferir um regime privado a atividades que tradicionalmente foram submetidas ao regime público. Desse modo, pressupondo a constitucionalidade da proposta legislativa, necessário examinar o efeito da convivência de eventual regime de autorização ferroviária com a tradicional exploração direta ou por meio de concessão.

3. AS CAUTELAS NECESSÁRIAS EM UM AMBIENTE DE ASSIMETRIA REGULATÓRIA

Por assimetria regulatória entende-se um modelo de prestação de atividade econômica, de relevante interesse público, no qual é permitida a inserção da iniciativa privada na titularidade da exploração, paralelamente à atuação estatal direta ou indireta - contrariando a dinâmica, tradicionalmente associada ao universo dos serviços públicos, em que somente o ente estatal ou seus mandatários poderiam prestar as atividades reservadas à titularidade estatal.

É dizer, tem-se como proposta a criação de uma modelagem de interação que permita a introdução de novos competidores, em concomitância com o ente estatal. Admitindo-se assim que concessionários e autorizatários convivam no desempenho de uma mesma atividade, ainda que afetados a regimes jurídicos distintos (MARQUES NETO, 2002, p. 23).

A flexibilização da titularidade estatal sobre determinada atividade, com a abertura da sua prestação a um regime de concorrência privada, pode proporcionar, com maior eficiência, as vantagens pretendidas pelo regime de serviço público. Em determinados setores a concorrência se revela mais vantajosa que a manutenção de uma atividade como serviço público exclusivo (BINENBOJM, 2014, p. 20).

Nesse contexto, oportuno destacar que o próprio texto constitucional não explicita qualquer vedação para que os agentes econômicos venham a titularizar as atividades tidas como serviços públicos. A pressuposição

de que o serviço público ostenta essencialidade intrínseca que obstará a titularidade da mesma atividade pela iniciativa privada não se sustenta em preceito normativo, não se trata de uma decorrência lógica do ordenamento jurídico. (GARCIA, 2014, p. 221-261)

Haja vista a constatação da plena existência de diversos regimes jurídicos em que o serviço prestado ocorre em um ambiente de assimetria regulatória, bem como o reconhecimento de sua legitimidade constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, importa desenvolver os pontos de atenção na implementação de novos cenários, tal como proposto pelo PLS 261/2018.

Nesses casos, o desafio regulatório reside na inafastável busca pela conciliação entre os distintos interesses envolvidos nas categorias de agentes da cadeia tripartite desse sistema, a qual compreende essencialmente: agentes regulados, agentes políticos e os usuários dos serviços prestados.

Embora tanto a delegação mediante concessão quanto a autorização de serviço público materializem uma anuência do Poder Público, as duas hipóteses distinguem-se pelos limites a que o Estado se submete para manifestar seu consentimento ao desempenho de tais atividades pelos agentes econômicos (TORRES, 2015, p. 72).

Na concessão o Estado figura como senhor absoluto da atividade, que será explorada na forma e pelos meios que ele determinar. Isso significa que o Estado possui um amplo poder de decisão sobre esse consentimento, que começa com a própria deliberação acerca da possibilidade de um particular exercer ou não a atividade (MARQUES NETO, 2015, p. 177-178).

Já na autorização, os particulares deteriam um direito próprio ao exercício de tais atividades, cabendo ao Estado somente autorizar o exercício para fins de controle e organização.

De fato, o papel do Estado como ente autorizador é apenas o de certificar-se de que os particulares, no exercício da livre iniciativa, exploram determinada atividade de relevante interesse público observando os requisitos predeterminados por normas que visam a resguardar aquele. Assim, cumpridos os requisitos necessários para explorar uma atividade de relevante interesse público, o particular tem direito subjetivo à autorização pleiteada (ARAGÃO, 2013, p. 204).

Os autorizatários, mesmo tendo de observar um regramento estatal mais restritivo do que o ordinariamente aplicável às atividades econômicas dissociadas do interesse público, não se encontram impedidos de exercer sua liberdade de escolha, ainda que por vezes o espectro de escolha seja mais restrito (FREITAS; MOREIRA NETO, 2015, p. 65).

Demais disso, as ideias até aqui lançadas direcionam ao argumento de que, em verdade, a afetação de uma determinada atividade ao âmbito da

exclusividade do Estado não deve cingir-se ao mero alvedrio estatal, ao revés, deve ser objeto de exaustiva fundamentação pelo Poder Público. O ideal é que haja uma tomada de decisão informada, tendo em pauta uma análise de impacto regulatório e eventual necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, diante das legítimas expectativas advindas dos contratos administrativos firmados sob à égide do regime público (MARQUES NETO, 2015, p. 113).

A introdução de um ambiente de assimetria regulatória enseja algumas preocupações de ordem geral como: 1) a introdução do modelo de assimetria regulatória desconsiderando o equilíbrio entre os exploradores das atividades; 2) atenção para a eventual necessidade de um período de transição para a adaptação do novel modelo dicotômico, bem como em caso de migração de tipo de serviço; 3) possíveis conflitos regulatórios entre as normas já existentes no sistema e as novas regulamentações, mormente no que tange ao impacto da Agência Reguladora, se houver.

Outro ponto interessante é a instituição da autorregulação ferroviária prevista nos artigos 40 a 44 da proposta em seu estágio atual, haja vista a imensa repercussão na atuação do agente regulador. Nesse aspecto é importante que as regras sejam postas com bastante clareza a fim não ocasionar dúvidas e conflitos atinentes à competência, pois ainda que a pessoa jurídica que corporifique o autorregulador tenha bastante amplitude de atuação, remanesce a supervisão pelo regulador ferroviário. Há que pensar detidamente na forma de relacionamento a ser travada com a Agência Nacional de Transportes Terrestres e demais entidades de controle, em função da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 e da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, especialmente no que tange aos seguintes dispositivos:

Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019

Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

(...)

Art. 33. As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos de defesa do meio ambiente mediante a celebração de convênios e acordos de cooperação, visando ao intercâmbio de informações, à padronização de exigências e procedimentos, à celeridade na emissão de licenças ambientais e à maior eficiência nos processos de fiscalização.

Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências normativas.

§ 2º A descentralização de que trata o caput será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

Os dispositivos de lei acima mencionados exigem atenção na forma de sua concretização, seja pela necessidade de afirmar adequadamente a seara de competência da entidade de autorregulação e dos órgãos e entidades encarregados do planejamento e fiscalização setorial no âmbito federal. Essa mesma preocupação deve nortear a divisão de competências entre União, Estados e Municípios, em vista da competência de todos os Entes Federativos para conceder autorização. Quanto a esse aspecto, calha registrar o que dispõe o Sistema Nacional de Viação – SNV acerca do Sistema Federal de Viação e do Subsistema Ferroviário Federal:

Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011

Art. 4º São objetivos do Sistema Federal de Viação - SFV:

- I - assegurar a unidade nacional e a integração regional;
- II - garantir a malha viária estratégica necessária à segurança do território nacional;
- III - promover a integração física com os sistemas viários dos países limítrofes;
- IV - atender aos grandes fluxos de mercadorias em regime de eficiência, por meio de corredores estratégicos de exportação e abastecimento;
- V - prover meios e facilidades para o transporte de passageiros e cargas, em âmbito interestadual e internacional.

Art. 20. O Subsistema Ferroviário Federal é constituído pelas ferrovias existentes ou planejadas, pertencentes aos grandes eixos de integração interestadual, interregional e internacional, que satisfaçam a pelo menos um dos seguintes critérios:

- I - atender grandes fluxos de transporte de carga ou de passageiros;
- II - possibilitar o acesso a portos e terminais do Sistema Federal de Viação;
- III - possibilitar a articulação com segmento ferroviário internacional;
- IV - promover ligações necessárias à segurança nacional.

Parágrafo único. Integram o Subsistema Ferroviário Federal os pátios e terminais, as oficinas de manutenção e demais instalações de propriedade da União.

No ponto destacamos ainda a pretensão do projeto de lei de alterar a redação do inciso IV do art. 20 para o seguinte: “promover ligações necessárias à segurança e à economia nacionais”, modificação que demanda ainda mais atenção dos Estados e Municípios no sentido de compatibilizar sua atuação no campo ferroviário com as diretrizes estabelecidas para o âmbito nacional.

Não se pode olvidar das competências estabelecidas para o Ministério da Infraestrutura, que se correlacionam com a própria dinâmica do Sistema Nacional de Viação e, por óbvio, especialmente com o Sistema Federal de Viação:

Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019

Art. 35. Constituem áreas de competência do Ministério da Infraestrutura:

I - política nacional de transportes ferroviário, rodoviário, aquaviário, aeroportuário e aeroviário;

(...)

VI - participação no planejamento estratégico, no estabelecimento de diretrizes para sua implementação e na definição das prioridades dos programas de investimentos em transportes;

(...)

Parágrafo único. As competências atribuídas ao Ministério da Infraestrutura no caput deste artigo compreendem:

I - a formulação, a coordenação e a supervisão das políticas nacionais;

(...)

VII - a transferência para os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios da implantação, da administração, da operação, da manutenção e da exploração da infraestrutura integrante do Sistema Federal de Viação,

excluídos os órgãos, os serviços, as instalações e as demais estruturas necessárias à operação regular e segura da navegação aérea;

(...)

Por fim, não se pode perder de vista a imperiosa conciliação da nova regulamentação no âmbito ferroviário, focada na atividade econômica com viés privado, com a lei que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:

Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

(...)

§ 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

A realização de um estudo detalhado, no qual se demonstre o quadro geral e as tendências de efeitos colaterais das medidas a serem implementadas, sejam elas positivas ou negativas é salutar e prestigia um compromissório positivo para com a coletividade de usuários, que, em última instância, é a verdadeira destinatária do serviço prestado.

4. CONCLUSÃO

Com base no exposto nas linhas antecedentes, pode-se concluir que a pretensão do Projeto de Lei do Senado 261, de 2018, que almeja introduzir o modelo de autorização para outorga de serviços de transporte ferroviário, não encontra óbice em nenhum preceito constitucional.

A Constituição, em seu art. 21, XII, atribuiu ao legislador a faculdade para optar pelo regime jurídico que mais se amolde às condições econômicas e sociais no momento da implementação do serviço, seja mediante concessão, permissão ou autorização. Demais disso, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, pelo menos em duas hipóteses: ADI 1668 e ADI 4923, reconheceu a possibilidade por um modelo de assimetria regulatória, em que convivem harmonicamente hipóteses de concessão ou permissão, mediante licitação, e hipóteses de autorização, submetidas a um regime privado.

Por fim, é de se reconhecer que um ambiente de assimetria regulatória, como se pretende implementar no transporte ferroviário, há inegável fomento à concorrência e à melhoria do nível do serviço prestado, mas deve haver condizente preocupação com eventuais conflitos normativos

e de competência que possam eventualmente impedir que o instituto da autorização ferroviária produza os efeitos benéficos dele esperados.

Nesse sentido, digno de especial atenção o papel de orientador das políticas nacionais de transporte ferroviário desempenhado pelo Ministério da Infraestrutura, que possui o dever de gerir o Sistema Nacional de Viação, o qual possui forte influência nos Sistemas de Viação dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Association of American Railroads (AAR). *Freight Railroads Under Balanced Economic Regulation*. Washington DC: AAR, 2021. p. 2. Disponível em <https://www.aar.org/wp-content/uploads/2020/08/AAR-Railroads-Under-Balanced-Economic-Regulation-Fact-Sheet.pdf>.

BINENBOJM. Gustavo. *Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014*. Revista de Direito da Cidade, vol. 09, nº 3, 2017.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 20.

BOSTON CONSULTING GROUP. *Regulação Ferroviária no Brasil*. [S.l.]: BCG, 1920.p. 24-25.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1995]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Presidência da República, [1997]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação - SNV. Brasília: Presidência da República, [2011]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013*. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Brasília: Presidência da República, [2013]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014*. Altera as Leis nºs 12.715, de 17 de setembro de 2012, que institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, 12.873, de 24 de outubro de 2013, e 10.233, de 5 de junho de 2001 ; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2014]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Coordenação-Geral de Gestão Ferroviária. *Relatório nº 1/2019/CGGF/DTFER/SNTT*. Análise técnica sobre o Projeto de Lei do Senado Federal nº 261/2018. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 3 de abr. 2019. SEI/Minfra. Processo: 50000.024039/2018-28. Acesso em: 06.07.2021.

BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 261, de 2018*, dispõe sobre a exploração indireta, pela União, do transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada; autoriza a autorregulação ferroviária; disciplina o trânsito e o transporte ferroviário; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997, 10.233, de 5 de junho de 2001, 12.379, de 6 de janeiro de 2011; e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado>.

leg.br/sdlegetter/documento?dm=7736611&ts=1626273932136&disposition=in
line. Acesso em: 28.06.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1668. Voto do Rel. Min. Edson Fachin*. Tribunal Pleno. Julgado em 26/02/2021. Publicado no DJe em 23/03/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345981710&ext=.pdf>. Acesso em: 12.07.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4923. Rel. Min. Luiz Fux*. Tribunal Pleno. Julgado em 08/11/2017. Publicado no DJe em 04/04/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>. Acesso em: 12.07.2021.

CARVALHO, André Castro. Gargalos Logísticos no Brasil. In: Contani, Eduardo Augusto do Rosário; Savoia, José Roberto Ferreira (Orgs). *Infraestrutura no Brasil: regulação, financiamento e modelagem contratual*. São Paulo: Atlas, 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Novo marco legal ferroviário: avanços e pontos de atenção ao PLS 261/2018. Brasília: CNI, 2021. p.7. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/60/df/60df6bba-1c27-4448-adfa-14449383c55f/id_237176_novo_marco_legal_ferrovuario_web_1.pdf. Acesso em: 05.07.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.p. 90-96.

FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Nova Regulação Portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.p. 65.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória - Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (Interpretação Crítica)*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 128-129.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

JUSTEN FILHO, Marçal. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 12. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>. Acesso em: 10.07.2021.

_____. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: *Direito administrativo econômico*. CARDOSO, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos Santos (Org). São Paulo: Atlas, 2011. p. 376-392.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29-44.

_____. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 228, Abr./Jun. 2002. p. 23.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.p. 177-178.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.701-710.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Autorizações e contratos de serviços públicos*. Revista de Direito Público da Economia –RDPE. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 8, nº 31, jul/set., 2010.p. 8.

_____. *Portos Brasileiros e Seus Regimes Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, jan./mar. 2016.p. 258.

TORRES, Maíra Ayres. *A Transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo: uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

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.