



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

PEDRO AURÉLIO AZEVEDO LUSTOSA

**O REGULAMENTO DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS E A ABORDAGEM
RESPONSIVA NO SETOR REGULADO PELA ANTT**

DISSERTAÇÃO

BRASÍLIA/DF

2023

PEDRO AURÉLIO AZEVEDO LUSTOSA

**O REGULAMENTO DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS E A ABORDAGEM
RESPONSIVA NO SETOR REGULADO PELA ANTT**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – PPGD/UnB, na linha de pesquisa “Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientador: Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes

BRASÍLIA/DF

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

PEDRO AURÉLIO AZEVEDO LUSTOSA

**O REGULAMENTO DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS E A ABORDAGEM
RESPONSIVA NO SETOR REGULADO PELA ANTT**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – PPGD/UnB, na linha de pesquisa “Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientador: Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes.

Aprovado em: 26 de outubro de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Orientador, Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Membro, Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gabriel de Mello Galvão
(Membro, Universidade de São Paulo – USP)

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa
(Membro Suplente, Universidade de Brasília – UnB)

AGRADECIMENTOS

A Faculdade de Direito da Universidade de Brasília se tornou minha casa durante a graduação e, a partir do momento em que concluí o curso, tive como objetivo retornar à casa para realização de Mestrado. Por sorte, tive a felicidade de alcançar essa conquista com brevidade e, acima disso, guardo enorme satisfação por todas as experiências e ensinamentos obtidos no Programa de Pós-Graduação em Direito com os(as) brilhantes professores(as) e com os(as) talentosos(as) colegas.

Dito isso, não posso esquecer de que o meu período como mestrando e a confecção deste trabalho só foram possíveis graças ao apoio de pessoas muito especiais, que contribuíram pessoalmente, profissionalmente e/ou academicamente nessa aventura de dois anos. Sem elas, certamente não teria sido possível concluir esse sonho, de modo que passo aos agradecimentos individuais.

À minha mãe, Cláudia Karina de Azevedo Araújo, pelo apoio incondicional e por ter sempre acreditado em minhas escolhas. Foi seguindo seus conselhos e sua sabedoria que pude alcançar mais essa conquista acadêmica e profissional. Não existem palavras suficientes para expressar meu amor e gratidão.

Ao meu pai, Aurélio Belas Lustosa, por vibrar com cada conquista e me confortar nas derrotas. Sua inteligência e sua perspicácia foram capazes de encontrar até as soluções mais ocultas. Não há alguém cuja palavra tenha maior peso.

À minha avó materna, Janeide Maria de Azevedo Araújo, por ter participado de toda a minha criação e formação desde o nascimento, protegendo-me de todos os males com seu zelo e carinho. Sua companhia diária durante a elaboração desta Dissertação foi essencial e, mesmo nas dificuldades, tornou os dias leves.

À minha avó paterna, Ophélia Bellas Lustosa, por ter me ensinado sobre a importância de cultivar respeito e legado familiar.

À minha irmã, Lara Azevedo Lustosa, capaz dos melhores conselhos e das mais genuínas risadas. Mesmo com vários quilômetros de distância, suas ligações e sua companhia atenuaram os momentos de maior dificuldade e alegraram meus dias.

À Mariana de Saboya Furtado, minha melhor amiga e indispensável companheira. Sua ternura e dedicação tornaram a vida mais prazerosa. É uma

felicidade enorme compartilhar todos os momentos da vida com você e será sempre uma terna lembrança termos cursado o mestrado ao mesmo tempo.

Ao Professor Othon de Azevedo Lopes, estimado professor que me guiou durante a experiência da pós-graduação, pelos brilhantes ensinamentos, pela oportunidade de ministração da disciplina de Direito Econômico aos alunos da graduação e por ser meu orientador nesta Dissertação.

Ao Luiz Paulo Azevedo e à Fernanda Altenbernd Azevedo, queridos primos, pela amizade e por estarem presentes durante todo esse processo.

À Emmanuela Campos, ao Lucas Furtado, ao Lucio Pica, ao Pedro Furtado e à Laura Furtado, família adquirida e presenças indispensáveis na minha vida, pelos vários momentos de convívio, apoio e diversão.

Às amigas e revisoras deste trabalho, Eduarda Torres, Mariana Carvalho e Vitória Damasceno, pela parceria, pela presteza e pelas valiosas contribuições.

Aos meus queridos amigos, Ana Carolina Medeiros, Angelo Gamba, Anna Corrêa, Antônio Rafael, Barbara Cosme, Bruna Magalhães, Eduardo Guerra, Eduardo Sánchez, Francisco Germano, Gabriel de Souza, Gabriel Motta, Gabriela Morais, George Margalho, Gilberto Gomes, Gustavo Vieira, Heloisa Lohane, Isabela Gurgel, João Gabriel Santos, Julia Cecchele, Lahra Schemmer, Lucas Marques, Marcelo Azambuja, Maria Clara Farias, Matheus Barra, Matheus Martins, Pedro Motta, Rodrigo Faria, Rodrigo Wanderley e Vitor Imbroisi, pelo apoio e carinho.

Aos amigos do escritório Piquet, Magaldi e Guedes Advogados e do Observatório do TCU (FGV Direito SP + sbdp), pelas importantes lições e pelos ensinamentos que serviram de base para a pesquisa que culminou neste trabalho.

Obrigado!

FICHA CATALOGRÁFICA

Lr	<p>Lustosa, Pedro Aurélio Azevedo</p> <p>O Regulamento de Concessões Rodoviárias e a abordagem responsável no setor regulado pela ANTT / Pedro Aurélio Azevedo Lustosa; orientador Othon de Azevedo Lopes. -- Brasília, 2023. 209 p.</p> <p>Dissertação(Mestrado em Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.</p> <p>1. Regulamento de Concessões Rodoviárias. 2. ANTT. 3. Regulação Responsiva. 4. Pirâmide Regulatória. 5. Infraestrutura Rodoviária. I. Lopes, Othon de Azevedo, orient. II. Título.</p>
----	---

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo. **O Regulamento de Concessões Rodoviárias e a abordagem responsável no setor regulado pela ANTT**, Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 209 p., 2023.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. DESAFIO REGULATÓRIO NO SETOR DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS E INTRODUÇÃO DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA COMO ALTERNATIVA VIÁVEL	22
1.1. REGULAÇÃO ESTATAL E O MODELO DE COMANDO E CONTROLE.....	23
1.2. INCORPORAÇÃO DE VISÃO HOLÍSTICA À COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO DOS ATORES REGULADOS E DESCOLAMENTO DO MODELO DE COMANDO E CONTROLE.....	27
1.3. TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA.	29
1.3.1. <i>GÊNESE DA REGULAÇÃO RESPONSIVA</i>	30
1.3.2. <i>PRESSUPOSTOS NORTEADORES DA REGULAÇÃO RESPONSIVA</i>	32
1.3.3. <i>FATORES QUE INFLUENCIAM A “RESPONSIVIDADE” DA REGULAÇÃO E PRINCÍPIOS PARA A ATUAÇÃO ESPERADA DO REGULADOR</i>	38
1.3.4. <i>PIRÂMIDES REGULATÓRIAS E ENDEREÇAMENTO DE ESTRATÉGIAS</i>	43
1.3.5. <i>CRÍTICAS, LIMITES E (POSSÍVEIS) RESPOSTAS</i>	53
1.4. RESPONSABILIDADE COMO TENDÊNCIA REGULATÓRIA NO BRASIL.....	56
1.4.1. <i>AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL)</i>	57
1.4.2. <i>AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)</i>	60
1.4.3. <i>AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC)</i>	62
1.4.4. <i>AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)</i>	64
1.4.5. <i>AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ)</i>	65
1.4.6. <i>AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA (ANCINE)</i>	65
1.5. IMPORTAÇÃO DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA PARA A ANTT.....	66
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS NO BRASIL	68
2.1. EXPLORAÇÃO DE RODOVIAS POR PARTICULARES ANTES DE 1993.....	68
2.2. CRIAÇÃO DO PROGRAMA DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS (1993).	71
2.3. PRIMEIRA ETAPA DO PROCROFE (1994 A 1998).....	72

2.4. SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE (2007 A 2009).....	78
2.4.1. PRIMEIRA FASE DA SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE (2008).	79
2.4.2. SEGUNDA FASE DA SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE (2009).	84
2.5. TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE (2011 A 2015).	86
2.5.1. SEGUNDA FASE DA TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE (2013).....	87
2.5.2. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE (2014 A 2015).....	89
2.5.3. CRISES POLÍTICA E ECONÔMICA E RELICITAÇÕES (2015 A 2017).....	92
2.6. QUARTA ETAPA DO PROCROFE (2018 A 2022).....	93
2.6.1. PRIMEIRA FASE DA QUARTA ETAPA DO PROCROFE (2018 A 2020).....	95
2.6.2. SEGUNDA FASE DA QUARTA ETAPA DO PROCROFE (2021 A 2022).	97
2.7. DESNIVELAMENTO ENTRE AS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS EM RELAÇÃO ÀS QUATRO ETAPAS DO PROCROFE E AOS NORMATIVOS DA ANTT.....	99
3. REGULAMENTO DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS COMO FUTURO MARCO REGULATÓRIO.	105
.....	
3.1. PROJETO DE ATUAÇÃO RESPONSIVA.....	106
3.2. JUSTIFICATIVAS PARA O RCR E PLANEJAMENTO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO.	109
3.3. RCR 1 (REGRAS GERAIS E DIREITOS DE USUÁRIOS).....	113
3.3.1. ALTERAÇÕES SUPERVENIENTES AO RCR 1 E CLASSIFICAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS.	120
3.4. RCR 2 (BENS, OBRAS E SERVIÇOS).	123
3.5. RCR 3 (EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO).....	130
3.6. RCR 4 (FISCALIZAÇÃO E PENALIDADES).	140
3.6.1. TRATAMENTO E SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS.....	144
3.6.2. FISCALIZAÇÃO ORDINÁRIA EM TRÊS NÍVEIS.	146
3.6.3. FISCALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA.	150

3.6.4. <i>MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS (ALERTA DE POTENCIAL INCONFORMIDADE, TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E AVISO DE NÃO CONFORMIDADE)</i>	151
3.6.5. <i>MEDIDAS CAUTELARES</i>	152
3.6.6. <i>PENALIDADES</i>	154
3.6.7. <i>INSTRUMENTOS PARA SANEAMENTO DE IRREGULARIDADE (DENÚNCIA ESPONTÂNEA E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA)</i>	162
3.7. <i>RCR 5 (ENCERRAMENTO CONTRATUAL)</i>	164
3.8. <i>IMPLEMENTAÇÃO DO REGULAMENTO E QUESTÕES PERTINENTES</i>	170
3.9. <i>DIAGRAMAÇÃO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR</i>	174
3.9.1. <i>PIRÂMIDE DE FISCALIZAÇÃO ORDINÁRIA EM TRÊS NÍVEIS DA ANTT</i>	174
3.9.2. <i>PIRÂMIDE DE MEDIDAS DE CONSTRANGIMENTO, DE PREVENÇÃO E DE SANEAMENTO DE IRREGULARIDADES POR CLASSE PELA ANTT</i>	176
CONCLUSÃO	179
REFERÊNCIAS	183
ANEXO I: QUADRO DE TEMAS TRANSVERSAIS ENTRE AS ETAPAS DO PROCROFE	200
ANEXO II: QUADRO DE DIVERGÊNCIAS ENTRE AS ETAPAS DO PROCROFE	203

RESUMO

Nos últimos anos, a Agência Nacional de Transportes Terrestres tem enfrentado problema regulatório relevante, caracterizado por dois aspectos: a mitigada utilização de mecanismos responsivos no setor de concessões rodoviárias federais; e o desalinhamento entre os normativos da agência e os contratos de concessão. Como solução, foi proposta a realização de esforço normativo abrangente a todo o setor para edição do chamado “Regulamento de Concessões Rodoviárias”. Em poucas palavras, o RCR introduzirá regras genéricas, permitindo uma maior simplificação e uniformização da regulação, e representará uma verdadeira “porta de entrada” para a formalização e a utilização ampla da Teoria da Regulação Responsiva no setor de concessões rodoviárias federais. Com isso em mente, o presente trabalho almeja entender quais seriam os contornos da regulação pretendida pela ANTT, como a lente do Regulamento descortinará o novo marco regulatório ao fornecer novas respostas, ferramentas e pressupostos para a atuação da agência e como as soluções propostas pelo RCR poderão ser organizadas e dispostas em diagramação voltada a construir ecossistema regulatório eficiente, pouco custoso e uniforme no setor. Nessa missão, serão destrinchados o modelo de Comando e Controle e as minúcias da Teoria da Regulação Responsiva, assim como evidenciada a tendência de transição para a referida teoria no Brasil. Depois, explorar-se-á a evolução histórica das quatro etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais, ocorridas entre 1994 e 2022, para identificação dos pontos de convergência e de divergência entre elas. Com esses resultados em mãos, realizar-se-á análise a fundo do Projeto de Atuação Responsiva implementado na agência e, em paralelo, das características pormenorizadas de cada umas das cinco normas do RCR. Ao final, este trabalho apresenta contribuição inédita ao elaborar diagramação das soluções propostas pelo Regulamento por meio de pirâmides regulatórias próprias da ANTT, as quais foram pautadas nas orientações da Teoria da Regulação Responsiva de Ian Ayres e John Braithwaite.

Palavras-chave: Regulamento de Concessões Rodoviárias. ANTT. Regulação Responsiva. Pirâmide Regulatória. Infraestrutura Rodoviária.

ABSTRACT

In recent years, the National Land Transportation Agency (ANTT) has faced a significant regulatory problem, characterized by two aspects: the mitigated use of responsive mechanisms in the federal road concessions sector; and the misalignment between the agency's regulations and the concession contracts. As a solution, a comprehensive regulatory effort was proposed for the entire sector, which would result in the publication of the Road Concessions Regulation. In a few words, the RCR will introduce generic rules, allowing for greater simplification and standardization of regulation, and will represent a true “entry way” for the formalization and widespread use of the Theory of Responsive Regulation in the federal road concessions sector. With this in mind, this paper aims to understand the contours of the regulation intended by the ANTT, how the lens of the Regulation will unveil the new regulatory framework by providing new answers, tools and assumptions for the agency's actions and how the solutions proposed by the RCR can be organized and laid out in a diagram aimed at building an efficient, low-cost and uniform regulatory ecosystem in the sector. In this mission, the Command and Control model and the minutiae of Responsive Regulation Theory will be unraveled, as well as the transition trend towards the aforementioned theory in Brazil. After that, the historical evolution of the four stages of the Federal Highway Concessions Program, which took place between 1994 and 2022, will then be explored in order to identify the points of convergence and divergence between them. With these results in hand, an in-depth analysis will be made regarding the Responsive Action Project implemented at the agency and, in parallel, the detailed characteristics of each of the five RCR standards. At the end, this work will make an innovative contribution by drawing up a diagram of the solutions proposed by the Regulation using ANTT's own regulatory pyramids, based on the guidelines of Ian Ayres and John Braithwaite's Responsive Regulation Theory.

Keywords: Road Concessions Regulations. ANTT. Responsive Regulation. Regulatory Pyramid. Road Infrastructure.

RESUMEN

En los últimos años, la Agencia Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) ha enfrentado un importante problema regulatorio, caracterizado por dos aspectos: el uso mitigado de mecanismos de respuesta en el sector de las concesiones viales federales; y el desajuste entre la reglamentación de la agencia y los contratos de concesión. Como solución, se propuso un esfuerzo regulatorio integral para todo el sector, que resultaría en la publicación del Reglamento de Concesiones Carreteras. En resumen, el RCR introducirá reglas genéricas, permitiendo una mayor simplificación y estandarización de la regulación, y representará una verdadera "puerta de entrada" a la formalización y uso generalizado de la Teoría de la Regulación Responsiva en el sector de las concesiones de carreteras federales. Con esto en mente, este trabajo tiene como objetivo comprender los contornos de la regulación pretendida por la ANTT, cómo la lente del Reglamento desvelará el nuevo marco regulatorio aportando nuevas respuestas, herramientas y supuestos para la actuación de la agencia y cómo las soluciones propuestas por el RCR pueden organizarse y disponerse en un diagrama destinado a construir un ecosistema regulatorio eficiente, de bajo coste y uniforme en el sector. En esta misión, se desentrañarán el modelo de Mando y Control y las minucias de la Teoría de la Regulación Responsiva, así como la tendencia de transición hacia la mencionada teoría en Brasil. Por lo tanto, se explorará la evolución histórica de las cuatro etapas del Programa Federal de Concesiones Viales, que tuvieron lugar entre 1994 y 2022, con el fin de identificar los puntos de convergencia y divergencia entre ellas. Con estos resultados, se hará un análisis en profundidad del Proyecto de Acción Responsiva implementado en la agencia y, paralelamente, de las características detalladas de cada una de las cinco normas RCR. Al final, este trabajo hará una contribución innovadora al elaborar un diagrama de las soluciones propuestas por el Reglamento utilizando las pirámides normativas propias de la ANTT, que se basarán en las directrices de la Teoría de la Regulación Responsiva de Ian Ayres y John Braithwaite.

Palabras clave: Reglamento de Concesiones de Carreteras. ANTT. Regulación Responsiva. Pirámide Normativa. Infraestructuras Viarias.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – PIRÂMIDE DE ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS.....	45
FIGURA 2 – PIRÂMIDE DE MEDIDAS DE CONSTRANGIMENTO.....	48
FIGURA 3 – PIRÂMIDE DE INTEGRAÇÃO DOS PERFIS REGULADOS E FINALIDADES REGULATÓRIAS.....	49
FIGURA 4 – PIRÂMIDE DE GOVERNANÇA REGULATÓRIA EM REDES.....	50
FIGURA 5 – DIAMANTE REGULATÓRIO.....	52
FIGURA 6 – PIRÂMIDE DE INCENTIVOS DA ANATEL.....	59
FIGURA 7 – PIRÂMIDE DE <i>ENFORCEMENT</i> DA ANAC.....	63
FIGURA 8 – MACROINDICADORES, INDICADORES E SUBINDICADORES PARA CLASSIFICAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS.....	122
FIGURA 9 – PIRÂMIDE DE FISCALIZAÇÃO ORDINÁRIA EM TRÊS NÍVEIS DA ANTT.....	175
FIGURA 10 – PIRÂMIDE DE MEDIDAS DE CONSTRANGIMENTO, DE PREVENÇÃO E DE SANEAMENTO DE IRREGULARIDADES POR CLASSE DA ANTT.....	176

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – PRIMEIRA ETAPA DO PROCROFE.....	73
TABELA 2 – PRIMEIRA FASE DA SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE	79
TABELA 3 – SEGUNDA FASE DA SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE	84
TABELA 4 – SEGUNDA FASE DA TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE.....	87
TABELA 5 – PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE	89
TABELA 6 – PRIMEIRA FASE DA QUARTA ETAPA DO PROCROFE	95
TABELA 7 – SEGUNDA FASE DA QUARTA ETAPA DO PROCROFE	97
TABELA 8 – QUADRO DE TEMAS TRANSVERSAIS ENTRE AS ETAPAS DO PROCROFE	100
TABELA 9 – QUADRO DE DIVERGÊNCIAS ENTRE AS ETAPAS DO PROCROFE	102

LISTA DE ACRÔNIMOS

AIR – Análise de Impacto Regulatório

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANM – Agência Nacional de Mineração

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CGU – Controladoria Geral da União

CNORD – Coordenação de Normas de Rodovias

CNSO – Centro Nacional de Supervisão Operacional

DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagens

FCM – Fluxo de Caixa Marginal

GERER – Gerência de Regulação Rodoviária

IN – Instrução Normativa

INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PAR – Projeto de Atuação Responsiva da ANTT

PER – Programa de Exploração Rodoviária

PF/ANTT – Procuradoria Federal junto à ANTT

PROCROFE – Programa de Concessões de Rodovias Federais

RCR – Regulamento de Concessões Rodoviárias

RRR – Regime de Recuperação Regulatório

SELIC – Sistema Especial de Liquidação e Custódia

SGA – Sistema de Gestão Ambiental

SGQ – Sistema de Gestão de Qualidade

SGO – Sistema de Gestão Operacional

SGSV – Sistema de Gestão de Segurança Viária

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUINF – Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária

SUROD – Superintendência de Infraestrutura Rodoviária

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TBP – Tarifa Básica de Pedágio

TCU – Tribunal de Contas da União

TFT – *Tit-for-tat Regulatory Strategy*

TIR – Taxa Interna de Retorno

WACC – *Weighted Average Capital Cost*

INTRODUÇÃO.

Não é novidade que o modal rodoviário é um dos pilares da infraestrutura e da logística de transporte no Brasil. Até por esse fato, o marco regulatório desse setor lida com desafios de envergadura nacional, que encontram raízes em mais de oitenta anos de história de exploração de rodovias no país.

Ocorre que, conforme será abordado nesta Dissertação, o setor de concessões rodoviárias federais, regulado pela Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), enfrenta atualmente a maior reformulação regulatória desde seu advento: o Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR) e a tentativa de implementação da Teoria da Regulação Responsiva na atuação da agência.

Essa iniciativa normativa é extremamente relevante, pois, além de apontar a ANTT em direção às técnicas mais recentes de regulação em uso por outras agências reguladoras brasileiras, representa esforço regulatório de grande envergadura para modernização do setor de concessões rodoviárias federais e para aperfeiçoamento da ação da agência em relação às concessionárias.

Afinal, o RCR, por meio de cinco normas específicas (RCR 1 a RCR 5), pretende introduzir regras genéricas para as concessões rodoviárias federais, permitindo uma maior simplificação e uniformização da regulação, e representar uma verdadeira “porta de entrada” para a formalização e a utilização ampla da Teoria da Regulação Responsiva no âmbito do setor em escopo.

Isso posto, o Regulamento está sendo editado como possível solução para problema regulatório relacionado à (i) mitigada utilização de mecanismos responsivos no setor de concessões rodoviárias federais e ao (ii) desalinhamento entre os normativos da agência reguladora e as disposições dos contratos de concessão celebrados no Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE).

Nesse sentido, considerando que o Regulamento de Concessões Rodoviárias ainda se encontrava em processo de desenvolvimento no momento de elaboração desta pesquisa, a presente Dissertação se propõe a realizar análise *ex ante* com o objetivo de compreender (i) quais seriam os contornos da regulação pretendida pela Agência Nacional de Transporte Terrestre, (ii) como a lente do RCR descortinaria o novo marco regulatório no setor em questão ao fornecer novas

respostas, ferramentas e pressupostos para a atuação da ANTT, e (iii) como as soluções propostas pelo Regulamento poderiam ser organizadas para construir um ecossistema regulatório eficiente, pouco custoso e uniforme no setor.

O Capítulo 1 deste trabalho partirá da análise do modelo de Comando e Controle da regulação e da transição desse para a Teoria da Regulação Responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992) a fim de mapear possíveis soluções ao primeiro aspecto do problema regulatório na ANTT, isso é, a ausência de ferramentas regulatórias voltadas a aperfeiçoar a atuação da agência reguladora por meio de estratégias menos dispendiosas e mais eficientes.

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

Tal abordagem norteia-se principalmente pelo modelo de Comando e Controle, assumindo que o sistema jurídico se manifestaria pela incidência da coerção externa estatal sobre comportamento individual desviante (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021). Além da identidade entre regulação e normas estatais, esse modelo tende a se concentrar sobre fatores econômicos, já que seriam os “principais fatores de conformação do comportamento empresarial” (ARANHA, 2019, p. 59).

Todavia, a utilização de incentivos econômicos não explicaria, por si só, a variedade dos comportamentos dos atores empresariais regulados (VOGEL, 2005; ARANHA, 2016). Além disso, esforços baseados em coerção externa resultam em altos custos regulatórios em face dos esforços para fiscalização e em elevados índices de judicialização das sanções aplicadas às concessionárias.

Justamente por isso, como também foi observado nos setores de telecomunicações, de energia elétrica, de aviação civil, de saúde, de transportes aquaviários e de cinema, o Comando e Controle tende a não surtir os efeitos esperados no setor de concessões rodoviárias. Assim, identificando necessidade de reestruturação de seu modelo regulatório, a partir de 2019, a ANTT passou a promover iniciativas voltadas a aproximar-se da Teoria da Regulação Responsiva.

Essa teoria foi concebida para transcender o debate entre a intensificação da regulação estatal e a desregulação, criando regras que promovam o cumprimento

voluntário por parte do regulado e a instauração de ambiente de diálogo na regulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). Em sua concepção mais básica, a Regulação Responsiva consiste na ideia de que o ente regulador deve empregar resposta mais ou menos intervencionista de acordo com conduta dos regulados, mantendo-se sensível à eficácia com a qual esses se autorregulam antes de escalar a intervenção (BRAITHWAITE, 1985; AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Para ilustrar essa ideia, portanto, Ayres e Braithwaite (1992) organizaram suas ideias em diagramação piramidal (*enforcement pyramid*) na qual a maior parte da atividade regulatória ocorrerá na base, em que a estratégia se funda em medidas restaurativas e cooperativas. Apenas quando houver desconformidades e/ou abusos de liberdade pelos regulados é que se prescreve a escalada de estratégias mais intervencionistas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2011). Quer dizer, mesmo após a densificação dessa proposta por estudos subsequentes, a utilização de uma pirâmide como marco distintivo da abordagem responsiva reafirmaria a relação entre as diversas estratégias e respostas regulatórias em determinado setor, demonstrando visualmente que é necessária a utilização intercalada e interdependente de todos os métodos regulatórios para geração de maior conformidade dos atores regulados e de eficiência regulatória (BRAITHWAITE, 2008).

Retomando o primeiro aspecto do problema regulatório no setor de concessões rodoviárias federais, avalia-se que a incorporação de técnicas e pressupostos responsivos pode representar um passo importante para a estruturação das punições de acordo com critérios de proporcionalidade e para o descolamento das insuficiências relacionadas ao modelo de Comando e Controle.

Isso posto, o Capítulo 2 desta Dissertação se debruça sobre o segundo aspecto do problema regulatório na ANTT, qual seja a perspectiva estrutural da regulamentação, marcada pela especificidade dos contratos celebrados durante as quatro etapas do PROCROFE e, conseqüentemente, pela organização difusa do marco regulatório. Afinal, a evolução do Programa de Concessões em Rodovias Federais resultou em cenário regulatório marcado pela especificidade de contratos, restringindo a condução das atribuições alocadas à ANTT por força da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001a), uma vez que, nesse contexto, a agência tende a esbarrar em limitações contratuais para cada concessionária, impedindo que a regulação seja realizada de forma ampla e tornando-a custosa à agência.

Buscando contornar essas particularidades, a agência reguladora chegou a editar normas abrangentes para todo o setor de concessões rodoviárias. No entanto, essas iniciativas tiveram natureza episódica, de modo que, até então, a ANTT ainda não havia sido capaz de estabelecer marco regulatório que consolidasse disposições gerais, capazes de ditar a política regulatória para todas as rodovias concedidas.

Conseqüentemente, a ausência de normativo dessa amplitude repercutiu em diversos obstáculos ao exercício das atribuições da agência, exigindo-se grande versatilidade e custo regulatório para a gestão dos referidos contratos de concessão.

Para enxergar esse cenário de evolução progressiva e de desnivelamento entre as disposições contratuais das quatro etapas do PROCROFE entre si e em relação aos normativos da ANTT, ao final do Capítulo 2 foram confeccionados quadros comparativos apontando os diversos temas transversais e as divergências entre os contratos de concessão no setor, destacando-se principalmente as cláusulas específicas e as ferramentas contratuais que foram criadas ao longo do tempo.

Delineada a evolução das concessões de rodovias federais no Brasil, o Capítulo 3 utilizará (i) dos resultados do mencionado esforço analítico e (ii) de comparação dos contratos de concessão do PROCROFE para interpretar as cinco normas que compõem o Regulamento de Concessões Rodoviárias e para delimitar como elas se propõem a implementar maior responsividade na relação entre as concessionárias e a agência reguladora.

Nesse sentido, importa compreender que a Regulação Responsiva foi importada à ANTT por meio de grupo de trabalho constituído para o desenvolvimento do chamado Projeto de Atuação Responsiva (PAR) e que, paralelamente, a agência reguladora deu largada na proposta de revisão do marco regulatório das concessões de rodovias federais por meio do Regulamento de Concessões Rodoviárias.

Isso em mente, conforme mencionado, é essencial ressaltar que esta Dissertação se coloca em momento anterior à conclusão e à publicação de todas as normas do Regulamento, de modo que apenas as duas primeiras (RCR 1 e RCR 2) já se encontravam efetivamente formalizadas por meio das Resoluções nº 5.950, de 20 de julho de 2021 (BRASIL, 2021i), e nº 6.000, de 1º de dezembro de 2022 (BRASIL, 2022d). As últimas três normas (RCR 3, RCR 4 e RCR 5) estavam em estágios

variados de desenvolvimento, o que será devidamente abordado em seus tópicos específicos do presente trabalho.

Ainda assim, analisar-se-á como as alterações feitas ou propostas pelas normas do RCR enfrentariam os diferentes aspectos que compõem o problema regulatório identificado no setor de concessões rodoviárias federais.

Portanto, ao final desse exercício analítico, será avaliado se a novel regulação poderia, de fato, ser passo importante – embora não o único – na consecução de um novo marco regulatório capaz de proporcionar soluções menos interventivas e maior autorregulação para os contratos de concessão, ao mesmo tempo em que apresente soluções de gravidade escalonada para infratores.

Como culminação do Capítulo 3, utilizar-se-á dos resultados obtidos na análise do Regulamento de Concessões Rodoviárias para identificar e formatar o diagrama regulatório que poderá ser instituído no setor de concessões rodoviárias federais nos moldes das pirâmides da Regulação Responsiva.

Essas diagramações representarão contribuições inéditas deste trabalho, as quais objetivam contribuir para a melhor difusão e compreensão do novo marco regulatório a ser inaugurado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, assim como para visualizar a implementação da Teoria da Regulação Responsiva no setor.

1. DESAFIO REGULATÓRIO NO SETOR DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS E INTRODUÇÃO DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA COMO ALTERNATIVA VIÁVEL.

O setor de concessões de rodovias federais, atualmente regulado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres por força da Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001 (BRASIL, 2001a), vem se desenvolvendo em parceria com a iniciativa privada desde 1993 (BRASIL, 1993), com a formalização dos primeiros contratos do Programa de Concessões de Rodovias Federais. Ao longo de todo esse período, com vinte e nove contratos de concessão firmados com parceiros particulares, é de se esperar que haveria desencontro de disposições contratuais e de normas regulatórias.

Nesse sentido, conforme será abordado nos Capítulos subsequentes, a ANTT identificou nos últimos anos problema regulatório relacionado ao desalinhamento entre os normativos e os contratos de concessão, assim como à percepção de que haveria utilização mitigada de mecanismos responsivos no setor de concessões rodoviárias, os quais poderiam ser mais eficientes e menos custosos.

Tal cenário, diagnosticado no âmbito do Projeto de Atuação Responsiva (PAR) da agência, decorre de fatores como a adoção de uma estratégia regulatória pautada principalmente em atos coercitivos extrínsecos para alinhamento de interesses das concessionárias aos do Poder Concedente e da sociedade em geral.

Sendo assim, a compreensão do referido problema regulatório deve partir de uma lente teórica específica, fundamentada pelo conhecimento do Comando e Controle como estratégia regulatória vigente no Brasil e, para fins desta Dissertação, na ANTT, assim como pela compreensão da Teoria da Regulação Responsiva como instrumento que fomenta maior eficiência regulatória ao mesmo tempo em que permite ao regulador economizar seus esforços e, assim, mitigar os custos de implementar a regulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2006).

Justamente por esse motivo, neste Capítulo, pretende-se explorar a compreensão da estratégia de Comando e Controle como modelo regulatório e, diante de suas limitações, a possível transição dessa estratégia para uma baseada na Teoria da Regulação Responsiva, o que já estaria sendo implementado em setores no país.

De forma mais específica, no âmbito do Capítulo 1 desta Dissertação, pretende-se: (i) identificar como se dá a intervenção estatal nas relações econômicas e, nesse sentido, quais são os principais problemas e limitações decorrentes do tradicional modelo de Comando e Controle; (ii) mostrar a necessidade de ser incorporada uma visão holística dos diversos fatores que influenciam o comportamento dos regulados, especialmente os incentivos intrínsecos, que denotam consequente descolamento da estratégia baseada em atos coercitivos extrínsecos; (iii) avaliar a Teoria da Regulação Responsiva como proposta que conjuga de forma interdependente os incentivos extrínsecos e intrínsecos, buscando maior eficiência regulatória e avaliando o nível de *compliance* dos regulados; (iv) observar como instrumentos responsivos têm sido incorporados – ou, ao menos, estudados – nas diversas agências brasileiras; e, por fim, (v) remeter às iniciativas da ANTT para implementação de maior responsividade nas concessões rodoviárias federais.

1.1. REGULAÇÃO ESTATAL E O MODELO DE COMANDO E CONTROLE.

A intervenção estatal na organização das relações econômicas é atividade que se desdobra por meio de diversos instrumentos de autoridade. Dentre eles, as agências reguladoras poderiam ser consideradas como o mais paradigmático, haja vista que centralizam várias funções e competências voltadas a setores específicos da economia – incluindo edição de normas, fiscalização aplicação de sanções, resolução de disputas e tutela dos usuários –, além de que, a partir de uma posição de equidistância, promovem o equilíbrio entre os respectivos interesses envolvidos na atividade regulatória (MARQUES NETO, 2005, p. 45-52; SUNDFELD, 2000).

A forma como essas agências exercem suas competências varia naturalmente a partir das características e particularidades do setor regulado. Ainda assim, em linhas mais gerais, é possível verificar correntes de pensamento que favorecem determinados modelos e estratégias regulatórias.

Tradicionalmente, as agências reguladoras brasileiras seguiram tendência de regulação pautada por atos coercitivos extrínsecos, utilizando-se primariamente do processo sancionador para alinhamento dos interesses dos atores regulados aos do

regulador e da sociedade em geral. Essa abordagem norteia-se principalmente pelo tradicional modelo de Comando e Controle para a regulação de setores relevantes.¹

Esse modelo tem como essência a imposição aos regulados de padrões respaldados por sanções e a utilização da força da lei para proibir determinadas condutas (BALDWIN e CAVE, 1999, p. 34-39). Desse modo, a partir de respostas regulatórias previamente fixadas, cada comportamento desconforme por parte do regulado desencadearia a aplicação de respectiva resposta repressiva pelo regulador.

Em outras palavras, assume-se que o sistema jurídico se manifestaria prioritariamente pela incidência da coerção externa estatal sobre comportamentos privados desviantes para conformá-los ao arcabouço normativo e para garantir o atendimento dos objetivos regulatórios (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 20).

Existem vantagens para a utilização do Comando e Controle em determinados contextos, até por isso pode ser considerado como um dos modelos regulatórios mais difundidos e utilizados.

Nesse sentido, a fixação *ex ante* de sanções para a modulação de condutas propicia a imposição com aparente maior presteza dos parâmetros regulatórios e da proibição de atividades que venham a ser desconformes (BALDWIN e CAVE, 1999, p. 35). Além disso, o fato de parâmetros e de penalidades serem previstos de antemão poderia repassar aos agentes envolvidos a percepção de maior previsibilidade e de segurança no ambiente regulatório (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 15-16).

Não é difícil ver, contudo, que decorrem desse modelo regulatório certos problemas e limitações significativas.

Aliás, a partir do final dos anos 60, o modelo de Comando e Controle tem sido constantemente criticado (O'SULLIVAN e FLANNERY, 2011) e, desde então, as representações dessa estratégia assumem inclusive representação caricatural quando utilizada para denotar tudo que poderia estar errado na regulação, como

¹ Quando se aborda os chamados setores relevantes, remete-se aos que são supervisionados pelas onze agências reguladoras indicadas no art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019: Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); Agência Nacional de Mineração (ANM); Agência Nacional de Petróleo (ANP); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

normas mal direcionadas, rigidez, estagnação, excesso ou falta de coerção e consequências regulatórias inesperadas (BLACK, 2001, p. 105-106).

Na prática, o modelo de Comando e Controle pode resultar em sistemática na qual a conformidade do regulado é imposta por parâmetro e por sanções criadas antes que o ato *in concreto* tenha sequer sido praticado, independentemente da avaliação de impacto da referida conduta e de suposta culpa do regulado para a prescrição da resposta cabível. Se o regulado descumprir determinado parâmetro normativo, será punido com a sanção prevista em norma; se atender esses parâmetros, deixará de ser sancionado. O regulador passa a ver qualquer descumprimento como causa automática e cogente para a instauração de processo administrativo apuratório e sancionatório, o qual seria a única medida juridicamente válida e aceita no modelo em escopo (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 15, 19-21).

Uma crítica contundente ao modelo de Comando e Controle é a propensão à criação de normas excessivamente complexas e inflexíveis, assim como proliferação de regras que resultam em excesso de regulação (*over-regulation*), legalismo, intrusão de atrasos nas liberdades gerenciais dos regulados e estrangulamento da concorrência e dos empreendimentos (BALDWIN e CAVE, 1999, p. 37-38).

Outra crítica faz referência ao alto custo e esforço regulatório exigido para garantir o constrangimento legal (*enforcement*).² As técnicas utilizadas geralmente resultam em resistência por parte do ator regulado – até mesmo na esfera judicial – e possuem resultados imprevisíveis. Também existe o risco de as normas deixarem de abranger condutas que deveriam ser controladas e/ou interferir em atividades que não poderiam ser restringidas (BALDWIN e CAVE, 1999, p. 38-39).

Como resumido por Ayres e Braithwaite (1992, p. 25-27), a via punitivista não só é cara como também gera um jogo de “gato e rato” em que os atores regulados passam a buscar brechas normativas e que o regulador se vê obrigado a elaborar regras cada vez mais específicas para evitar o abuso do silêncio normativo.

Afinal, considerando que a efetividade da regulação no modelo em questão depende da aplicação de regras precisas para cada tipo de desconformidade, o

² A atividade de *enforcement* é “representada pela ação estatal de constringimento dos comportamentos privados para conformá-los à norma e garantir a consecução do resultado regulatório” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 20).

regulador se vê obrigado a tentar sistematizar cada aspecto relevante para determinado setor e conduta possível do regulado. Esse cenário cria relevante limitação da discricionariedade e, conseqüentemente, das possibilidades de inovação e de dinamismo disponíveis ao regulador e ao ator regulado.

Ainda a respeito das limitações da estratégia baseada em incentivos extrínsecos do Comando e Controle, observa-se preocupações com os riscos de captura. Isso porque, como a criação de regras específicas para determinado setor depende da troca de informação e assistência por parte dos regulados, é possível que essa relação dê algum nível de vantagem a esses agentes sobre o regulador e, ao longo do tempo, possa resultar na priorização de interesses dos regulados em detrimento do interesse público (BALDWIN e CAVE, 1999, p. 36).

Para além disso, analisando as críticas direcionadas a esse modelo regulatório, Marcio Iorio Aranha e Othon de Azevedo Lopes (2021, p. 18) lideraram o diagnóstico de que “o cerne da insuficiência da regulação comando e controle está em sua concepção simplificada e reduzida do fenômeno regulatório, que negligencia outras maneiras de agir do próprio Estado-regulador”.

De fato, nessa perspectiva, pressupõe-se visão centralizadora, a partir da qual o Estado seria o único capaz de exercer eficazmente a regulação. A atividade reguladora ocorreria de forma unilateral, com o ente estatal ditando normas e os regulados as executando em simples relação de “causa e efeito”. Ocorre que, nesse modelo, os instrumentos utilizados para alinhamento dos interesses – normas respaldadas por sanções – são insuficientes para garantir maior qualidade e eficiência na regulação. Quer dizer, esses instrumentos falham na tarefa de identificar as causas de problemas, projetar soluções apropriadas e identificar a não conformidade de regulados, a inadequação da regulação e/ou a ausência de inclinação dos regulados para cumprir as normas (BLACK, 2001, p. 106).

Embora modelos baseados em estratégias do Comando e Controle possam contar com benefícios relacionados à “maior clareza, objetividade e um maior grau de previsibilidade e segurança jurídica ao processo de fiscalização regulatória”, observam-se problemas e limitações que “ensejam a elevada burocratização do processo regulatório, a rigidez, a tendência ao excesso de detalhamento e prescrição de medidas, o enfoque nos meios e não nos resultados, a incapacidade de adaptação às situações reguladas mutáveis e distintas” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 21).

Esse quadro já foi identificado até mesmo pelos órgãos responsáveis pelo controle da Administração Pública. Isto é, em algumas ocorrências, a Controladoria Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU) emitiram entendimentos no sentido de que haveria falta de economicidade e efetividade na atuação regulatória pautada exclusivamente por incentivos extrínsecos e que seria possível relativizar o dever-poder de a Administração instaurar processos administrativos apuratórios e sancionadores (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 25-60, 97-122).

Assim sendo, o que se observa na regulação pautada em incentivos extrínsecos dos regulados, típica do modelo de Comando e Controle, é a utilização da coação e da ameaça sancionatória como formas prioritárias de garantir a observância às regras, valendo-se de sistema pautado na desconfiança e na suspeita do legislador em relação ao regulador e do regulador em relação ao regulado (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 61), que supostamente agiriam de forma estritamente racional e focada em fatores econômicos para o comportamento empresarial (ARANHA, 2016, p. 5-6).

É dizer: para o modelo de Comando e Controle, a atuação do Estado na regulação se manifesta por atos coercitivos extrínsecos, os quais seriam adequados e suficientes para induzir os atores regulados a adotar determinado comportamento normatizado (BALDWIN e CAVE, 1999; ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021).

Ocorre que, no contexto moderno, a mera expectativa de que os atores regulados ajustem suas condutas ao arcabouço normativo por consequência de incentivos extrínsecos e econômicos não é suficiente para explicar a diversidade do comportamento empresarial e dos diversos atores regulados. Como se verá adiante, busca-se modelos que também lancem mão de visão holística para realinhamento das condutas e dos interesses dos regulados aos objetivos regulatórios, assim como para a caracterização do modelo de regulação como um todo.

1.2. INCORPORAÇÃO DE VISÃO HOLÍSTICA À COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO DOS ATORES REGULADOS E DESCOLAMENTO DO MODELO DE COMANDO E CONTROLE.

Antes de cogitar modelos que expliquem o comportamento dos atores regulados para além dos incentivos extrínsecos e econômicos, é necessário refletir sobre a forma como se enxerga a regulação (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 295-

296). Seria a atividade regulatória uma forma de imposição da força estatal por incentivos extrínsecos ou de diálogo e compromisso intrínseco junto aos regulados? Haveria efetividade na adoção de modelo intermediário, combinando incentivos extrínsecos e intrínsecos para cada situação em específico?

As limitações de estratégias regulatórias pautadas em atos coercitivos extrínsecos, especialmente a assunção de que essas encontram efetividade pois os agentes seriam extrinsecamente motivados (ATIQ, 2014), reforçam o diagnóstico de que seria necessária rediscussão do papel estatal na regulação e do nível de *compliance* (conformidade) regulatório presente nos setores regulados (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 306).

É importante reconhecer que os incentivos econômicos decorrentes de atos coercitivos extrínsecos podem não ser suficientes para explicar o comportamento empresarial em todos os casos (VOGEL, 2005; ARANHA, 2016). Outros fatores intrínsecos à dinâmica social – como valores éticos, responsabilidade social, reputação e influência de *stakeholders* – também desempenham um papel relevante.

Assim, com o intuito de compreender melhor os comportamentos das organizações e incentivar a conformidade regulatória, os mencionados fatores intrínsecos devem ser considerados na regulação. Para isso, volta-se para abordagens mais holísticas que levem em consideração não apenas os aspectos puramente econômicos e legais – como é o caso do modelo de Comando e Controle –, mas também os aspectos éticos, sociais e culturais que são caros aos diversos atores regulados e à sociedade em geral.

Essa perspectiva mais ampla permite reconhecer que a regulação eficaz não se resumiria apenas à imposição de sanções e à formalização de normas, mas também envolveria, por exemplo, o desenvolvimento de cultura de responsabilidade social e empresarial, o incentivo à autovigilância, o fomento de diálogos construtivos entre os agentes envolvidos no contexto regulatório e a identificação de compromissos e afiliações pessoais e profissionais dos regulados (HOWARD-GRENVILLE, NASH e COGLIANESE, 2008, p. 97-101).

Nesse mesmo sentido, o *compliance* regulatório seria assumido como “justificativa central” para a adoção de estratégias regulatórias com propostas supostamente mais eficazes, assim como “índice (...) destinado a inspirar a arquitetura

de modelos regulatórios pautados pela aferição do sucesso ou fracasso de sua implementação” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 309). Ao incorporar incentivos intrínsecos e compreensão mais abrangente dos atores regulados, seria possível buscar resultados melhores e mais duradouros no *compliance* regulatório.

Portanto, a partir da compreensão mais holística dos fatores extrínsecos e intrínsecos que motivam o comportamento dos regulados e da essencialidade do constante aperfeiçoamento da regulação a partir das particularidades de cada setor, é possível constatar que as propostas regulatórias mais modernas ressaltam a utilização de “inteligência regulatória ponderada entre regulação e espaços de autonomia controlada do regulado” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 314).

1.3. TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA.

Como mencionado anteriormente, é comum que a regulação seja pautada por atos coercitivos extrínsecos, próprios de modelo de Comando e Controle. Todavia, há de serem considerados os fatores intrínsecos que influenciam o comportamento dos atores regulados. Isto é, para implementação de modelo regulatório mais eficiente, torna-se necessária teoria que considere como interdependentes os incentivos extrínsecos e intrínsecos no papel regulatório do Estado.

Para além disso, nas discussões envolvendo a intervenção do Estado na economia, persiste o impasse relativo à dicotomia entre duas posições extremadas: a intensificação da regulação e a desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 3).

A alternativa para transcender esse impasse teórico veio na forma da Teoria da Regulação Responsiva (BRAITHWAITE, 1982; BRAITHWAITE, 1984; BRAITHWAITE, 1985; BRAITHWAITE, 1989; AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2002; BRAITHWAITE, 2006; BRAITHWAITE, 2008; BRAITHWAITE, 2011; KOLIEB, 2015). Essa teoria regulatória *in fieri* tem como livro seminal a obra “*Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*”, de Ian Ayres e John Braithwaite (1992), que consolidou visão teórica anteriormente debatida por estudiosos e que contou com diversos acréscimos e desenvolvimentos ao longo dos anos que sucederam sua publicação (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 319).

Tendo em vista que as estratégias traçadas no âmbito da Regulação Responsiva vêm se proliferando ao redor do mundo, com exemplos de aplicação na Austrália, no Reino Unido, nos EUA, no Canadá, na Holanda, na África do Sul e na Nova Zelândia (IVEC e BRAITHWAITE, 2015), a compreensão dessa teoria se tornada cada vez mais essencial para a implementação de formatos alternativos de regulação em setores anteriormente pautados pelo Comando e Controle.

Assim, nos tópicos a seguir, busca-se: (i) apresentar as origens e as justificativas para a Teoria da Regulação Responsiva; (ii) identificar quais seriam os principais pressupostos para sua implementação no marco regulatório; (iii) apontar os fatores que supostamente poderiam influenciar na responsividade da regulação; (iv) avaliar qual seria a atuação esperada por parte do regulador; (v) desmistificar a utilização do processo sancionador como principal e supostamente mais eficiente resposta regulatória pelo Estado; (vi) diagramar quais seriam as pirâmides regulatórias e endereçar suas respectivas estratégias de regulação; e (vii) refletir sobre as principais críticas e limitações dessa teoria.

1.3.1. GÊNESE DA REGULAÇÃO RESPONSIVA.

Um dos principais impasses teóricos sobre o papel do Estado perante a economia ao final do Século XX perpassava as propostas de intensificação da regulação estatal e de desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 11-16).

Afinal, à época em que Ayres e Braithwaite (1992) abordaram essa questão, o cenário político era dominado por quase duas décadas de movimentos pró-desregulação, os quais foram encabeçados por Ronald Reagan nos EUA (1981-1989) e por Margaret Thatcher no Reino Unido (1979-1990). Ambos líderes eram fervorosos defensores da redução da intervenção estatal na economia, o que acreditavam ser essencial para estimular a inovação, a competitividade e o crescimento econômico.

Ocorre que, na prática, não teria ocorrido um efetivo descolamento da regulação nesse período histórico – afirmação que é reforçada pelo fato de que, nos

EUA, os mandatos de Reagan foram marcados por um aumento na regulação³ e, no Reino Unido, os principais impactos da administração de Thatcher foram na esfera da privatização⁴ – e, para além disso, o embate sobre a política regulatória se mostrava improdutivo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2008). Nesse período, ao invés de mitigar a intervenção estatal, o discurso de desregulação estaria resultando em mais regulação, permitindo a compreensão de que haveria migração da opção maniqueísta entre regular e desregular para uma era de “fluxo regulatório” (*regulatory flux*) em que os domínios institucionais de poder estariam vulneráveis (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 14) e que estaria caracterizada pelo predomínio de “fluxos e refluxos, de correntes e contracorrentes oriundas da interrelação e interdependência entre as ordens social, mercadológica, estatal e associativa” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 321; AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Assim, percebendo momento oportuno, os autores da Teoria da Regulação Responsiva (*Responsive Regulation*) direcionaram seus esforços para o objetivo de transcender impasse intelectual – e retórico – entre posições extremadas dos estudiosos em favor de intensificação da regulação estatal e dos que advogavam pela desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 3).

Representando solução criativa para as diferenças entre as referidas propostas de intervenção do Estado na economia, a Teoria da Regulação Responsiva teria como proposta principal criar ponte sobre o abismo entre as retóricas de incremento regulatório e de desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 14-15).

Nas palavras de Ayres e Braithwaite (1992, p. 3), uma boa análise política não seria referente à escolha entre o livre mercado e a regulação governamental, assim como não se resumiria a decidir o que a lei deve prescrever. Com efeito, uma análise política sólida envolveria compreender a regulação privada – por associações

³ Embora os dois primeiros anos de Ronald Reagan na presidência tenham sido marcados por verdadeiro esforço de desregulação, ao final do primeiro mandato já seria possível notar aumento da atividade e dos orçamentos de agências reguladoras (BRAITHWAITE, 2008, p. 8-12).

⁴ Sobre esse ponto, vale frisar que desregulação e privatização são fenômenos diferentes e que o ato de privatizar setores da Administração Pública tende a resultar em um aumento da regulação, como visto no caso do setor de telecomunicações privatizado durante a administração de Margaret Thatcher. Isto é, a desregulação e a privatização podem ser tendências sociais inversamente proporcionais (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 11).

setoriais da economia, empresas e indivíduos – e como essa seria interdependente com a regulação estatal, fazendo uso da combinação de regulação privada e pública.

A partir dessa interação entre regulação privada e pública, o Estado e os agentes particulares – como atores regulados e indivíduos – poderiam projetar melhores soluções de política regulatória.

Nessa perspectiva, surge a Regulação Responsiva como teoria dinâmica e distinta de outras estratégias regulatórias no que diz respeito aos gatilhos que acionam a resposta regulatória e às respectivas soluções empregadas, sejam elas mais ou menos interventivas. A atividade regulatória deve ser responsiva às diferentes estruturas dos setores de economia, bem como à variedade de motivações, objetivos e comportamentos dos atores regulados e à efetividade com a qual esses atores se autorregulam. Assim, conforme se verá adiante, a Regulação Responsiva poderia promover maior governança no mercado privado a partir da delegação de funções regulatórias aos regulados, grupos de interesse público e competidores desregulados (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4-5, 104-157; BRAITHWAITE, 2006).

1.3.2. PRESSUPOSTOS NORTEADORES DA REGULAÇÃO RESPONSIVA.

Em meio à proposta de desconstruir e transcender o referido impasse teórico entre intensificação da regulação estatal e de desregulação, a Teoria da Regulação Responsiva conta com pressupostos fundamentais que foram organizados a partir das principais obras que propuseram sua efetiva implementação e instrumentalização na prática regulatória (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 322-328).

Tais pressupostos representam pilares de compreensão para a abordagem regulatória responsiva, fornecendo uma base conceitual sólida para sua aplicação. Antes de abordá-los, contudo, é importante ressaltar que pressupostos se tratam de construções teóricas baseadas no que se julga saber por antecipação e suposição, sem necessariamente ter sido produzida prova de sua veracidade em situações concretas (CAMBRIDGE DICTIONARY, 2023). Com essa ressalva, busca-se afirmar que, embora os pressupostos apresentados adiante tendam a indicar pilares para a Regulação Responsiva, o próprio fato de se tratar de teoria dinâmica denota a

possibilidade de que alguns desses possam não ser aplicáveis a determinados contextos fáticos relacionados aos setores da economia e aos atores regulados.

Isso posto, baseado na bibliografia pertinente à referida teoria e no trabalho de compilação realizado por Marcio Aranha Iorio e Othon de Azevedo Lopes (2021), cogitam-se treze pressupostos para a Teoria da Regulação Responsiva.

O primeiro e principal pressuposto refere-se ao fato de que as melhores oportunidades de construção de estratégias regulatórias alternativas ao binômio entre regular e desregular decorreriam da relação de interdependência entre a regulação estatal e a regulação privada (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 3). É analisando a interação e influência recíproca entre a regulação estatal e privada que o regulador poderá encontrar possibilidades para redirecionar os respectivos pontos de contato e encontrar melhores desenhos regulatórios (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 3-4).

O segundo pressuposto aponta para a assunção de que os reguladores e os atores regulados tendem a optar por estratégias de atuação ineficientes, de modo que a Regulação Responsiva prescreve que haja esforço estatal contínuo para identificação e implementação de novas estratégias sempre que o regulador for confrontado com insucessos recorrentes (BRAITHWAITE, 2014, p. 22). Até porque, diante dos mais diversos contextos de aplicação, a maior parte das iniciativas regulatórias tendem a não alcançar os resultados esperados ou mesmo a fracassar.

Enquanto os dois primeiros pressupostos cuidam da necessidade de observação da constante interação entre a regulação estatal e privada para que sempre sejam pensadas novas estratégias de regulação, o terceiro até o sétimo pressupostos passam a se preocupar em afastar a ideia de que a regulação seria indesejada e reafirmar que “o bom funcionamento dos mercados somente pode atingir um estágio ótimo e, portanto, benéfico às ordens envolvidas, quando o fluxo regulatório estiver sendo integrado por intermédio da regulação estatal” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 323-326).

Isso em mente, o terceiro pressuposto envolve a compreensão de que tanto a punição quanto a persuasão são vitais para o funcionamento da regulação, além de que essas ferramentas são interdependentes e reforçam os efeitos de suas contrapartes (BRAITHWAITE, 1985, p. 86). Assim, tem-se que a melhor forma de obter sucesso na regulação seria a estipulação de punições de forma relutante e

quando necessário, tomando cuidado para não eliminar ou afastar a possibilidade de o regulador persuadir os regulados antes de se partir para essa estratégia.

Punição e persuasão não precisam ser vistas como incompatíveis, desde que a punição seja imposta com certo grau de discricção pelo regulador. A punição pode ser imposta sem rotular o regulado de forma negativa e sem aliená-lo do ambiente regulatório. Além disso, o fato de a punição gerar tantos custos – podendo, em alguns casos, superar os benefícios esperados de sua imposição – importa na compreensão de que essa ferramenta deve ser reservada prioritariamente para situações em que poderá ser realmente efetiva (BRAITHWAITE, 1985, p. 117-118).

A mera ameaça – ou a disposição – de adotar uma estratégia de punição contra o ator regulado pode ser uma ferramenta importante e mais eficiente do que a persuasão quando é necessário obter informações sobre eventual violação pelo regulado (BRAITHWAITE, 1985, p. 118). Com isso, há um deslocamento da questão fundamental sobre “punir ou persuadir” para o julgamento sobre “quando punir e quando persuadir” (BRAITHWAITE, 1985, p. 119, 181-183).

O quarto pressuposto corrobora com esse deslocamento, uma vez que diz respeito à utilização da sinergia entre punição e persuasão – cujo ponto de equilíbrio é particular a cada sociedade e setor da economia – para possibilitar um ambiente de menor resistência empresarial à norma (BRAITHWAITE, 1985, p. 126, 182-183).

Nesse sentido, a solução para melhor intercalar as ferramentas de punição e persuasão, assim como lidar com a limitação de recursos regulatórios, seria hierarquizar as respostas regulatórias (BRAITHWAITE, 1985; AYRES e BRAITHWAITE, 1992). De forma mais sistematizada, essa hierarquia costuma tomar forma de pirâmide regulatória (*enforcement pyramid*). Todavia, neste momento, importa compreender que a Teoria da Regulação Responsiva prescreve como primeira estratégia a autorização de autorregulação (*self-regulation*) pelos atores e, caso se observem abusos a essa liberdade, como estratégia subsequente a autorregulação regulada (*enforced self-regulation*) ou autorregulação com constrangimento normativo estatal (BRAITHWAITE, 1985, p. 120).

Assim, por mais que se cogite a autorregulação – ou a autorregulação regulada – como estratégia prioritária de intervenção do Estado, seria uma falácia acreditar que se trata de uma opção de amenizar as consequências decorrentes da

desconformidade pelos atores regulados. Isso porque o *enforcement* empresarial (ou do setor privado) pode ser muito mais potente, especialmente quando considerado que as empresas teriam maior capacidade investigativa e punitiva para infratores privados do que o Estado, além de que seus sistemas de apuração podem gerar culpados com maior facilidade (BRAITHWAITE, 1985, p. 122).

A partir dessas considerações, o quinto pressuposto indica que a fiscalização realizada pela indústria pode ser ainda mais ostensiva, demorada e profunda do que a realizada pelo regulador ou por outros agentes públicos (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 324). Quando o setor regulado der viabilidade para esse tipo de estratégia, o incentivo à elaboração de normas pelos próprios atores regulados – as quais seriam avaliadas, ratificadas e/ou eventualmente ajustadas pelo regulador – tem como benefício o fomento de cenário no qual o *enforcement* ocorreria a partir de normas supostamente mais aderentes à realidade do setor e com maior tendência de conformação do comportamento empresarial, evitando a criação de obstáculos à eficiência econômica e de requerimentos normativos que não seriam necessários a todos os atores regulados (BRAITHWAITE, 1985, p. 125-127).

Adicionalmente, o sexto pressuposto ressalta que mesmo a elaboração pormenorizada de regras governamentais jamais poderá cobrir adequadamente as deficiências de gestão empresarial que estão por detrás de planejamento inadequado, de falhas de comunicação e de contabilidade deficiente. Ainda que o regulador não possa redigir regras que abranjam essas minúcias, é possível criar um ambiente regulatório em que os atores regulados tenham algo a ganhar com uma gestão empresarial eficiente e algo a perder caso venham a realizar uma abordagem gerencial desleixada (BRAITHWAITE, 1985, p. 124-125).

O quinto e o sexto pressupostos apontam para vários benefícios aparentes, mas é importante ter em mente que a Teoria da Regulação Responsiva se apresenta como método para a promoção de soluções *win-win* (“ganha-ganha”, em tradução livre) dentro do jogo regulatório (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 17). Assim, havendo abuso da liberdade fornecida nas estratégias de autorregulação e de autorregulação regulada, a referida teoria propõe que, relutantemente, ocorra escalada para soluções regulatórias cada vez mais interventivas até a conformação do comportamento empresarial. Se bem-sucedida essa medida e se houver readequação das condutas desconformes, prescreve-se que o regulador desescale

sua resposta e volte a incentivar soluções menos interventivas (BRAITHWAITE, 1985; AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Nessa linha, vale destacar que, para reagir de forma adequada ao comportamento e às motivações dos vários atores regulados, a Teoria da Regulação Responsiva deve compreender esses atores como combinações contraditórias de valores de racionalidade econômica, cumprimento das normas e responsabilidade empresarial. Alguns atores apenas cumprirão as normas porque obedecê-las faz sentido do ponto de vista econômico, já outros as cumprirão simplesmente por respeito à lei e/ou por atender a seus valores (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19).

A constatação de diferentes personalidades, motivações, valores e parâmetros de responsabilidade dos regulados denota a complexidade exigida de estratégias que se proponham a controlar seus comportamentos e alinhá-los ao interesse do setor regulado e da sociedade em geral.

Para atendimento dessa missão, é essencial que seja implementada sólida estrutura regulatória e que, para cada situação específica, seja adotada a estratégia apropriada (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 325-326).

Nesse sentido, utilizando influências decorrentes da teoria dos jogos e da estratégia regulatória da retaliação equivalente (também conhecida como o “dilema do prisioneiro”), a Teoria da Regulação Responsiva aponta que, a depender de cada situação específica, o regulador deve ser persuasivo, punitivista e capaz de perdoar, simultaneamente com diferentes atores regulados (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 20-21, 34). Nas palavras de Ayres e Braithwaite (1992, p. 33), “devemos ser cooperativos no início para dar aos regulados a oportunidade de mostrarem o seu ‘eu’ cooperativo; devemos ser duros com os que agem de forma desconforme para lhes dar razões para favorecerem o seu ‘eu’ cooperativo; e devemos estender o perdão àqueles que mostrem sinais de abandonar a desconformidade em favor da cooperação” (em tradução livre).

O sétimo pressuposto, portanto, considera que a vivência empírica é uma parte essencial da estratégia regulatória e do estudo de jogos de motivação mista, especialmente quando estão envolvidos meios de comunicação com deficiência, incertezas sobre os sistemas de valores dos atores regulados envolvidos e variáveis decorrentes da interação de diferentes atores envolvidos. Assim, a regulação não

pode ser pautada apenas em considerações analíticas a partir de considerações anteriores sobre o setor em questão e os regulados (SCHELLING, 2002, p. 162-163).

Prosseguindo na avaliação do oitavo ao décimo primeiro pressupostos, observa-se que esses dizem respeito a questões sistêmicas da Regulação Responsiva (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 326-327).

O oitavo pressuposto indica que a utilização de estratégias regulatórias baseadas exclusivamente em punição ou em persuasão será eventualmente distorcida e explorada por atores regulados que sejam motivados puramente por fatores econômicos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19).

Já o nono pressuposto reforça que a implementação de estratégia que prioriza a punição tende a minar a boa vontade dos atores regulados quando esses forem motivados por algum senso de responsabilidade social (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19). Complementarmente, o décimo pressuposto prescreve que esse tipo de estratégia fomenta uma subcultura empresarial de resistência à regulação em que métodos de resistência legal e contra-ataque são incorporados na socialização da indústria (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 20).

A compreensão dessas limitações abre caminho para o décimo primeiro pressuposto, que ressalta a eficácia de uma estratégia regulatória de retaliação equivalente – ou *tit-for-tat* (TFT)⁵ – para impedir o desrespeito às normas por atores regulados que sejam motivados puramente por fatores econômicos, assim como o uso da TFT para gerar confiança e compromisso cívico (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 20; SCHOLZ, 1984a; SCHOLZ, 1984b; ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021).

Os últimos dois pressupostos, abordados a seguir, retomam a ideia de que a Teoria da Regulação Responsiva melhor se expressa a partir de estratégias interdependentes de punição e persuasão, geralmente utilizando formato de retaliações equivalentes e hierarquizadas em formato de uma pirâmide regulatória (*enforcement pyramid*) (BRAITHWAITE, 1985; AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

⁵ A estratégia regulatória da retaliação equivalente (*TFT regulatory strategy*) é capaz de ser contingencialmente responsiva à provocação e, ao mesmo tempo, capaz perdoar (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19). A implementação da TFT tende a estabelecer uma cooperação mutuamente benéfica. De um lado, o regulador se abstém de adotar uma resposta dissuasora enquanto a empresa estiver cooperando. De outro lado, eventual desconformidade ou abuso por parte do ator regulado provocará uma resposta dissuasora pelo regulador (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 21).

Assim sendo, o décimo segundo pressuposto está fundado na ideia de que, ao adotar a diagramação de uma pirâmide regulatória, o regulador que, para cada situação específica, faz uso relutante da possibilidade de escalada de estratégias regulatórias tende a adquirir uma vantagem comparativa à opção de não escalá-las (BRAITHWAITE, 1985, p. 142). Afinal, confrontados com a expectativa de que serão punidos por eventuais desconformidades, os regulados tendem a adotar posição de maior cooperação e, nesse sentido, aderir às normas regulatórias e fornecer mais informações ao regulador (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 34-35).

Por fim, o décimo terceiro pressuposto se relaciona com a ideia de que as agências reguladoras seriam “grandes armas benignas” (*benign big guns*) (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19), capazes de “falar manso” quando forem vistas com “grandes cassetetes” (*big stick*) (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 6).

Quer dizer, de acordo com Ayres e Braithwaite (1992, p. 40), “a ideia da pirâmide regulatória sugere que quanto maior for o grau de punição a que uma agência pode chegar, maior será a sua capacidade de empurrar a regulação para a base cooperativa da pirâmide. A escalada de respostas gradualmente até soluções finais draconianas pode tornar a dissuasão passiva formidável (mesmo que a solução final nunca tenha sido usada [...]) e pode dar à dissuasão ativa (escalada) espaço de manobra” (em tradução livre). Assim sendo, a Regulação Responsiva será tanto mais possível quanto maior for a dimensão e a intensidade de três requisitos (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 328), quais sejam: (i) utilização de estratégia de retaliação equivalente (*tit-for-tat*); (ii) acesso a uma gama hierárquica de sanções e de estilos regulatórios interventores nas pirâmides regulatórias; e (iii) verticalidade da pirâmide regulatória, representada pela afluência da sua sanção mais severa (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 40).

1.3.3. FATORES QUE INFLUENCIAM A “RESPONSIVIDADE” DA REGULAÇÃO E PRINCÍPIOS PARA A ATUAÇÃO ESPERADA DO REGULADOR.

Tendo em vista as justificativas e os pressupostos que fundamentam a criação da Regulação Responsiva, observa-se que papel essencial para a adequada implementação dessa teoria reside nas mãos do Estado. Isto é, além de precisar

monitorar de perto os fatores que influenciam a responsividade da regulação, o regulador também pode espelhar sua atuação em determinados princípios.

Inicialmente, conforme abordado no livro seminal de Ayres e Braithwaite (1992), cumpre ressaltar que a regulação deve ser responsiva à estrutura do setor da economia regulado, às diversas motivações dos atores regulados e ao comportamento dos diversos integrantes da indústria (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4). Cada setor possui características e particularidades muito específicas, além de que os atores que compõem esses sistemas regulatórios são influenciados por uma miríade de motivações e reagem de formas diferentes a determinados graus de intervenção estatal na economia (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4).

Também deve haver responsividade em relação aos ambientes regulatórios em constante mudança e às frequentes alterações na receptividade daqueles que estão sujeitos à regulação. A resposta regulatória deve ser flexível, multidimensional e estruturada em tentar uma estratégia após outra. Algumas das estratégias escolhidas serão fracassos, enquanto outras refletirão boas soluções a problemas enfrentados no contexto regulatório (BRAITHWAITE, 2011, p. 22).

Aprofundando essa ideia, a regulação pode ser realmente responsiva (*really responsive regulation*) quando não reage apenas às respostas de conformidade dos regulados, mas também às suas orientações comportamentais – incluindo a cultura e as concepções empresariais –, ao ambiente institucional mais amplo do regime regulatório – que envolve estruturas organizacionais, regulatórias, normativas, cognitivas e de distribuição de recursos –, às diferentes lógicas das ferramentas e estratégias regulatórias, ao desempenho do próprio regime e às mudanças em cada um desses elementos (BALDWIN e BLACK, 2008, p. 68-76).

Na visão de Baldwin e Black (2008), isso quer dizer que, ao desenhar, implementar e reavaliar estratégias regulatórias, o regulador deve considerar um cenário em constante transformação de motivações, objetivos e comportamentos dos atores regulados, assim como avaliar a efetividade dessas táticas e como elas reagem ao próprio regime regulatório.

Para além dos fatores que influenciam a responsividade da regulação, é essencial que o regulador tenha em nota quais seriam os princípios norteadores para sua atuação frente aos atores regulados.

Objetivando ser persuasivo, punitivo e capaz de perdoar, simultaneamente com diferentes atores regulados (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 20-21, 34), o regulador deve incorporar ao seu modo de agir soluções inovadoras para as respostas regulatórias possíveis, levando em consideração a estrutura, as motivações e o comportamento dos regulados (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 330).

Em texto em que reflete sobre a essência da Regulação Responsiva, John Braithwaite (2011) esclarece que, ao longo de vários anos de debate, foi possível formular nove princípios fundamentais para a implementação dessa teoria.

A uma, o regulador deve pensar dentro de um contexto, sem impor teorias preconcebidas ao ambiente regulatório (BRAITHWAITE, 2011, p. 490-493). A responsividade ao contexto de implementação das estratégias regulatórias significa também não aplicar de forma literal toda e qualquer ideia preconcebida, incluindo a formatação da pirâmide regulatória (BRAITHWAITE, 2011, p. 492-493). Cada setor da economia regulado tem suas particularidades e depende de seu próprio contexto para alcançar a eficácia regulatória.

A duas, é necessário que a regulação ocorra a partir da comunicação ativa entre os diversos atores envolvidos, estruturando o diálogo de modo que os grupos de interesse (*stakeholders*) tenham voz no debate, os resultados regulatórios esperados e sua monitoração possam ser combinados previamente, o regulador ajude os atores regulados a encontrar suas próprias motivações para se aperfeiçoar e a insistência na resolução de problemas regulatórios seja devidamente comunicada a todos os envolvidos (BRAITHWAITE, 2011, p. 493-500). Em suma, o regulador deve fundar sua atuação em comunicação ativa com os atores regulados e grupos de interesse, não deixando dúvidas quanto à direção a ser seguida pela regulação.

A três, espera-se que o regulador enfrente particulares que resistam à regulação com justiça, tratando-os com respeito e utilizando essa resistência como uma oportunidade de aprimorar as suas respostas e estratégias regulatórias. O fracasso da abordagem regulatória também permite que o regulador promova a escalada para respostas mais interventivas (BRAITHWAITE, 2011, p. 500-501).

A quatro, prescreve-se que os regulados que apresentem comprometimento em cooperar sejam exaltados, de modo que o regulador poderá apoiar suas inovações, ajudar empresas líderes a incrementar o nível de excelência

esperado para determinado setor regulado e fomentar um ambiente para que surjam novas formas inovadoras de se atender aos objetivos regulatórios com ainda menos dispêndio de recursos e maior eficiência (BRAITHWAITE, 2011, p. 501-503).

A cinco, o regulador pode apontar situações ao setor nas quais espera que os objetivos regulatórios sejam alcançados a partir de cooperação com os regulados por meio de iniciativas de apoio e de educação para geração de capacidade. Caso essa abordagem não funcione, altera-se os incentivos de cooperação para opções mais interventivas (BRAITHWAITE, 2011, p. 503-504).

A seis, a estrutura regulatória deve mostrar – sem jamais ameaçar – de forma clara e compreensível que existe enorme diversidade de sanções escaláveis para atender a cada situação específica de desconformidade. Além disso, o regulador deve deixar evidente que o pico da pirâmide regulatória é descomunal e que elas serão impostas quando necessário, mas apenas como um último recurso (BRAITHWAITE, 2011, p. 504-507). Assim, como já mencionado, a mera disposição de o regulador adotar uma estratégia de punição contra o ator regulado pode ser suficiente para garantir a cooperação (BRAITHWAITE, 1985, p. 118).

A sete, tem-se que, especialmente nos países em desenvolvimento (BRAITHWAITE, 2006), o regulador sem capacidade de escalar por conta própria as respostas da pirâmide regulatória pode convidar parceiros e outros agentes – nacionais ou transnacionais – interessados no setor para incrementar a pressão para que ocorra a conformação dos regulados (BRAITHWAITE, 2011, p. 507-510).

Isto é, há casos em que o regulador não dispõe das fontes necessárias para escalar a pirâmide regulatória de forma coerente e, por consequência, os limitados recursos para implementação da regulação acabam sendo gastos na aplicação nas medidas mais interventivas. Nessas hipóteses, o discurso da governança nodal (*networking escalation*) utiliza do apoio de terceiros para escapar da lógica dicotômica entre regulador e regulado, oferecendo caminho alternativo de escalada da pirâmide regulatória e, assim, permitindo sua viabilização em países em desenvolvimento (BRAITHWAITE, 2006, p. 896).

A oito, o regulador deve incentivar responsabilidade ativa – atores regulados assumem por conta própria o papel de atingir os objetivos e agir de forma conforme às diretrizes regulatórias, pautando condutas futuras –, recorrendo à

responsabilidade passiva dos regulados – regulador responsabiliza aos diversos atores por eventuais desconformidades, punindo condutas passadas – apenas quando a primeira alternativa falhar (BRAITHWAITE, 2011, p. 510-512).

A nove e por último, é esperado que regulador tenha a capacidade de aprender a partir da avaliação da eficácia e do custo efetivo de suas estratégias regulatórias, bem como de comunicar as lições aprendidas para todos os atores envolvidos no setor regulado (BRAITHWAITE, 2011, p. 512-518).

Para além desses princípios, Aranha e Lopes (2021) ensinam que, no Brasil, são aplicáveis os seguintes princípios de Direito Administrativo à introdução de postura responsiva à atuação das agências reguladoras:

- a) O princípio da unicidade do jus puniendi estatal impõe a comunicação entre os princípios do direito penal e do direito administrativo sancionador;
- b) O princípio da juridicidade afasta a noção simplista do automatismo processual, como também da irrefletida e mecânica aplicação cartesiana das normas, sob pena de a Administração Pública negar respeito aos princípios constitucionais que a regem, em especial os princípios da proporcionalidade, eficiência e finalidade na consecução do interesse público;
- c) Aplicam-se à atividade regulatória sancionadora os princípios da insignificância, justa causa, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência;
- d) À luz dos princípios regentes do Direito Administrativo Sancionador, o regulador não somente pode como deve ponderar a aplicação de sanção com a demonstração de sua utilidade em alcançar a finalidade regulatória de conformidade do comportamento regulado.
- e) Caso a decisão de instaurar processo sancionador ou de aplicar a sanção correspondente se revele manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá evidentemente agido em desacordo com o princípio da razoabilidade.
- f) O princípio da proporcionalidade, como uma das principais técnicas da ponderação, é tão aceito e disseminado no sistema jurídico brasileiro que já teve, inclusive, seus critérios de aplicação estruturados e estabelecidos pelo STF. Segundo tais critérios, a proporcionalidade, remansosamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência como orientadora da interpretação e aplicação das normas jurídicas, constitui, portanto, fundamento da própria legitimidade material dos atos administrativos, inclusive, por óbvio, daqueles praticados no exercício da atividade reguladora (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 348-349).

Assim sendo, observa-se que os princípios arrolados acima indicam que a Regulação Responsiva deve se desdobrar em um processo social orgânico, no qual a postura atenta aos fatores de responsividade e aos princípios direcionadores de conduta por parte do regulador poderá resultar na constituição de um cenário em que os diversos atores regulados adiram à estratégia de retaliação equivalente (TFT), buscando priorizar soluções menos interventivas, mais eficientes e menos custosas.

1.3.4. PIRÂMIDES REGULATÓRIAS E ENDEREÇAMENTO DE ESTRATÉGIAS.

Recapitulando, tem-se que, em sua concepção mais básica, a Teoria da Regulação Responsiva consiste na ideia de que o ente regulador deve empregar respostas mais ou menos intervencionistas a partir da avaliação das diversas – e por vezes contraditórias – motivações dos atores regulados, da estrutura do setor da economia em questão e do comportamento dos vários atores, mantendo-se sensível à eficácia com a qual esses se autorregulam antes de escalar a intervenção (BRAITHWAITE, 1985; AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

A hierarquização de diferentes estratégias e respostas regulatórias para aprimorar a conformidade à norma pelos atores regulados foi primeiramente cogitada por Braithwaite em sua obra *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety* (1985, p. 142-148). Naquela oportunidade, o referido autor vislumbrou diagramação da regulação em pirâmide regulatória na qual:

(...) a maioria das infrações estaria situada na base, recebendo sanções mais brandas, e um número progressivamente menor de infrações sofreria as opções mais duras, de modo que os infratores temeriam a possibilidade de estarem entre os poucos que sofrerão maior intervenção. De igual modo, os regulados poderão nutrir a esperança de que, mesmo sendo culpados de uma infração mais grave, poderão receber tratamento mais branda caso atendam rapidamente as propostas de reforma por parte do regulador (em tradução livre) (BRAITHWAITE, 1985, p. 142).

Essa proposta foi densificada em estudos subsequentes (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2006; BRAITHWAITE, 2011; KOLIEB, 2015), permitindo a compreensão de que a utilização de uma pirâmide como marco distintivo da abordagem responsiva (BRAITHWAITE, 2008, p. 88) tem como função reafirmar a relação entre as diversas estratégias e respostas regulatórias em determinado setor, demonstrando visualmente que é necessária a utilização intercalada e interdependente de todos os métodos regulatórios para geração de maior conformidade dos atores regulados e de eficiência regulatória. Essa forma geométrica também denota que a maior parte da atividade regulatória deve ocorrer na base piramidal, em que a estratégia se funda em medidas restaurativas e cooperativas. Apenas quando houver desconformidades e/ou abusos de liberdade pelos regulados

que se prescreve a escalada relutante de estratégias mais intervencionistas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2011).

Destarte, cabem alguns alertas a respeito do uso da diagramação das pirâmides na prática regulatória. De um lado, ressalva-se que não existe apenas uma “pirâmide regulatória” e que essa diagramação é apenas uma forma de “sintetizar passos heurísticos” representativos da Regulação Responsiva. A realidade é que existem “várias pirâmides de escaladas punitivas e desescaladas persuasivas”, que se adequam às particularidades de cada situação (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 350-351). De outro lado, também é necessário assimilar que as mencionadas pirâmides são meras representações de uma teoria muito mais complexa e que depende de adequação prática aos respectivos setores da economia regulados. Eventual apego excessivo à forma das pirâmides poderia resultar em falácias quanto à melhor estratégia a ser adotada – até porque não necessariamente a próxima resposta regulatória está disposta no degrau subsequente da pirâmide – e em negligência de aspectos essenciais à Regulação Responsiva, como a avaliação prática – sem ideias preconcebidas ou cristalizadas em fórmula regulatória – da relação entre regulador, regulados e outros interessados (MASCINI, 2013, p. 57).

Isso posto, passa-se adiante à avaliação das principais pirâmides da Teoria da Regulação Responsiva, assim como à explicação das estratégias e respostas regulatórias possíveis em cada nível. Embora haja evidência na literatura para contabilizar onze pirâmides (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 361),⁶ importa a esta Dissertação apenas a compreensão mais detalhada das seguintes diagramações: (i) pirâmide de estratégias regulatórias; (ii) pirâmide de medidas de constrangimento; (iii) pirâmide de integração dos perfis regulados e finalidades regulatórias; (iv) pirâmide regulatória de governança em rede; e (v) diamante regulatório.

As duas primeiras formas – pirâmide de estratégias regulatórias e pirâmide de medidas de constrangimento – abordadas foram propostas por Ayres e Braithwaite (1992) como ferramentas demonstrativas que poderiam ser adaptadas para as

⁶ Segundo Aranha e Lopes (2021, p. 361), as onze pirâmides regulatórias identificadas na literatura são: “a pirâmide de estratégias regulatórias; a pirâmide de constrangimento; a pirâmide de perfis dos regulados; a pirâmide finalidades regulatórias; a pirâmide de pareamento entre perfis de regulados e tipos de justiça; a pirâmide de recompensas; a pirâmide de sanções; a pirâmide de regulação em rede; o diamante regulatório, que, na verdade, contém duas pirâmides – a aspiracional e a de conformidade –; a pirâmide de mecanismos regulatórios; e a pirâmide tridimensional”.

necessidades e particularidades de cada setor da economia regulado, ganhando ou perdendo novos degraus e contornos de atuação. Para o presente exercício teórico, contudo, essas serão abordadas conforme concebidas pelos referidos autores.

A pirâmide de estratégias regulatórias (BRAITHWAITE, 1985, p. 142-147) apresenta ações estratégicas – autorregulação, autorregulação regulada, regulação por sanções discricionárias e regulação por sanções vinculadas – que podem ser desencadeadas pelo regulador em relação ao setor da economia regulado como um todo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38-40). Vejamos:



Figura 1 – Pirâmide de Estratégias Regulatórias

Fonte: composição própria, apoiada nas obras de (i) John Braithwaite (1985, p. 142-147); (ii) Ian Ayres e John Braithwaite (1992, p. 39); e (iii) Marcio Iorio Aranha e Othon de Azevedo Lopes (2021, p. 351).

A instrumentalização dessa pirâmide está apoiada na compreensão de que a regulação eficaz deve fazer uso de estratégias e respostas interdependentes, de modo que o regulador possa utilizar a possibilidade de escalada das estratégias. Ao escalar relutantemente a pirâmide, a abordagem frente aos regulados passa de respostas mais brandas, com caráter cooperativo e restaurativo, para sanções cada vez mais severas e interventivas (BRAITHWAITE, 1985, p. 142-143, 147).

Com isso em mente, cumpre descrever os contornos gerais das principais estratégias regulatórias propostas por Ayres e Braithwaite (1992) para essa pirâmide.

A estratégia regulatória inicial e prioritária deve ser a de autorregulação (*self-regulation*), por meio da qual os atores teriam liberdade para implementar, à sua maneira, os objetivos e demandas regulatórias estabelecidas pelo Estado. Desse modo, o preço da concessão de maior liberdade ao setor e de menor intervenção estatal seria justamente o compromisso de que os atores regulados empregariam seus recursos para garantir o cumprimento – e a comprovação – das demandas regulatórias (BRAITHWAITE, 1985, p. 120-125). Apenas no caso de a autorregulação por ação voluntária dos regulados falhar – e isso não significa a mera existência pontual de desconformidade, mas sim a avaliação periódica da eficácia dessa estratégia e do atendimento das demandas regulatórias – que seriam cogitadas medidas mais interventivas por parte do Estado.

Escalando a mencionada pirâmide, verifica-se que o degrau subsequente faz referência à autorregulação regulada (*enforced self-regulation*) como próxima estratégia (BRAITHWAITE, 1985, p. 125-132). Essa abordagem vislumbra a delegação de algumas funções regulatórias aos agentes privados, permitindo que, em avaliação aderente à realidade do respectivo setor da economia, os regulados possam participar da elaboração de suas próprias normas regulatórias (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 102-103). Essa estratégia permitiria que as regras aplicáveis aos atores regulados sejam personalizadas para a realidade de cada um e, conseqüentemente, que essas sejam mais facilmente aderidas pelo comportamento empresarial. Adicionalmente, exige-se que os regulados instituem grupos internos de fiscalização e conformidade dessas normas, os quais recomendariam ações disciplinares contra os infratores e, havendo insucesso das medidas internas, enviariam comunicação compulsória ao regulador com recomendação para a aplicação de sanções. Nesse contexto, o regulador poderia concentrar seus recursos e esforços em validar e/ou ajustar as referidas normas, assim como em averiguar os livros de registro da atuação dos grupos internos às empresas, realizar fiscalizações pontuais e conformar a conduta de eventuais atores que insistam em condutas desconformes ao arcabouço normativo e às demandas regulatórias (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 102-109, 131-132; ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021).

No topo da pirâmide de estratégias regulatórias estão situadas a regulação por sanções discricionárias (*command regulation with discretion to punish*) e a regulação por sanções vinculadas (*command regulation with nondiscretionary punishment*), subseqüentemente, como estratégias de maior intervenção estatal sobre o setor regulado (BRAITHWAITE, 1985, p. 133-142).

Vale dizer, nesse ponto, que a situação hierarquicamente superior dessas estratégias regulatórias não significa que sejam mais punitivistas que a autorregulação regulada. Na realidade, as estratégias de regulação por sanções (*command regulation*) tem seu diferencial no fato de que as normas impostas nesse contexto teriam característica universal, com gestação e aprovação estatal, e estariam baseadas em requisitos técnicos estáveis. Outro ponto de distinção dessas estratégias reside na orientação de aplicação direta das sanções para impor a conformidade de regulados à norma (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 373-374).

A escalada até as estratégias do topo da pirâmide deve ocorrer apenas quando falharem a autorregulação e a autorregulação regulada. Isso em mente, a regulação por sanções seria justificada em cenários nos quais se verificar que (i) os interesses envolvidos ou eventualmente afetados são tão relevantes que não justifiquem eventuais riscos decorrentes da autorregulação, (ii) a implementação de autorregulação tem grande risco de gerar cooptação local ou (iii) os custos da autorregulação excederem seus benefícios (BRAITHWAITE, 1985, p. 137).

De um lado, a regulação por sanções discricionárias prescreve que o regulador deve produzir arcabouço normativo detalhado e, dentro de sua avaliação de discricionariedade, punir os atores regulados que incorram em desconformidades (BRAITHWAITE, 1985, p. 133). De outro lado e no pico da pirâmide de estratégias regulatórias, a regulação por sanções vinculadas deve ser implementada quando houver abuso de discricionariedade pelos reguladores, de modo que a respectiva infração será objeto de sanção ao regulado (BRAITHWAITE, 1985, p. 137-142).

Expostas as estratégias regulatórias, passa-se à compreensão da pirâmide de medidas de constrangimento (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 35-38). Essa pirâmide é voltada para a ação individualizada do regulador frente a determinado ator regulado, descrevendo técnicas e instrumentos específicos. Em sua formulação inicial, Ayres e Braithwaite (1992, p. 35) apresentaram medidas partindo da persuasão

e escalando para advertência, sanção cível, sanção penal, suspensão temporária de licença de operar e revogação da licença de operar:



Figura 2 – Pirâmide de Medidas de Constrangimento

Fonte: composição própria, apoiada na obra de Ian Ayres e John Braithwaite (1992, p. 35).

Vale ressaltar, contudo, que o conteúdo dos degraus na diagramação original dessa pirâmide é meramente exemplificativo. Isso que dizer que a implementação das medidas de constrangimento depende de esforço inovador e sensibilidade do regulador ao lançar mão das técnicas e instrumentos regulatórios suficientes para atender às necessidades e particularidades de cada setor regulado (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 35-37; GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986).

Ademais, não basta apenas prever uma sanção adequada para cada conduta, haja vista que as infrações e desconformidades podem variar em seu nível de seriedade. Caso as sanções não combatam de forma adequada todo o espectro de seriedade das condutas, pode haver ineficácia da regulação. A solução para esse dilema seria a implementação de pirâmide de medidas de constrangimento bem estruturada, em que o regulador tenha várias técnicas e instrumentos aplicáveis a cada conduta – conduta X poderia ser combatida adequadamente pelas sanções A,

B e C, por exemplo –, sendo possível escalá-las de forma proporcional à seriedade da desconformidade apurada (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 37).

Embora não tenha sido cogitada na obra seminal da Regulação Responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), também tem relevância contemplar a pirâmide de integração dos perfis regulados e finalidades regulatória (BRAITHWAITE, 2002, p. 32). A partir dessa diagramação, considera-se o perfil de cada ator regulado – virtuoso, racional ou incapaz/irracional – ao escalar a pirâmide de finalidades regulatórias – persuasão/justiça restaurativa, dissuasão ou privação/incapacitação –, conjugando as estratégias para que uma mitigue as fraquezas da outra e dialogue de forma adequada com o ator enfrentado (BRAITHWAITE, 2002, p. 31-34):



Figura 3 – Pirâmide de integração dos Perfis Regulados e Finalidades Regulatórias

Fonte: composição própria, apoiada nas obras de (i) John Braithwaite (2002, p. 32) (2008, p. 91) (2011, p. 486); e (ii) Marcio Iorio Aranha e Othon de Azevedo Lopes (2021, p. 352).

Com o amadurecimento da Regulação Responsiva, houve crescente preocupação com a captura do regulador e, por consequência disso, adaptação das medidas de constrangimento estatal para que passassem a abarcar estratégia de governança nodal (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 365). Essa proposta indica que o setor privado possui capacidade de potencializar os efeitos das pirâmides de constrangimento por meio de “nós de segurança”, isto é, meios organizacionais específicos em que se concentram recursos de múltiplas redes para produção de determinada ação (DRAHOS, 2004, p. 410-419).

A partir dessa ideia e da realização de que a Regulação Responsiva foi proposta com base nas condições político-econômicas de nações desenvolvidas, houve necessária adaptação da referida teoria para o contexto dos países em desenvolvimento. Assim, tendo em vista que esses países possuem menor capacidade regulatória, propôs-se a implementação de pirâmide de governança regulatória em redes (BRAITHWAITE, 2006, p. 892) em que os parceiros privados e outros agentes não-estatais – nacionais ou transnacionais – interessados no setor poderiam concentrar seus recursos para incremento de pressão sobre os atores regulados que incorram em desconformidades (BRAITHWAITE, 2006, p. 889-894):

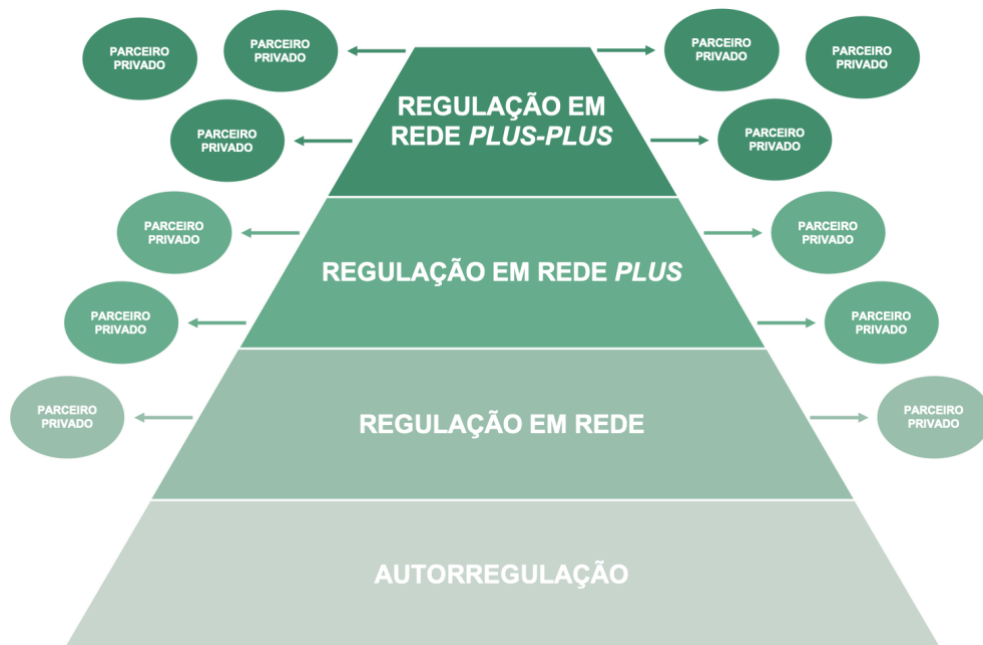


Figura 4 – Pirâmide de Governança Regulatória em Redes

Fonte: composição própria, apoiada na obra de John Braithwaite (2006, p. 890).

Em atenção aos formatos apresentados acima, cabe ressalva essencial à aplicação das pirâmides regulatórias, a qual consistente no entendimento de que o movimento de escalada – e de desescaladas – seja contingencialmente responsivo à provocação e, ao mesmo tempo, capaz de perdoar (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19). Isto é, ao mesmo tempo que o regulador deve escalar as pirâmides quando houver desconformidade ou abuso por parte dos atores regulados, também deve ser capaz de desescalar sua resposta regulatória caso haja reforma das condutas.

Para além da ideia original de diagramação da Teoria da Regulação Responsiva em pirâmides, houve tentativas posteriores de se construir formatos que explicassem o comportamento que ultrapassasse as exigências normativas e as ideias de *compliance* e regulação aspiracional, por exemplo.

A mais proeminente dessas tentativas seria a formulação de diamante regulatório (KOLIEB, 2015, p. 150-161), proposta essa que atenderia a duas supostas deficiências do modelo original da Teoria da Regulação Responsiva, as quais dizem respeito (i) ao fato de que a pirâmide regulatória teria foco excessivo na conformidade a partir do estabelecimento de padrões de comportamento e (ii) à ausência de definição clara sobre a origem desses padrões, usualmente assumida como sendo as normas. Para sanar essas deficiências – e deixar de lado a visão “empobrecida” de que a regulação almejaria tão somente o cumprimento das regras –, Kolieb argumenta que devem ser incorporados métodos e mecanismos que incentivem os regulados a superar os objetivos regulatórios normativamente estabelecidos. Nessa missão, incorporam-se os conceitos de regulação de conformidade (*compliance regulation*)⁷ e regulação aspiracional (*aspirational regulation*)⁸ para que a regulação possa abarcar padrões superiores aos que são exigidos pelas normas (*beyond compliance*), o que revelaria que, por suas limitações inerentes, os padrões legais de comportamento supririam apenas parte dos objetivos que podem ser efetivamente alcançados com o emprego de parâmetros operacionais à regulação (KOLIEB, 2015, p. 137-138, 155).

Isto é, além de buscar padrões comportamentais mínimos, a regulação nesse modelo deve estabelecer mecanismos que incentivem o atingimento de objetivos idealizados de conduta pelos atores regulados (SILVA, 2017, p. 265), diferenciando o que seria o comportamento virtuoso de conformidade dos comportamento virtuoso ideal (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 369). Afinal, o mero cumprimento das normas não poderia ser compreendido como comportamento virtuoso ideal. Para que sejam enquadrados nessa definição os atores regulados devem ultrapassar as exigências legais, ou seja, há clara diferenciação entre os

⁷ A regulação de compliance (*compliance regulation*) emprega mecanismos para encorajar a adesão a certos padrões de comportamento (KOLIEB, 2015, p. 151).

⁸ A regulação aspiracional (*aspirational regulation*) usa mecanismos para encorajar os regulados a melhorar seu comportamento além da mera adesão aos padrões mínimos (KOLIEB, 2015, p. 151).

objetivos regulatórios positivados em normas e o comportamento que atende metas ideais e/ou desejáveis (KOLIEB, 2015, p. 152, 159; ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021).

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

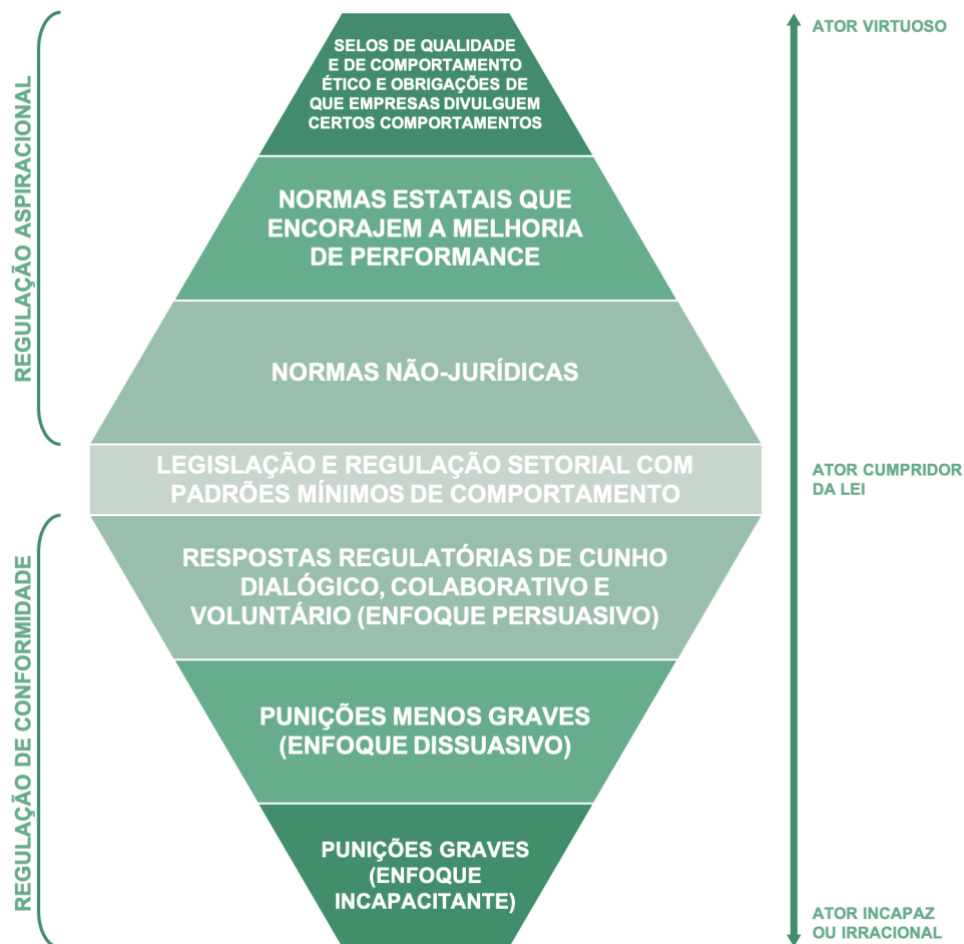


Figura 5 – Diamante Regulatório

Fonte: composição própria, apoiada nas obras de (i) Jonathan Kolieb (2015, p. 150-151); e (ii) Marcio Iorio Aranha e Othon de Azevedo Lopes (2021, p. 354)

Apresentadas as principais propostas de hierarquização da Regulação Responsiva em diversas pirâmides – e diamante – regulatórias para auxiliar sua implementação e potencializar a eficácia da teoria, observa-se que a diagramação dos

sistemas regulatórios deve ser feita com muita atenção e aderência à realidade e aos contornos de cada setor regulado, bem como devem contar com atuação dinâmica do regulador – seja para fomentar comportamentos cooperativos e voluntarismo, seja para combater de forma contundente eventuais desconformidades ou abusos por parte dos regulados –, escalando e desescalando as pirâmides que instrumentalizam sua atuação de forma sensível e contingente, mas sempre capaz de perdoar.

1.3.5. CRÍTICAS, LIMITES E (POSSÍVEIS) RESPOSTAS.

Por se tratar de teoria influente, explorada mundialmente por mais de três décadas, a Regulação Responsiva é alvo de algumas críticas e questionamentos sobre suas limitações, especialmente a abordagem regulatória piramidal.

Nesse sentido, a partir de diagnóstico realizado por Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge (2012, p. 260-265), apresenta-se adiante as seis principais críticas a respeito da Teoria de Regulação Responsiva. Vale mencionar que as quatro primeiras críticas possuem contornos mais conceituais e/ou políticos, assim como que a quinta tem em mira possíveis limitações práticas e a sexta considera eventuais limitações principiológicas da teoria (BALDWIN e BLACK, 2008, p. 62-64).

A primeira crítica aponta que, em algumas circunstâncias, a escalada de “degrau em degrau” (*step by step*) das pirâmides regulatórias pode não ser apropriada. Como exemplo, é possível vislumbrar situações em que a escalada gradual pode não ser efetiva por estarem sendo reguladas interações com riscos de alta gravidade lesiva. Assim, nesses casos, a reação apropriada poderia ser a implementação imediata das respostas em níveis superiores da pirâmide (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 260-261).

A segunda crítica diz respeito aos cenários em que, após escalada da pirâmide regulatória, haja prejuízo – ou dificuldade – da capacidade de desescalar a resposta do regulador em razão de eventual prejuízo à relação com o respectivo ator regulado decorrente do uso de sanções mais interventivas (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 161). A readequação da conduta do regulado costuma ser seguida de desescaladas da pirâmide regulatória – capacidade do regulador de perdoar –

(AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19), de modo que dificuldades na realização desse movimento poderiam trazer prejuízos ao ambiente regulatório como um todo.

A terceira crítica gira em torno do argumento de que, em algumas situações – especialmente quando houver limitação de recursos disponíveis à regulação –, a utilização da estratégia regulatória de retaliação equivalente (*tit-for-tat*) pode resultar no desperdício de recursos. Quer dizer, a partir de análise de perfil dos atores regulados – sejam eles virtuosos, racionais ou incapazes/irracionais –, será mais eficiente adaptar e direcionar os tipos de resposta regulatória de acordo com esses resultados, deixando de lado a prescrição de iniciar a regulação pelos degraus mais baixos da pirâmide regulatória (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 161-162).

A quarta crítica argumenta que, na prática, a regulação nem sempre envolve relação binária entre regulador e atores regulados, em que ambas as partes entendem claramente a estratégia que está sendo adotada a cada momento. Com efeito, o desenvolvimento desse tipo de relação pode ser muito mais raro do que se cogita em uma visão puramente teórica. Isso poderia ocorrer em razão de comunicação não eficiente entre o regulador e os atores regulados, assim como de incertezas a respeito de quais seriam as demandas do regulador acerca de determinadas infrações ou desconformidades. Esse quadro de “ruído branco” (*white noise*) regulatório poderia prejudicar a implementação e a eficácia da Regulação Responsiva (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 162-163).

Isso posto, a quinta crítica indica a possibilidade de que, por diversos fatores práticos⁹ que influenciem a conduta do regulador independentemente do grau de cooperação dos regulados, não haja capacidade – ou disposição – para implementação da estratégia de retaliação equivalente na atividade regulatória. É possível que a agência reguladora enfrente limitações – de verba, de instrumentos disponíveis ou de cultura organizacional – à atuação baseada em *compliance* regulatório, bem como que o regulador tema as consequências políticas de eventual escalada da pirâmide regulatória. Nesses casos, pode ser observada situação em que

⁹ É possível cogitar nesses diversos fatores, por exemplo, os recursos disponíveis à regulação, o número limitado de interações entre regulador e regulados, o tamanho da população regulada, os padrões impostos e como eles são percebidos pelos regulados, os custos da cooperação, a viabilidade de assistência financeira fornecida para que haja cooperação e a estrutura de penalidades (BALDWIN e BLACK, 2008; BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012).

a política regulatória se sobrepõe e inviabiliza a “natureza individual” da relação entre regulador e atores regulados (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 163-162).

Por fim, a sexta crítica questiona o grau de justiça, proporcionalidade e consistência da Regulação Responsiva (BALDWIN e BLACK, 2008, p. 64). Essa preocupação aponta que, apesar de a atuação responsiva buscar empregar princípios de racionalidade, as respostas regulatórias poderiam sofrer de um nível elevado de discricção e de falta de transparência (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 264).

De fato, todas as mencionadas críticas sobre os limites da Teoria da Regulação Responsiva possuem relevante pertinência na sua concepção e operacionalização em determinados setores regulados.

No entanto, vislumbra-se possível resposta no fato de que essa teoria não se prende aos embates maniqueístas, como os de “regular ou desregular” e ou de “regular por dissuasão ou por persuasão”. Como já mencionado, a Regulação Responsiva é uma teoria dinâmica por meio da qual se propõe desenho regulatório que lança mão das mais variadas técnicas e formas regulatórias, usufruindo de seus benefícios nas respectivas situações de aplicação mais eficientes (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 377-378). Também não pode a implementação de uma atuação responsiva pelo Estado se pautar em apego excessivo às propostas – meramente ilustrativas – de pirâmides regulatórias, especialmente considerando que estruturação da regulação é muito mais complexa do que sua representação gráfica, especialmente porque não necessariamente a próxima resposta regulatória está disposta no degrau subsequente da pirâmide (MASCINI, 2013, p. 57).

Logo, para funcionar adequadamente, é necessário que o Estado implemente a Regulação Responsiva com fundamento em detida avaliação das diversas – e por vezes contraditórias – motivações dos atores regulados, da estrutura do setor da economia em questão e do comportamento dos vários atores, mantendo-se sensível à eficácia com a qual esses se autorregulam antes de escalar a intervenção (BRAITHWAITE, 1985; AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Os cenários críticos indicados por Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 260-265) são possíveis e, para enfrentá-los, o regulador responsivo deve reagir ao desempenho dos regulados, às suas orientações comportamentais – incluindo a cultura e as concepções empresariais –, ao ambiente institucional mais amplo do

regime regulatório – que envolve estruturas organizacionais, regulatórias, normativas, cognitivas e de distribuição de recursos –, às diferentes lógicas das ferramentas e estratégias regulatórias, ao desempenho do próprio regime e às mudanças em cada um desses elementos (BALDWIN e BLACK, 2008, p. 68-76).

Evidente, portanto, que a Teoria da Regulação Responsiva é – e deve ser – confrontada com críticas e questionamentos sobre seus limites em cada setor regulado, mas, conforme exposto nos tópicos anteriores, seus próprios fundamentos, pressupostos e princípios pautam que essa seja personalizada para melhor adequar as particularidades e deságios enfrentados, mesmo que seja necessário transcender as propostas de formatação da regulação em pirâmide ou em outras diagramações.

1.4. RESPONSABILIDADE COMO TENDÊNCIA REGULATÓRIA NO BRASIL.

Tendo em vista o advento e o desenvolvimento da Teoria da Regulação Responsiva, chama atenção sua implementação no âmbito de movimento progressivo de aprimoramento da regulação no mundo, tendo exemplos inclusive no Brasil.

Deveras, em maior ou menor escala, é possível identificar iniciativas e/ou exemplos de atuação responsiva em sete das onze agências reguladoras brasileiras, quais sejam a ANATEL, a ANEEL, a ANAC, a ANTAQ, a ANS, a Ancine e, mais recentemente, a ANTT (LUSTOSA, 2021). Há, portanto, movimento de descolamento do modelo regulatório anterior – Comando e Controle, apoiado em atos coercitivos extrínsecos – pela maior parte das agências, as quais enfrentam processos de alteração normativa e adequação do marco regulatório para melhor acomodar contornos da Regulação Responsiva (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 122).

Como se verá nos tópicos subsequentes, algumas agências – ANATEL, ANEEL, ANAC e ANTT – estão colocando em prática algumas tentativas de reformulação mais abrangente nos seus marcos regulatórios, o que, em tese, permitiria a utilização de sistemas mais responsivos. Por outro lado, há agências – ANS, ANTAQ e Ancine – que aprovaram normas pontuais com indícios de estratégias responsivas, mas que ainda não se propuseram a realizar reforma ampla.

Nesse ponto, é essencial ressaltar que as iniciativas responsivas observadas em agências brasileiras e os seus respectivos normativos representam meras iniciativas normativas e teóricas. Quer dizer, atualmente, ainda não se tem nota de agência que tenha implementado efetivamente a Teoria da Regulação Responsiva em sua prática regulatória. Afinal, é natural que as agências reguladoras tenham dificuldade para se remodelarem e passem por fase inicial de “preparação de terreno”.

Ainda assim, todas essas experiências são relevantes e demonstram obras complexas de engenharia jurídica, especialmente porque, no Brasil, a tradução da Regulação Responsiva esbarra em uma experiência jurídica que “desconfia da discricionariedade e submete o servidor público a uma espada de Dâmocles¹⁰ de responsabilização iminente com ônus da prova invertido” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 337). Assim sendo, há grande relevância em se compreender os caminhos e projetos que são traçados em cada uma das mencionadas agências reguladoras.

Vale uma última ressalva antes de abordar os casos específicos das referidas agências reguladoras: o processo de produção normativa e aprimoramento regulatório é dinâmico, passando por constante alteração, de modo que a presente Dissertação pretende tão somente demonstrar de forma exemplificativa os processos de transição do Comando e Controle para a Regulação Responsiva nas agências brasileiras e como essas experiências paralelas se comparam entre si.

1.4.1. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL).

A Agência Nacional de Telecomunicações foi criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (BRASIL, 1997), sendo responsável por implementar a política nacional de telecomunicações, além de promover a competição justa nesse setor, garantir a qualidade dos serviços prestados, regular a infraestrutura de telecomunicações e gerenciar a atribuição de radiofrequências.

Ao longo das últimas décadas, esse setor foi alvo de intenso e disruptivo processo de modernização causado pela revolução dos meios de comunicação – marcada pelo surgimento da telefonia móvel, pela democratização da *internet* de alta

¹⁰ A expressão “espada de Dâmocles” indica o perigo ou os riscos inerentes à posição de comando.

velocidade e pela evolução dos *smartphones* – e pelo crescimento exponencial das interações realizadas por meio das redes sociais na atualidade.

Ocorre que, no contexto de atuação da ANATEL, foi identificada ineficácia do modelo de Comando e Controle tradicionalmente utilizado pela agência, o qual resultava em um excessivo volume de multas aplicadas – mais de 66 mil entre 1997 e 2019, somando penalidades no montante de R\$ 11,5 bilhões –, com baixíssimo percentual de arrecadação desses valores – apenas 7,5% das multas efetivamente arrecadadas –, e na percepção de exagero das respectivas medidas por parte dos regulados e da sociedade em geral. Esse quadro demonstrou enorme esforço por parte da ANATEL que não resultou em ganho de eficiência na regulação (CGU, 2020).

Para fazer frente a esse quadro desafiador, desde 2007, a agência implementou com sucesso estratégias com contornos responsivos, indicando mudanças de mentalidade do regulador em direção a um novo desenho regulatório, quais sejam: (i) a Resolução nº 460, de 19 de março de 2007 (BRASIL, 2007),¹¹ a qual repassou o dever de implementar a portabilidade do código de acesso do usuário às empresas prestadoras de Serviço Telefônico Comutado (STFC) e de Serviço Móvel Pessoal (SMP), isto é, encontrou solução cooperativa junto aos regulados e aos demais interessados – admitindo a participação de parceiros privados – para formulação da estrutura regulatória que apresentou características responsivas de governança nodal; (ii) a Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012 (BRASIL, 2012a),¹² que aprovou o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) para injetar competição no mercado atacadista (*wholesale market*) de telecomunicações e institucionalizar a supervisão das negociações pela Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado (ESOA), fortalecendo a regulação nodal ao transferir competências a parceiro privado supervisor no mercado atacadista; e (iii) a licitação para abrir espaço para o novo padrão 4G na frequência de 700MHz, ocorrida no ano de 2014, no âmbito da qual a ANATEL fez uso de regulação de governança em rede ao criar novo parceiro privado – Entidade Administradora do Processo de Redistribuição e Digitalização de Canais de TV e RTV (EAD) – incumbido de operacionalizar e divulgar o processo de transição (ARANHA, 2016, p. 2, 8-19; CHAVES, 2023).

¹¹ Atualmente, esse normativo foi revogado pela Resolução nº 749, de 15 de março de 2022 (BRASIL, 2022a), que aprovou Regulamento de Numeração dos Serviços de Telecomunicações.

¹² Essa resolução foi alterada pela Resolução nº 694, de 17 de julho de 2018 (BRASIL, 2018e).

Para além dessas iniciativas, a ANATEL implementou alterações normativas adicionais para tentar avançar na adoção de uma modelagem mais responsiva, que se deram a partir da (i) Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019e), a qual aprovou o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL), e da (ii) Resolução nº 746, de 22 de junho de 2021 (BRASIL, 2021h), a qual alterou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA) e aprovou o inovador Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR), que pode contribuir para eventual implementação da Teoria da Regulação Responsiva pela ANATEL na forma de regras gerais e aplicáveis a todos os processos de acompanhamento (ARANHA, RAMOS, *et al.*, 2021).

Portanto, observa-se que, conforme disposto na Análise nº 52/2021/MM realizada pelo Conselheiro Moisés Queiroz Moreira (ANATEL, 2021), o RFR teria como objetivo “acompanhar a prestação de serviços de telecomunicações e agir, preventiva ou restritivamente, perante a ocorrência de relevantes descumprimentos da regulamentação” a partir de princípios da Teoria da Regulação Responsiva. Adicionalmente, o referido regulamento também apresentou proposta à implementação de “pirâmide de incentivos” da ANATEL, disposta abaixo:



Figura 6 – Pirâmide de Incentivos da ANATEL

Fonte: composição própria, apoiada na Análise nº 52/2021/MM (ANATEL, 2021).

Essa pirâmide é dividida entre medidas preventivas ou reparatórias – começando na composição de base de dados para futuras fiscalizações e escalando para a orientação aos administrados, a divulgação de informações, a elaboração de plano de conformidade e a notificação para regularização – e medidas sancionatórias – progredindo de advertências para multas, suspensão temporária, obrigação de fazer, intervenção e, no pico, declaração de caducidade –, permitindo a implementação de estratégia de retaliação equivalente no âmbito do setor regulado por essa agência (ANATEL, 2021).

1.4.2. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL).

A Agência Nacional de Energia Elétrica foi a primeira agência reguladora federal criada por força de lei, qual seja a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996c), sendo atribuída a competência para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com a legislação e em conformidade com as diretrizes e as políticas do Governo Federal.

Tal como observado no caso da ANATEL, foi apurado cenário de esgotamento do modelo tradicional de fiscalização no âmbito da ANEEL, de modo que se tornou necessário identificar novas estratégias regulatórias aplicáveis ao setor com o intuito de assegurar a conformidade regulatória e a qualidade na prestação de serviços de energia elétrica (FERNANDES, 2018).

Em vista disso, em 2016, a ANEEL deu início ao Projeto de Fiscalização Estratégica, o qual tem como objetivos (i) focar as atividades de fiscalização da agências em ações preventivas, (ii) incrementar o grau de efetividade da área a partir da utilização de técnicas de inteligência analítica e de aperfeiçoamento do planejamento de atividades e (iii) otimizar os recursos humanos e materiais disponíveis (ANEEL, 2019, p. 54). Também vale mencionar que a Fiscalização Estratégica é composta pela execução de quatro etapas – monitoramento, análise, acompanhamento e ação fiscalizatória –,¹³ sendo que a sua conclusão e classificação

¹³ No Relatório de Gestão do Exercício de 2018 da ANEEL, as quatro etapas são melhor descritas em tópicos específicos, vejamos: “a) Monitoramento: A primeira etapa consiste no monitoramento contínuo e diagnóstico técnico preventivo de todas as Distribuidoras e as Transmissoras de Energia Elétrica.

como “fiscalização realizada” não depende da execução da etapa anterior ou subsequente (ANEEL, 2019, p. 54-55).

Essa sistemática tem claros contornos responsivos, especialmente considerando que “as atividades de monitoramento conduzidos pela agência, os dados de reclamações dos usuários, dos indicadores de serviços e dos desligamentos da rede passaram a ser utilizados para avaliar a qualidade dos serviços prestados”, bem como que há estrutura de estratégias regulatórias hierarquizadas e interdependentes que podem ser desencadeadas a depender dos fatores de responsividade dos regulados e do setor (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 128-129).

Subsequentemente à alteração de estratégia decorrente do Projeto de Fiscalização Estratégica, a ANEEL impulsionou o processo de positivação dessas regras por meio da alteração das normas que disciplinavam o processo sancionador, notadamente a Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004 (BRASIL, 2004a).

O resultado desse processo normativo foi a publicação da Resolução Normativa nº 846, de 11 de junho de 2019 (BRASIL, 2019b), que aprovou os procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos atores regulados do setor e dispôs sobre diretrizes gerais da fiscalização da agência.

Dentre as diversas inovações e mudanças paradigmáticas para a regulação do setor, vale lançar luz sobre as previsões contidas (i) no art. 2º, que, pautado na Regulação Responsiva, introduz comando central de que a “fiscalização

Nessa etapa, o desempenho dos Agentes é monitorado e, havendo indícios de falha na prestação de serviço ou mesmo uma tendência de piora na qualidade da prestação, são emitidos alertas preventivos para correção imediata, e também sinalizado para investigação detalhada pelas equipes de Análise. Essa etapa também é responsável pela medição dos resultados pactuados nos Planos de Providências. b) Análise: Os agentes identificados na Etapa de Monitoramento com indícios de má prestação de serviço são encaminhados à etapa de Análise, que tem como principal objetivo avaliar detalhadamente os temas apontados como relevantes na etapa de monitoramento. O trabalho de análise é consolidado em Relatórios de Análise, que são apresentados aos agentes de distribuição e transmissão de energia para que adotem as providências necessárias para a melhoria na qualidade dos serviços. Assim, os Agentes devem elaborar Planos de Providências dos problemas apontados, os quais serão acompanhados na etapa de Acompanhamento. c) Acompanhamento: Nessa etapa é feito o acompanhamento dos Planos de Providências apresentados pelos Agentes na etapa de Análise. São acompanhadas as providências adotadas para a correção dos problemas e os resultados obtidos. Os acompanhamentos são consolidados em relatórios de acompanhamento, permitindo que a sociedade conheça as ações de fiscalização e seus resultados. d) Ação Fiscalizadora: Quando as falhas apontadas nas etapas anteriores não forem corrigidas até o término da Etapa de Acompanhamento, e não se tiver a melhoria esperada no desempenho da temática proposta, ou se identificarem falhas graves nas etapas de Monitoramento ou Análise, o processo segue para as fases de notificação e, eventualmente, de punição” (ANEEL, 2019, p. 54).

visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei, dos regulamentos e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados”; (ii) no art. 3º, que formaliza práticas de monitoramento e controle da atuação dos atores regulados no processo fiscalizatório e que, em seu inciso III, estabelece a diferenciação do “risco regulatório em face do comportamento dos agentes” como um dos objetivos orientadores desse processo de fiscalização permanente; e (iii) no art. 4º, que evidencia o papel orientador buscado pela ANEEL ao estipular “planos de resultados com os agentes setoriais para melhoria de desempenho” (BRASIL, 2019b).

1.4.3. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC).

A criação da Agência Nacional de Aviação Civil ocorreu por disposição da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 (BRASIL, 2005a), possuindo como principal competência a regulação e a fiscalização das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no país.

Essa agência também passa por movimento de implementação de estratégias pautadas na Regulação Responsiva, tendo como normativo precursor e principal a Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 (BRASIL, 2018c), cujo objetivo é estabelecer “providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária sob competência da ANAC”, não estando incluída a fiscalização das concessionárias e autorizadas contratadas para a gestão da infraestrutura aeroportuária.

Por meio da referida resolução, a agência abriu as portas para o desenvolvimento de nova abordagem fiscalizatória e introduziu três espécies de providências administrativas: preventivas, sancionadoras e acautelatórias. Além disso, o normativo estabeleceu (i) no art. 2º, inciso III, a existência de duas espécies de fiscalização – vigilância continuada e ação fiscal propriamente dita – que possibilitam a adoção da resposta regulatória mais adequada; (ii) no art. 2º, inciso IV, o Plano de Ações Corretivas (PAC), que poderá ser apresentado por regulado contendo a descrição das ações para correção da condição irregular, cronograma de implementação e responsáveis; (iii) no art. 6º, os exemplos de medidas preventivas

de fiscalização, como o Aviso de Condição Irregular (ACI) e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI); e (iv) no art. 8º, § 4º, a possibilidade de não adoção de outras medidas administrativas e/ou sancionatórias mediante a correção tempestiva de infração (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 435-446; CHAVES, 2023).

Essas disposições podem ser arrançadas em pirâmide de *enforcement* da ANAC (2018c), a qual deve ser analisada com a ressalva de que há limitações sobre sua aderência à Regulação Responsiva pelo fato de não diferenciar os atores regulados “segundo perfis de comportamento geral para fins de aplicação, ou não, de medidas cooperativas, ou priorização de formas regulatórias mais interventivas” (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 440-441).



Figura 7 – Pirâmide de Enforcement da ANAC

Fonte: composição própria, apoiada na Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 (BRASIL, 2018c).

Isso posto, houve aprimoramento normativo a partir da publicação da Resolução nº 599, de 14 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020e), a qual preenche lacuna existente na resolução anterior e estabelece o rito processual para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária.

Por fim, a ANAC estabeleceu em seu Plano Estratégico para os anos de 2020 a 2026 objetivos estratégicos voltados à eventual consolidação da Teoria da

Regulação Responsiva no setor de aviação civil (“Projeto Regulação Responsiva”), quais sejam: “OE4. Desenvolver a cultura de cooperação e a integração no setor”; “OE5. Garantir a regulação efetiva para a aviação civil de forma a permitir a inovação e a competitividade”; e “OE6. Fortalecer a gestão de riscos no sistema de aviação civil e a cultura de segurança” (ANAC, 2020).

1.4.4. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi fundada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (BRASIL, 2000), que lhe atribuiu competência para regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde no país.

Estando em constante processo de aperfeiçoamento do ambiente regulatório e de implementação de aspectos da Teoria da Regulação Responsiva, a ANS promoveu a edição da Resolução nº 388, de 25 de novembro de 2015 (BRASIL, 2015), que dispõe sobre os procedimentos adotados para a estruturação e realização das ações fiscalizatórias da agência reguladora.

Esse normativo representou importante marco no setor de saúde suplementar, de modo que (i) no art. 25, inciso IV, formalizou a possibilidade de arquivamento do procedimento fiscalizatório mediante reparação voluntária e eficaz (RVE) da conduta, (ii) no art. 34, autorizou a reparação posterior ao prazo da RVE e a concessão de desconto percentual de 80% nesse caso e (iii) no art. 53, incisos II e III, indicou que poderá anular os efeitos da RVE ou da reparação posterior caso os índices de cumprimento das recomendações forem insuficientes. Ademais, é essencial ressaltar que, para além dos mecanismos com natureza mais conciliadora e resolutiva, a ANS conta com respostas mais interventivas e punitivas, organizadas nos arts. 48 a 54 da resolução (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 148-167).

Isso em mente, cumpre ressaltar que a ANS ainda se encontra em processo de atualização do marco regulatório, tendo, inclusive, aprovado a Resolução nº 483, de 29 de março de 2022 (BRASIL, 2022b), que atualizou e/ou revogou disposições anteriormente previstas na Resolução nº 388, de 25 de novembro de 2015. Todo esse esforço normativo permite que o regulador tenha à sua disposição

instrumentos alternativos à sanção e discricionariedade para que avalie, no caso concreto, sobre a oportunidade e conveniência de instauração de processos administrativos de apuração e punição (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 166).

1.4.5. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ).

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários, por sua vez, foi criada pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 (BRASIL, 2001a). Dentre suas competências, destacam-se a de regular e supervisionar a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas, as instalações portuárias, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas, e a exploração da infraestrutura aquaviária federal.

Essa agência reguladora passou a modelagem com traços responsivos a partir de 2020, época em que foi confrontada com quadro de número crescente de ações fiscalizatórias e de logística complexa de distribuição de fiscalização em quatorze unidades regionais (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 177).

Por esse motivo, ainda que enfrente dificuldades para futura implementação da Teoria da Regulação Responsiva de modo mais abrangente por consequência de aparente insegurança jurídica no setor, a ANTAQ introduziu disposições sobre a categorização dos atores regulados em grupos de risco, incentivo ao uso de planos de melhoria e relatórios individualizados. Nessa sistemática, a intensidade e frequência da ação fiscalizadora vai depender do comportamento pregresso de cada regulado (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 177-178).

1.4.6. AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA (ANCINE).

Por fim, resta endereçar a experiência da Agência Nacional do Cinema, que foi criada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001 (BRASIL, 2001b) e que representa órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira.

Visando a aprimorar seu marco regulatório, essa agência aprovou a Instrução Normativa nº 109, de 19 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2012b), que dispôs sobre o processo administrativo para aplicação de penalidades a infrações. Nessa norma, vale destaque (i) ao art. 103, que estabelece a possibilidade de arquivamento do processo mediante reparação voluntária e eficaz da infração e (ii) ao art. 105, que afasta a atuação preventiva da ANCINE e, conseqüentemente, o arquivamento da infração no caso de o agente ter sido condenado definitivamente pela prática de infração do mesmo tipo há menos de dois anos.

Há, portanto, influência da Regulação Responsiva no setor cinematográfico, com a identificação de “uma pirâmide regulatória de somente dois degraus” no âmbito da ANCINE e com possibilidade de substituição das sanções por medidas com maior eficácia (ARANHA, LOPES, *et al.*, 2021, p. 179).

1.5. IMPORTAÇÃO DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA PARA A ANTT.

Tendo em mente os exemplos das tentativas de aplicação e/ou de influência da Teoria da Regulação Responsiva no âmbito dos marcos regulatórios observados na ANATEL, na ANEEL, na ANAC, na ANS, na ANTAQ e na ANCINE, é evidente que existe no Brasil movimento de descolamento do modelo regulatório tradicional – Comando e Controle – e de busca por constante aperfeiçoamento.

O setor de concessões rodoviárias federais, regulado pela ANTT, não é exceção, especialmente por possuir evolução histórica bastante particular e por se encontrar em momento de reflexão sobre formas de aperfeiçoamento da regulação.

Nesse sentido, em 2019, houve diagnóstico da agência reguladora acerca da existência de problema regulatório relacionado ao (i) desalinhamento entre os normativos da ANTT e os contratos de concessão celebrados entre 1994 e 2022 no âmbito do Programa de Concessões de Rodovias Federais, e à (ii) mitigada utilização de mecanismos responsivos no setor de concessões rodoviárias.

O primeiro aspecto desse problema regulatório reputa-se à perspectiva estrutural da regulamentação, marcada pela especificidade dos contratos celebrados durante as quatro etapas do PROCROFE e, conseqüentemente, pela organização

difusa do marco regulatório. Já o segundo aspecto faz referência à incorporação de ferramentas voltadas a aperfeiçoar a atuação da ANTT por meio de estratégias menos dispendiosas e mais eficientes, como tem sido realizado nas demais agências reguladoras cujos exemplos foram expostos acima.

Isso em mente, o presente Capítulo contribuiu com a compreensão do movimento de descolamento do modelo de Comando e Controle para formas mais modernas de regulação, como, por exemplo, a Teoria da Regulação Responsiva. Nessa linha, também foram demonstrados os pressupostos, os fatores de responsividade, os princípios aplicáveis, a diagramação das estratégias e respostas propostas e as possíveis respostas às críticas e limitações dessa teoria em geral.

Todo esse esforço atende ao segundo aspecto do problema regulatório observado na ANTT – mitigada responsividade –, de modo que, estabelecido o marco teórico por meio do qual se deve observar a edição do Regulamento de Concessões Rodoviárias, torna-se necessário lançar luz sobre o momento atual do setor.

Assim sendo, no Capítulo subsequente, demonstrar-se-á o percurso histórico enfrentado pelo setor de concessões rodoviárias federais, de modo que será possível entender com maior clareza o primeiro aspecto do mencionado problema regulatório – desalinhamento entre os normativos e os contratos de concessão. Isto é, a compreensão detalhada das quatro etapas do PROCROFE possibilita entender os obstáculos que se formaram à regulação ao longo dos seis modelos contratuais implementados pela agência reguladora e como esse quadro poderá ser solucionado.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS NO BRASIL.

Compreendidos os contornos da Teoria da Regulação Responsiva, suas influências na bibliografia sobre o tema e no modelo regulatório adotado pelas agências reguladoras no Brasil, faz-se necessário entender o percurso histórico do setor de concessões rodoviárias e quais obstáculos à regulação formaram-se ao longo dos modelos contratuais do Programa de Concessões de Rodovias Federais.

Isso porque a evolução do PROCROFE resultou em cenário regulatório marcado pela especificidade de contratos, restringindo a condução das atribuições alocadas à agência reguladora, assim como exigindo grande versatilidade e custo regulatório para a gestão dos diversos instrumentos contratuais e normas aplicáveis a cada contrato de concessão (ANTT, 2021c).

Esse quadro é desafiador e encontra possível solução na elaboração de norma abrangente que consolide disposições gerais, capazes de ditar a política regulatória para as rodovias concedidas. Logo, dentre outros motivos, o Regulamento de Concessões Rodoviárias se apresenta como instrumento equipado para suprir o descompasso entre as quatro etapas do PROCROFE e possivelmente incorporar os ditames da Regulação Responsiva ao marco regulatório da ANTT (LUSTOSA, 2021).

Assim, antes de adentrar no RCR, torna-se necessário neste Capítulo: (i) avançar pela evolução histórica do PROCROFE desde sua criação até os contratos mais recentes, demonstrando suas características e particularidades; e (ii) apresentar quadros comparativos entre as principais disposições contratuais, avaliando essas características e particularidades em perspectiva com o marco regulatório em geral.

2.1. EXPLORAÇÃO DE RODOVIAS POR PARTICULARES ANTES DE 1993.

No Brasil, o processo de expansão da malha rodoviária nacional teve início com a implantação do Plano Rodoviário Nacional (PRN) pelo Decreto-Lei nº 15.093, de 20 de março de 1944 (BRASIL, 1944), o qual foi aprovado em meio ao cenário de desenvolvimento da indústria automobilística e de baixos custos de petróleo vivenciado após a Segunda Guerra Mundial (BNDES, 1999, p. 1).

Ocorre que, para viabilizar a execução do PRN e o financiamento de empreendimentos rodoviários em meio à escassez de recursos no pós-guerra (CASTRO, 2000, p. 224-226, 229), tornou-se necessária a publicação do Decreto-Lei nº 8.463, de 29 de dezembro de 1945, ou “Lei Joppert” (BRASIL, 1945), que concedeu autonomia administrativa e financeira ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e instituiu o Fundo Rodoviário Nacional (FRN) com recursos do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos (IUCLLG).

O Plano Rodoviário Nacional permitiu grande expansão malha nacional nos anos subsequentes à sua criação, sendo importante registrar que a estrutura de financiamento do FRN e da infraestrutura rodoviária contou com várias mobilizações de recursos (LACERDA, 2005, p. 145-146).

Na década de 60, o FRN passou a contar com recursos decorrentes do Imposto sobre Transporte (IST), criado pelo Decreto-Lei nº 284, de 28 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967), e da Taxa Rodoviária Federal, criada pelo Decreto-Lei nº 397, de 30 de dezembro de 1968 (BRASIL, 1968).

Em 1969, houve ampliação das formas de financiamento no setor a partir da edição do Decreto-Lei nº 791, de 27 de agosto de 1969 (BRASIL, 1969a), que instituiu a possibilidade de cobrança de pedágio dos condutores que utilizassem as vias públicas integrantes do sistema rodoviário nacional.¹⁴ Além disso, no mesmo ano, o Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969b), substituiu a referida taxa com a criação da Taxa Rodoviária Única (TRU), o que tinha como objetivo mitigar a dupla tributação por diferentes estados sobre o registro e licenciamento de veículos.

Em 1974, iniciou-se movimento progressivo de transferência dos recursos arrecadados pelo IUCLLG para o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), de modo que esse imposto deixaria de ter vinculação específica ao setor rodoviário a partir de 1982 (LACERDA, 2005, p. 145).

No ano seguinte, o Decreto-Lei nº 1.438, de 26 de dezembro de 1975 (BRASIL, 1975), ampliou a base do IST para abarcar o transporte rodoviário de

¹⁴ Na prática, houve cobrança efetiva de pedágio apenas em cinco rodovias federais – BR-116 (Rio-São Paulo), BR-290 (Osório-Porto Alegre), BR-101 (Ponte Rio-Niterói), BR-116 (Rio-Teresópolis) e BR-040 (Rio-Petrópolis) –, mas tiveram sua implementação suspensa na década de 80 em razão da avaliação de que os custos de cobrança não compensariam a arrecadação (CASTRO, 2000, p. 239).

cargas, de modo que passou a ser designado como Imposto sobre Serviços de Transportes Rodoviários Intermunicipal e Interestadual de Pessoas e Cargas (ISTR).

Durante os anos 70, portanto, observava-se cenário de amplo crescimento nacional, com investimentos anuais em rodovias sempre superiores a 1% do Produto Interno Bruto (CASTRO, 2000, p. 229) e cenário de interligação da grande maioria das capitais brasileiras por rodovias federais, o que foi possível devido ao investimento de recursos estatais e à política fiscal expansionista brasileira (FREITAS, 2018, p. 27).

Ocorre que, nos anos 80, o cenário de crise macroeconômica – causada por aumento da dívida internacional com os EUA e por surgimento de déficit na administração pública – resultou em quadro nacional de desaceleração econômica e desarranjo generalizado nas contas públicas, de modo que o Governo Federal não poderia mais impulsionar o setor de infraestrutura (FREITAS, 2018, p. 27).

No que pesa à malha rodoviária brasileira, observou-se drástica queda de investimentos, ilustrada pela redução de seu percentual para apenas 0,25% do PIB em 1980 e 0,125% do PIB em 1985 (CASTRO, 2000, p. 229).

Paralelamente, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988), concretizou o movimento de transferências dos recursos outrora vinculados ao setor rodoviário para outras finalidades. Isso porque, além de extinguir o Fundo Rodoviário Nacional, a Carta Magna foi responsável pela substituição do IUCLLG e do ISTG pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS),¹⁵ o qual possui arrecadação integralmente destinada aos estados e municípios e não está vinculado a nenhuma finalidade específica, assim como pela ratificação da substituição da TRU pelo Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA),¹⁶ o qual tem competência estadual e arrecadação compartilhada entre o arrecadador e os seus municípios, não estando vinculado a finalidade específica (LACERDA, 2005, p. 145-146). Para além disso, em seu art. 167, a CF/88 vedou a “vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa” (BRASIL, 1988).

¹⁵ O ICMS só veio a ser regulamentado Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, ou “Lei Kandir” (BRASIL, 1996b).

¹⁶ Originalmente, o IPVA foi criado pela Emenda Constitucional nº 27, de 28 de novembro de 1985 (BRASIL, 1985), ainda na vigência da Constituição Federal de 1967.

Assim sendo, ao final da década de 80 – também chamada de “década perdida” no Brasil e na América Latina –, a infraestrutura rodoviária brasileira se encontrava dotada de baixos níveis de investimentos públicos para sua conservação e expansão (LACERDA, 2005, p. 145).

A retomada desse setor no Brasil só foi ocorrer em meados dos anos 90, com a criação de novas formas de financiamento de projetos de infraestrutura rodoviária no Brasil (LACERDA, 2005, p. 145-147), como (i) a concessão de rodovias com alta densidade de tráfego para empresas privadas, (ii) a possibilidade de transferência de trechos rodoviários para os estados, os municípios e o Distrito Federal por previsão da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, ou “Lei das Delegações” (BRASIL, 1996a), e (iii) a recriação de vinculação de recursos federais a serem investimentos nas rodovias pela Cide-Combustíveis, instituída pela Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001 (BRASIL, 2001c), que teve como objetivo permitir o custeio de rodovias não autossustentáveis e que não poderiam ser delegadas à iniciativa privada (FREITAS, 2018, p. 24-29).

2.2. CRIAÇÃO DO PROGRAMA DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS (1993).

No início dos anos 90, houve movimento de retomada dos investimentos na infraestrutura rodoviária, embora ainda não houvesse consolidação dos marcos legais e regulatórios correspondentes no contexto brasileiro (SERMAN, 2008, p. 42).

Um dos primeiros passos para possibilitar essa retomada foi a publicação da Portaria nº 10/93 do Ministério dos Transportes e, posteriormente, a alteração do seu conteúdo por meio das Portarias nº 246/94, nº 824/94 e nº 214/95 do referido ente ministerial. Esses normativos foram responsáveis pela criação do Programa de Concessão de Rodovias Federais e pela fundação de grupo de trabalho com o objetivo de estudar a possibilidade e os procedimentos de concessão à iniciativa privada para exploração de aproximadamente 25% dos 52.000 quilômetros de rodovias federais pavimentadas (BNDES, 1999; BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010).

Nesse ponto, vale anotar que o contexto macroeconômico dessas iniciativas no Brasil envolve a compreensão de que, após o esforço de estabilização monetária por meio dos Planos Collor I (1990), Collor II (1991) e Real (1993) para

fazer frente ao processo inflacionário agudo da década de 80, o país se encontrava em estado de restrição fiscal e precisava encontrar soluções para aumentar a participação do setor privado em novos investimentos, especialmente em áreas que o investimento público não tinha capacidade de atender totalmente (PÊGO FILHO, CÂNDIDO JÚNIOR e PEREIRA, 1999, p. 31-32, 42-45).

Tendo isso em mente, o repasse de empreendimentos rodoviários ao setor privado tinha como principais objetivos a redução de custos públicos para promoção da recuperação das condições da malha do setor – deteriorada na década anterior – e, depois disso, a identificação de solução para o autofinanciamento das principais rodovias brasileiras (CASTRO, 2000, p. 239). Tanto é que, dentre os pressupostos do Programa de Concessão de Rodovias Federais, seria possível destacar (i) a necessidade de geração de investimentos para promoção de recuperação e ampliação da infraestrutura rodoviária, (ii) a inexistência de mecanismos próprios para o financiamento desses empreendimentos, (iii) a possibilidade de aprimoramento da qualidade do serviço fornecido a partir da oferta de serviços de auxílio ao usuário – como resgate médico, guincho, socorro mecânico, pontos de telefonia e controle de tráfego na rodovia – e (iv) o alavancamento da disponibilidade de recursos no setor por meio da aplicação de capital privado pelos próprios acionistas dos atores privados exploradores da concessão (SERMAN, 2008, p. 62).

Baseado nesses objetivos, então, o PROCROFE passou a ser implementado pelo DNER – e, posteriormente, pela ANTT (BRASIL, 2001a) –, possibilitando o repasse de 29 (vinte e nove) trechos rodoviários a parceiros privados ao longo de quatro etapas de concessões. Assim, conforme será abordado nos tópicos subsequentes deste Capítulo, observa-se que a modelagem econômico-financeira de cada etapa, com modelos característicos de contratos de concessão, recebeu influências e contornos característicos da conjuntura econômica da época e da política pública estabelecida pelo Governo Federal (ANTT, 2023, p. 41).

2.3. PRIMEIRA ETAPA DO PROCROFE (1994 A 1998).

A Primeira Etapa do PROCROFE teve início em 1994 e contemplou seis contratos de concessão celebrados ao longo de cinco anos, dentre os quais se

observam (i) cinco rodovias pré-existentis que haviam sido construídas pelo poder público e pedagiadas pelo DNER no passado – Ponte Rio-Niterói (1994), Nova Dutra (1995), CONKER (1995), CRT (1995) e CONCEPA (1997) –, de modo que, embora se encontrassem em situação precária, esses poderiam ser considerados potencialmente viáveis, técnica e economicamente, para concessão à iniciativa privada (SERMAN, 2008, p. 61-63), e (ii) uma rodovia originalmente concedida pelo estado do Rio Grande do Sul – Ecosul (1998) –, cuja gestão foi elevada à União Federal.¹⁷ Para ilustrar os contratos dessa etapa, veja-se a *Tabela 1* abaixo:

	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)	PRAZO ORIGINAL	ASSINATURA	INÍCIO DA CONCESSÃO	INÍCIO DO PEDÁGIO
PONTE RIO-NITERÓI	BR 101/RJ, Trecho Rio de Janeiro – Niterói (Ponte Presidente Costa e Silva)	13,2 Km	20 anos (encerrado)	29/12/1994	01/06/1995	01/08/1996
CONKER	BR-040/MG/RJ, Trecho Rio de Janeiro – Juiz de Fora	179,9 Km	25 anos (estendido)	31/10/1995	01/03/1996	20/08/1996
NOVA DUTRA	BR-116/RJ/SP, Trecho Rio de Janeiro – São Paulo	402 Km	25 anos (encerrado)	31/10/1995	01/03/1996	01/08/1996
CRT	BR-116/RJ, Trecho Rio de Janeiro – Teresópolis – Além Paraíba	142,5 Km	25 anos (encerrado)	22/11/1995	22/03/1996	02/09/1996
CONCEPA	BR 290/RS, Trecho Osório – Porto Alegre – Entroncamento BR-116/RS (Guaíba)	121 Km	20 anos (encerrado)	04/03/1997	04/07/1997	26/10/1997
ECOSUL	BR-116/293/392/RS, Polo Rodoviário de Pelotas	457,3 Km	28 anos	15/07/1998	18/05/2000	04/03/2001

Tabela 1 – Primeira Etapa do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Tendo em vista que o planejamento original da Primeira Etapa abarcou somente as cinco rodovias federais concedidas entre 1994 e 1997, importa ressaltar que as características gerais dessa etapa não necessariamente são refletidas no contrato de concessão da Ecosul, cujas concepção e características foram dadas no âmbito programa de concessões do Rio Grande do Sul.¹⁸

¹⁷ Por meio de Contrato de Rerratificação e Subrogação, assinado em 18 de maio de 2000, a concessão da Ecosul foi elevada à União em substituição ao estado do Rio Grande do Sul (ECOSUL, 1998).

¹⁸ A concessão do Polo Rodoviário de Pelotas foi originalmente outorgado pelo Rio Grande do Sul, seguindo o projeto do governo local e com características específicas e diferentes dos modelos adotados pelo Governo Federal (GONZE, 2014, p. 6). Como se verá adiante, embora esse contrato não seja tão genérico quanto os demais contratos da Primeira Etapa em relação à atribuição de riscos,

Além disso, vale anotar que foi simultaneamente à Primeira Etapa que ocorreu a consolidação do embasamento jurídico necessário para a implementação do PROCROFE, o que se deu com a edição (i) da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ou “Lei das Concessões” (BRASIL, 1995a), que disciplinou as normas gerais de concessão e permissão de serviços públicos, (ii) da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 (BRASIL, 1995b), que disciplinou as normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, e (iii) da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, ou “Lei das Delegações” (BRASIL, 1996a), que abriu a possibilidade para que União Federal delegasse a administração e a exploração de rodovias federais, diretamente ou através de concessão, aos estados, municípios e Distrito Federal.

Isso em mente, avalia-se a seguir as principais características e marcos contratuais que podem ser observados nessa etapa de concessões.

Os contratos da Primeira Etapa do PROCROFE abrangeram trechos rodoviários de menor extensão em regiões com grande demanda de tráfego, tendo oferecido uma Taxa Interna de Retorno (TIR)¹⁹ consideravelmente alta – entre 16,62% e 23,99% a.a. – (TCU, 2007) para atrair investimentos dos atores privados. Isso porque, conforme já mencionado em tópicos anteriores deste Capítulo, o país passava na década de 90 por período de recém democratização e de indefinições na economia ao mesmo tempo que buscava repassar empreendimentos para a iniciativa privada.

Para mais, a visão inicial sobre as concessões no Brasil apontava para um papel de “implementar as obras que as entidades governamentais estavam habituadas a fazer com seus parceiros atuais, as empresas de construção pesada” (BARAT, 2007, p. 58). Até por esse motivo, o modelo de concessão da Primeira Etapa teria adquirido características que guardavam similaridades com os contratos tradicionais de terceirização para a recuperação e manutenção das rodovias (CORREIA, 2011, p. 178), com o adicional de que contariam com uma fonte “permanente” de financiamento, relegando os conceitos de regulação a uma situação secundária no contrato (GONZE, 2014, p. 43-44).

suas previsões ainda tornam necessária a utilização da teoria das áleas para identificação da alocação de riscos (CBIC, 2018, p. 34-35).

¹⁹ A TIR é uma métrica que representa a rentabilidade média anual esperada para exploração de determinada concessão rodoviária. Além disso, essa taxa é utilizada como parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão administrados pela ANTT.

Conseqüentemente, os leilões públicos realizados para escolha da menor tarifa de pedágio para os prazos fixos dos contratos – entre 20 e 25 anos – tiveram como vencedoras as empresas de construção civil, em consórcio ou não, sem participação de agentes privados de outra natureza (CORREIA, 2011, p. 177-178).

Assim, no que tange aos objetivos dos cinco primeiros contratos, observa-se certa restrição ao que se espera das concessões, limitando-as à execução de obras e serviços durante o prazo contratual, assim como ao atendimento dos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros de qualidade das obras e dos serviços especificados no respectivo Programa de Exploração da Rodovia (PER).²⁰ Isto é, ainda que tenham sido apresentadas justificativas para a implementação desses projetos como importantes para o desenvolvimento regional de suas respectivas localidades, os objetivos contratuais foram restritos à manutenção da estrutura rodoviária em condições físicas e operacionais adequadas (GONZE, 2014, p. 44-45).

Ainda sobre as características da Primeira Etapa do PROCROFE, merecem atenção as questões envolvendo (i) a alocação de riscos entre o Poder Concedente e as concessionárias, (ii) os mecanismos de reajustes e revisão tarifárias e (iii) as disposições técnicas para regulação da concessão. Adicionalmente, na análise a seguir, o contrato de concessão da BR-116/RJ/SP (NOVA DUTRA, 1995) será empregado como referência dessa etapa para ilustrar o teor das disposições e cláusulas contratuais a respeito de cada uma dessas questões.

Quanto à alocação de riscos, observa-se que a matéria foi abordada de forma sucinta nesses contratos de concessão, inexistindo disposição explícita sobre a matriz de riscos e implicando na utilização da teoria das áleas²¹ para recomposição

²⁰ O PER é documento que, estando anexo ao contrato de concessão, especifica todas as condições necessárias para execução do objeto contratual, caracterizando detalhadamente informações referentes aos serviços, às obras, às diretrizes técnicas, às normas aplicáveis e aos prazos de execução, por exemplo. A composição e as disposições indicadas no âmbito do PER podem variar de etapa em etapa do PROCROFE de acordo com suas particularidades e orientações.

²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 707-728) explica que o equilíbrio econômico-financeiro é essencialmente dinâmico nos contratos administrativos, sendo necessário estipular uma teoria para solucionar os diversos riscos e elementos de insegurança que sujeitam o parceiro privado ao contratar com a Administração Pública. Essa solução seria a chamada “teoria das áleas”, segundo a qual, além das situações de força maior, existiriam três tipos de áleas (ou riscos) ao particular em contratos administrativos: (i) a álea ordinária ou empresarial, que é o risco existente em qualquer tipo de negócio, seja ele privado ou público; (ii) a álea administrativa, que abrange (ii.1) alterações unilaterais do contrato para atendimento do interesse público, (ii.2) fato do príncipe (ou ato de autoridade não diretamente relacionado ao contrato, mas que repercute imediatamente sobre ele) e (ii.3) fato da Administração relativo a qualquer ação ou omissão do poder público que incide direta e especificamente sobre o

do equilíbrio econômico-financeiro em situações extraordinárias (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 5-6). Na prática, o que se observa é que as cláusulas contratuais atribuíam genericamente à concessionária a “integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão” (Cláusula 19), especificando apenas o “risco de trânsito inerente à exploração da rodovia” (Cláusula 20).

Dentre outras disposições contratuais, também é possível identificar a atribuição à concessionária de riscos relacionados aos fatos anteriores à concessão (Cláusula 81, alínea “n”), à captação, aplicação e gestão de recursos financeiros para execução da concessão (Cláusula 81, alínea “j”) e à adequação da qualidade e da segurança dos serviços executados (Cláusulas 81, alínea “a”, e 82). Para além disso, exige-se que a concessionária contrate e mantenha por todo o prazo contratual as apólices de seguro necessárias para garantir a “efetiva cobertura dos riscos inerentes à execução das atividades pertinentes à concessão” (Cláusula 85).

Ademais, no âmbito do PER, os preços unitários para as obras de recuperação e manutenção da rodovia foram estabelecidos desde o início, de modo que o Poder Concedente seria responsável pela quantidade e pela especificação do serviço ao mesmo tempo que a concessionária assumiria os riscos relacionados à qualidade e ao custo ofertado. Essa visão teria resultado na mitigação do risco privado de alterações de preços em seus custos (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 4) e, conseqüentemente, em um processo de sucessivas revisões de preços para que fosse possível absorver os riscos de eventos não previstos (GONZE, 2014, p. 46).

Quanto ao reajuste da Tarifa Básica de Pedágio (TBP),²² houve estabelecimento de reajustes anuais a partir de fórmula paramétrica para correção

contrato, retardando-o, agravando-o ou impedindo sua execução; e (iii) a álea econômica, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que resultam em desequilíbrio contratual relevante. Isso em mente, Di Pietro (2022) argumenta que, em situações contidas nas áleas administrativa e econômica, há apenas uma solução: a Administração Pública deve responder sozinha pelo reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro rompido por circunstância não atribuível à ação ou vontade do particular, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que exige a manutenção das “condições efetivas da proposta” em processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações. Essa mesma compreensão está replicada na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, ou “Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (BRASIL, 2021c) e na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ou “Lei Geral de Concessões” (BRASIL, 1995a).

²² A TBP é a remuneração principal recolhida pelas concessionárias em compensação pelos serviços prestados aos usuários e pelas obras realizadas no âmbito das rodovias federais. O valor efetivo da tarifa de pedágio é diferente para cada categoria de veículo que circula a respectiva rodovia.

tarifária frente à desvalorização dos valores pecuniários previstos no PER (Cláusulas 49 a 63). Já em relação à revisão da TBP, estabeleceu-se sua realização mediante requerimento da concessionária, sempre que houver necessidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro em razão (i) da criação/alteração/extinção de tributos, (ii) de acréscimo/supressão de encargos no PER, (iii) do acréscimo de custos por ocorrências supervenientes de força maior, caso fortuito, fato da Administração ou interferências imprevistas, (iv) do aumento de encargos por alteração unilateral do contrato, (v) do recebimento de receita alternativa, complementar, acessória ou de projetos associados à concessão, e (vi) da ocorrência de modificações estruturais nos preços relativos aos fatores de produção ou dos insumos relativos aos principais componentes de custos da TBP (Cláusulas 64 a 73).

Sobre esses últimos pontos, é importante destacar que a utilização de índice paramétrico resulta em repasse dos choques de preço nos insumos ao consumidor durante o reajuste tarifário, assim como que, por não ter sido estabelecido mecanismo de revisão periódica da TBP, os contratos da Primeira Etapa não teriam espaço para repartição dos ganhos de produtividade e de compartilhamento de riscos com os consumidores (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 5).

Por último, quanto às disposições técnicas para regulação, observa-se que, na Primeira Etapa, o PER abarcaria o “escopo dos serviços” (quais seriam os serviços, sua abrangência e respectivas quantidades estimadas) e a “metodologia de execução” (critérios e requisitos mínimos para o desenvolvimento dos serviços e para execução das obras da concessão). Além disso, no PER, cumpre destacar que (i) os parâmetros de desempenho utilizados fazem referência aos elementos estruturais da rodovia, para os quais definidos índices de referência, (ii) os índices desejados para cada elemento ou serviço da rodovia são especificados de forma estanque e (iii) a concessão é segregada em fases – trabalhos iniciais (providências e obras realizadas antes de a concessionária ser autorizada a dar início à cobrança do pedágio), recuperação (providências e obras de reparo completo para reestabelecer as características anteriormente existentes na rodovia) e manutenção (providências e obras para garantir que a rodovia cumpra satisfatoriamente suas funções básicas) – delimitadas a partir de seus objetivos específicos (GONZE, 2014, p. 55-56).

Tudo isso em mente, embora a Primeira Etapa do PROCROFE tenha atendido parcialmente os objetivos de aumentar o investimento no setor rodoviário e

de melhorar o desempenho dessas rodovias (CORREIA, 2011, p. 181), fato é que essas concessões careciam de marco regulatório e de fundamentos teóricos suficientes (exemplificado pela ausência da matriz de riscos). Além disso, essa etapa foi marcada por altas tarifas em razão do cenário macroeconômico do Brasil e por contratos de concessão engessados – especialmente pela previsão de preços unitários e pela necessidade de revisão tarifária sempre que fosse cogitada a inclusão de novas obras e serviços –, resultando em burocratização que prejudicou a necessidade de celeridade e inovação tecnológica atinentes à atividade de exploração da infraestrutura rodoviária (GONZE, 2014, p. 71-72; CNI, 2018).

Passados alguns anos do início da Primeira Etapa, o DNER foi extinto pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 (BRASIL, 2001a), que instituiu a reorganização do setor e a criação da ANTT, cujas atribuições fazem referência à exploração da infraestrutura rodoviária federal, assim como à promoção de estudos de viabilidade de novas concessões e de determinação das tarifas de pedágio, à criação e edição das normas desse setor e à fiscalização da prestação dos serviços e manutenção dos bens concedidos. Com isso, houve instituição de agência reguladora independente que poderia atuar de modo a garantir o cumprimento dos contratos de concessão.

2.4. SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE (2007 A 2009).

A partir de 2007, após intervalo de mais de uma década dos primeiros contratos de concessão, foram retomadas as licitações de rodovias federais com a Segunda Etapa do PROCROFE, a qual abarcou um total de oito trechos rodoviários, divididos em duas fases com modelos contratuais distintos entre si.

Ambas as fases utilizaram do mesmo método de leilão, em que os consórcios interessados poderiam apresentar um único lance, sendo declarado vencedor aquele que proporcionasse a menor TBP. Esse método permitiu ambiente mais propício a lances agressivos que almejassem oferecer as tarifas mais baixas aos usuários. Outro ponto em comum entre as duas fases foi a autorização de participação de instituições financeiras e grupos internacionais, contrastando com a Primeira Etapa especialmente pela ausência de obrigatoriedade da inclusão de empreiteira nacional nos consórcios formados. Com essa novidade, objetivava-se obter mais interessados

e, assim, melhores investimentos nos certames, assim como contratar instituições com maior expertise para realização das obras (CORREIA, 2011; CNI, 2018).

Já em relação ao contexto político-econômico e às disposições contratuais – especialmente no que toca ao nível de detalhamento da alocação de riscos –, há diferenças significativas entre os modelos contratuais praticados nas sete concessões da Primeira Fase e na única concessão da Segunda Fase da Segunda Etapa do PROCROFE, conforme será demonstrado adiante.

2.4.1. PRIMEIRA FASE DA SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE (2008).

A Primeira Fase da Segunda Etapa focou em sete rodovias interestaduais localizadas nas regiões Sul e Sudeste do país – Autopista Fernão Dias (2008), Autopista Fluminense (2008), Autopista Litoral Sul (2008), Autopista Planalto Sul (2008), Autopista Régis Bittencourt (2008), Transbrasiliana (2008) e Rodovia do Aço (2008) –, promovendo a interligação entre algumas das principais cidades brasileiras (Belo Horizonte, Curitiba e São Paulo) e eixos logísticos de grande importância, conforme detalhado abaixo na *Tabela 2*:

	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)	PRAZO ORIGINAL	ASSINATURA	INÍCIO DA CONCESSÃO	INÍCIO DO PEDÁGIO
AUTOPISTA FERNÃO DIAS	BR-381/MG/SP, Trecho Belo Horizonte – São Paulo	562,1 Km	25 anos	14/02/2008	18/02/2008	19/12/2008
AUTOPISTA FLUMINENSE	BR-101/RJ, Trecho Ponte Rio-Niterói – Divisa RJ/RS	320,1 Km	25 anos	14/02/2008	18/02/2008	02/02/2009
AUTOPISTA LITORAL SUL	BR-116/376/PR – BR-101/SC, Trecho Curitiba – Palhoça	405,9 Km	25 anos	14/02/2008	18/02/2008	22/02/2009
AUTOPISTA PLANALTO SUL	BR-116/PR/SC, Trecho Curitiba – Divisa SC/RS	412,7 Km	25 anos	14/02/2008	18/02/2008	19/12/2008
AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT	BR-116/SP/PR, Trecho São Paulo – Curitiba	401,6 Km	25 anos	14/02/2008	18/02/2008	19/12/2008
TRANSBRASILIANA	BR-153/SP, Trecho Divisa MG/SP – Divisa SP/PR	321,6 Km	25 anos	14/02/2008	18/02/2008	18/12/2008
RODOVIA DO AÇO	BR-393/RJ, Trecho Divisa MG/RJ – Entrada BR-116	200,4 Km	25 anos	26/03/2008	28/03/2008	05/03/2009

Tabela 2 – Primeira Fase da Segunda Etapa do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Diferente da Primeira Etapa, esses contratos foram desenvolvidos em contexto institucional, regulatório e econômico mais estável. Até porque, do ponto de vista econômico, o Brasil contava com maior estabilidade, com boas perspectivas de crescimento em razão das políticas de ajustes fiscais e da consolidação da moeda, permitindo que houvesse redução das taxas de retorno necessárias para atração de investimentos. Já do ponto de vista institucional, verificava-se maior amadurecimento do marco regulatório com a ANTT operando desde 2001 e o desenvolvimento de instrumentos para regulação dos serviços em setores mais desenvolvidos, como os de telecomunicações e energia elétrica (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 6). Resultado disso foi que, na Segunda Etapa, constata-se a prática de uma TIR reduzida de 8,95% a.a. (TCU, 2007).

Ademais, apoiando-se na possibilidade de se praticar TIR menores em razão do cenário econômico mais favorável, com taxas de juros reduzidas e melhores expectativas de crescimento nacional, foi possível endereçar a principal reclamação apresentada pelos usuários na etapa anterior: os altos valores de pedágio praticados. Com efeito, os contratos da Primeira Fase da Segunda Etapa foram aclamados pelas baixas tarifas obtidas, correspondendo, em média, a 49% do valor das tarifas praticadas no âmbito da Primeira Etapa (CORREIA, 2011, p. 239-240).

Outro ponto marcante dessa fase foi a introdução de modelo contratual que visava a transferir ao parceiro privado a gestão da concessão, buscando efetivo investimento e exploração da infraestrutura rodoviária (GONZE, 2014, p. 59).

Quer dizer, houve progressão em relação aos objetivos inicialmente traçados na Primeira Etapa, segundo os quais as concessionárias atuavam como executoras de planos de obras pré-definidos para recuperação e manutenção das rodovias. As concessões da Primeira Fase da Segunda Etapa consolidaram o conceito de concessão, afastando-se da ideia apenas de execução de obra pública e possibilitando que as concessionárias aproveitassem de maior liberdade para gestão do empreendimento e definição do respectivo plano de ação (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 6).

Utilizando o contrato da BR-381/MG/SP (AUTOPISTA FERNÃO DIAS, 2008) como parâmetro para a fase em escopo, essa percepção pode ser exemplificada pela disposição de que essas concessões passaram a ter como objetivo a “exploração da infra-estrutura e da prestação de serviços públicos e obras,

abrangendo a execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação, ampliação, melhorias e exploração”, por 25 anos, segundo as especificações do PER e mediante a cobrança de pedágio (Cláusulas 2.1 e 2.2).

Já no que diz respeito à alocação de riscos, houve poucas mudanças em relação aos contratos da Primeira Etapa (CBIC, 2018, p. 35-36), haja vista que foi mantida a alocação genérica ao particular de todos os riscos inerentes à concessão (Cláusula 4.1) e dos riscos de tráfego, com indicação expressa da impossibilidade de revisão tarifária por variação do tráfego (Cláusulas 4.7 e 4.8). Por isso, manteve-se a necessidade de verificação posterior à assinatura do contrato da alocação de eventuais riscos com base na teoria das áleas.

Ainda assim, houve novidades nesse tópico, já que houve previsão de que as concessionárias assumiriam os riscos de variação dos custos dos insumos, os riscos ambientais e os riscos decorrentes de danos na rodovia por causas que deveriam ser objeto de seguro (Cláusulas 4.2, 4.4 e 4.5). Do lado do Poder Concedente, foram-lhes alocados apenas os riscos decorrentes de fato do príncipe, fato da administração e alterações unilaterais (Cláusula 4.9).

Aqui, vale reforçar que, no mesmo movimento de se repassar ao privado a efetiva gestão da concessão, as concessionárias passam a assumir os riscos pelo diagnóstico, pelo projeto, pelo orçamento e pela execução de todos os serviços que se mostrarem necessários para a obtenção dos resultados contratualmente estabelecidos (Cláusula 4.3). Por isso, os riscos estariam alocados a quem teria as melhores condições de gerenciá-los (GONZE, 2014, p. 60).

Outra novidade que permitiu repassar a gestão e os riscos sobre os insumos, mão-de-obra e financiamentos às concessionárias foi a substituição da utilização de preços unitários no PER para a disposição sobre preços globais, o que concedeu maior liberdade para melhor distribuição do valor total comprometido e afastou as limitações relacionadas aos quantitativos pré-definidos (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 7; CNI, 2018).

Passando para o reajuste contratual, houve substituição da fórmula paramétrica pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA-IBGE) para correção anual de preços (Cláusula 6.29). Já no que toca à revisão contratual, além de manter as hipóteses e fundamentos de solicitação pelas próprias concessionárias (Cláusula

6.34, 6.36 e 6.37), foram instituídos mecanismos de revisão periódica da TBP em três momentos distintos, quais sejam: (i) revisão ordinária, que é realizada por ocasião dos reajustes tarifários para inclusão dos efeitos de ajustes previstos no contrato (Cláusula 6.40); (ii) revisão extraordinária, que é realizada para incorporação de efeitos decorrentes de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito ou fato da administração que resultem, comprovadamente, na alteração de encargos pelas concessionárias (Cláusula 6.41); e (iii) revisão quinquenal, que é realizada a cada cinco anos para reavaliar o PER e sua adequação às reais necessidades da concessão (Cláusula 6.42).

Ademais, em relação às disposições técnicas para regulação, o PER passou a abordar os resultados que deveriam ser obtidos pelas concessionárias em cada fase contratual e em cada grupo de elementos específicos, a partir com suas especificidades, de modo que foram definidos (i) o escopo dos serviços, que se refere à definição e à abrangência dos serviços e obras a serem executadas; (ii) os procedimentos executivos, que seriam os critérios e requisitos mínimos exigidos para o desenvolvimento dos serviços e para a execução das obras previstas; (iii) os parâmetros de desempenho, que diriam respeito às especificações e aos indicadores de avaliação dos padrões requeridos; e (iv) os cronogramas de execução, que estabeleceriam a cronologia para implementação das obras e dos serviços previstos como obrigatórios nos contratos (GONZE, 2014, p. 64). Sobre esse último ponto, vale registrar que as obras e os serviços obrigatórios são aqueles cujas datas de conclusão ou implantação deveriam ocorrer no ano determinado contratualmente, e que as obras e serviços não obrigatórios, relativos à recuperação, à manutenção, à conservação e à operação da rodovia, deveriam respeitar os parâmetros mínimos de qualidade estabelecidos no PER (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010, p. 7).

Com a introdução e operacionalização desses conceitos, a ANTT pôde realizar uma fiscalização mais eficiente do que nos contratos da Primeira Etapa, baseando-se em critérios pré-definidos de qualidade, além de que a realização de investimentos pelas concessionárias passou a depender das condições do trecho concedido, salvo no caso das obras e serviços obrigatórios (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010, p. 7). Outro benefício da inclusão desses conceitos no PER foi que, estabelecidos o escopo, os procedimentos executivos, os parâmetros de desempenho e os cronogramas de execução, a concessionária teria discricionariedade para definir

os meios, a metodologia, o momento e o programa de manutenção e de conservação que melhor atendessem aos seus interesses ou às características da rodovia, cabendo à ANTT a verificação quanto ao atendimento ao PER (GONZE, 2014, p. 64).

Na prática, contudo, essas inovações encontraram certas dificuldades na inexperiência do quadro técnico da agência reguladora e na mudança brusca de visão em relação aos primeiros contratos de concessão no setor rodoviário (CNI, 2018, p. 29). Também houve distorções decorrentes da política de concentração de obras e serviços no final dos longos períodos de fiscalização por parte das concessionárias, de modo que se beneficiariam da inadequação da forma e dos prazos de verificação realizadas pela ANTT (GONZE, 2014, p. 61-63; CNI, 2018).

Como forma de contrapor distorções desse tipo, os contratos dessa fase incorporaram aumento significativo à Unidade de Referência de Tarifa (URT) em caso de multa por desconformidade, resultando em incremento equivalente a dez vezes o montante que era utilizado nas penalidades da Primeira Etapa. Quer dizer, passou-se de uma URT relativa a 100 vezes o valor da TBP na data de recolhimento da multa moratória (NOVA DUTRA, 1995, p. 42, Cláusula 222) para uma URT equivalente a 1.000 vezes a TBP (AUTOPISTA FERNÃO DIAS, 2008, p. 51, Cláusula 19.12). Na teoria, essa alteração tinha como objetivo criar penalidades com valores tão altos que inibissem as concessionárias de agirem em desconformidade às disposições contratuais. Todavia, na prática, as concessionárias dessa fase foram alvo de um número cada vez maior de autos de infração pela ANTT (GONZE, 2014, p. 74-75).

A Primeira Fase da Segunda Etapa, portanto, teve como principal avanço a adequação dos contratos a um formato mais alinhado com o conceito de concessão, realizando o repasse integral dos riscos de custos e quantitativos para as concessionárias. Além disso, a inclusão das hipóteses de revisão periódica e as especificações técnicas no PER aumentaram a eficiência das ferramentas regulatórias disponíveis à ANTT (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 7).

2.4.2. SEGUNDA FASE DA SEGUNDA ETAPA DO PROCROFE (2009).

O único contrato integrante da Segunda Fase da Segunda Etapa do PROCROFE – ViaBahia (2009) – teve como foco a integração de duas rodovias federais e duas rodovias estaduais na Bahia. Vejamos a *Tabela 3*:

	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)	PRAZO ORIGINAL	ASSINATURA	INÍCIO DA CONCESSÃO	INÍCIO DO PEDÁGIO
VIABAHIA	BR-324/BA, Trecho Feira de Santana – Divisa BA/MG; BR-116/BA, Trecho Salvador – Feira de Santana; BA-526, Trecho Entrada BR-324 – Entrada BA-528; BA-528, Trecho Entrada BA-526 – Acesso Base Naval de Aratu	680,6 Km	25 anos	03/09/2009	20/10/2009	07/12/2010

Tabela 3 – Segunda Fase da Segunda Etapa do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Embora tenha sido realizada pouco mais de um ano após as concessões anteriores, essa fase enfrentou contexto econômico muito mais desafiador, haja vista os impactos da crise econômica mundial de 2008 no Brasil e do alto endividamento dos investidores no setor de rodovias após as disputas para as primeiras concessões do PROCROFE e do Programa de Concessões Rodoviárias de São Paulo, fatores esses que podem ter contribuído para a baixa participação no edital da concessão (CORREIA, 2011, p. 241-244, 246; GONZE, 2014).

De um modo geral, o desenho do leilão e os objetivos da Segunda Fase da Segunda Etapa mimetizaram os da fase anterior (GONZE, 2014, p. 66; CNI, 2018), mas no modelo contratual da BR-116/324/BA (VIABAHIA, 2009) – utilizado como parâmetro para análise nesta fase – foram introduzidas importantes inovações relativas à alocação de riscos, às revisões contratuais e às disposições técnicas.

No que toca à alocação de riscos, essa fase apresentou uma distribuição muito mais detalhada do que nas concessões anteriores, afastando a necessidade de se recorrer à teoria das áleas para atribuição das responsabilidades de cada parte, gerando maior segurança e possibilitando maior eficiência no contrato (CBIC, 2018, p. 36). Com efeito, embora tenha sido mantida previsão geral de alocação de todos os riscos à concessionária (Cláusula 19.1.1), foram incluídas cláusulas que indicam de

forma expressa os principais riscos para os quais a concessionária é responsável ou corresponsável (Cláusula 19.1.2) – não fazendo jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em caso de sua materialização (Cláusula 19.1.5) – e para os quais o Poder Concedente é o único responsável (Cláusula 19.1.3).

Esse maior detalhamento reflete previsão trazida pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, ou “Lei de PPPs” (BRASIL, 2004b), que, em seu art. 4º, inciso VI, indica a função do contrato em repartir os riscos entre as partes.

Já em relação à revisão contratual, houve inclusão de novos mecanismos voltados para o aperfeiçoamento da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, quais sejam o fluxo de caixa marginal (FCM) e os descontos de equilíbrio.

De um lado, o FCM (Cláusula 20.5) visa a atualizar os parâmetros de custos, receitas, investimentos e rentabilidade em situações nas quais a concessionária for instada a realizar novos investimentos que não estejam incluídos no escopo contratual (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 7-8). Assim, na prática, o FCM é projetado em razão do evento que tenha dado ensejo à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, considerando os dispêndios marginais resultados desse evento – investimentos, custos e despesas decorrentes do evento, os quais são calculados com base nas informações de preços à época do investimento (Cláusula 20.5.3) e, quando for o caso, nas projeções de tráfego real (Cláusula 20.5.4) – e os fluxos de receitas marginais necessárias para a recomposição (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010, p. 8; GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013).

De outro lado, os descontos de reequilíbrio (Cláusula 20.6) têm como objetivo promover a recomposição em face de descumprimento dos parâmetros de desempenho previstos para obras e serviços não obrigatórios. A apuração e aplicação desses descontos são realizadas anualmente, simultaneamente à revisão ordinária, de modo que esses valores são deduzidos da TBP (GUERRERO, NETO e BARBOSA, 2013, p. 8). Assim sendo, a partir da aplicação desse mecanismo, a concessionária é penalizada pelo não cumprimento dos parâmetros contratuais e, ao mesmo tempo, os usuários são beneficiados com ajuste na TBP (BARBO, CORREIA, *et al.*, 2010, p. 8).

Sobre esse último ponto, vale ressaltar que os descontos de reequilíbrio não são vistos como uma penalidade à concessionária, mas sim uma desoneração aos usuários da respectiva concessão rodoviária. Afinal, quando o serviço público for

prestado em desconformidade com os requisitos e condições contratuais, esse não deveria ser remunerado em sua integralidade (GONZE, 2014, p. 71).

Ademais, no que tange às especificações técnicas para regulação, uma novidade da Segunda Fase da Segunda Etapa foi a previsão de (i) relação com os locais ou trechos específicos que já apresentavam elementos de infraestrutura danificada no momento do leilão e, portanto, a concessionária estaria obrigada a verificá-los durante os prazos estabelecidos (GONZE, 2014, p. 70); e de (ii) inauguração do conceito de obra condicionada ao volume de tráfego para guiar investimentos na ampliação da capacidade da rodovia, prevendo-se “gatilho de investimento” a partir do atingimento de valores predefinidos de volume diário médio (VDM) móvel no tráfego (NETO, MOREIRA e MOTTA, 2018, p. 24).

2.5. TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE (2011 A 2015).

Ainda seguindo a diretriz para promoção de concessões com tarifas módicas, deu-se início à Terceira Etapa do PROCROFE em 2011, a qual foi dividida em três fases que não seguiram uma ordem cronológica e que apresentaram dois modelos de contrato distintos. Quer dizer, em razão de entraves colocados pelo Tribunal de Contas da União para a realização da Primeira Fase, essa etapa foi inaugurada pela única concessão da Segunda Fase, cujo edital foi publicado em 2011 e seguiu os modelos anteriores de seleção do proponente com a menor tarifa de pedágio em lance único (CNI, 2018, p. 32-33).

Como característica geral, as rodovias concedidas na Terceira Etapa abarcaram segmentos rodoviários de maior extensão, apresentando uma TIR média de 6% a.a. e, em razão de política pública instituída pelo Programa de Investimentos em Logística (PIL), contendo obrigações às concessionárias para realização de volumosos investimentos, notadamente as obrigações de duplicação de todos os trechos simples que foram concedidos – dentro da vigência contratual para a Segunda Fase e dentro do prazo de cinco anos para a Primeira e Terceira Fases – e de cobrança de pedágio apenas a partir da conclusão de, ao menos, 10% das obras previstas (CNI, 2018, p. 32-33). Assim sendo, os contratos da Terceira Etapa

absorvem uma série de compromissos decorrentes de política de investimentos adotada pelo Governo Federal à época (GONZE, 2014, p. 85).

Além disso, observa-se que, embora tenha apresentado inovações em relação à revisão contratual e às especificações técnicas para regulação, o modelo contratual adotado nessa fase se apresenta como uma continuidade do modelo da Segunda Fase da Segunda Etapa do PROCROFE, incorporando as experiências obtidas na administração dos contratos de concessão anteriores e a variação no pensamento dominante no Poder Concedente (GONZE, 2014, p. 85).

Isso em mente, como mencionado, apresenta-se adiante os contratos celebrados nessa etapa em ordem cronológica, que se subdividem na única concessão da Segunda Fase e nas sete concessões da Primeira e Terceira Fases.

2.5.1. SEGUNDA FASE DA TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE (2013).

A única concessão da Segunda Fase – Eco101 (2013) – teve seu edital publicado em 2011 e só teve seu leilão realizado em 2012 por consequência de adiamento do processo, de republicação do certame para atendimento de indicações de investidores e de manifestação expressa do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social sobre a disponibilidade de análise para apoio dos investimentos necessários à concessão (GONZE, 2014, p. 77). Depois de concluída a licitação, a assinatura do contrato ocorreu apenas em 2013, após apreciação de recursos pelos outros proponentes (NETO, MOREIRA e MOTTA, 2018, p. 26), conforme a *Tabela 4*:

	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)	PRAZO ORIGINAL	ASSINATURA	INÍCIO DA CONCESSÃO	INÍCIO DO PEDÁGIO
ECO-101	BR-101/ES/BA, Trecho Entroncamento BA-698 (Acesso Mucuri) – Divisa ES/RJ	475,9 Km	25 anos	17/04/2013	10/05/2013	18/05/2014

Tabela 4 – Segunda Fase da Terceira Etapa do PROCROFE

Fonte: composição própria.

O contrato de concessão da BR-101/ES/BA (ECO101, 2013) – representativo dessa fase – apresenta objetivos similares aos da Segunda Etapa

(Cláusula 2.1). Vale ressaltar, contudo, que os contornos políticos da época ressaltaram o objetivo mais ambicioso de “ampliação de capacidade” da rodovia até o final do prazo contratual, assim como que a inserção dessa concessão no PIL aponta para a pretensão de alcançar benefícios para além do usuário, isto é, de atingir também a indústria de construção pesada com a previsão de grande volume de obras no médio e longo prazo (GONZE, 2014, p. 78).

Quanto à alocação de riscos, a maior parte das previsões do contrato de concessão da ViaBahia (2009) foram replicadas nessa fase. Assim, de forma mais detalhada, o único contrato da Segunda Fase da Terceira Etapa introduziu três modificações principais a respeito das disposições sobre a distribuição de riscos (CBIC, 2018, p. 37), são elas: (i) a alteração do tratamento dos vícios ocultos no sistema rodoviário e em bens da concessão, de modo que esses passaram para a responsabilidade do Poder Concedente (Cláusula 19.2.9), salvo nos caso de bens adquiridos pela concessionária após a data de assunção (Cláusula 19.1.19); (ii) os riscos de alteração legislativa deixaram de ser compartilhados, sendo atribuídos exclusivamente ao Poder Concedente sempre que resultarem em desequilíbrio contratual (Cláusula 19.2.5), salvo a hipótese de alteração da legislação sobre o imposto de renda (Cláusula 19.1.12); e (iii) a supressão da disposição sobre a responsabilidade da concessionária pelo arredondamento da tarifa de pedágio, uma vez que não se trataria de um risco propriamente dito.

Quanto ao reajuste do contrato de concessão, foi introduzida novidade relacionada ao “Fator X” (Cláusula 16.3.3), que incide como redutor do reajustamento da TBP para representar o compartilhamento, com os usuários do sistema rodoviário, dos ganhos de produtividade obtidos pela concessionária (Cláusula 1.1.1, item “xvi”). Esse mecanismo teria como objetivo incentivar a concessionária a buscar maior eficiência na execução contratual (FREITAS, 2017, p. 200) e seria ajustado quinquenalmente pela ANTT, podendo variar de 0% a 1% ao longo dos 25 anos de vigência contratual, a partir da projeção da produtividade no setor.

Outra novidade envolvendo o reajuste contratual foi a introdução de diferenciação entre os valores das tarifas praticadas em cada praça de pedágio da concessão (Cláusula 16.3.4), os quais variam a partir da extensão do trecho atendido pela respectiva praça (CNI, 2018, p. 34).

Quanto à revisão contratual, essa fase promoveu a ampliação do escopo das revisões ordinárias e reforçou a limitação das revisões extraordinárias às situações em que o risco estava alocado ao Poder Concedente. As revisões ordinárias passam a incluir os efeitos de ajustes (Cláusula 16.4) decorrentes das receitas extraordinárias da concessionária, do arredondamento da tarifa de pedágio e das concretizações anuais de valores efetivamente utilizados e comprovados em aspectos específicos (GONZE, 2014, p. 79).

Por fim, quanto às especificações técnicas, foi mantida a grande maioria das definições e especificações do modelo contratual da ViaBahia (2009).

2.5.2. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA TERCEIRA ETAPA DO PROCROFE (2014 A 2015).

A Primeira e a Terceira Fases da Terceira Etapa do PROCROFE abarcaram um total de sete rodovias – Eco-050 (2013), CONCEBRA (2014), MS Via (2014), CRO (2014), Via-040 (2014), Galvão BR-153 (2014) e Ecoponte (2015) –, as quais tiveram seus editais publicados no final de 2013 e a maior parte dos contratos assinada em 2014, com previsão de prazo de vigência de 30 anos, conforme demonstrado na *Tabela 5*. Vejamos:

	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)	PRAZO ORIGINAL	ASSINATURA	INÍCIO DA CONCESSÃO	INÍCIO DO PEDÁGIO
ECO-050 (ANTIGA MGO RODOVIAS)	BR-050/GO/MG, Trecho Entroncamento BR-040 (Cristalina) – Divisa MG/SP (Delta)	436,6 Km	30 anos	05/12/2013	08/01/2014	12/04/2015
CONCEBRA	BR-060/153/262/DF/GO/MG, Trechos BR-060/153/DF – Divisa MG/SP e BR-153/262 – BR-381/MG	1.176,5 Km	30 anos	31/01/2014	05/03/2014	27/06/2015
MS VIA	BR-163/MS, Trecho Divisa MS/MT – Divisa MS/PR	847,2 Km	30 anos	12/03/2014	11/04/2014	14/09/2015
CRO (ROTA DO OESTE)	BR-163/MT, Trecho Divisa MT/MS – Km 855 Entroncamento MT-220	850,9 Km	30 anos	12/03/2014	21/03/2014	06/09/2015
VIA-040	BR-040/DF/GO/MG, Trecho Brasília – Juiz de Fora	936,8 Km	30 anos	12/03/2014	22/04/2014	30/07/2015
GALVÃO BR-153	BR-153/TO/GO, Trecho Anápolis (BR-060) – Aliança do Tocantins (TO-070)	624,8 Km	30 anos (caducidade declarada)	12/09/2014	31/10/2014	-
ECOPONTE	BR-101/RJ, Trecho Acesso Ponte Presidente Costa e Silva (Niterói) – Entroncamento RJ-071 (Linha Vermelha)	13,2 Km	30 anos	18/05/2015	01/06/2015	01/06/2015

Tabela 5 – Primeira e Terceira Fases da Terceira Etapa do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Vale mencionar que essas duas fases acabaram se tornando contemporâneas por consequência dos atrasos na conclusão dos estudos e evolução de conceitos em momentos simultâneos, resultando em um único modelo contratual.

Antes de tudo, é importante esclarecer que, apesar de ter sido assinado em 2014, o contrato de concessão da BR-153/TO/GO (GALVÃO BR-153, 2014) não chegou a ser executado e, em 2017, teve sua caducidade declarada pelo Poder Concedente em razão do descumprimento de todos os parâmetros de desempenho, não tendo atingido os requisitos técnicos mínimos estabelecidos no PER, conforme decidido por meio da Deliberação nº 138, de 23 de junho de 2017 (BRASIL, 2017b). Além disso, a concessão da Ponte Rio-Niterói na BR-101/RJ (ECOPONTE, 2015) está incluída na Terceira Etapa em razão da conclusão da vigência do contrato anterior e sua relicitação em 2015 (NETO, MOREIRA e MOTTA, 2018, p. 26).

É justamente por esses motivos que a Primeira e a Terceira Fases da Terceira Etapa são geralmente representadas por apenas cinco rodovias, as quais possuem as mesmas características e disposições contratuais. Isso em mente, para os objetivos deste tópico, essas fases serão representadas pelo contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG (VIA-040, 2014).

Os objetivos dessas fases também foram semelhantes aos modelos contratuais anteriores, sendo que, como forma de reforçar as metas governamentais ambiciosas à época, foram incluídas previsões de que todos os trechos simples seriam duplicados até o sexagésimo mês – quinto ano – de vigência contratual e que a cobrança de pedágio só seria autorizada após a duplicação de 10% dos trechos em questão e execução dos trabalhos iniciais na concessão (Cláusula 18.1.1 e PER).

Quanto à alocação dos riscos, houve apenas duas alterações em relação à Segunda Fase (CBIC, 2018, p. 37-38), qual seja: (i) a transferência da responsabilidade pela obtenção das licenças prévias e de instalação das obras de ampliação de capacidade e melhorias ao Poder Concedente (Cláusula 5.2); e (ii) o compartilhamento de riscos de desapropriação por meio da delimitação de um teto de dispêndio às concessionárias (Cláusulas 9.1.2 e 21.2.18).

Quanto ao reajuste contratual, houve importantes inovações relacionadas aos fatores redutores ou incrementadores da TBP – expressados matematicamente

em percentuais –, introduzidos para simplificar e tornar automático o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da tarifa de pedágio (FREITAS, 2017, p. 226), de modo que são representados pela seguinte fórmula: *Tarifa de Pedágio = Tarifa Básica de Pedágio x (1 – Fator D – Fator Q) x (IRT – Fator X) + Fator C* (Cláusula 18.3.3), em que: (i) o “Fator D” é redutor ou incrementador da TBP, utilizado como mecanismo de aplicação de (i.1) desconto de reequilíbrio relativos ao não atendimento dos parâmetros de desempenho e às obras de ampliação de capacidade e de manutenção do nível de serviço, ou (i.2) de acréscimo de reequilíbrio²³ no caso de antecipação na entrega de obras (Cláusula 1.1.1, item “xx”); (ii) o “Fator Q” é redutor ou incrementador da TBP, utilizado como mecanismo de (ii.1) desconto pelo não atendimento aos indicadores de qualidade previstos no contrato ou de (ii.2) acréscimo em razão do atendimento desses mesmos indicadores (Cláusula 1.1.1, item “xxi”); (iii) o “IRT” é o índice de reajustamento para atualização monetária do valor da tarifa de pedágio, calculado com base na variação do IPCA entre duas datas (Cláusula 1.1.1, item “xxvii”); (iv) o “Fator X” é redutor da TBP, utilizado como mecanismo de compartilhamento, com os usuários da rodovia, dos ganhos de produtividade alcançados pela concessionária (Cláusula 1.1.1, item “xxii”); e (v) o “Fator C” é redutor ou incrementador da TBP, utilizado como mecanismo de reequilíbrio contratual aplicável sobre eventos que gerem impactos exclusivamente na receita e nas verbas contratuais (Cláusula 1.1.1, item “xxix”).

Por fim, quanto às especificações técnicas para regulação, o modelo contratual dessas fases abandonou os conceitos de obras e de serviços obrigatórios e não obrigatórios (GONZE, 2014, p. 84), passando a utilizar as denominações “Frente de Recuperação e Manutenção”, “Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço”, “Frente de Conservação” e “Frente de Serviços Operacionais” para se referir às obras e aos serviços obrigatórios que deveriam ser concluídos em prazos contratuais específicos (Cláusula 1.1.1, item “xxxiv”).

Além disso, houve inclusão da possibilidade de prorrogação contratual por até trinta anos (Cláusula 3.2), nas hipóteses de imposição do interesse público, de

²³ O acréscimo de reequilíbrio é um mecanismo introduzido nos contratos da Primeira e Terceira Fase da Terceira Etapa como contraposição ao desconto de reequilíbrio, visando a reagir nas situações em que houver antecipação da entrega de obras de melhorias ou ampliação de capacidade da rodovia pela concessionária (GONZE, 2014, p. 83).

situação de força maior ou de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para fazer frente à exigência de novos investimentos ou serviços pelo Poder Concedente.

2.5.3. CRISES POLÍTICA E ECONÔMICA E RELICITAÇÕES (2015 A 2017).

Não obstante os avanços regulatórios da Terceira Etapa do PROCROFE, a execução desses contratos foi afetada pelas crises política – relacionada aos resultados da Operação Lava jato – e econômica – dentre outros fatores, relacionada à explosão da bolha imobiliária no mercado americano – que atingiram o Brasil em 2015. De um lado, algumas empresas envolvidas nas investigações criminais da “Operação Lava Jato” tinham relações com as concessões dessa etapa, de modo que não puderam levar a termo as condições dos financiamentos celebrados com o BNDES e, conseqüentemente, tiveram sua modelagem econômico-financeira e capacidade de execução de investimentos rompidas. De outro lado, os impactos de instabilidade econômica à época afetaram o fluxo de veículos nas rodovias e geraram arrecadação aquém da prevista, também prejudicando a execução dos investimentos do PER (NETO, MOREIRA e MOTTA, 2018, p. 28-29).

Outros fatores que contribuíram para a percepção de insucesso da Terceira Etapa residem no fato de que essas concessões foram objeto de lances agressivos sustentados pelos mencionados financiamentos do BNDES, assim como na assunção do compromisso de duplicar trechos de grande extensão em exíguo prazo dos primeiros cinco anos de vigência contratual (CNI, 2018, p. 36).

Foram ventiladas possíveis soluções, como a edição de Medida Provisória nº 800, de 18 de setembro de 2017 (BRASIL, 2017c), que permitiria o alongamento dos prazos de duplicação de cinco para quatorze anos. No entanto, essa MP não foi votada nos prazos regulamentares nos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (CNI, 2018, p. 36).

Além da renegociação de obrigações contratuais, outras alternativas para esse quadro fático envolveram a avaliação de transferência de controle das concessões e, afinal, a utilização do mecanismo da relicitação dos contratos, introduzido pela Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017 (BRASIL, 2017a). Isto é, uma última alternativa mais drástica para a solução dos mencionados desafios seria

apresentação de pedido – irrevogável – pelas concessionárias para a extinção amigável do contrato e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados.

Apenas a título de registro, já apresentaram pedidos de relições algumas concessionárias da Segunda²⁴ e da Terceira²⁵ Etapas do PROCROFE, mas essa questão ainda se encontra em amadurecimento no âmbito da Corte de Contas – em que a primeira decisão sobre o tema foi o Acórdão nº 752/2023-Plenário (TC 008.508/2020-8), que discutiu a relição da BR-040/DF/GO/MG –, embora já existam normativos da agência que regulem esse procedimento para o caso das concessões de rodovias. É o caso da Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019d), que dispõe sobre a metodologia para cálculo da indenização relativa aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados, e da Resolução nº 5.926, de 2 de fevereiro de 2021 (BRASIL, 2021b), que regulamentou a transição operacional e transferência de ativos durante a relição.

2.6. QUARTA ETAPA DO PROCROFE (2018 A 2022).

Em 2018, foi lançada a Quarta Etapa do PROCROFE, a qual abarca sete concessões até o momento e, embora existam mais divergências entre contratos que as etapas anteriores, poderia ser segregada em dois modelos contratuais.

No nascedouro dessa etapa, observa-se compromisso por parte da ANTT, do então Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MPTA), da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI) e da Empresa de Planejamento e Logística (EPL)²⁶ para implementar profundas alterações no modelo

²⁴ Em relação às concessões Segunda Etapa, apresentou pedido de relição a concessionária da BR-101/RJ (Autopista Fluminense).

²⁵ Em relação às concessões Terceira Etapa, já estão em estado mais avançado os pedidos de relição as concessionárias da BR-040/DF/GO/MG (Via040) e da BR-163/RS (MS Via) e a BR-060/153/262/DF/GO/MG (CONCEBRA), as quais se encontram em análise pelo TCU nos processos TC 008.508/2020-8, TC 016/420/2021-7 e TC 005.373/2022-0, respectivamente. Além disso, encontram-se em fase de estudo as relições da BR-101/ES/BA (Eco101) e da BR-163/MT (CRO).

²⁶ Esses órgãos compuseram a Comissão Permanente de Outorgas Rodoviárias (CPOR), instituída pela Portaria Interministerial nº 2/2017, de 12 de junho de 2017.

regulatório das concessões rodoviárias federais com o objetivo de mitigar os desafios vividos nas etapas anteriores e implementar as lições aprendidas na Terceira Etapa.

Nesse ponto, vale atenção ao processo que fundamentou a Deliberação nº 183, de 18 de abril de 2018 (BRASIL, 2018b), a partir da qual foi aprovado o marco conceitual e os aspectos regulatórios que iriam compor as concessões dessa etapa.

Com efeito, por meio Acórdão nº 1.174/2018-Plenário (TCU, 2018), o Tribunal de Contas da União havia identificado cenário geral em que, apesar de haver níveis elevados de inadimplemento contratual nas três primeiras etapas do PROCROFE, as tarifas de pedágio estariam sofrendo aumentos anuais acima da inflação a partir da inclusão de relevantes investimentos. Isso em mente, o referido acórdão aprovou, com ressalvas, o primeiro estágio da concessão da BR-101/290/386/448/RS, mas encaminhou determinações e recomendações para mitigação de riscos identificados no edital e na minuta contratual.²⁷ Esses apontamentos foram implementados pela agência reguladora, de modo que houve a republicação do edital do trecho da BR-101/290/386/448/RS (BRASIL, 2018b) e, ao final de 2018, a realização do leilão da primeira concessão da etapa (ANTT, 2019).

De forma geral, os objetivos das concessões na Quarta Etapa visam a abarcar os avanços do marco regulatório na agência reguladora, de modo a oferecer novos instrumentos para que “os contratos sejam mais rigorosos, mas, ao mesmo tempo, suficientemente dinâmicos para atender às mudanças que [ocorrerem] ao longo dos 30 anos de concessão” (ANTT, 2019, p. 40-41).

Embora a agência reguladora não faça divisão formal dessa etapa entre fases distintas em seus relatórios de atividades (ANTT, 2023) e em outros documentos institucionais, entende-se que, para melhor organização da evolução contratual do PROCROFE nesta Dissertação, a Quarta Etapa deve ser dividida em uma Primeira Fase compreendendo os anos de 2018 a 2020 e uma Segunda Fase de 2021 a 2022.

²⁷ Dentre eles, (i) o procedimento de inclusão de novas obras e obrigações; (ii) as condições para prorrogação contratual; (iii) os critérios para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; (iv) as penalidades contratuais; (v) a restrição à competitividade e óbice à obtenção da proposta mais vantajosa; (vi) as incorreções nos investimentos previstos nos estudos de viabilidade; (vii) as inconsistências em estimativas dos custos operacionais; (viii) as inconsistências em parâmetros do PER; e (viii) a inobservância de determinações e recomendações anteriores do Tribunal (TCU, 2018).

2.6.1. PRIMEIRA FASE DA QUARTA ETAPA DO PROCROFE (2018 A 2020).

O período delimitado nesta Dissertação como Primeira Fase da Quarta Etapa abarca três rodovias – Via Sul (2019), Ecovias do Cerrado (2019) e CCR ViaCosteira (2020) –, concedidas entre 2019 e 2020, conforme a *Tabela 6*:

	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)	PRAZO ORIGINAL	ASSINATURA	INÍCIO DA CONCESSÃO	INÍCIO DO PEDÁGIO
VIA SUL	BR-101/290/386/448/RS, Trechos da BR-101/RS – Divisa SC/RS – Entroncamento BR-290 (Osório), da BR-290/RS – Entroncamento BR-101(A) (Osório) – Km 98,1, da BR-386 – Entroncamento BR-285/377(B) (Passo Fundo) – Entroncamento BR-470/116(A) (Canoas), e da BR-448 – Entroncamento BR-116/RS-118 – Entroncamento BR-290/116 (Porto Alegre)	473,4 Km	30 anos	11/01/2019	15/02/2019	15/02/2019
ECOVIAS DO CERRADO	BR-364/365/GO/MG, Trecho Entroncamento BR-060(A) (Jataí) – Entroncamento LMG-479 (Contorno Oeste de Uberlândia)	437 Km	30 anos	19/12/2019	20/01/2020	14/11/2020
CCR VIACOSTEIRA	BR-101/SC, Trecho Paulo Lopes (Km 244+680) – Divisa SC/RS (Km 465+100)	220,42 Km	30 anos	06/07/2020	07/08/2020	02/05/2021

Tabela 6 – Primeira Fase da Quarta Etapa do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Como parâmetro para a análise dessas concessões, utiliza-se o contrato da BR-101/SC (CCR VIACOSTEIRA, 2020).

Essas concessões possuem modelos contratuais semelhantes e foram realizadas a partir de leilões pelo critério de menor tarifa de pedágio e maior integralização de capital, proporcional ao deságio ofertado. Essa exigência de maior capital próprio teria como objetivo mitigar a participação de licitantes não comprometidos com a execução contratual e garantir a disponibilização de mais recursos para os investimentos no trecho concedido, uma vez que o desconto ofertado na tarifa resultaria em redução na receita futura de pedágio (ESTEVES, 2023, p. 25).

Quanto à alocação de riscos, os primeiros contratos da Quarta Etapa mantiveram uma matriz de riscos sofisticada, incluindo novas hipóteses de risco alocado às concessionárias, como a atribuição de responsabilidade integral pela

manutenção e pelos custos de consumo de energia dos sistemas elétricos e de iluminação existentes e novos (Cláusula 20.1.31) (ANTT, 2020a, p. 35-36).

Quando ao reajuste contratual, houve ajustes na fórmula de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da tarifa de pedágio, passando a seguir a seguinte composição: $Tarifa\ de\ Pedágio = Tarifa\ Básica\ de\ Pedágio \times (1 - Fator\ D + Fator\ A + Fator\ E) \times (IRT - Fator\ X) + (FCM + Fator\ C) \times IRT$ (Cláusula 17.3.3). Como novas variáveis, observa-se (i) a segregação do que se considerava “Fator D” na Segunda Fase da Terceira Etapa entre o “Fator A” – incrementador da TBP, utilizado para aplicação do acréscimo de desequilíbrio – (Cláusula 1.1.1, item “xxv”) e o “Fator D” – redutor da TBP, utilizado para aplicação do desconto de reequilíbrio – (Cláusula 1.1.1, item “xxix”), assim como (ii) a inclusão do “Fator E”, que é um incrementador da TBP, utilizado como mecanismo de aplicação do acréscimo de reequilíbrio exclusivamente nos casos de conclusão das obras do “estoque de melhorias” (Cláusula 1.1.1, item “xxx”). Além disso, vale notar a exclusão do “Fator Q” da mencionada fórmula.

Quanto à revisão do contrato, observa-se enrijecimento das regras para alteração contratual, de modo que novas obras e serviços poderão ser incluídos na concessão tão somente por meio das revisões quinquenais, com exceção das hipóteses em que a sua execução se revelar imprescindível à segurança viária ou em que tratar de obras do “estoque de melhorias”, de obras de manutenção de nível de serviço (“gatilho volumétrico”) ou de obras do Poder Concedente transferidas à concessionária (Cláusulas 9.1.9 e 17.5).

Por fim, no que diz respeito às especificações técnicas para regulação, vale destacar a inclusão de inovações (ANTT, 2020a, p. 34, 36-37) relacionadas (i) ao “estoque de melhorias” (Cláusula 1.1.1, item “xxiv”), que representam um conjunto de obras e serviços de implantação de vias marginais, passarelas, melhorias em acessos, entre outras, a serem definidos a critério da ANTT e cujos percentuais estão limitados a 6,59%; (ii) à instituição de política de transações com partes relacionadas²⁸ para aprimorar a governança corporativa (Cláusulas 13.9 e 13.10); e (iii) à inclusão da possibilidade de autocomposição de conflitos (Cláusula 38.1.1).

²⁸ As partes relacionadas são pessoas físicas ou jurídicas que possuem algum tipo de relação com a concessionária que impossibilite eventual transação em condições de independência.

2.6.2. SEGUNDA FASE DA QUARTA ETAPA DO PROCROFE (2021 A 2022).

Já os contratos de concessão mais recentes abarcam quatro rodovias – Ecovias do Araguaia (2021), CCR Rio/SP (2022), Via Brasil (2022) e EcoRioMinas (2022) –, as quais são aglomeradas na Segunda Fase da Quarta Etapa para esta Dissertação, conforme demonstrado abaixo na *Tabela 7*:

	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)	PRAZO ORIGINAL	ASSINATURA	INÍCIO DA CONCESSÃO	INÍCIO DO PEDÁGIO
ECOVIAS DO ARAGUAIA	BR-153/TO/GO, BR-080/GO, BR-414/GO, Trechos da BR-153/TO/GO – Entroncamento TO-070 (Aliança do Tocantins) – Entroncamento BR-060 (Anápolis), da BR-414/GO – Entroncamento BR-080/GO-230(A)324 (Assunção do Goiás) – Entroncamento BR-153/GO-222/330 (Anápolis), da BR-080/GO – Entroncamento BR-414/GO-230(B) (Assunção de Goiás) – Entroncamento BR-153(A)/GO-342(B)	850,7 Km	35 anos	29/09/2021	08/10/2021	03/10/2022
CCR RIO/SP	BR-116/RJ, Trechos da BR-116/RJ – Entroncamento BR-465 (Seropédica, Km 214,7) – Divisa RJ/SP (Km 339,6), da BR-116/SP – Divisa RJ/SP (Km 0) – Entroncamento BR-381/SP-015 (Marginal Tietê, Km 230,6), da BR-101/RJ – Entroncamento BR-465 (Campo Grande, Km 380,8) – Divisa RJ/SP (Km 599), e da BR-101/SP – Divisa RJ/SP (Km 0) – Praia Grande (Ubatuba, Km 52,1)	625,8 Km	30 anos	28/01/2022	01/03/2022	01/03/2022
VIA BRASIL BR-163	BR-163/230/MT/PA, Trechos da BR-163/MT – Entroncamento MT-220 – Divisa MT/PA (Guaatã do Norte), da BR-163/PA – Divisa MT/PA (Novo Progresso) – Entroncamento BR-230/PA (Itaituba), e BR-230/PA – Entroncamento BR-163/PA (Itaituba) – Travessia do Rio Tapejós (Miritituba, Itaituba)	1.009,53 Km	10 anos	01/04/2022	04/05/2022	13/02/2023
ECORIOMINAS	BR-116/465/493/RJ/MG, Trechos da BR-116/RJ – Entroncamento BR-101/RJ (Trevo das Margaridas – Entroncamento BR-465 (Seropédica), da BR-116/RJ – Entroncamento BR-393 (Jamapará) – Entroncamento BR-040(A)/493(B)/RJ-109 (Duque de Caxias), da BR-116/MG – Entroncamento BR-381/451 (Governador Valadares) – Divisa MG/RJ, da BR-493/RJ – Entroncamento BR-101 (Manilha, Itaboraí) – Entroncamento BR-116 (Santa Guilhermina, Magé), da BR-493/RJ – Entroncamento BR-040/116(B) (Duque de Caxias) – Porto de Itaguaí, e da BR-465/RJ – Entroncamento BR-116 – Entroncamento BR-101	726,9 Km	30 anos	22/08/2022	22/09/2022	22/09/2022

Tabela 7 – Segunda Fase da Quarta Etapa do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Esses contratos possuem várias disposições similares, mas, por terem sido elaborados em momento de grande produção normativa pela ANTT, passaram a incluir disposições e inovações de forma progressiva. Por esse motivo, neste tópico, cada inovação contratual indicará o contrato específico que lhe dá origem.

Todos os leilões a partir de 2021 adotaram formato híbrido, conjugando o critério de maior outorga com o de menor tarifa, isto é, foram realizados com deságio ofertado na tarifa limitado até determinado percentual, a partir do qual a competição se deu por maior outorga. Essa sistemática pretendeu obter deságios que não comprometeriam a sustentabilidade financeira do projeto e exigir o comprometimento do capital dos investidores mais competitivos (ESTEVES, 2023, p. 26).

Quanto à alocação de riscos, observa-se a introdução de algumas inovações nos contratos celebrados entre 2021 e 2022 (ESTEVES, 2023, p. 31-32), quais sejam: (i) a inclusão de mecanismo de mitigação de risco da receita (ECOVIAS DO ARAGUAIA, 2021, p. 8, Cláusula 1.1.1, item "lvi", e Anexo 14), aplicável ao primeiro e ao segundo ciclos de investimentos, assim como nas hipóteses em que a receita acumulada em determinado ano da concessão seja inferior à receita mínima ou superior à receita máxima; (ii) a inclusão de mecanismo de proteção cambial (CCR RIO/SP, 2022, p. p. 10, Cláusula 1.1.1, item "lxi"), com a finalidade de mitigar os efeitos da variação cambial para dívidas de financiamento contraídas pela concessionária; e (iii) a inclusão de mecanismo de compartilhamento de risco de preço de insumo (ECORIOMINAS, 2022, p. 10, Cláusula 1.1.1, item "lxii"), com a finalidade de mitigar os efeitos advindos de eventual variação desproporcional como no caso da pandemia de COVID-19. Todos esses mecanismos de mitigação de riscos utilizam os recursos provenientes de conta de ajuste para sua operacionalização, isto é, conta bancária de titularidade da concessionária e de movimentação restrita à autorização do Poder Concedente (ECOVIAS DO ARAGUAIA, 2021, p. 8, Cláusula 1.1.1, item "xvii"), a qual constituiu um “colchão de liquidez” para a concessão.

Não houve alterações muito significativas no que tange às disposições sobre o reajuste e a revisão contratual nesses contratos.

Ademais, quanto às especificações técnicas para regulação, houve inovações relativas (i) à previsão de comitê de resolução de conflitos, ou *dispute board*

(ECOVIAS DO ARAGUAIA, 2021, p. 66, Cláusula 41.4); (ii) aos acordos tripartites (ECOVIAS DO ARAGUAIA, 2021, p. 54, Cláusulas 27.1 e 27.2); e (iii) à cobrança das tarifas de pedágio sem necessidade de desaceleração dos veículos, ou *free flow* (ECOVIAS DO ARAGUAIA, 2021, p. 8, Cláusula 1.1.1, item "xlvii").

2.7. DESNIVELAMENTO ENTRE AS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS EM RELAÇÃO ÀS QUATRO ETAPAS DO PROCROFE E AOS NORMATIVOS DA ANTT.

Neste tópico, apresentam-se lâminas de comparação entre os contratos de concessão celebrados no âmbito do PROCROFE, os quais apresentam pontos de convergência e, mais importantes para esta análise, de divergência.

Isso em mente, em linha com os tópicos anteriores deste Capítulo, foram eleitos contratos que servirão de parâmetro para a análise comparativa em questão, quais sejam: (i) Nova Dutra (1995) para a Primeira Etapa; (ii) Autopista Fernão Dias (2008) para a Primeira Fase da Segunda Etapa; (iii) ViaBahia (2009) para a Segunda Fase da Segunda Etapa; (iv) Eco101 (2013) para a Segunda Fase da Terceira Etapa; (v) Via-040 (2014) para as Primeira e Terceira Fases da Terceira Etapa; (vi) ViaCosteira (2020) para a Primeira Fase da Quarta Etapa; e (vii) EcoRioMinas (2022) para a Segunda Fase da Quarta Etapa.

A partir da evolução histórica narrada e destrinchada nos tópicos anteriores e da análise contratual do PROCROFE, verificam-se alguns itens transversais – com disposições semelhantes e/ou sentido similar – aos contratos de concessão celebrados pela ANTT entre 1994 e 2022, demonstrados na *Tabela 8* (ou Anexo I):

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
DEFINIÇÕES	Cláusula 1ª	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1
ANEXOS	Cláusula 2ª	Cláusula 1.2	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3
INTERPRETAÇÃO E LEGISLAÇÃO	Cláusulas 3ª, 7ª e 8ª	Cláusula 1.3	Cláusulas 1.2 e 33.5	Cláusulas 1.2 e 36.4	Cláusulas 1.2 e 38.4	Cláusulas 1.2 e 39.4	Cláusulas 1.2 e
REGIME JURÍDICO DO CONTRATO	Cláusulas 4ª a 6ª	Cláusulas 1.4 a 1.8	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo
ÁREA DA CONCESSÃO	Cláusula 13	Cláusula 2.10	Cláusula 1.1, item (xxxiv)	Cláusula 1.1, item (xxxvii)	Cláusula 1.1, item (xliv)	Cláusula 1.1, item (lxiii)	Cláusula 1.1, item (xcii)
BENS DA CONCESSÃO (COMPOSIÇÃO E ASSUNÇÃO)	Cláusulas 14 a 16	Cláusulas 3.1 a 3.6	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2

CESSÃO E ALIENAÇÃO DOS BENS DA CONCESSÃO	Cláusulas 139 a 141, 149 e 150	Cláusulas 3.17 a 3.19	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3
REVERSÃO E DEVOLUÇÃO DE BENS	Cláusulas 142 a 148	Cláusulas 3.7 a 3.16	Cláusulas 27.2 e 27.3	Cláusulas 25.2 e 25.3	Cláusulas 29.2 e 29.3	Cláusulas 29.2, 29.4 e 29.5	Cláusulas 31.2, 31.4 e 31.5
DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS	Cláusula 79	Cláusulas 16.1 a 16.3	Cláusulas 12.1 e 12.2	Cláusulas 11.1 e 11.2	Cláusula 13.1	Cláusula 12.1	Cláusula 14.1
FONTES DE RECEITAS	Cláusulas 75 a 77	Cláusula 7.1	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2
RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS	Cláusula 78	Cláusulas 7.2 a 7.6	Cláusulas 17.1 a 17.6	Cláusulas 17.1 a 17.7	Cláusulas 19.1 a 19.6	Cláusulas 18.1 a 18.6	Cláusulas 20.1 a 20.5
DESAPROPRIAÇÃO E DESOCUPAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO	Cláusulas 124 a 130	Cláusulas 7.7 a 7.12, 16.22 a 16.30	Cláusulas 7.1 a 7.3	Cláusulas 7.1 a 7.4	Cláusulas 9.1 a 9.3	Cláusulas 8.1 a 8.4	Cláusulas 6.1 a 6.3
FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO	Cláusulas 263 a 290	Cláusulas 18.1 a 18.18	Cláusulas 14.1 a 14.8	Cláusulas 13.1 a 13.7	Cláusulas 15.1 a 15.8	Cláusulas 14.1 a 14.9	Cláusulas 16.1 a 16.9
VERBA DE FISCALIZAÇÃO	Cláusulas 291 a 294	Cláusulas 12.1 a 12.5	Cláusula 14.9	Cláusula 13.8	Cláusula 15.9	Cláusula 14.10	Cláusula 16.10
SEGUROS E GARANTIAS (GERAL)	Cláusulas 85 a 103	Cláusulas 5.1 a 5.23	Cláusulas 11.1 a 11.8, 32.1 a 32.14	Cláusulas 10.1 a 10.7, 34.1 a 34.14	Cláusulas 12.1 a 12.7, 36.1 a 36.14	Cláusulas 11.1 a 11.7, 37.1 a 37.14	Cláusulas 11.1 a 11.9, 41.1 a 41.13
FINANCIAMENTO	Cláusulas 156 a 158	Cláusulas 17.49 a 17.53	Cláusulas 8.1 a 8.5	Cláusulas 24.1 a 24.5	Cláusulas 26.1 a 26.5	Cláusulas 25.1 a 25.5	Cláusulas 27.1 a 27.5
INTERVENÇÃO	Cláusulas 104 a 108	Cláusulas 19.26 a 19.31	Cláusulas 24.1 a 24.7	Cláusulas 26.1 a 26.7	Cláusulas 28.1 a 28.7	Cláusulas 27.1 a 27.7	Cláusulas 30.1 a 30.9
TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO	Cláusulas 328 a 331	Cláusulas 2.7 e 2.8	Cláusulas 22.1 a 22.4	Cláusulas 23.1 a 23.3	Cláusulas 25.1 e 25.2	Cláusulas 24.1 a 24.3	Cláusulas 26.1 a 26.3
EXTINÇÃO DA CONCESSÃO	Cláusulas 109 a 123	Cláusulas 19.32 a 19.51	Cláusulas 25.1 a 25.4	Cláusulas 27.1 a 27.4	Cláusulas 29.1 a 29.4	Cláusulas 29.1 a 29.6	Cláusulas 31.1 a 31.15
CONTAGEM DE PRAZOS E FORO	Cláusulas 332, 333 e 335	Cláusulas 21.1, 21.2, 21.4 e 21.5	Cláusulas 33.6 e 33.8	Cláusulas 36.5 e 36.7	Cláusulas 38.5 e 38.7	Cláusulas 38.2.8 e 39.7	Cláusulas 42.3.8 e 43.6

Tabela 8 – Quadro de Temas Transversais entre as Etapas do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Vale ressaltar que a identificação de temas transversais entre os contratos de concessão não significa dizer que inexistem disposições com texto ou alguma parte do conteúdo divergente. Na realidade, os temas apontados na *Tabela 8* refletem temáticas que existiam contratualmente desde o início do PROCROFE em 1994 e foram replicadas em algum sentido em todos os contratos subsequentes até 2022.

Para além disso, ao ajustar a lente de análise para as alterações, complementações e/ou exclusões contratuais ao longo das quatro etapas de concessões, é possível comparar as divergências que podem ter contribuído para o desnivelamento no marco regulatório do setor, conforme a *Tabela 9* (ou Anexo II):

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
SUBCONCESSÃO	Cláusula 151 Permissão para subconcessão	Cláusula 2.9 Vedação à subconcessão	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	Cláusula 22 Previsão genérica	Cláusulas 6.1 a 6.8 Previsão expressa da definição e dos critérios de aferição do equilíbrio contratual (TIR)	Cláusulas 20.1 a 20.4 Previsão das hipóteses de cabimento, dos procedimentos, dos meios, dos critérios e dos princípios para recomposição Cláusula 20.5 Introdução do fluxo de caixa marginal (FCM) para novos investimentos	Cláusulas 20.1 a 20.4 Introdução de novo meio para a recomposição, delegação dos procedimentos aos normativos da ANTT Cláusula 20.5 Incorporação do WACC no FCM	Cláusulas 20.1 a 20.5	Cláusulas 21.1 a 21.5 Detalhamento dos critérios de recomposição de acordos com os eventos ensejadores	Cláusulas 23.1 a 23.4 e 23.6
FATORES DE REEQUILÍBRIO	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 20.6 Introdução dos descontos de reequilíbrio	Cláusula 20.6	Cláusula 20.6 Introdução dos acréscimos de reequilíbrio	Cláusula 21.6 Introdução dos Fatores "D", "A" e "E" para acréscimo e decréscimo de reequilíbrio	Cláusula 23.5
RECURSOS PARA DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO (RDT)	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 14.1 Introdução dos recursos para desenvolvimento tecnológico (RDT)	Cláusula 16.1	Cláusulas 15.1 a 15.3	Cláusulas 17.1 a 17.4
REAJUSTE	Cláusulas 49 a 63 Previsão de Fórmula paramétrica	Cláusula 6.26 a 6.33 Substituição da fórmula paramétrica pelo IPCA-IBGE	Cláusula 16.3	Cláusula 16.3 Introdução do Fator "X" como redutor do reajustamento da TBP e diferenciação da tarifa para cada praça de pedágio	Cláusula 18.3 Introdução dos Fatores "D", "Q", "X" e "C" como redutores e incrementadores da TBP, tomando esse cálculo automático	Cláusula 17.3 Introdução dos Fatores "D", "A" e "E", em acréscimo aos "X" e "C", como redutores e incrementadores da TBP, além de exclusão do Fator "Q"	Cláusula 19.7
REVISÕES ORDINÁRIA, EXTRAORDINÁRIA E QUINQUENAL	Cláusulas 64 a 73 Previsão de revisão por requerimento quando ocorrerem situações específicas	Cláusulas 6.34 a 6.42 Instituição de revisão periódica (ordinária, extraordinária e quinquenal)	Cláusulas 16.4 a 16.6	Cláusulas 16.4 a 16.5 Ampliação do escopo das revisões ordinárias e reforço das limitações das extraordinárias às hipóteses de risco alocado ao Poder Concedente	Cláusulas 18.4 e 18.5 Extensão da aplicação dos Fatores "D", "Q", "X" e "C" ao cálculo de revisão contratual	Cláusulas 17.4 a 17.6 Enrijecimento das regras de alteração contratual, de modo que novas obras e serviços passam a ser incluídos apenas por revisões quinquenais, salvo exceções	Cláusulas 19.8 a 19.10
FISCALIZAÇÃO DA SEGURANÇA NO TRÂNSITO	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 14.10 Alocação de verba anual para segurança no trânsito	Cláusula 13.9	Cláusula 15.10	Cláusula 14.11	Cláusula 16.11
ALOCÇÃO DE RISCOS	Cláusulas 19 e 20 Alocação genérica dos riscos, deixando discussões para a "teoria das áleas"	Cláusulas 4.1 a 4.9 Alocação genérica dos riscos, com indicação de hipóteses pontuais de responsabilidade da concessionária e do Poder Concedente	Cláusula 19.1 Alocação expressa e mais detalhada dos riscos, afastando a utilização da "teoria das áleas" como regra geral	Cláusulas 19.1 a 19.4 Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos	Cláusulas 21.1 a 21.4 Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos	Cláusulas 20.1 a 20.4 Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos	Cláusulas 22.1 a 22.4 Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos
RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 35.1 Inclusão da arbitragem como forma de resolução das controvérsias e disputas contratuais	Cláusula 37.1	Cláusulas 38.1 e 38.2 Inclusão da possibilidade de autocomposição de conflitos	Cláusulas 42.1 a 42.4 Autorização da constituição de comitês de resolução de conflitos (<i>dispute boards</i>)
ACORDOS TRIPARTITES	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusulas 28.1 e 28.2 Regulamentação dos acordos tripartites
TRANSAÇÕES COM PARTES RELACIONADAS	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 1.1.1, item (xxv) Definição das partes relacionadas	Cláusula 1.1.1, item (xxvi)	Cláusula 1.1.1, item (xxxiii)	Cláusulas 13.9 a 13.12 Instituição da política de transações com partes relacionadas	Cláusulas 15.9 a 15.12

PENALIDADES	Cláusulas 219 a 229 Previsão de multas moratórias para atraso injustificado, além de advertência, multa específica e rescisão contratual para inexecução parcial ou total	Cláusulas 19.8 a 19.19 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 18.1 a 18.9 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 18.1 a 18.10 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 20.1 a 20.14 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 19.1 a 19.16 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 21.1 a 21.9 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas
OBRAS E SERVIÇOS OBRIGATÓRIOS E NÃO OBRIGATÓRIOS	Não há previsão contratual	Cláusulas 17.3 a 17.7 Introdução de obras e serviços obrigatórios e não obrigatórios	Cláusulas 9.3 e 9.4	Cláusulas 8.2 e 8.3	Cláusulas 10.2, 10.3 e 10.4.4 Abandono dos termos "obrigatórios" e "não obrigatórios", passando a indicar obras e serviços com prazos específicos dentro das diversas frentes contratuais	Cláusulas 9.2 e 9.3	Cláusulas 8.2 e 8.3
OBRAS ESPECÍFICAS E DO PODER CONCEDENTE	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 10.5 Introdução de obras que poderão ser realizadas pelo Poder Concedente no trecho rodoviário	Cláusula 9.6	Cláusula 8.7
OBRAS CONDICIONADAS AO VOLUME DE TRÁFEGO	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 9.5 Introdução das obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego	Cláusula 8.4	Cláusula 10.4	Cláusula 9.4	Cláusula 8.5
ESTOQUE DE MELHORIAS	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusulas 9.3.4 Introdução das obras com base no estoque de melhorias	Cláusulas 8.4
FREE FLOW	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 20.2.16 Remissão genérica ao free flow para eventual implantação	Cláusula 19.6 Introdução do free flow como forma de cobrança de pedágios sem desaceleração

Tabela 9 – Quadro de Divergências entre as Etapas do PROCROFE

Fonte: composição própria.

Sobre o quadro comparativo acima, vale registrar que estão anotadas abaixo das cláusulas apenas as divergências que passaram a vigorar daquela fase ou etapa em diante. Quando não houve alterações, foram indicadas apenas as cláusulas específicas, sem qualquer anotação. Se houve exclusão de alguma previsão anterior, isso foi registrado como anotação no modelo contratual que promoveu a mudança.

Ainda a respeito da avaliação de convergências e divergências, vale registrar que existem itens específicos que mudam em cada um dos contratos celebrados pela ANTT com agentes regulados, são eles: (i) trecho concedido; (ii) área da rodovia; (iii) bens específicos da concessão; (iv) prazo de vigência contratual; (v) valor específico das garantias e seguros; (vi) obras iniciais e momento de cobrança do pedágio no trecho em questão; (vii) plano de transição operacional; (viii) obras previstas para realização do Poder Concedente; (ix) capital social mínimo; (x) tarifa

básica de pedágio; (xi) localização das praças de pedágio e de pesagem; (xii) indicação de processos judiciais pendentes sobre a concessão; e (xiii) disposições específicas do PER. Isso posto, é natural que tais assuntos assumam as especificidades de cada projeto concedido e que essas diferenças não afetem diretamente o marco regulatório geral do setor, de modo que não contribuiriam para o desnivelamento retratado na *Tabela 9* e para o problema regulatório na ANTT.

Recapitulando o que foi observado neste Capítulo, os contratos da Primeira Etapa do PROCROFE foram celebrados em momento anterior à criação da agência regulatória desse setor, de modo que, até pelo contexto da época, funcionaram como marcos setoriais concretos. Quer dizer, considerando a especificidade das obrigações e das disposições assumidas entre o Poder Concedente e a concessionária, esses primeiros contratos assumiram um papel similar ao que é atribuído às normas regulatórias, ainda que tivessem incidência específica sobre a rodovia em questão.

Mesmo após a criação da ANTT, essa situação criou ambiente regulatório em que a agência encontra caminho de atuação balizado pelas disposições contratuais e com possibilidade de produção normativa com natureza episódica.

É cediço que a Segunda, Terceira e Quarta Etapas criaram um número ainda maior de marcos setoriais a partir de cada modelo de contrato de concessão celebrado com a ANTT, amplificando o desnivelamento entre as múltiplas obrigações e disposições contratuais específicas a cada concessionária.

Portanto, ainda que existam algumas convergências entre os contratos de concessão, os quadros apresentados neste tópico evidenciam a disparidade entre as previsões contratuais nas quatro etapas do PROCROFE.

Passadas quase três décadas do início do Programa de Concessões, observa-se que os vinte e nove contratos celebrados somam conjuntura complexa para a atividade regulatória da ANTT. Além de não ter sido formado um marco regulatório completo e unificado para todas as concessões de rodovias federais, o quadro atual demanda enorme versatilidade da agência para adaptação aos diversos instrumentos contratuais – com características fiscalizatórias e punitivas diversas, supervisão de obras sob diferentes perspectivas, entre outros desafios relacionados às particularidades de cada contrato – e impõe elevado custo regulatório.

Conseqüentemente, o que se observa é que a regulação no setor de concessões rodoviárias federais se materializa de forma fragmentada, apresentando-se como anacrônica para os contratos mais antigos, disforme no tratamento dos usuários a depender da via concedida e custosa para exercício das atribuições da ANTT. Especialmente porque, como já ressaltado algumas vezes, cada etapa do PROCROFE foi caracterizada por modelo contratual próprio, de modo que o setor em questão funciona como um prisma ao refletir quatro marcos regulatórios diferentes e, por isso mesmo, carrega um passivo preocupante a ser resolvido pela agência.

Atualmente, são enfrentados os ecos da estrutura regulatória inicial no setor e de sua adaptação – ainda que por meio de aprimoramentos e atualizações importantes – a cada nova etapa de concessões. Há essencialmente um novo modelo de gestão pública, de fiscalização, de penalidades, de supervisão das obrigações e de incorporação de novas tecnologias por etapa do PROCROFE.

Essa enorme diversidade de procedimentos e de referenciais contratuais torna a gestão mais complexa e gera aumento relevante de custos administrativos.

Assim sendo, no próximo Capítulo, aborda-se a iniciativa de criação de novo marco regulatório para o setor, o qual propõe solução para ambos aspectos do atual problema regulatório na ANTT, a incorporação de mecanismos responsivos e o nivelamento do marco regulatório no setor após as quatro etapas do PROCROFE.

3. REGULAMENTO DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS COMO FUTURO MARCO REGULATÓRIO.

Os primeiros Capítulos desta Dissertação apresentaram o contexto para os dois aspectos do principal problema regulatório encontrado na Agência Nacional de Transportes Terrestres. Isso é, diante de um cenário regulatório em que uma boa parte das agências brasileiras se encontram em momento de descolamento do modelo de Comando e Controle e adotam, progressivamente, mais ferramentas inspiradas na Teoria da Regulação Responsiva – em alguns casos, como na ANATEL, na ANEEL e na ANAC, até mesmo buscando adaptação completa do marco regulatório para os ditames responsivos –, a ANTT identificou a necessidade de aderir a esse movimento até mesmo para buscar planificar a regulação no setor e balancear as particularidades decorrentes da evolução contratual ocorrida ao longo de quase três décadas de vigência do PROCROFE e da celebração de vinte e nove contratos de concessão.

Para esse fim, foi idealizada a criação de norma chamada “Regulamento de Concessões Rodoviárias”, ou “RCR”, que abarcasse regras genéricas, com aspectos transversais a todos os contratos de concessão, e permitisse a simplificação regulatória no setor de concessões rodoviárias federais, deixando a cargo das disposições contratuais de cada uma das quatro etapas do PROCROFE as questões mais específicas que são próprias de cada projeto.

Neste Capítulo, portanto, serão abordadas (i) as motivações e propostas que resultaram na criação do Projeto de Atuação Responsiva e, eventualmente, na edição do RCR, assim como (ii) as características de cada uma das cinco partes (RCR 1 ao RCR 5) do Regulamento de Concessões Rodoviárias, que foram divididas dessa forma para abordar temas específicos no âmbito da regulação do setor.

A respeito dessa atividade normativa específica da ANTT, contudo, é importante ressaltar que esta Dissertação está posicionada em momento temporal no qual apenas as duas primeiras normas (RCR 1 e RCR 2) foram devidamente aprovadas pela agência reguladora, sendo que a previsão para conclusão efetiva das outras três (RCR 3 a RCR 5) é apenas no final de 2024. De todo modo, a partir dos portais de transparência do Governo Federal, foi possível obter acesso à íntegra de

todos os processos que abordam o RCR²⁹ e, assim, às minutas e justificativas para as normas que ainda se encontram em elaboração pela ANTT.

Isso é dizer que, embora se trate de análise *ex ante* da edição do RCR como norma íntegra e completa, será possível avaliar como as normas já aprovadas e as que ainda se encontram em elaboração abordam os desafios regulatórios identificados pela ANTT e, mais importante para esta Dissertação, como essas disposições propõem a implementação da Regulação Responsiva no setor.

3.1. PROJETO DE ATUAÇÃO RESPONSIVA.

Por meio da Portaria nº 130, de 23 de abril de 2019 (BRASIL, 2019a), constituiu-se grupo de trabalho com servidores da agência reguladora para “desenvolver ações relacionadas à concepção e implementação de métodos de trabalho e mecanismos de atuação com foco no conceito de responsividade, visando a modernização da regulação e fiscalização” da ANTT. Nesse sentido, foram definidas seis frentes de trabalho, sendo uma delas expressamente voltada à implementação de “fiscalização responsiva” na regulação dos contratos do PROCROFE.

Como resultado desses trabalhos, foi publicada a Portaria nº 34, de 12 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a), que estabeleceu diretrizes de atuação responsiva na agência reguladora. A portaria determinou que, durante o exercício de suas atividades, os servidores das unidades organizacionais da ANTT deveriam “observar as diretrizes de atuação responsiva” (art. 1º), assim como a necessária adesão dessas unidades à atividade de implementação da Regulação Responsiva na agência (art. 3º), com a identificação de ações nas quais os princípios e orientações dessa teoria poderiam ser melhor aplicados, podendo alterar ou propor a alteração de normativos,

²⁹ A partir de solicitação formal à Coordenação de Serviço de Informação ao Cidadão (COSIC) da ANTT, foi obtido acesso ao inteiro teor dos processos administrativos referentes à elaboração das normas do RCR: (i) 50500.085847/2020-45 (ANTT, 2020c); (ii) 50500.000991/2021-09 (ANTT, 2021c); (iii) 50500.094469/2014-42 (ANTT, 2014); (iv) 50500.064556/2020-13 (ANTT, 2020d); (v) 50500.115516/2015-80 (ANTT, 2015); (vi) 50500.030241/2021-53 (ANTT, 2021d); (vii) 50535.001700/2018-99 (ANTT, 2018); (viii) 50500.284439/2022-36 (ANTT, 2022); (ix) 50500.111807/2020-66 (ANTT, 2020e); e (x) 50500.072293/2021-05 (ANTT, 2021e).

procedimentos e outras atividades que não estivessem alinhados com a atuação responsiva esperada da ANTT (art. 4º).

Complementarmente, o referido normativo introduziu o “Referencial Teórico para Aplicação das Diretrizes de Atuação Responsiva” (BRASIL, 2020a), fixando “métodos e subsídios complementares que servirão de referência para obedecer às diretrizes estabelecidas” para a atuação responsiva da agência reguladora.

Para isso, esse primeiro referencial teórico apresentou três pilares para construção de modelo que subsidie a atuação responsiva (BRASIL, 2020a), quais sejam: (i) a pirâmide regulatória; (ii) o sequenciamento da escalada sancionatória para evitar o uso não planejado e ineficiente de instrumentos regulatórios; e (iii) o fato de que a utilização de estratégias de coerção externa enseja o desperdício de recursos que poderiam ser aplicados em estratégias de coerção intrínseca, como iniciativas educacionais e técnicas de persuasão.

O grupo de trabalho também avaliou que, para desenvolvimento desse projeto no âmbito da ANTT, deveriam ser incorporadas recomendações da Regulação Baseada em Evidências (*evidence based regulation*),³⁰ e observados os seguintes princípios do manual de boas práticas regulatórias da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Económico (OECD, 2014; THORSTENSEN e JÚNIOR, 2020; BRASIL, 2020a): (i) fiscalização baseada em evidências; (ii) seletividade; (iii) foco em riscos e proporcionalidade; (iv) regulação responsiva; (v) visão de longo prazo; (vi) coordenação e consolidação; (vii). governança transparente; (viii) integração de informações; (ix) processo claro e justo; (x) incentivo para conformidade (*compliance*); (xi) profissionalismo; e (xii) checagem da realidade.

Posteriormente, a Portaria nº 636, de 14 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020b), aprovou o Projeto de Atuação Responsiva (PAR), o qual apresentou três eixos de atuação da agência: (i) “promover uma maior efetividade na regulação por meio de desenhos de regulação responsiva que permeie nas atividades de fiscalização e regulamentação” (art. 2º, § 1º, alínea “a”); (ii) “padronizar os modelos utilizados na

³⁰ A partir das contribuições apresentadas por Peacock, Miller e Pérez (2018), os trabalhos iniciais do grupo de trabalho na ANTT consideraram preceitos da Regulação Baseada em Evidências (*Evidence Based Regulation*), que se traduz no processo planejado de regulação que utiliza evidências em todo o seu desenvolvimento, visando previsão, avaliação e melhoria dos resultados, bem como a consequente promoção do desenvolvimento econômico, da segurança dos usuários e da preservação do meio ambiente (BRASIL, 2020a).

tramitação dos processos, bem como tornar mais célere todas as etapas de tramitação do processo sancionador, independente do grau de complexidade das atividades realizadas em cada fase” (art. 2º, § 1º, alínea “b”); e (iii) “aperfeiçoar o modelo de processamento dos autos de infração para melhorar sua eficiência de forma a conferir maior celeridade ao processamento e reduzir o tempo de tramitação dos processos sancionadores, principalmente na etapa de julgamento” (art. 2º, § 1º, alínea “c”). O terceiro eixo, contudo, foi repassado para grupo de trabalho específico, constituído pela Portaria nº 495, de 28 de julho de 2020 (BRASIL, 2020c).

Isso em mente, o “Plano do Projeto” (BRASIL, 2020b) estabeleceu que o PAR teria como objetivo “conceber e implementar [estratégias] que visem reduzir as desconformidades na prestação do serviço regulado”, buscando “alternativas menos dispendiosas e mais eficientes para alcançar esse objetivo”. Isso porque a ANTT identificou quadro em que as ações pautadas no modelo de Comando e Controle acarretariam “altos custos regulatórios” – como, por exemplo, aqueles decorrentes da fiscalização da totalidade do território nacional e dos elevados índices de judicialização das penalidades autuadas – e não estariam gerando os resultados esperados, o que estaria evidenciado pelos “altos índices de desconformidades” no setor regulado e pela “baixa arrecadação das penalidades aplicadas”.

Os dados iniciais que alertaram para a necessidade de descolamento do modelo de Comando e Controle foram apresentados no “Plano do Projeto”, relatando-se a emissão de “1.351 aplicações de notificações de multa” durante as atividades de fiscalização das concessionárias, das quais “apenas 1,77% foram pagas” e o restante foi objeto de judicialização e/ou inadimplência. Adicionalmente, naquele primeiro momento, certos fatores reforçaram a busca por um novo marco regulatório, como a demanda de implementação de modelos de regulação que permitam “a tomada de decisão com base em fatos e explorem técnicas de economia comportamental para direcionar as empresas a um nível de maior conformidade” (BRASIL, 2020b).

O cenário identificado na fase de planejamento do PAR, portanto, apontava para a implementação da Regulação Responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992) como solução mais eficiente para fundamentar a estratégia de atuação da ANTT, que seria baseada nos três eixos mencionados anteriormente e abarcaria uma série de providências, como a revisão de normas e instrumentos de governança regulatória para que sejam adaptados às diretrizes de atuação responsiva, o desenvolvimento de

ferramentas responsivas e a automação do processo sancionador da agência, definindo objetivos, metas e indicadores para mensuração e monitoramento da atividade de fiscalização e penalização das concessionárias (BRASIL, 2020b).

Os trabalhos desenvolvidos no âmbito do Projeto de Atuação Responsiva introduziram vários conceitos e diretrizes importantes para a implementação de novo marco regulatório no setor de concessões rodoviárias federais e para readequação da atuação da ANTT de acordo com a Teoria da Regulação Responsiva. Para além disso, visando dar maior efetividade a esse projeto, a implementação de atuação responsiva pela agência reguladora foi inserida como “objetivo estratégico” no âmbito do Planejamento Estratégico 2020 a 2030 (BRASIL, 2021g).

3.2. JUSTIFICATIVAS PARA O RCR E PLANEJAMENTO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO.

Em paralelo ao desenvolvimento dos trabalhos do PAR, a Gerência de Regulação Rodoviária (GERER) elaborou a Nota Técnica nº 3.863/2020/GERER/SUOD/DIR, em 9 de setembro de 2020 (ANTT, 2020c, p. 192-196), por meio da qual apresentou proposta de revisão do marco regulatório das concessões de rodovias – Regulamento de Concessões Rodoviárias – e inclusão dessa iniciativa como projeto no “Eixo 2: Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal” da Agenda Regulatória do Biênio 2019/2020.

Em síntese, a criação do Regulamento objetiva combater relevante problema regulatório no setor de concessões rodoviárias federais, o qual se desdobraria em dois aspectos principais: (i) a mitigada utilização de mecanismos responsivos no setor de concessões rodoviárias, abordado no Capítulo 1 desta Dissertação, e (ii) o desalinhamento entre os normativos da agência reguladora e os contratos de concessão, que foi endereçado no Capítulo 2.

De um lado, o combate ao primeiro aspecto envolve a aceitação e implementação de ferramentas para tornar a atuação da ANTT mais ágil e eficiente, incluindo a utilização de incentivos e estímulos para promover a adesão às normas, resultando na criação de elementos voluntários de conformidade. De outro lado, o endereçamento do segundo aspecto enfoca a regulação sob uma perspectiva estrutural, haja vista que, desde sua concepção, a regulamentação das obrigações

das concessionárias de rodovias federais seguiu caminho em paralelo à elaboração e à gestão dos contratos de concessão ao longo das etapas do PROCROFE.

Para endereçar essa questão, seriam aplicadas regras genéricas e transversais a todas as rodovias concedidas como marco regulatório para o setor, deixando como matéria dos contratos de concessão estritamente os elementos de caracterização e pertinência específicas a cada projeto.

Adicionalmente, a GERER desenvolveu as seguintes diretrizes para orientação da atividade normativa de edição do RCR pela agência reguladora:

Diretriz 1: Princípio da contratualidade das concessões de serviço público, que agrega os temas relacionados às Disposições Gerais sobre as Concessões Rodoviárias Federais, quais sejam: Fase pré-contratual, Disposições Gerais, Legislação Aplicável, Interpretação, Regime Jurídico do Contrato, Regra Geral de Alteração dos Contratos, Formação de Grupo controlador e Estatuto Social, Contagem de Prazos, Foro e Formas de Comunicação, Invalidez Parcial do Contrato, Direito de petição e Centro Nacional de Supervisão Operacional (doravante denominado TEMA 1).

Diretriz 2: Serviço público adequado, seguro, sustentável e de qualidade, que agrega os temas relacionados à Configuração do Serviço Público, quais sejam: Tipo de Concessão, Serviços Oferecidos (objetivos e metas), Delineamento da Infraestrutura (objeto, área, bens e prazo), Serviço adequado, Qualidade das obras e serviço, Classificação Anual de Concessionários, Segurança de Trânsito e Declaração de Compromisso concessionária (doravante denominado TEMA 2).

Diretriz 3: Transparência dos Deveres e Garantias da Concessão, que agrega os temas relacionados às Obrigações e garantias das partes envolvidas na concessão: Direitos e deveres dos Concessionários, do Poder Concedente, dos Usuários, de terceiros afetados diretamente pela infraestrutura rodoviária e dever de transparência e informação, Participação social e Comissão tripartite (doravante denominado TEMA 3).

Diretriz 4: Gestão Eficiente e Preservação do patrimônio público concedido, orientado pela utilidade e atualidade, que agrega os temas relacionados à Orientação do Patrimônio Público para os Serviços Públicos disponibilizados pelas Rodovias concedidas, quais sejam: Dever de Guarda e Vigilância dos bens da concessão, Cessão/alienação bem da concessão, Controle de acesso à rodovia, Regras e Procedimento de entrega e reversibilidade de bens, Desapropriações e Desocupação de faixa de domínio, Remoção de Interferências, Acréscimos e supressões de obras e serviços, Obras (obrigatórias/não obrigatórias/iniciais), Obras Específicas e do Poder Público, Obras Condicionadas ao Volume de Tráfego, Gestão Ambiental, Programa de Exploração da Rodovia e Plano de Transição Operacional (doravante denominado TEMA 4).

Diretriz 5: Manutenção do equilíbrio contratual durante toda a gestão privada do serviço público e da modicidade tarifária, que agrega os temas relacionados à Gestão Econômico-Financeira da Concessão, quais sejam: Fontes de receitas tarifárias e receitas extraordinárias (art. 11, Lei nº 8.987/1995), Cessão de Propriedade Intelectual, Seguros e Garantias de Execução Contratual, Verba de Fiscalização, Risco da Demanda e da Execução de Obras e Risco Poder Concedente, Subconcessão, Alocação de riscos, Métodos de Equilíbrio Econômico-Financeiro, Fatores de Reequilíbrio, Reajuste e Revisões, Financiamentos, Negócios com Partes Relacionadas,

Tarifa e Sistema Tarifário, Início de cobrança de pedágio e alocação de praças de pedágio, Capital Social mínimo, Verbas da concessão (Fiscalização, RDT e Verba de Segurança de Trânsito) e contratação de terceiros (doravante denominado TEMA 5).

Diretriz 6: Continuidade do serviço público e manutenção do nível do serviço público, que agrega os temas relacionados à Supervisão, Encerramento e Gestão de conflitos da concessão, quais sejam: Fiscalização Contratual (obras e serviços, econômico-financeira e operacional-postos de pesagem), Penalidades, Intervenção, Extinção da Concessão, Apuração de haveres e deveres, Parcelamento de Débitos e Diferimento de Pagamentos, Termo de Ajustamento de conduta, Transferência de controle, Resolução de controvérsias e processos judiciais pendentes sobre a concessão (doravante denominado TEMA 6).

Diretriz 7: Atendimento das necessidades regionais e especificações da exploração da infraestrutura pública, que agrega os temas relacionados ao Novo Modelo de Contrato de Concessão, agregando elementos específico das infraestrutura, quais sejam: Objeto, Área, Bens, Prazo, Valor das Garantias e Seguros, Obras Iniciais, Início da Cobrança de Pedágio, Capital social mínimo, Tarifa de Pedágio e Sistema Tarifário, Localização das Praças de Pedágio e Postos de Pesagem, Programa de Exploração de Rodovias – disposições específicas, Processos Judiciais pendentes sobre a concessão e Plano de Transição Operacional específico (ANTT, 2020c, p. 193-194).

Dada a prioridade da iniciativa originalmente apresentada pela GERER, o RCR acabou sendo incorporado à Agenda Regulatória do Biênio 2019/2020 pela Deliberação nº 423, de 6 de outubro de 2020 (BRASIL, 2020d), sendo replicada desde então como um dos temas mais relevantes para o setor nas agendas subsequentes.

A viabilização dessa iniciativa, contudo, seria potencializada e se tornaria mais compreensiva e didática para os atores regulados a partir da segregação e do faseamento do projeto de revisão do marco regulatório setorial em normas que abarcassem grupos temáticos baseados nas supramencionadas diretrizes.

Nessa linha, com base na Nota Técnica nº 23/2021/GERER/SUROD/DIR (ANTT, 2020c, p. 742-753), o Regulamento seria construído a partir de cinco normas subsequentes e complementares, com foco nas seguintes matérias: (i) regras gerais e direitos de usuários (RCR 1), abarcando as Diretrizes 1 a 3; (ii) bens, obras e serviços (RCR 2), abarcando a Diretriz 4 e dispondo sobre a gestão de bens e sobre os fluxos de execução das obras e dos serviços; (iii) equilíbrio econômico-financeiro (RCR 3), abarcando as Diretrizes 5 e 7, inclusive os aspectos societários, seguros, receitas, verbas contratuais, alocação de riscos, procedimentos de reajuste e revisão tarifária; (iv) fiscalização e penalidades (RCR 4), abarcando parte da Diretriz 6; e (v) meios de encerramento contratual (RCR 5), abarcando a outra parte da Diretriz 6.

Vale registrar que essa divisão foi formalizada na Agenda Regulatória do Biênio 2019/2020 por meio da Deliberação nº 188, de 21 de maio de 2021 (BRASIL, 2021f) e ratificada nas versões posteriores das agendas, de modo que a atividade normativa da ANTT seguiu essa diagramação.

Isso em mente, a implementação do Regulamento das Concessões Rodoviárias surgiu como solução para a uniformização e simplificação do marco regulatório do setor em escopo, endereçando, primordialmente, o anacronismo normativo, a ausência de padronização de procedimentos, a clareza quanto às regras aplicáveis e a complexidade crescente de verificação do *compliance* dada a miríade de matizes contratuais vigentes. Em complemento a isso, o RCR também se apresenta como possível instrumento de formalização de mecanismos desenvolvidos no âmbito do Projeto de Atuação Responsiva da agência reguladora.

Conforme se verá adiante, é possível verificar que, do ponto de vista da Teoria da Regulação Responsiva, a distribuição temática indica que o RCR 1 (regras gerais e direitos de usuários), o RCR 3 (equilíbrio econômico-financeiro) e o RCR 4 (fiscalização e as penalidades) representariam as normas mais oportunas para inclusão de mecanismos responsivos. Tanto é que, na Nota Técnica nº 4.888/2021/GERER/SUROD/DIR (ANTT, 2020c, p. 1065-1073), aponta-se necessário alinhamento da iniciativa do Regulamento de Concessões Rodoviárias ao PAR. Afinal de contas, o Programa de Atuação Responsiva:

visa introduzir um conjunto de procedimentos e atividades materiais para tornar a regulação mais inteligente e responsiva à conduta atitudinal dos regulados, considerando seu histórico de atuação e gravidade da não conformidade para prover a resposta pública. Neste sentido, seguindo as orientações do PAR, se estabeleceu um piloto experimental de fiscalização junto à Unidade Regional de São Paulo (COINFSP), com vistas a estabelecer uma nova modelagem de fiscalização que possa ter maiores efeitos sobre o comportamento dos regulados. Esta nova fase, por evidente, também teve reflexos para a finalização dos estudos do RCR4 (ANTT, 2020c, p. 1068).

Justamente por esse motivo, embora as cinco normas do RCR tenham relevante profundidade e detalhamento a respeito do setor, este Capítulo da Dissertação investirá foco em delimitar de forma geral quais são os temas endereçados em cada uma das cinco normas que compõem o Regulamento de Concessões Rodoviárias e, quando for o caso, aprofundar nas disposições específicas que abordam concepções e mecanismos responsivos que estariam voltados para enfrentamento do problema regulatório na ANTT.

3.3. RCR 1 (REGRAS GERAIS E DIREITOS DE USUÁRIOS).

O planejamento para a primeira norma do RCR passou por discussões internas à ANTT e contou com a produção de Análise de Impacto Regulatório (AIR) voltado para diagnóstico e mapeamento do problema regulatório.

Respeitando a segmentação desenhada pela agência, os estudos para elaboração do RCR 1 englobaram os aspectos gerais das concessões de rodovias e as questões relacionadas aos direitos e deveres dos usuários, em especial sobre seu acesso à informação e participação nos rumos da concessão.

Adicionalmente, o AIR nº 5071447/2021 (ANTT, 2021c, p. 12-18) descreveu problemas específicos que seriam enfrentados pelo RCR 1: (i) o conflito aparente entre os contratos de concessão e as normas regulatórias da agência; (ii) a carência de mecanismos regulatórios que garantam aos usuários representatividade perante as concessionárias, como Comissões Tripartites de Usuários; e (iii) a ausência de procedimentos definidos para informação dos usuários e fornecimento de meios que viabilizem o endereçamento de pleitos para defesa de interesses.

Depois disso, a minuta do RCR 1 foi submetida a procedimentos de participação e controle social por meio da Reunião Participativa nº 1/2021, realizada em 5 de março de 2021, e da Audiência Pública nº 2/2021, realizada em 7 de abril de 2021. Em ambas as ocasiões, os interessados apresentaram diversas contribuições que resultaram na incorporação de ajustes e complementações à norma.

Vale ressaltar que, em 4 de maio de 2021, foi publicada a Resolução nº 5.938 (BRASIL, 2021e), que regulamentou a criação e o funcionamento das Comissões Tripartites. Logo, esse tema específico foi suprimido da minuta do RCR 1.

Isso posto e após o trâmite interno na agência, a diretoria colegiada aprovou a Resolução nº 5.950, de 20 de julho de 2021 (BRASIL, 2021i), por meio da qual foi instituído o Regulamento das Concessões Rodoviárias e, naquele momento, promulgadas as disposições e regras gerais que pautariam as outras quatro normas.

Em suma, o RCR 1 agregou os temas relacionados às disposições gerais sobre concessões rodoviárias federais, como: (i) o objeto e a aplicação do RCR (arts.

1º a 3º); (ii) as diretrizes de interpretação de divergências entre a regulamentação da ANTT e os contratos (art. 4º); (iii) a aplicação de alterações supervenientes aos contratos de concessão vigentes (art. 5º); (iv) as garantias e os deveres processuais das concessionárias (arts. 6º e 7º); (v) a contagem de prazos (art. 8º); (vi) as comunicações processuais (art. 9º); (vii) a classificação periódica de concessionárias (art. 10); (viii) a transparência e a prestação de informações na concessão (arts. 11 a 14); (ix) os direitos e obrigações dos usuários, o serviço de atendimento a esses e as características da carta de serviços e do sistema de informações (arts. 15 a 21); (x) as disposições gerais – objeto, partes e cláusulas obrigatórias – e as regras de interpretação e alteração, inclusive unilateral, dos contratos (arts. 25 a 27); e, por fim, (xi) as disposições transitórias (arts. 28 a 30).

Inicialmente, nos arts. 1º a 3º,³¹ estabelece-se que o RCR será aplicado de forma automática aos “contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária” nas hipóteses em que (i) tenham sido celebrados após a referida Resolução, (ii) tenham sido aditados para adequação ao novo marco regulatório e/ou (iii) fizerem remissão genérica à regulamentação da ANTT ou não dispendam tratamento contratual em sentido diverso do Regulamento.

Quer dizer, tais disposições reforçam a intenção da agência de estabelecer um marco regulatório estável, que pudesse ser atualizado unilateralmente, que tivesse aplicação automática às atuais e às futuras concessionárias do setor de infraestrutura rodoviária federal – as primeiras caso adiram expressamente ao RCR – e que suprissem as lacunas relativas para os casos nos quais o contrato remete aos regulamentos da ANTT (cláusulas *by law*) ou às normas procedimentais.

Em atenção à hipótese de divergência entre o Regulamento e os contratos de concessão, o art. 4º³² do RCR 1 firma que: (i) o contrato de concessão prevalece

³¹ Resolução nº 5.950, de 20 de julho de 2021. Art. 1º. Aprovar o Regulamento das Concessões Rodoviárias, aplicável aos contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária, sob competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Art. 2º O Regulamento das Concessões Rodoviárias disciplina a relação de outorga da exploração de infraestrutura rodoviária, sob competência da ANTT. Art. 3º O Regulamento das Concessões Rodoviárias se aplica aos contratos de concessão: I - celebrados após a publicação desta Resolução; II - aditados para adequação aos termos desta Resolução; ou III - celebrados antes da publicação desta Resolução, quando o dispositivo contratual fizer remissão genérica à regulamentação da ANTT ou quando não houver tratamento contratual em sentido diverso, observadas as diretrizes do art. 4º e as disposições finais e transitórias.

³² Resolução nº 5.950, de 20 de julho de 2021. Art. 4º. Em caso de divergência entre a regulamentação da ANTT e o contrato de concessão, devem ser observadas as seguintes regras: I - o contrato de concessão prevalece sobre a regulamentação da ANTT nas matérias em que discipline expressamente;

sobre a regulamentação da ANTT em matérias que discipline expressamente; (ii) a regulamentação deve ser aplicada supletivamente quando não houver disposição contratual suficiente e a norma regulatória não contrarie as disposições contratuais; e (iii) a regulamentação da agência será aplicada sempre que o contrato for omissivo em determinada matéria. Além disso, prevê-se a possibilidade de que as partes firmem acordo para aplicação da regulamentação em detrimento das disposições contratuais.

Prosseguindo, o art. 5^o³³ estabelece que alterações supervenientes no Regulamento seriam aplicadas imediatamente às hipóteses previstas no art. 3^o, desde que não contrariem as disposições dos contratos de concessão. Ademais, no intuito de preservar a segurança jurídica, esse dispositivo estabelece que não será admitida a aplicação retroativa de alterações no RCR a situações consolidadas e que, havendo alteração regulamentar que cause comprovado impacto ao equilíbrio econômico-financeiro, a respectiva concessionária será recomposta na revisão subsequente.

Em atenção aos cinco primeiros dispositivos do RCR 1, observa-se preocupação da ANTT em nivelar o marco regulatório para todos os contratos de concessão sem, contudo, incorrer em situações de imposição das normas sobre os contratos – salvo quando houver omissão ou quando isso ocorrer de comum acordo com a concessionária –, de insegurança jurídica ou de desequilíbrio causadas por alterações normativas promovidas pela agência reguladora.

Nessa linha, retomam-se as considerações do AIR nº 5071447/2021 (ANTT, 2021c, p. 12-18) para ressaltar a intenção de se mitigar a “falha regulatória, por omissão normativa”, relacionada à ausência de direcionamento interpretativo para resolução de divergência entre os contratos de concessão e as normas da agência.

II - caso o contrato de concessão não discipline suficientemente a matéria, a regulamentação da ANTT deve ser aplicada supletivamente, desde que não contrarie as disposições do contrato; III - no que o contrato de concessão for omissivo, aplica-se a regulamentação da ANTT. Parágrafo único. As partes poderão, de comum acordo, optar pela aplicação da regulamentação da ANTT em detrimento do contrato de concessão, mediante adesão expressa à resolução, por meio de aditamento do contrato de concessão.

³³ Resolução nº 5.950, de 20 de julho de 2021. Art. 5^o As alterações supervenientes no Regulamento das Concessões Rodoviárias e nas demais normas da ANTT aplicar-se-ão imediatamente aos contratos de concessão previstos nos incisos do art. 3^o, desde que não contrariem as disposições contratuais, com efeitos a partir da edição da nova regulamentação, sendo vedada aplicação retroativa a situações consolidadas. Parágrafo único. Se a alteração da regulamentação da ANTT causar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, a recomposição do equilíbrio será realizada na revisão subsequente, mediante comprovação do desequilíbrio, na forma da regulamentação da ANTT.

Tal falha seria reforçada pela organização difusa do marco normativo e pela concepção de que o contrato seria a “regra soberana”, o que não seria suficiente para dirimir todas as dúvidas decorrentes (ANTT, 2021c, p. 177-183). Justamente por isso, com o fim de suprir essa lacuna aparente, o RCR 1 apresentou hipóteses em que, havendo lacunas ou omissões no escopo contratual, haveria interpretação de acordo com o marco normativo vigente da agência.

Ocorre que, como ficou evidenciado por manifestações na Reunião Participativa e na Audiência Pública, assim como por trabalhos publicados após a aprovação do RCR 1, a aplicação imediata do novo marco regulatório sobre contratos de concessão já vigentes ainda não está pacificada.

Há questionamentos e preocupações quanto ao “exercício de poder normativo de forma impositiva” em detrimento das noções mais modernas de regulação (LEITE JUNIOR, MONTEIRO e RAINER, 2022, p. 179). Nessa linha de pensamento, seria necessário que a gestão e a fiscalização dos contratos mais antigos – especialmente os da Primeira Etapa, por não contarem com o grau de detalhamento e com ferramentas mais modernas existentes nas etapas mais recentes – contassem com “atuação mais dialética e responsiva” pelo regulado, até porque as eventuais omissões contratuais ou remissões genéricas à regulação da ANTT encapsulariam as condições à época de celebração, de modo que essas questões deveriam ser consideradas pela agência ao implementar o RCR, incluindo seus impactos em cada contrato (LEITE JUNIOR, MONTEIRO e RAINER, 2022, p. 181).

Para além dos dispositivos do RCR 1 que orientam a sua aplicação aos atuais e futuros contratos de concessão, observa-se uma primeira tentativa de estabelecimento de soluções menos interventivas – ainda que muito preliminar e pontual – no art. 7º. No *caput*, a ANTT arrola expressamente as condutas que seriam consideradas como “exercício abusivo do direito de petição ou litigância de má-fé”. Já nos §§ 1º a 3º, indica que, após primeira tentativa de advertência à concessionária transgressora, seria aplicada multa de até 0,2% do faturamento anual da concessionária no exercício fiscal anterior à prática do ato. Vejamos:

Art. 7º Configura exercício abusivo do direito de petição ou litigância de má-fé, sem prejuízo da aplicação de sanção mais gravosa pela tipificação de outra conduta relacionada:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso;

- II - alterar a verdade dos fatos ou apresentar documento falso;
- III - usar do processo administrativo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo administrativo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; e
- VII - manejar pedido ou recurso administrativo com intuito manifestamente protelatório.

§ 1º As condutas de que trata o caput são puníveis com multa em valor de até 0,2% (dois décimos por cento) do faturamento anual da concessionária no exercício fiscal anterior à prática do ato.

§ 2º A penalidade de que trata o § 1º será aplicada pela mesma autoridade que analisou a matéria principal, sendo aplicável subsidiariamente o disposto na Resolução no 5.083, de 27 de abril de 2016.

§ 3º Antes de ser imposta a sanção por exercício abusivo de direito de petição ou litigância de má-fé, a Superintendência competente poderá advertir a concessionária para que cesse o ato reputado lesivo.

Essas previsões, com mera possibilidade de advertência, ainda não parecem ratificar a ideia de adotar formas menos interventiva de regular ou, para boas concessionárias, de permitir certo grau de autorregulação.

Outro ponto relevante no RCR 1 foi a inclusão de dispositivo que, segundo os “Comentários aos Artigos da Minuta do Regulamento de Concessões Rodoviárias” da Coordenação de Normas de Rodovias (CNORD), visa a inclusão de “semente para explanação futura do tema da classificação periódica das concessionárias”, buscando abrir caminho para ferramenta que, a partir de categorias de classificação, indicadores e metas discutidas amplamente com os regulados e interessados no setor, possibilitará “meios de influenciar tomadas de decisão das concessionárias para aumentar o nível de conformidade” (ANTT, 2021c, p. 52-53). Quer dizer, o art. 10 apresenta os primeiros passos para a introdução da ideia de “classificação periódica das concessionárias”, o que poderia auxiliar no alargamento das possibilidades de adoção de opções menos interventivas de regulação pela ANTT e de autorregulação das concessionárias com melhor performance e aderência ao marco regulatório.

Nesse sentido, conforme disposto abaixo, o referido dispositivo objetivou incentivar o incremento do desempenho das concessionárias e o fomento de ações e resultados positivos que venham a extrapolar as exigências contratuais:

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

Parágrafo único. Os indicadores a serem utilizados para fins de compor índice de desempenho regulatório deverão avaliar de forma ampla e diversificada o desempenho das concessionárias e valorizar as ações e os resultados positivos, que extrapolem as exigências contratuais.

Em contribuição anterior deste autor (LUSTOSA, 2021, p. 254-255), argumentou-se que essa inclusão normativa seria importante para o direcionamento do marco regulatório da ANTT ao encontro da Teoria da Regulação Responsiva. Afinal de contas, a previsão de ranqueamento das concessionárias, com oferecimento de tratamento distinto de acordo com a colocação alcançada, encontra respaldo tanto na pirâmide de Ayres e Braithwaite (1992) quanto no diamante regulatório de Kolieb (2015) e nos princípios e boas práticas da OECD (2014).

Evidentemente, a implementação do mecanismo de classificação ocorrerá mediante processo dialético e parcimonioso em cooperação com as concessionárias, os usuários e os demais interessados no setor, sendo derradeiramente formalizado no âmbito da quarta norma do Regulamento de Concessões Rodoviárias.

De todo modo, associando a visão responsiva baseada nos trabalhos de Ayres e Braithwaite (1992) ao RCR 1, vislumbra-se que o ranqueamento das concessionárias teria como papel fomentar instrumento de autocorreção dos atores regulados, permitindo melhor definição da base da pirâmide regulatória e identificando os regulados que devem receber resposta mais ou menos intervencionista. Para além da concepção inicial da Regulação Responsiva, o art. 10 teria a possibilidade de eventualmente pavimentar caminho para incorporação de indicadores relacionados à regulação de compliance e aspiracional do Diamante Regulatório de Kolieb (2015), encorajando as concessionárias para que se adequem a determinados padrões de comportamento, atendam exigências mínimas e almejem *standards* virtuosos.

Por um lado, essa iniciativa é importante e, no contexto das concessões de rodovias federais, poderá se traduzir em relevantes benefícios ao interesse público e à relação regulatória entre o Poder Concedente, as concessionárias e os usuários. Com efeito, ao conferir tratamento diferenciado para concessionárias de acordo com as colocações obtidas na classificação introduzida pelo RCR 1, a ANTT estaria buscando aprimorar a qualidade dos serviços prestados e, como já dito, aumentar a conformidade dos atores regulados (LUSTOSA, 2021, p. 255).

De outro lado, durante a Reunião Participativa nº 1/2021 e a Audiência Pública nº 2/2021, houve indicação de uma série de preocupações com a

implementação do art. 10 do RCR-1 (ANTT, 2021c, p. 214-230). De forma geral, os questionamentos giraram em torno dos pontos relativos à possível imaturidade do setor para aplicação imediata da Regulação Responsiva, sendo necessário período de testagem, e às particularidades dos contratos celebrados ao longo das etapas do PROCROFE, sendo improvável que a agência reguladora estabelecesse critérios justos de comparação entre concessionárias que se encontram em momentos distintos (LUSTOSA, 2021, p. 255).

Ainda sobre o art. 10 do RCR 1, vale registrar que, embora a questão da classificação de concessionárias tenha sido abordada na Resolução nº 5.859/2019 (BRASIL, 2019c), ela só possuía o intuito de estabelecer os critérios para admissão de obras novas em revisões quinquenais. Ainda assim, a introdução desse mecanismo no RCR 1 serviu como um ponto de partida para os critérios de ranqueamento das concessionárias, o qual ocorrerá de forma detalhada no RCR 4.

De um modo geral, a primeira norma do Regulamento introduziu disposições que intentam trazer para o cenário regulatório as previsões gerais sobre aplicação e interpretação das normas regulatórias e resolução de divergências contratuais, assim como esclarecer temas relacionados às normas procedimentais, à transparência, à classificação das concessionárias e aos direitos e obrigações dos usuários. Todos esses tópicos tratam de temas “para além” dos contratos individuais, sem necessariamente possuírem correspondência com as disposições contratuais. Isso é, no que tange à maior parte dos temas abordados pelo RCR 1, os contratos de concessão não possuem disposições correspondentes.

Ainda assim, há temas em que a primeira norma do RCR alinha, complementa e/ou detalha disposições contratuais com correspondência nas quatro etapas do PROCROFE. É o caso das previsões sobre: (i) as comunicações e notificações entre as partes (art. 9º), que não eram abordadas nos contratos da Primeira Etapa à Terceira Etapa; (ii) a disponibilização de dados e informações sobre as concessões em sítio eletrônico (art. 11), que era prevista como obrigação apenas nos contratos da Quarta Etapa; (iii) a apresentação à ANTT de informações periódicas ou de fatos relevantes (art. 12) e a garantia à transparência de dados (art. 13), que não eram previstas como obrigações na Primeira e na Segunda Etapas e que possuíam detalhamento variado na Terceira e na Quarta Etapas; (iv) os direitos dos usuários, as obrigações e o atendimento desses (arts. 15, 16 e 18), os quais eram

previstos em graus de detalhamento variados por todas as etapas do PROCROFE, salvo no caso de algumas adições pelo RCR 1; (v) a carta de serviços e os sistemas de informações (art. 19), cuja elaboração e divulgação não era prevista na Primeira e na Segunda Etapas, além de contar com tratamento pouco detalhado na Terceira e Quarta Etapas; (vi) o objeto da concessão (art. 22), que possuía objetivos e escopos diversos ao longo de todas as quatro etapas do PROCROFE, conforme visto na *Tabela 9* do Capítulo 2 desta Dissertação; e (vii) a divergência entre os contratos e seus respectivos anexos e aditivos (art. 26), esclarecendo as disposições já existentes nos contratos atuais, que tratam dessa matéria em graus de detalhe diversos.

Ademais, em atenção aos destaques realizados no Capítulo 2 e na *Tabela 9* para exemplificar o desnivelamento do marco regulatório no setor, observa-se que o RCR 1 retirou dos contratos e uniformizou as disposições sobre o “objeto da concessão”. Ao longo do amadurecimento do PROCROFE, observou-se melhor definição do papel da concessionária e detalhamento dos serviços a serem prestados, possibilitando descolamento da visão de mera executora de obra pública que era presente nos contratos de concessão da Primeira Etapa.

3.3.1. ALTERAÇÕES SUPERVENIENTES AO RCR 1 E CLASSIFICAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS.

Expostos os contornos da norma inauguradora do Regulamento de Concessões Rodoviárias, vale adiantar que o RCR 1 está sendo objeto de algumas complementações importantes nas normas subsequentes do Regulamento.

Em um primeiro momento, a Resolução nº 6.000, referente à segunda norma do RCR, trouxe complementações à Resolução nº 5.950 com o objetivo de ressaltar a intenção da ANTT de promover rodadas de negociações com as concessionárias sobre o novo marco regulatório (ANTT, 2020d, p. 976).

Isso é, nos arts. 27-A e 27-B, foi introduzida a figura do Comitê de Corregulação de Concessões Rodoviárias, cuja atribuição é agir como órgão consultivo para pautar a regulação pela agência, podendo ser instado a opinar sobre as propostas de aprimoramento dos contratos de concessão e de produção normativa no setor. Dessa forma, para que alcance maior representatividade, esse órgão colegiado será formado por representantes da ANTT, das concessionárias

(Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias e Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base) e dos usuários (Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga e Confederação Nacional do Transporte).

Ainda no texto da Resolução nº 6.000, foram incluídas disposições no art. 28-A reforçando o caráter facultativo da adesão ao novo marco regulatório e o procedimento para que seja aprovado o respectivo termo aditivo no contrato.

Já em um segundo momento, o acréscimo mais importante ao texto da primeira norma do Regulamento ocorrerá na iminente aprovação do RCR 3, ainda em fase de incorporação de contribuições e aprovação pela diretoria colegiada no momento de elaboração da presente Dissertação.

Com efeito, a minuta do RCR 3 (ANTT, 2021d, p. 1385-1430) propõe alterar e aperfeiçoar o art. 10 da Resolução 5.950, introduzindo disposições que regulamentam a classificação das concessionárias (Arts. 10, 10-A, 10-B e 10-C) e a respectiva metodologia de apuração das notas globais (“Apêndice” ao RCR 1).

Antes de adentrar nessas propostas normativas, vale registrar que críticas à implementação de classificação no setor giram em torno da preocupação de essa ferramenta assumir “conotação punitiva ou depreciativa ao particular” e, assim, resultar em prejuízos às concessões ao “aprofundar ainda mais uma situação de eventual dificuldade” (AURÉLIO e GIACOMINI, 2022, p. 147). Embora válidas, como se verá adiante, tais preocupações são endereçadas na proposta da ANTT.

Em essência, as concessionárias serão classificadas bianualmente de acordo com a ordem decrescente de suas notas globais e categorizadas entre as Classes “A” até “D”, cada qual recebendo tratamento regulatório diferenciado.

Segundo os “Comentários à Minuta da Terceira Parte do Regulamento das Concessões Rodoviárias” (ANTT, 2021d, p. 1789-1812), a criação da metodologia para classificação partiu dos pressupostos de que as concessionárias em fase de trabalhos iniciais não seriam enquadradas nesse procedimento, e de que a apuração de dados consideraria um biênio concessão completo.

Justamente por isso e pelas particularidades das fases características de uma concessão rodoviária, a metodologia proposta considera três momentos para classificação: (i) o primeiro biênio da fase de recuperação, em que poderão ser classificadas na “Classe B” se cumpriram todas as obrigações dos trabalhos iniciais

no prazo contratual e na “Classe C” em caso contrário; (ii) o primeiro biênio da fase de conservação e manutenção, em que poderão ser classificadas na “Classe A” se cumpriram todas as obrigações de recuperação com antecedência de doze meses, na “Classe B” se cumpriram essas obrigações no prazo contratual e na “Classe C” se cumpriram com atraso; e, por último, (iii) os biênios subsequentes aos primeiros dois anos da fase de conservação e manutenção, em que poderão ser classificadas de acordo com a nota global obtida a partir dos dados observados para os diversos indicadores e subindicadores previstos.

Tais parâmetros para a nota global estão alocados em três macroindicadores referentes à “conservação e manutenção da infraestrutura”, à “execução das obras obrigatórias” e aos “serviços e atendimento aos usuários”.

Isso em mente, vale anotar que os macroindicadores são compostos por 9 (nove) indicadores e 16 (dezesseis) subindicadores, para os quais serão atribuídas notas de 0 (zero) a 10 (dez) pela ANTT com base nos parâmetros de desempenho estabelecidos nos respectivos contratos de concessão e, não havendo, com base nos contornos estabelecidos pelo novo marco regulatório. Também é importante observar que, para cada indicador ou subindicador, será atribuída nota correspondente à média obtida a partir dos dados em cada ano do biênio em questão. Os indicadores e subindicadores estão previstos nos arts. 6º a 8º da minuta de “Apêndice”, vejamos:

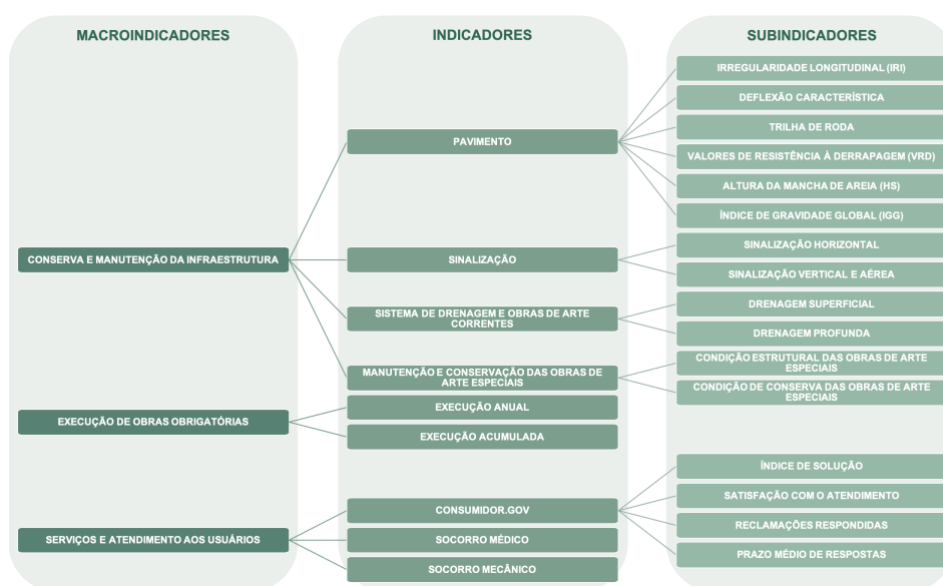


Figura 8 – Macroindicadores, Indicadores e Subindicadores para Classificação das Concessionárias

Fonte: composição própria.

A classificação bienal das concessionárias será obtida da média das notas atribuídas para cada indicador e subindicador nos exercícios apurados, alocando-as de acordo com o art. 9º, § 3º, da minuta de “Apêndice” ao RCR 1:

Art. 9º. (...) § 3º As concessionárias serão categorizadas em 4 (quatro) classes de acordo com sua nota global, da seguinte forma:

I – Classe A: nota global igual ou superior a 8,5 (oito inteiros e cinco décimos);

II – Classe B: nota global igual ou superior a 7 (sete) e inferior a 8,5 (oito inteiros e cinco décimos).

III – Classe C: nota global igual ou superior a 5 (cinco) e inferior a 7 (sete);

IV – Classe D: nota global inferior a 5 (cinco) (ANTT, 2021d, p. 1385-1430).

Por mais detalhado que seja o cálculo para classificação das concessionárias, a composição dos indicadores e subindicadores não é imune a críticas. Como pode ser visto nas transcrições dos procedimentos de participação e controle social do RCR 3 (ANTT, 2021d, p. 689-825, 2166-2188), há preocupação dos atores regulados de que a agência tenha sido extremamente criteriosa na atribuição de notas globais, existindo possibilidade concreta de a maior parte das concessionárias estarem posicionadas na “Classe C” e na “Classe D”.

Como exemplo, menciona-se o “consumidor.gov” como indicador de classificação mais problemático para os agentes do setor, o qual considera uma série de subindicadores que estariam fora da capacidade de ação das concessionárias como o caso da manifestação de “satisfação com o atendimento” pelo usuário. Isso em mente, ressalta-se que o RCR 3 ainda se encontra em fase de aprovação e, portanto, tais considerações poderão ser melhor amadurecidas pela ANTT.

Por fim, ainda sobre as prováveis alterações na Resolução nº 5.950, vale mencionar que a minuta do RCR 5 apresenta complementação pontual sobre a entrada em vigor do Regulamento de Concessões Rodoviárias, passando a corresponder à data prevista para aprovação e publicação das cinco normas.

3.4. RCR 2 (BENS, OBRAS E SERVIÇOS).

A segunda norma do RCR encontra raízes no projeto de adequação da Resolução nº 1.187, de 9 de novembro de 2005 (BRASIL, 2005b), a qual dispõe sobre

os procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias e, por esse motivo, figura como um dos principais normativos para a Superintendência de Infraestrutura Rodoviária (SUROD). Ocorre que, com o aumento progressivo de investimento nas concessões rodoviárias federais desde o início do PROCROFE, a SUROD e a Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária (SUINF) identificaram a necessidade de adaptação e modernização dos mecanismos e procedimentos de gestão voltados ao incremento de eficiência das análises e dos acompanhamentos de obras e serviços nas rodovias federais.

Tal diagnóstico foi especialmente relevante para os contratos da Primeira e da Segunda Etapas, considerados superados desde 2008 (ANTT, 2020d, p. 41).

Assim, ainda que esse tema tenha figurado como pauta de discussão na agência reguladora desde 2009 – constando inclusive nas Agendas Regulatórias desse período –, a proposta de revisão da referida Resolução teve início efetivo a partir da inclusão do projeto na Agenda Regulatória do Biênio 2013/2014 por meio da Resolução nº 4.057, de 25 de março de 2013 (BRASIL, 2013a).

Na origem, esse projeto propunha a solução de problemas identificados na aplicação dos procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias. Também versava sobre a sistemática para apresentação e análise de projetos executivos e planejamentos anuais, assim como os procedimentos para início e conclusão de obras e serviços nas rodovias federais concedidas (ANTT, 2014).

Ao longo do trâmite processual do projeto de adequação, a minuta de normativo então elaborada pela agência foi submetida à Audiência Pública nº 14/2018, realizada em 5 de novembro de 2018. No entanto, após recebimento de diversas contribuições, o projeto deixou de ser objeto de novas movimentações pelos órgãos da agência reguladora. Isso porque, em 2020, após longo tempo sem movimentação e tendo sido publicado novo regimento interno da ANTT, avaliou-se que o projeto teria readequação de escopo, sendo essencial revisar o texto da minuta de normativo antes de dar prosseguimento à proposta de adequação da Resolução nº 1.187.

Isso em mente, com o planejamento dos temas integrantes do Regulamento de Concessões Rodoviárias no mesmo ano, seria passo lógico incluir o escopo do projeto de adequação da Resolução nº 1.187 no escopo da norma que abordasse os bens, as obras e os serviços para o novo marco regulatório do setor.

O RCR 2, portanto, cuida das regras relacionadas a bens, obras e serviços das concessões rodoviárias federais no sentido mais abrangente, assumindo papel de normativo voltado à organização e à linearização da miríade de estatutos e marcos contratuais sobre esse tema no setor em questão. Isso é, dispõe sobre o alinhamento do tratamento dos bens da concessão, fluxos de apresentação de projetos para obras e serviços, execução da concessão e operações rodoviárias.

Conseqüentemente, do ponto de vista da ANTT, vislumbra-se a padronização de definições e procedimentos relativos a bens, obras e serviços, assim como a viabilização de mecanismos responsivos relativos aos processos de análise sumaríssimos desses temas. Já do ponto de vista das concessionárias, a agência reguladora aponta possíveis perdas e ganhos relacionados à padronização, mas, eliminando a existência de múltiplos paradigmas contratuais, reforça as possíveis economias de escala e de escopo na gestão privada das concessões e na contratação de grupos especializados nas obras rodoviárias (ANTT, 2020d, p. 41-42).

A partir dessa avaliação e com vistas a sanear seu arcabouço normativo em relação a normas que tenham sido revogadas tacitamente, conforme descrito no AIR nº 4713142/2020 (ANTT, 2020d, p. 39-53), de 20 de dezembro de 2020, a agência reguladora diagnosticou dez pontos de avanço em relação à Resolução nº 1.187 que deveriam ser objeto de proposições no RCR 2. Vejamos:

1) o descarte de bens inservíveis; 2) a inspeção acreditada e a aprovação automática de projetos por decurso de prazo; 3) a desapropriação extrajudicial incentivada; 4) a responsabilidade pela remoção de interferências atrelada aos contratos de permissão especial de uso; 5) as regras para as inclusões, exclusões e alterações de obras ou serviços e a obrigatoriedade de formalização de termo aditivo; 6) o processo competitivo disposto para a contratação de obras não previstas originalmente no programa de exploração da rodovia; 7) o procedimento simplificado para o recebimento de obras; 8) à transferência das obras executadas pelo Poder Concedente com aceitação automática por decurso de prazo; 9) o reconhecimento da gestão do concessionário em relação às restrições contínuas da operação rodoviária; e 10) o detalhamento por norma interna dos equipamentos a serem aplicados no sensoriamento e controle de tráfego e a solicitação de orçamento para verificação da tecnologia que melhor se aplica (ANTT, 2020d, p. 40).

Baseado nesses itens e em esforço similar ao projeto de adequação da Resolução nº 1.187, apontaram-se problemas específicos relacionados à regulação dos bens, obras e serviços nas concessões que deveriam ser abordados no RCR 2 (ANTT, 2020d, p. 41, 305), quais sejam: (i) a ausência de procedimento claro para destinação de bens inservíveis; (ii) as dúvidas sobre o acatamento dos projetos às

regras construtivas aplicáveis; (iii) as desapropriações judiciais morosas e o atraso na execução das obras do PER; (iv) a ausência de procedimento para identificação e atribuição de responsabilidades para remoção de interferências; (v) a ausência de procedimentos para o tratamento contratual das inclusões, exclusões e alterações de obras e de serviços; (vi) a ausência de procedimento que disponha sobre a contratação de terceiros para a execução de obras não previstas inicialmente no PER; (vii) a complexidade do procedimento para recebimento de obras; (viii) a ausência de procedimento para transferência das obras executadas pelo poder público para a concessionária; (ix) as dúvidas sobre a competência da concessionária para gerir a suspensão de tráfego em situações específicas; e (x) a determinação da tecnologia que deve ser utilizada para o sensoriamento e o controle do tráfego na rodovia.

Depois de concluir o trâmite interno pelos órgãos da ANTT, a minuta da segunda norma do RCR foi submetida a procedimentos de participação e controle social por meio da Reunião Participativa nº 3/2021, realizada em 22 e 23 de julho de 2021, da Audiência Pública nº 8/2021, realizada em 09 dezembro 2021, e da Reunião Participativa nº 2/2022, realizada em 12 de maio de 2022.

Uma boa parte das contribuições nas mencionadas oportunidades foram acatadas, com destaque às que versavam sobre o planejamento das revisões quinquenais – jamais implementadas no contexto da agência, apesar de previstas na maior parte dos contratos de concessão – e a contratação de verificador independente. Para além desses pontos, conforme relatado no Despacho nº 8616720/2021 da Gerência de Regulação Rodoviária (GERER), “houve grande preocupação em alinhar a norma com as determinações do TCU”, que, em determinadas matérias, resvalariam nas normas regulamentares da agência ainda que não sejam diretamente aplicáveis a elas (ANTT, 2020d, p. 976-1016).

Passado pelas etapas de participação e controle social, de readequação da minuta da norma e de opinião jurídico-institucional pela Procuradora Federal junto à ANTT (PF/ANTT), o RCR 2 foi submetido à diretoria colegiada e aprovado por meio da Resolução nº 6.000, de 1º de dezembro de 2022 (BRASIL, 2022d).

Com 235 (duzentos e trinta e cinco) artigos dispostos entre 11 (onze) capítulos, o RCR 2 agregou disposições para garantir preservação dos bens que integram patrimônio público concedido, assim como para dar condução mais eficiente às obras e serviços. Desse modo, em suma, a segunda norma do Regulamento de

Concessões Rodoviárias dispôs sobre as seguintes matérias: (i) as definições sobre o tema aplicáveis ao setor (art. 1º, parágrafo único); (ii) os planejamentos anuais e quinquenais da concessão (arts. 2º a 6º); (iii) os sistemas de gestão ambiental (SGA), de gestão de qualidade (SGQ), de gestão de segurança viária (SGSV) e de gestão operacional (SGO) da rodovia (arts. 7º e 8º); (iv) os bens da concessão, incluindo como devem ser tratados, arrolados, transferidos, destinados e, no caso dos bens inservíveis, descartados (arts. 9º a 17); (v) os estudos, projetos e orçamentos de engenharia para obras e serviços, abrangendo os procedimentos para as hipóteses inicialmente previstas no contrato de concessão e as incluídas posteriormente (arts. 18 a 86); (vi) a gestão da área de concessão, versando sobre a execução das desapropriações, servidões ou outras limitações administrativas, bem como sobre a gestão e regularização da faixa de domínio da rodovia e sobre a remoção de interferências (arts. 87 a 117); (vii) a acompanhamento ambiental e as licenças, permissões e autorizações governamentais (arts. 118 a 125); (viii) a execução de obras e serviços pela concessionária, dispondo sobre as fases contratuais – trabalhos iniciais, recuperação e conservação/manutenção –, as obras obrigatórias, as obras de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço, as obras de melhorias – realizadas com base no estoque de melhorias –, as obras de contornos alternativos e variantes, as obras ou serviços emergenciais, o encerramento de obras e a inspeção de obras e serviços (arts. 126 a 169); (ix) a operação rodoviária, com instalação de sistemas de controle e monitoração operacional, além de mecanismos de restrição contínua de tráfego e fiscalização de veículos (arts. 170 a 201); (x) o verificador independente (arts. 202 a 214); (xi) as obras do Poder Concedente, abrangendo os casos de obras transferidas na data de assunção à concessionária e de obras supervenientes realizadas durante a concessão (arts. 215 a 224); (xii) as alterações no RCR 1, como mencionado anteriormente, endereçando o Comitê de Corregulação de Concessões Rodoviárias e as diretrizes para celebração de aditivo para adesão ao RCR (art. 224); e (xiii) as disposições finais a respeito da incidência do RCR 2 sobre os contratos de concessão existentes e da revogação de normativos obsoletos, incluindo a Resolução nº 1.187 (arts. 225 a 235).

Do ponto de vista da Regulação Responsiva, percebe-se que o RCR 2 não age como um dos principais normativos para importação dessa teoria ao setor. Ainda assim, a norma introduziu dispositivos importantes que servirão de base para uma

atuação mais responsiva por parte da ANTT. É o caso do art. 176,³⁴ que abre a possibilidade para que a agência reguladora monitore a operação da concessão por meio do Centro Nacional de Supervisão Operacional (CNSO)³⁵ e, assim, viabiliza o monitoramento integrado para uma melhor compreensão do sistema rodoviário brasileiro e do seu funcionamento, assegurando o levantamento de dados relevantes que subsidiarão a atuação da ANTT em relação às concessionárias.

Nesse ponto, vale destacar que as concessionárias assumem obrigações na norma em escopo relacionadas ao fornecimento de dados ao sistema informatizado da agência, abarcando a administração da rodovia, a administração dos bens integrantes do empreendimento e a execução das obras e dos serviços previstos na concessão, como observado nos arts. 4º,³⁶ 6º,³⁷ 170³⁸ e 172.³⁹ Desse modo, conforme argumentado no Relatório de Análise Técnica nº 1164478/2022 (ANTT, 2020d, p. 1874-1875), a instituição de gestão contratual que privilegia a integração de

³⁴ Resolução nº 6.000, de 2 de dezembro de 2021. Art. 176. A ANTT poderá realizar o monitoramento da operação da concessão por meio do Centro Nacional de Supervisão Operacional (CNSO), bem como acessar diretamente todos os sistemas operacionais da concessão.

³⁵ O Centro Nacional de Supervisão Operacional tem por finalidade estabelecer um ambiente físico e tecnológico com capacidade para processar, armazenar, analisar e transformar grande volume de dados em informações estratégicas que auxiliem na supervisão e fiscalização dos serviços prestados no âmbito do transporte terrestre; além de viabilizar um ambiente de conhecimento e pesquisa, visando a capacidade de produzir soluções inovadoras que auxiliem no processo de aperfeiçoamento das atividades realizadas pela ANTT.

³⁶ Resolução nº 6.000, de 2 de dezembro de 2021. Art. 4º A concessionária deverá apresentar pelo sistema informatizado indicado pela ANTT as seguintes informações, em conformidade com as obrigações dispostas no contrato de concessão e alterações posteriores: I - a programação anual de estudos, projetos funcionais, anteprojetos e projetos executivos de engenharia, acompanhada das informações quanto à necessidade, ainda que potencial, de declaração de utilidade pública, por obra; II - o plano anual de desocupação da faixa de domínio, contendo as ações necessárias para desocupação e regularização do uso da faixa de domínio e dos acessos; III - o relatório anual de desapropriações indicando a situação do que foi executado no período, com informações acerca da situação dos processos com as indenizações efetivadas e em andamento, "as *built* de desapropriação" e demais informações necessárias às prestações de contas a serem apresentadas no período.

³⁷ Resolução nº 6.000, de 2 de dezembro de 2021. Art. 6º À ANTT deverá ser assegurado o acesso irrestrito e em tempo real às informações, aos sistemas e aos bancos de dados relativos à gestão do sistema rodoviário.

³⁸ Resolução nº 6.000, de 2 de dezembro de 2021. Art. 170. A concessionária deverá implantar e operacionalizar, ao menos, as seguintes infraestruturas e serviços operacionais: I - centro de controle operacional; II - equipamentos e veículos da administração; III - sistemas de controle e monitoração de tráfego; IV - sistemas de atendimento ao usuário; V - sistemas de pedágio e controle de arrecadação; VI - sistema de comunicação e conectividade do usuário; VII - sistema de pesagem veicular; VIII - sistema de guarda e vigilância patrimonial. Parágrafo único. O contrato de concessão deverá estabelecer o escopo, os parâmetros técnicos e de desempenho e o prazo de implantação e operacionalização dos serviços referidos no caput.

³⁹ Resolução nº 6.000, de 2 de dezembro de 2021. Art. 172. A concessionária deverá encaminhar informações sobre tráfego, acidentes e atendimento pelo sistema de informações indicado pela Superintendência competente, cujo conteúdo e periodicidade será disciplinado em ato desta.

sistemas e de informações entre a agência e as concessionárias permitiria uma supervisão próxima e até em tempo real das atividades concedidas. Logo, tais obrigações poderiam subsidiar a formulação de estratégias responsivas a partir do acesso às informações reais de cada uma das rodovias concedidas e, assim, a ANTT poderia adotar as respostas mais efetivas para lidar com situações concretas.

Outra disposição relevante na segunda norma do RCR está relacionada à figura do verificador independente, previsto nos arts. 202 a 214, que tem a finalidade de prestar apoio e agir de forma complementar à ANTT na fiscalização e aferição do cumprimento de obrigações contratuais pelas concessionárias. O verificador é contratado pela concessionária com base em requisitos predeterminados e funciona como uma entidade especializada e acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), podendo assumir atribuições relacionadas à realização de aferições de obrigações contratuais, ao cálculo de indenizações e ao apoio à aplicação de mecanismos da regulação e do contrato de concessão.

Também haveria relação dessa figura com a implementação da Regulação Responsiva no setor, haja vista que o verificador independente representaria um mecanismo adicional de monitoramento e fiscalização das atividades da concessionária, visando a assegurar o cumprimento das obrigações contratuais e a promoção da eficiência e qualidade na prestação dos serviços. Isso é, ao introduzir figura com capacidade de supervisão técnica independente e especializada, o RCR 2 possibilita a criação de ambiente regulatório mais responsivo, em que a ANTT teria acesso a um número maior de informações e, assim, poderia agir para incrementar a flexibilidade da resposta regulatória de acordo com as particularidades da concessão.

Isso posto, embora a segunda norma do RCR não aborde questões mais atinentes à Teoria da Regulação Responsiva, trata-se de módulo relevante do novo marco regulatório ao passo que abarca toda a produção rodoviária – desde o projeto até a execução do serviço rodoviário – com o intuito de simplificar a regulação no setor e garantir a atualização permanente dos procedimentos regulatórios gerais da ANTT. O resultado é a disposição de regras mais transparentes, padronizadas e atualizadas a respeito dos bens, obras, serviços e procedimentos dos contratos de concessão.

Ademais, essa norma introduz obrigações e mecanismos regulatórios que incrementarão a fiscalização, o monitoramento e, conseqüentemente, a escolha da

melhor resposta regulatória pela agência reguladora, preparando o terreno para a adoção de técnicas mais responsivas no setor de concessões rodoviárias.

Além dessas questões, vale ressaltar que o RCR 2 é bastante extenso, abordando com detalhe as normas, os procedimentos e os parâmetros de qualidade a serem seguidos pela concessionária. Ainda assim, observa-se dentre desses parâmetros certo espaço para discricionariedade de atuação para que a ANTT e as concessionárias encontrem caminhos mais eficientes e menos custosos para o atendimento de suas obrigações contratuais e normativas.

Por fim, no que toca à interação da segunda norma do RCR com o PROCROFE, cumpre anotar que a maior parte das disposições do novo marco regulatório não encontram correspondência nos contratos de concessão já celebrados, e sim em normas como a Resolução nº 1.187. Ressalva a isso são os contratos mais recentes da Quarta Etapa, que, por sua modernidade, apresentavam disposições similares às que foram introduzidas no RCR 2. Ainda assim, observa-se preocupação da agência reguladora em ressaltar a regra da contratualidade, aplicando as regras do RCR 2 apenas para as concessionárias que aderirem ao novo marco regulatório, bem como preservando o ato jurídico perfeito e a vontade das partes em detrimento de eventuais inovações normativas nessas hipóteses.

Apesar de ainda não terem sido publicadas até o momento de elaboração desta Dissertação, as minutas do RCR 3 (ANTT, 2021d, p. 1385-1430), do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1084-1111) e do RCR 5 (ANTT, 2021e, p. 6-50) pretendem apresentar ajustes e complementações pontuais à Resolução nº 6.000.⁴⁰

3.5. RCR 3 (EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO).

Adentrando na esfera da análise *ex ante*, avalia-se o esforço regulatório da ANTT para criação da terceira norma do RCR, a qual versa sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões rodoviárias federais.

⁴⁰ Apenas para registro, foram propostos ajustes e complementações aos seguintes dispositivos do RCR 2: arts. 1º, parágrafo único; 2º, §§ 3º e 4º; 20, parágrafo único; 40, § 1º; 49, § 1º; 58, §§ 2º e 6º; 67, § 6º; 68, § 1º; 90, § 3º; 91-A; 136, § 6º; 140, parágrafo único; 142-A; 157, §§ 1º e 2º; 204-A; 204-B; 204-C; 215-A; 2017; 234, parágrafo único; e 235.

Conforme indicado pela Nota Técnica nº 6508/2021/GERER/SUROD/DIR (ANTT, 2021d, p. 1-8), é possível verificar diagnósticos relevantes no nascedouro da proposta de revisão do conteúdo dos contratos e das normas que tratam da gestão econômico-financeira dos contratos de concessão, quais sejam: (i) a discrepância entre as etapas do PROCROFE em razão da ausência de conjunto de regras que visassem a pautar a condução dos contratos;⁴¹ (ii) a pequena porcentagem – 15% – de receitas acessórias e extraordinárias que pode ser apropriada pelas concessionárias, a qual desestimula a inovação e a busca por receitas para além da concessão, restringindo eventuais possibilidades de exploração de produtos e serviços que poderiam ser benéficos aos usuários, às concessionárias e à economia local; e (iii) as discussões envolvendo a incidência das normas e/ou dos contratos de concessão, o que decorreria da profusão de normas que, por vezes, acabam tratando sobre os mesmos temas e da existência de regras específicas para cada contrato.⁴²

O esforço normativo para criação de regras gerais para o setor que disponham sobre os aspectos econômico-financeiros das concessões assume grande importância e, ainda mais do que as outras fases do Regulamento de Concessões Rodoviárias, exige grande cuidado da agência para dialogar com as necessidades das concessionárias e dos demais interessados.

Afinal de contas, até por ser comum que a longa vigência de contratos de concessão resulte na alteração das condições originalmente pactuadas para prestação de serviços, e por o país ser sensível a crises econômicas e instabilidade política ao longo dos anos, a regulação dessa seara deve possibilitar que as concessionárias encontrem novas formas de recuperar a capacidade de investimento e de manutenção nas rodovias, além de aprimorar a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços e execução de obras, sempre mantendo os parâmetros de desempenho previstos contratualmente.

⁴¹ Cita-se, por exemplo, o caso do “Fator D” – desconto de reequilíbrio – que é previsto apenas para a Terceira Etapa e que teve resultados diferentes dos esperados, uma vez que, quando a concessionária percebe que não vai conseguir cumprir o parâmetro para todo o trecho, ela tende a abandonar as intervenções, suspendendo as obras. Essa situação gera a necessidade de revisão desse incentivo e acaba tendo como exemplo outras ferramentas e disposições contratuais (ANTT, 2021d, p. 4).

⁴² Um exemplo dessa situação seria o caso das normas sobre as revisões contratuais e o reequilíbrio econômico-financeiro, temas esses que seriam regulamentados por quatro resoluções vigentes e pelas disposições contratuais de cada rodovia (ANTT, 2021d, p. 4).

Nesse sentido, o RCR 3 tem a importante missão de estabelecer “arranjos capazes de responder de forma mais eficiente e adequada às situações impostas no ambiente regulatório, adaptando-se às circunstâncias, às movimentações realizadas pelos agentes, ao contexto de mercado e ao ambiente social em que estão inseridos” (ANTT, 2021d, p. 6). É objetivo declarado nessa fase do RCR que a implementação de regulação por incentivos e técnicas responsivas na ANTT vise a garantir eficiência produtiva – equilíbrio entre a relação custo e benefício das soluções que a concessionária traz para a rodovia – e eficiência alocativa – sustentabilidade econômico-financeira do empreendimento –, além de almejar a melhoria contínua da qualidade de serviço e o desenvolvimento de uma malha rodoviária federal inovadora, atenta às tecnologias que se colocam para o setor (ANTT, 2021d, p. 6).

Para tanto, a SUROD planejou a construção da minuta do RCR 3 de modo que pudesse enfrentar os problemas regulatórios relacionados à gestão econômico-financeira das rodovias. No âmbito da Análise de Impacto Regulatório nº 10406897/2022 (ANTT, 2021d, p. 159-185), declara-se que esses problemas específicos seriam: (i) a imobilização constante de capital próprio, mais custoso que capital de terceiros, mesmo em cenário de poucos investimentos contratados; (ii) o pouco aproveitamento de ferramentas de gestão societária como possibilidade de restabelecimento de concessões em crise, em contraposição à extinção contratual; (iii) a ausência de transparência nas informações sobre a concessão de interesse recíproco entre regulador e financiador, relativas à execução do contrato de concessão e à adimplência do financiamento; (iv) a dificuldade na execução de garantias; (v) a deficiência de incentivos para atendimento às obrigações contratuais das fases de trabalhos iniciais e de recuperação, além de modelagem contratual sem balanceamento adequado para muitas exigências na fase inicial e de recuperação e com poucos incentivos para viabilizar seu cumprimento; (vi) a inutilização ou utilização inadequada das verbas contratuais e dificuldade de prestação de contas; (vii) a ausência de instrumentos de controle pela ANTT sobre o fluxo de recursos de interesse da concessão, como multas, retenções e reequilíbrios; e (viii) os problemas relacionados à estrutura tarifária, decorrentes em grande medida (viii.1) da aplicação de regras regulatórias uniformes a concessionárias com perfis distintos, (viii.2) da falta de padronização na metodologia dos contratos do PROCROFE para determinação de tarifas, (viii.3) da falta de equilíbrio entre os custos e as receitas na tarifa e a

necessidade de otimização dos recursos à disposição dos usuários, (viii.4) da ausência de um modelo de cobrança por praças de pedágio e de uma matriz tarifária que permita pagamento proporcional por trecho, por frequência de uso e por danos causados pela utilização inadequada da rodovia, e (viii.5) da falta de estímulos para desenvolver novos negócios acessórios relacionados à exploração rodoviária.

Ademais, de forma similar ao que foi observado no caso do RCR 2, a terceira norma do novo marco regulatório incorporou os resultados de iniciativas normativas anteriores da ANTT. Com efeito, no caso do RCR 3, foram aproveitados os estudos realizados para a revisão da “metodologia de cálculo do Fator X” (ANTT, 2015, p. 1-166), que tinham por objetivo incorporar incentivos à eficiência dos serviços prestados pelas concessionárias e proporcionar o repasse de parte desses ganhos aos usuários das rodovias. Também foram englobados os trabalhos de atualização da metodologia para cálculo da taxa de retorno do fluxo de caixa marginal, denominada *Weighted Average Capital Cost* ou “WACC” (ANTT, 2015, p. 203-231).

Isso posto, vale mencionar que a minuta da terceira norma do RCR já passou pelas rodadas de discussão interna e pelos procedimentos de participação e controle social, tendo sido submetida à Reunião Participativa nº 5/2022, realizada entre os dias 22 a 24 de agosto de 2022, e à Audiência Pública nº 4/2023, realizada no dia 27 de abril de 2023.

Na Reunião Participativa, 26% das contribuições foram acatadas e 17% foram acatadas em parte, sendo que a maior parte delas focou nas disposições sobre as receitas não tarifárias das concessionárias, as hipóteses de renovação e contratação de garantias ao longo da vigência contratual, a gestão econômico-financeira, as questões societárias e a estruturação das revisões contratuais. Já na Audiência Pública, as contribuições ainda não foram incorporadas, mas a maior parte delas focou no Regime de Recuperação Regulatória e nos temas anteriores.

Até o momento de elaboração da presente Dissertação, o RCR 3 se encontrava em ajuste da minuta com base nas contribuições apresentadas em Audiência Pública, de sorte que os próximos passos serão a sua submissão para a opinião da PF/ANTT e a subsequente aprovação pela diretoria colegiada da agência.

Considerando essa ressalva, a versão mais atual da norma (ANTT, 2021d, p. 1385-1430)⁴³ apresenta 204 (duzentos e quatro) dispositivos alocados em 15 (quinze) capítulos, os quais dispõem sobre: (i) as definições sobre o tema aplicáveis ao setor (art. 1º, parágrafo único); (ii) a gestão societária, abordando a constituição da sociedade, o capital social, a transferência de controle societário e as transações com partes relacionadas (arts. 2º a 11); (iii) o Regime de Recuperação Regulatória, ou “RRR”, abordando as disposições gerais, o funcionamento e a extinção desse regime no setor (arts. 12 a 24); (iv) o financiamento das concessões e a relação com os financiadores, prescrevendo sobre as hipóteses de intercâmbio de informações entre os financiadores e garantidores e sobre a administração temporária e assunção do controle societário da rodovia por financiador (arts. 25 a 37); (v) as garantias de execução e suas modalidades nas concessões – caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária –, assim como o procedimento de cobrança e execução dessas garantias (arts. 38 a 58); (vi) os seguros mantidos durante a vigência contratual (arts. 59 a 67); (vii) as receitas tarifárias, as receitas não tarifárias e os pagamentos efetuados pelo Poder Concedente (arts. 68 a 94); (viii) a regulamentação do equilíbrio econômico-financeiro, endereçando as hipóteses e os mecanismos de reequilíbrio contratual, a interação com os fluxos de caixa da concessão, o procedimento de reajuste tarifário, a incidência do WACC regulatório e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por fluxo de caixa – original ou marginal – ou por fatores tarifários – “Fator A”, “Fator E”, “Fator D”, “Coeficiente de Ajuste Temporal” e “Coeficiente de Ajuste Adicional” – (arts. 95 a 125); (ix) os instrumentos de incentivo para os casos de antecipação ou atraso das fases de trabalhos iniciais e de recuperação e para a redução de acidentes (arts. 126 a 130); (x) as verbas contratuais de fiscalização, de desenvolvimento tecnológico, de segurança no trânsito, de verificação, de desapropriações e de licenciamento ambiental (arts. 131 a 151); (xi) as hipóteses e os procedimentos para as revisões tarifárias ordinárias e extraordinárias, além da repactuação de investimentos e parâmetros de serviços (arts. 152 a 180); (xii) os mecanismos de contas da concessão (arts. 181 a 189); (xiii) as alterações no RCR 1, conforme analisado em tópico anterior, regulamentando a classificação das concessionárias (arts. 190 e 191); (xiv) as

⁴³ A partir desse ponto, a menção à “minuta” do RCR 3 sempre fará referência à versão mais recente (ANTT, 2021d, p. 1385-1430) que foi disponibilizada pela ANTT na Audiência Pública nº 4/2023.

alterações no RCR 2, também mencionadas em tópico específico, fazendo melhorias pontuais àquela norma (art. 192); e (xv) as disposições finais sobre a incidência da terceira norma do RCR nos contratos de concessão existentes e sobre a revogação de normativos obsoletos (arts. 193 a 205).

Além do texto principal da norma, o RCR 3 propõe a publicação de “Anexo I” sobre as diretrizes para elaboração de acordo tripartite, de “Anexo II” sobre a metodologia para apuração da classificação de obras e serviços e de “Apêndice” à Resolução nº 5.950 com metodologia para apuração da classificação das concessionárias, a qual foi abordada no tópico anterior sobre o RCR 1.

Como se observa, do ponto de vista da Regulação Responsiva, houve introdução de duas principais inovações na terceira norma do RCR, especialmente no que diz respeito à introdução de mecanismos para recuperação das concessionárias classificadas mais desfavoravelmente nos termos do art. 10 do RCR 1 e de incentivos para o cumprimento de obrigações, o ganho de produtividade e o atendimento de parâmetros de qualidade das obras e dos serviços contratados.

Como primeira inovação, cita-se o Regime de Recuperação Regulatório, o qual consiste em mecanismo transitório com o propósito de auxiliar as concessionárias que estejam posicionadas nos níveis mais baixos da classificação da ANTT, oferecendo medidas, por tempo determinado, para o restabelecimento da prestação do serviço adequado e viabilização da concessão.

Na prática, mediante requerimento fundamentado da concessionária, a agência reguladora inicia o processo de elaboração e aprovação de termo aditivo ao contrato que poderá abranger as medidas previstas no art. 13 da minuta de norma:

- I – reprogramação de obrigações vencidas e vincendas;
- II – antecipação ou diferimento de incidência de débitos e créditos acumulados;
- III – antecipação de receitas tarifárias;
- IV – suspensão dos atos de cobrança de multas aplicadas transitadas em julgado;
- V – suspensão da aplicação de novas penalidades pelo descumprimento de determinadas obrigações;
- VI – desconto de até 30% (trinta por cento) sobre o montante total de multas aplicadas;
- VII – prorrogação do prazo da concessão;
- VIII – transferência de controle societário da concessionária.

Vale ressaltar, contudo, que os arts. 14 a 21 da minuta do RCR 3 estabelecem condições – obrigações, renúncias e/ou anuências – para cada uma das medidas que podem ser acionadas por meio da adesão ao RRR. Apenas a título de exemplo, para o desconto sobre o montante total de multas aplicadas e não inscritas em dívida ativa previsto no art. 19, a concessionária deverá promover o pagamento das multas no prazo determinado, renunciar ao direito de impugnar aplicação ou cobrança das multas em processos judiciais e arbitrais e, por último, promover o pagamento de quaisquer dívidas ou encargos pendentes relacionados à concessão.

Outra ressalva é no sentido de que a mencionada lista de medidas não é exaustiva, de modo que existe espaço e flexibilidade para que as partes encontrem as soluções mais ajustadas para cada situação específica.

Trata-se de aceno importante aos pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva. Até porque o referido mecanismo permite que a ANTT introduza uma forma de resgate às concessionárias que estavam em situação de dificuldades financeiras e/ou de desconformidade – ao passo em que foram classificadas desfavoravelmente no biênio em questão – e, em contrapartida, que tenham a disposição para se reestabelecer e/ou para reformar suas condutas em favor da cooperação aderindo ao RRR. Até porque, segundo Ayres e Braithwaite (1992, p. 33), o regulador deve “estender o perdão àqueles que mostrem sinais de abandonar a desconformidade em favor da cooperação” (em tradução livre).

Caso descumpridas as obrigações assumidas pela concessionária – isso é, falhando a resposta cooperativa para o regulado em situação de crise financeira e/ou desconformidade –, as medidas decorrentes do RRR serão extintas e revertidas pela diretoria colegiada e, mediante análise do caso concreto, poderão ser impostas as penalidades aplicáveis, e iniciado processo de caducidade da concessão.

Uma crítica pertinente ao referido regime consiste no fato de que, até a última minuta da norma, apenas as concessionárias da “Classe D” teriam acesso ao RRR. Com isso, aquelas posicionadas na “Classe C” tenderiam a figurar em posição mais vulnerável, sem acesso às medidas de restabelecimento da ANTT. Tal ajuste está sendo apurado após a Audiência Pública e deverá constar na norma aprovada.

Como segunda inovação do RCR 3, cumpre destacar os instrumentos de incentivos às concessionárias para estimular o aumento da qualidade e da

produtividade nas concessões de serviços públicos e de obras pública nas fases de trabalhos iniciais e de recuperação, assim como para incrementar a segurança das vias públicas nos termos do Programa Vias Seguras da ANTT.⁴⁴

Com efeito, a agência identificou duas formas de incentivo às concessionárias que estejam nas mencionadas fases da concessão.

Uma delas é introduzida pelo art. 126, que permitiria ao ator regulado obter ganhos decorrentes da antecipação do recebimento das receitas tarifárias, desde que ateste o atendimento às obrigações da fase de trabalhos iniciais antes do prazo contratual. Em contraponto ao benefício da conclusão antecipada, esse dispositivo estabelece que as concessionárias assumiriam exclusivamente o ônus de não arrecadação tarifária decorrente do atraso na conclusão dos trabalhos iniciais. Também há previsão no art. 127 da minuta voltada à punição das concessionárias que cobrarem tarifa de pedágio antes do prazo, de modo que estariam sujeitas à retenção de 25% das receitas auferidas entre o termo e a conclusão das obrigações em conta vinculada ou, caso inexistente, à reversão desse montante à modicidade tarifária mediante aplicação do “Fator C”.

A outra forma de incentivo está no art. 129, por meio do qual a ANTT estabeleceria equação de recompensa para a conclusão antecipada das obrigações da fase de recuperação e de desincentivo para as hipóteses de atraso. Na arquitetura dessa regra, está presente a disposição escalonada de maiores percentuais de acréscimo ou decréscimo sobre a tarifa de pedágio conforme seja maior a antecedência ou o atraso, respectivamente. Dessa forma, a proposta seria fomentar a entrega mais rápida possível dos benefícios ao sistema rodoviário e aos usuários.

Esse é um arranjo fomentador de práticas responsivas, ao passo em que lança incentivos e desincentivos para que as concessionárias encontrem soluções eficientes e céleres para as obrigações assumidas. Com efeito, ao estabelecer quais

⁴⁴ De acordo com os comentários da SUOD à terceira norma do RCR (ANTT, 2021d, p. 1681-1682), o Programa Vias Seguras da agência reguladora tem como objetivo elevar o padrão de segurança viária das rodovias e ferrovias federais concedidas. Embora ainda se trata de programa em elaboração, a proposta englobará ações voltadas às diferentes áreas de atuação da Agência e tem sua gênese de forma aderente às práticas ASG (valores ambientais, sociais e de governança) aplicadas à infraestrutura, mobilidade e à segurança viária.

seriam os parâmetros de qualidade e as obrigações dos atores regulados, a ANTT permite espaço para que as concessionárias encontrem as melhores soluções.

Ademais, em razão da previsão de incentivos às concessionárias no RCR 3, observa-se reação interessante no que tange aos fatores tarifários, qual seja a extinção do “Fator Q” e do “Fator X” pelo art. 201 da minuta. Esses fatores foram abandonados pela constatação de que sua implementação a partir da Terceira Etapa do PROCROFE não foi exitosa para incentivar a melhoria da qualidade dos serviços ou o ganho de produtividade em determinado período, respectivamente. Também pesou para que esses fatores fossem extintos a proposta do novo marco regulatório para estabelecer benefícios ou ameaças a partir do perfil atitudinal apresentado pelas concessionárias – isso é, da posição delas na classificação bienal –, gerando um histórico apto a mapear a tendência de cumprimento contratual ou de desídia para cada um dos atores regulados, orientando as ações da ANTT a partir dessa posição.

Já no âmbito do “Anexo I” à minuta do RCR 3, vale destaque à previsão de minuta para os chamados “acordos tripartites”, que se trata de acordos de caráter facultativo celebrados entre o agente fiduciário – representando os financiadores da concessão –, a ANTT e a concessionária para disciplinar a relação entre essas partes, visando a plena execução contratual e a preservação dos interesses dos financiadores. A partir desse acordo, em caso de inadimplemento contratual que inviabilize ou coloque em risco a concessão, os contratos de financiamento poderiam outorgar aos financiadores o direito de administrar temporariamente a concessão ou, em casos mais graves, de assumir o controle societário da concessionária.

Os acordos tripartites seriam desenhados de modo que: (i) a assimetria de informações entre os financiadores e as partes envolvidas na concessão (agência, concessionária e usuários) seja reduzida; (ii) a assunção temporária da gestão do ativo pelos credores se torne mais previsível, evitando-se seleções adversas e prejuízos à continuidade e à qualidade dos serviços prestados; (iii) o sistema de descumprimentos contratuais se torne mais responsivo, podendo ser customizado de acordo com as particularidades do projeto; e (iv) a análise de custos de transação entre a extinção contratual prematura e a construção de soluções negociadas seja incrementada (FREITAS e FIGUEIROA, 2022, p. 478).

Além das contribuições voltadas à inserção de práticas responsáveis no setor, vale destaque à padronização das regras de reajuste e de revisão tarifária.

Para o reajuste, nos arts. 100 e 101 da minuta, unificou-se a utilização do IPCA como índice para o cálculo anual e tornou-se a realização desse procedimento automática, caso não haja aprovação pela ANTT no prazo de trinta dias após a data prevista para a realização do reajuste.

Já para as revisões contratuais, a agência voltou esforços no trabalho de alinhamento das hipóteses de cabimento e do procedimento aplicável. Isso porque, ao longo das etapas do PROCROFE, cada contrato previu disposições específicas e, por vezes, divergentes sobre as revisões ordinárias, extraordinárias e quinquenais. No art. 152 a 180 da minuta, portanto, é estabelecido que os contratos de concessão poderão ser submetidos: (i) à revisão tarifária ordinária, realizada anualmente de ofício por iniciativa da ANTT, considerando-se os eventos do “ano concessão” anterior e os impactos residuais pretéritos taxados na norma, incluindo a incidência dos Fatores “A”, “C”, “D” e “E”; (ii) à revisão extraordinária, realizada a qualquer tempo de ofício ou mediante pleito da concessionária para eventos de desequilíbrio que não sejam passíveis de análise nos outros tipos de revisão e, salvo no caso de inclusão e exclusão de investimentos, que tenham impacto econômico-financeiro superior aos parâmetros da norma; e (iii) à revisão de repactuação de investimentos e parâmetros de serviço, realizada de ofício pela agência reguladora em intervalos de cinco ou dez anos para inclusão, alteração, reprogramação ou exclusão de obras e serviços ou alteração de escopo, parâmetros técnicos e de desempenho previstos no contrato de concessão.⁴⁵ Adicionalmente, nos arts. 158 a 180, indica-se de forma detalhada o cabimento e os procedimentos aos quais devem ser submetidas as revisões.

Ainda no que toca à uniformização do conteúdo dos contratos e das normas que tratam da gestão econômico-financeira, é importante mencionar que as disposições de alocação de riscos foram excluídas dessa iniciativa. Na prática, o RCR 3 não limitou os elementos que poderiam vir a compor a matriz de riscos e, assim, deu prevalência para as particularidades contratuais de cada concessão.

⁴⁵ Nesse ponto, vale esclarecer que a revisão quinquenal foi incorporada pelas revisões de repactuação de investimentos e parâmetros de serviço e, quando cabível, pelas ordinárias e extraordinárias.

3.6. RCR 4 (FISCALIZAÇÃO E PENALIDADES).

Erguendo-se da plataforma que será criada pelas três primeiras normas do novo marco regulatório, o RCR 4 assume protagonismo como principal normativo para a introdução da Teoria da Regulação Responsiva no setor de concessões rodoviárias federais. A quarta norma do Regulamento pretende dispor sobre as regras de fiscalização e as penalidades aplicáveis aos contratos de concessão.

Até então, as atividades fiscalizatória e punitiva da ANTT ocorriam a partir das definições contratuais específicas e seguiam os ditames da (i) Resolução nº 4.071, de 3 de abril de 2013 (BRASIL, 2013b), que estabelece as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária concedida, e da (ii) Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016 (BRASIL, 2016), que disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres ou as obrigações contratuais.

A revisão da Resolução nº 4.071, contudo, passou a ser pautada como ação prioritária da Agenda Regulatória do Biênio 2017/2018 a partir da sua inclusão pela Resolução nº 5.759, de 28 de fevereiro de 2018 (BRASIL, 2018a).

Segundo as justificativas do projeto de revisão (ANTT, 2018, p. 16-28), pretendia-se criar mecanismos e otimizar procedimentos de gestão por parte das áreas técnicas da agência para incrementar a eficiência das análises e da fiscalização no acompanhamento dos investimentos previstos nos diversos PER e dos que poderão ser incluídos ao longo da execução dos contratos de concessão. Outro ponto de atenção para a revisão daquela Resolução seria contemplar as particularidades das concessões celebradas a partir da Terceira Etapa do PROCROFE e a necessidade de regulamentação dos limites das circunstâncias agravantes e/ou atenuantes que podem ser consideradas na aplicação de penalidades.

Tal iniciativa de produção normativa chegou a ser discutida internamente na ANTT e passou por várias etapas de aprovação, todavia, o projeto não foi concluído, e, com o advento do Regulamento de Concessões Rodoviárias, a quarta norma do RCR passou a abarcar o tema de revisão da Resolução nº 4.071.

O problema central mirado pelo RCR 4 diz respeito à necessidade de serem estabelecidos “procedimentos operacionais tanto para fiscalização, quanto para os processos de penalização, com intuito de baseá-los nos conceitos de responsividade” (ANTT, 2018, p. 645). Logo, conforme foi indicado na Nota Técnica nº 6986/2022/GERER/SUROD/DIR (ANTT, 2018, p. 644-653), os respectivos estudos destinaram atenção redobrada à importância da sistematização de dados, revisando os procedimentos para coleta e tratamento desses, assim como à indispensável participação dos usuários na fiscalização e à revisão conceitual da metodologia de fiscalização da gestão econômico-financeira dos contratos de concessão.

Outro ponto de atenção na elaboração da minuta do RCR 4 foi o estabelecimento da Teoria da Regulação Responsiva, sistematizada originalmente por Ayres e Braithwaite (1992), como âncora teórica para o planejamento das ações de fiscalização e das medidas de penalização das concessionárias.

Em vista dessas preocupações, no âmbito da Análise de Impacto Regulatório nº 12776174 (ANTT, 2018, p. 864-880), argumentou-se que as disposições contratuais e os normativos até então vigentes no setor seriam insuficientes para oferecer parâmetro de envergadura necessária ao planejamento adequado do sistema de fiscalização das concessionárias e ao alcance do melhor equilíbrio entre eficiência e eficácia da regulação. Para isso, seria necessário “considerar adequadamente se as ações planejadas são realmente necessárias para um regulamento proposto, como elas devem ser organizadas e dotadas de recursos, quais métodos eles devem seguir” (ANTT, 2018, p. 865).

Assim sendo, a agência empreendeu esforços para identificação das questões que pautariam a edição da quarta norma do RCR. Para isso, teriam sido consideradas as recomendações, as boas práticas e os princípios da OCDE, vejamos:

(...) importante indicar que a análise dos problemas abaixo apontados leva em consideração as recomendações da OCDE, contidas no *Recommendation of the Council on Regulatory and Policy Governance (...)* e no *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit (...)*. O primeiro documento citado apresenta boas prática de governança, com significativa gama de informações e experiências exitosas em regulação. Esse documento ainda destaca: i) as dificuldades econômicas dos governos, que os obriga cada vez mais a reduzir os gastos na administração pública, incluindo atividades de fiscalização regulatória; ii) os encargos, geralmente desnecessários, gerados pelas inspeções, tanto para o estado quanto para os inspecionados; e iii) a necessidade de aplicação de estratégias bem formuladas de fiscalização, fornecendo incentivos corretos para assuntos regulamentados, no intuito de ajudar a reduzir os esforços de monitoramento

(e, conseqüentemente os custos tanto para as empresas, quanto para setor público), aumentando a eficiência e alcançando melhores metas regulatórias. No segundo há uma lista de verificação contendo doze critérios para ajudar reguladores, partes interessadas e especialistas a avaliar o nível de desenvolvimento do sistema de inspeção e execução em uma determinada jurisdição ou de uma instituição ou estrutura específica. Com esse guia é também possível identificar pontos fortes e fracos e áreas potenciais para melhoria (ANTT, 2018, p. 865).

Isso posto, foram delimitados os seguintes problemas regulatórios específicos para a quarta norma do RCR: (i) a multiplicidade de critérios, métodos e formas de fiscalização e de apuração de penalidades dos contratos de concessão, em especial das obras; (ii) a ausência de outros instrumentos regulatórios que possam incentivar a efetividade da fiscalização (*compliance*), o que seria causado pela utilização exclusiva do modelo de Comando e Controle e, conseqüentemente, pela existência de “déficit de responsividade”; (iii) a falta de sistematização dos dados sobre o cumprimento contratual; (iv) a ausência de participação e a desconsideração dos usuários na fiscalização; e (v) o rigor documental e a falta de tratamento da deterioração financeira das concessões (ANTT, 2018, p. 865-867).

Consolidados os estudos iniciais para o RCR 4, houve submissão da minuta ao processo de participação e controle social por meio da Reunião Participativa nº 6/2022, realizada no dia 6 de fevereiro de 2023. Contando com a presença de representantes das concessionárias e dos usuários, verificaram-se diversas contribuições focadas nos indicadores para fiscalização pela ANTT, no tratamento das concessionárias de acordo com sua posição na classificação bienal, nos cuidados para a realização de fiscalizações extraordinárias, na utilização dos dados coletados sobre as concessões, na gravidade de eventuais medidas cautelares e na composição da dosimetria das multas e penalidades estabelecidas.

Antes de avaliar a referida norma, contudo, torna-se essencial ressaltar que, no momento de elaboração da presente Dissertação, o RCR 4 se encontrava em fase de análise das contribuições da Reunião Participativa nº 6/2022 e dos órgãos internos da ANTT, de forma que a minuta eventualmente será objeto de nova rodada de discussão – em consulta interna à agência e em procedimentos de participação e controle social – antes de ser consolidada para aprovação. Conseqüentemente, existe a possibilidade de que os diversos instrumentos e medidas abordados neste tópico possam assumir novos contornos – mesmo que pouco diferentes – após ajuste fino a ser realizado pela agência e pelos partícipes no processo normativo em questão.

De todo modo, para fins desta análise *ex ante*, registra-se que a minuta⁴⁶ da quarta norma do RCR (ANTT, 2018, p. 1084-1111) é composta por 91 (noventa e um) dispositivos alocados em 10 (dez) capítulos, versando sobre: (i) as informações sobre as concessões e os sistemas de acompanhamento (art. 2º); (ii) o planejamento de intervenções da concessionária e de fiscalização da ANTT (arts. 3º a 8º); (iii) a execução da fiscalização pela agência ou por entidade pública com competência delegada por convênio, abordando as fiscalizações das obras obrigatórias, dos parâmetros de desempenho e da situação econômico-financeira (arts. 9º a 34); (iv) os regimes especiais de fiscalização, os quais incidirão sobre as diferentes fases contratuais, as transferências de obras do Poder Concedente para a concessionária, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e o encerramento contratual (arts. 35 a 45); (v) as medidas administrativas preventivas à concessionária, relativas ao alerta de potencial inconformidade, ao termo de registro de ocorrência e ao aviso de não conformidade (arts. 46 a 49); (vi) as medidas administrativas cautelares em face da concessionária, apresentando as hipóteses de cabimento, o rol exemplificativo de providências e a fundamentação necessária (arts. 50 a 54); (vii) as penalidades aplicáveis às concessionárias – advertência, multa específica, multa moratória e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar –, ratificando o procedimento previsto na Resolução nº 5.083 e dispondo sobre as hipóteses, a abrangência, os marcos temporais, os descontos e as circunstâncias atenuantes e agravantes de cada penalidade (arts. 55 a 75); (viii) os instrumentos de saneamento de irregularidades, endossando a utilização da denúncia espontânea e do TAC – sendo esse celebrado nos termos da Resolução nº 5.823, de 12 de junho de 2018 (BRASIL, 2018d) –, além de apresentando as hipóteses de cabimento e o procedimento aplicável (arts. 76 a 84); (ix) as alterações pontuais nas definições do RCR 1 (art. 85); e (x) as disposições finais sobre a incidência da quarta norma do RCR nos contratos de concessão existentes e sobre a revogação de normativos obsoletos (arts. 86 a 90).

Além disso, a minuta apresenta “Anexo” a respeito da metodologia para dosimetria das multas aplicáveis para infrações relativas às obras obrigatórias, aos

⁴⁶ A partir desse ponto, a menção à “minuta” do RCR 4 sempre fará referência à versão mais recente (ANTT, 2018, p. 1084-1111) que foi acostada ao processo administrativo nº 50535.001700/2018-99 e discutida pelos participantes da Reunião Participativa nº 6/2022.

parâmetros de desempenho, às obrigações econômico-financeiras e às outras obrigações assumidas pelas concessionárias.

De forma geral, a minuta do RCR 4 propõe revisão completa das disposições contratuais e normativas a respeito da fiscalização e penalização das concessionárias. Em relação aos contratos de concessão do PROCROFE, a proposta normativa tem especial foco no alinhamento das disposições contratuais com graus diversos de detalhamento sobre o tratamento das informações e dados das rodovias, sobre a execução de fiscalização ordinária (obras obrigatórias, parâmetros de desempenho e situação econômico-financeira) e sobre o termo de registro de ocorrência. As outras matérias abordadas na minuta encontram correspondência em normativos da ANTT, principalmente em portarias e no Manual de Fiscalização.

Isso em mente, considerando a importância da quarta norma do Regulamento de Concessões Rodoviárias para a efetiva implementação de atuação pautada na Regulação Responsiva no setor de concessões rodoviárias federais, é importante detalhar adiante a alguns pontos específicos do normativo, quais sejam: (i) o tratamento e sistematização dos dados; (ii) fiscalização ordinária em três níveis; (iii) fiscalização extraordinária; (iv) medidas administrativas preventivas (alerta de potencial inconformidade, termo de ajustamento de conduta e aviso de não conformidade); (v) medidas cautelares; (vi) penalidades; e (vii) instrumentos para saneamento de irregularidade (denúncia espontânea).

3.6.1. TRATAMENTO E SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS.

No âmbito dos estudos para o RCR 4, destacou-se a necessidade de adequado tratamento e sistematização dos dados sobre as rodovias federais concedidas para adequado planejamento da atuação responsiva da ANTT.

Justamente por isso, o art. 2º da minuta da quarta norma do Regulamento estabelece que é obrigação da concessionária, do verificador independente e/ou da empresa de supervisão contratada pela agência a submissão de informações relativas à fiscalização, à apuração de infrações e à aplicação de penalidades. Sem prejuízo do envio de dados adicionais, as informações submetidas deverão fazer referência:

I – aos planejamentos anual e quinquenal da concessionária, nos termos da segunda norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias;

II – ao acompanhamento de obras obrigatórias;

III – ao acompanhamento do escopo, dos parâmetros técnicos e de desempenho das obrigações previstas nos contratos de concessão;

IV – aos atos praticados no âmbito dos processos administrativos sancionadores;

V – ao parcelamento de débitos (ANTT, 2018, p. 1085).

Com isso, a agência reguladora se municiaria de dados elementares para a diferenciação das concessionárias cooperativas e não-cooperativas, permitindo uma resposta regulatória baseada em fatores como a gravidade das violações em termos de risco ao interesse público, o histórico do ator regulado, a situação geral da concessão, a prontidão da concessionária para cumprir obrigações e melhorar sua conduta, a intenção na desconformidade, dentre outros (ANTT, 2018, p. 867-868). Adicionalmente, ao definir a resposta à conduta de uma concessionária, a agência poderia examinar o impacto da estratégia eleita sobre a conformação futura da concessionária e sobre o aperfeiçoamento do ambiente regulatório.

Afinal, conforme explicado no Capítulo 1 desta Dissertação, a regulação deve ser responsiva aos diversos fatores que envolvem os atores regulados e o setor no qual estão inseridos, mostrando-se flexível, multidimensional e estruturada em tentar uma estratégia após outra (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2014). A partir da lição de Baldwin e Black (2008), verifica-se que a ANTT deve se utilizar de dados suficientes para reagir a um cenário em constante transformação de motivações, objetivos e comportamentos das concessionárias, assim como para avaliar a efetividade das respostas regulatórias implementadas.

Com base nessa compreensão, a classificação das concessionárias instituída no RCR 1 e detalhada no RCR 3 assume papel importante na diferenciação dos atores regulados, especialmente quando considerados os indicadores e subindicadores bienais. Todavia, essa ferramenta não pode ser compreendida isoladamente, devendo ser complementada pelas informações mais recentes exigidas na minuta do RCR 4 e pelos dados adicionais que possam ser apresentados à ANTT.

Quer dizer, ainda que a classificação das concessionárias tenha papel essencial na execução da fiscalização e na aplicação de penalidades, é apenas com uma visão subsidiada por informações e dados atuais que a agência poderá definir os

possíveis riscos de suas respostas regulatórias e a efetividade delas no alinhamento dos interesses particulares e na conformação de condutas.

3.6.2. FISCALIZAÇÃO ORDINÁRIA EM TRÊS NÍVEIS.

O novo marco regulatório apresenta padronização do ciclo de fiscalização⁴⁷ a ser empreendido pela ANTT em face das concessões, assim como incorpora relevantes inovações no planejamento e na execução dessa atividade.

De acordo com o art. 6º da minuta do RCR 4, o planejamento da fiscalização será orientado (i) pelo tratamento responsivo e (ii) pela definição de quais obrigações contratuais e regulatórias serão objeto da fiscalização ativa (realizada de ofício pela agência), sem prejuízo de fiscalização passiva (empreendida mediante provocação de usuário ou qualquer interessado).

Vale anotar que, no que tange ao tratamento responsivo, esse será dispensado de forma correspondente à posição da respectiva concessionária na classificação vigente no momento da aprovação do plano fiscalizatório em questão. O referido plano também terá vigência bienal, sendo coincidente com a da classificação.

Assim sendo, alguns fatores serão diretamente influenciados pela classificação da concessionária entre as Classes “A” até “D”, haja vista que é admitida a distinção dos atores regulados pela ANTT a partir dos critérios definidos pelos indicadores e subindicadores do RCR 3. É o caso, por exemplo, da duração do ciclo de fiscalização e dos itens contidos no escopo da fiscalização ordinária (art. 8º, § 3º, incisos II e III), de forma que, quanto melhor posicionadas forem as concessionárias, menos a agência reguladora dispenderá recursos para fiscalizá-las ativamente e se imiscuirá na administração das concessões e na prestação dos serviços.

A olho nu, o planejamento e a elaboração do plano de fiscalização com base na classificação das concessionárias mira fomentar maior cooperação por parte dos atores regulados e implementar práticas responsivas no setor. Isso porque, a

⁴⁷ O ciclo de fiscalização se refere à periodicidade de realização das ações de fiscalização ordinária, considerando fatores da Regulação Responsiva e apresentando duração e quantidade de ações variadas a depender da classificação das concessionárias vigente para o biênio em questão.

partir dos ensinamentos de Braithwaite (1985), avalia-se que as concessionárias classificadas nas posições mais elevadas – e, nesse sentido, com maior disposição para agir de forma cooperativa e para aderir às exigências contratuais e regulatórias – receberiam tratamento mais brando no âmbito do ciclo de fiscalizações do referido biênio. Isso é, a ANTT dispensaria a elas postura menos interventiva e lhes concederia maior liberdade para implementar as obrigações contratuais e as demandas regulatórias. Evidentemente, persistiria o compromisso de essas concessionárias apresentarem as informações previstas no RCR e os dados adicionais que entenderem adequados para demonstrar o cumprimento à agência reguladora.

Retomando a nova metodologia proposta pelo RCR 4 para a atividade fiscalizatória da ANTT, é possível constatar que (i) a atuação ordinária da agência será pautada no formato de fiscalização em três níveis (art. 13), assim como que (ii) o acompanhamento da execução do contrato de concessão será realizado a partir de ações de fiscalização de (ii.1) obras obrigatórias, de (ii.2) parâmetros de desempenho e da (ii.3) situação econômico-financeira (arts. 12, 16 a 34).

O modelo de fiscalização em três níveis foi originalmente proposto em 2015 no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica, utilizando-se de conceitos da diferenciação de risco regulatório⁴⁸ e, mais especificamente, da Teoria da Regulação Responsiva para aperfeiçoar a fiscalização no setor elétrico.

Em essência, essa proposta estaria fundada na execução da fiscalização em três momentos – ou níveis – com abrangência cada vez mais restritiva. No primeiro nível – monitoramento –, todos os atores regulados seriam monitorados por meio de indicadores de qualidade e desempenho para filtrar os empreendimentos que apresentam o maior risco potencial. No segundo nível – ação à distância –, apenas os empreendimentos de maior risco que foram selecionados no monitoramento são analisados, submetendo-os a análise mais minuciosa dos indicadores, análise documental e solicitação de dados complementares. No terceiro nível – ação presencial –, a ANEEL define itens de maior atenção a partir do monitoramento e da

⁴⁸ Vale anotar que, na proposta da ANEEL, utiliza-se o conceito de diferenciação de risco regulatório como um “processo utilizado por entidades reguladoras para avaliar sistematicamente os riscos associados às não conformidades dos entes regulados”. Nesse sentido, a Regulação Responsiva seria considerado como um modelo no qual se propõe que as ações de fiscalização variem de acordo com o risco e, sobretudo, com o comportamento dos atores regulados (HIRATA, LEITE, *et al.*, 2015, p. 212).

ação à distância que necessitam de busca por evidências e/ou de confirmação na vistoria em campo (HIRATA, LEITE, *et al.*, 2015, p. 213-215).

Para a realidade da ANTT, essa metodologia de fiscalização foi inserida no Projeto de Atuação Responsiva, de modo que os estudos para sua tradução no setor de concessões rodoviárias também abarcaram os níveis de monitoração, de análise (ou ação à distância) e de ação presencial, mas incluíram como caminhos adicionais para a fiscalização as ações emergenciais (cautelares e obrigações de fazer imediatas). Tais medidas poderiam ser adotadas pontualmente em todos os três níveis com o intuito de evitar riscos aos usuários e ao interesse público (ANTT, 2020f).

O art. 13 da minuta do RCR 4, portanto, apresenta definições próprias da ANTT para os contornos da fiscalização em três níveis no setor de concessões rodoviárias. Ainda assim, manteve-se a estrutura da fiscalização empreendida pela ANEEL, com fases subsequentes e cada vez mais restritivas no que tange às informações e situações efetivamente apuradas. Vejamos:

Art. 13. (...) § 1º A fiscalização ordinária será executada mediante ações de fiscalização em 3 (três) níveis:

I – 1º nível: coleta, tratamento e análise de dados e informações sobre a concessão;

II – 2º nível: solicitação e análise de esclarecimentos ou informações complementares por parte da concessionária ou de terceiros em caso de identificação de inconformidade observada no 1º nível;

III – 3º nível: inspeção in loco para contato direto com o objeto da fiscalização para verificação da fidedignidade das informações obtidas no 1º e 2º níveis ou apuração do cumprimento das obrigações contratuais e regulatórias (ANTT, 2018, p. 1088-1089).

Assim sendo, como mencionado, vale repisar que a fiscalização será realizada por meio de ações sobre três escopos diferentes: obras obrigatórias, parâmetros de desempenho e situação econômico-financeira.

A fiscalização das obras obrigatórias acompanha o avanço físico das referidas obras durante o período em escopo, incluindo as inexecuções de obrigações vencidas, quanto ao atendimento ao prazo, ao escopo, aos parâmetros técnicos e a observância dos projetos de engenharia aceitos pela ANTT (art. 16). Já a fiscalização dos parâmetros de desempenho mira o acompanhamento de parâmetros relativos à manutenção da infraestrutura, à conservação da infraestrutura e aos serviços operacionais (arts. 23). Ademais, a fiscalização da situação econômico-financeira objetiva acompanhar a regularidade dos instrumentos econômico-financeiros do

contrato de concessão, a saúde financeira da concessionária e a estimativa de indenização em caso de eventual extinção antecipada (arts. 29).

Todas os três escopos de fiscalização contariam com uma ação de 1º nível e, quando necessário, uma ação de 2º nível por ciclo (arts. 18, 25 e 30). Para as fiscalizações das obras obrigatórias e dos parâmetros de desempenho, independentemente da realização dos níveis anteriores, seriam executadas uma ou mais ações de 3º nível ao término do ciclo (art. 18, §§ 1º e 2º, e 25, parágrafo único). Já para a fiscalização da situação econômico-financeira, a ação de 3º nível ocorreria apenas em caso de insuficiência dos níveis anteriores (art. 30, inciso II).

Adicionalmente, especificamente para as concessionárias posicionadas na “Classe D”, a ANTT realizaria ação de fiscalização sobre a saúde financeira desses atores regulados. Caso a concessionária seja julgada como não saudável, a agência poderia tomar medidas punitivas e exigir providências saneadoras (art. 33).

Para mais, a minuta do RCR 4 reconhece situações em que a fiscalização da ANTT deveria ser realizada em observância a regimes especiais. É o caso das ações sobre as fases contratuais (art. 36 e RCR 2), sobre a transferência de obras do Poder Concedente (art. 37 e RCR 2), sobre o TAC (arts. 38 a 42) e sobre o encerramento contratual (art. 43 a 45).

Tendo em vista a proposta de nova metodologia para o planejamento e a execução das ações de fiscalização pela ANTT, cumpre observar que existe clara deferência da minuta do RCR 4 aos ditames da Regulação Responsiva nessa matéria. Afinal, da forma que está escrita a proposta, haverá customização do plano de fiscalização a depender da classificação da concessionária. Assim, de um lado, o ator mais cooperativo gozaria de menor intervenção da agência e teria maior liberdade para se autorregular para cumprir as obrigações contratuais e regulatórias como melhor lhe convir. Por outro lado, o ator regulado pior classificado seria alvo de maiores esforços fiscalizatórios da ANTT, inclusive sobre sua saúde financeira.

Há um ponto de preocupação nas disposições sobre a realização de ações do 3º nível, contudo, haja vista que essas ocorrerão compulsoriamente para as fiscalizações das obras obrigatórias e dos parâmetros de desempenho. Ora, caso não haja indicativos nos 1º e 2º níveis da fiscalização, a realização de ações presenciais

ao final do ciclo pode se tornar medida desnecessária, drenando recursos e esforços da ANTT para intervenção em concessionárias que estão agindo cooperativamente.

A princípio, esse ponto diverge da metodologia pensada na ANEEL, em que as ações do 3º nível ocorreriam apenas para complementar apurações que necessitassem de busca por evidências e/ou de confirmação na vistoria em campo. De toda forma, por se tratar de ação normativa que ainda se encontrava em fase de desenvolvimento no momento de elaboração desta Dissertação, haverá aperfeiçoamento da metodologia e do funcionamento dos níveis de fiscalização.

3.6.3. FISCALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA.

Ainda sobre o tema da fiscalização, é importante mencionar que o art. 14 da minuta da quarta norma do Regulamento introduziu a “fiscalização extraordinária”, que poderia ser realizada a qualquer momento, de ofício ou mediante provocação de usuário ou qualquer interessado, para apurar descumprimento do contrato de concessão ou das normas regulatórias da ANTT.

Esse tipo de atuação fiscalizatória resultaria em ação sob qualquer forma de inspeção válida e sobre qualquer fonte de informação que se faça necessária para apurar o evento ou a conduta que deu causa à fiscalização extraordinária.

Embora essa modalidade pretenda promover ações para reparação imediata de evento que se considere grave, houve manifestações de preocupação no âmbito da Reunião Participativa nº 6/2022 (ANTT, 2018, p. 1112-1155) a respeito da finalidade e da utilização da fiscalização extraordinária, assim como da aplicação do manual de fiscalização⁴⁹ nesse tipo de ação. Mais uma vez, como o RCR 4 ainda se encontra em fase de desenvolvimento, trata-se de questão que será amadurecida e endereçada na versão da norma a ser aprovada pela diretoria colegiada.

⁴⁹ O “Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas” se trata de documento que integra o âmbito do Plano Anual de Fiscalização da ANTT, tendo sido elaborado com o objetivo de estabelecer procedimentos de fiscalização a cargo da agência reguladora para as exigências dispostas nos diversos contratos de concessão do PROCROFE, abordando os elementos que compõem a infraestrutura do sistema rodoviário concedido e a operação rodoviária. Sua aplicação visa a orientar e subsidiar as atividades de fiscalização dos agentes lotados em todos os níveis de fiscalização da ANTT.

3.6.4. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS (ALERTA DE POTENCIAL INCONFORMIDADE, TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E AVISO DE NÃO CONFORMIDADE).

Passa-se à análise das medidas administrativas que podem ser adotadas pela ANTT para evitar a ocorrência ou a recorrência de infrações a partir de ações menos interventivas no marco regulatório. Como ser verá adiante, a partir de uma lente responsiva, essas medidas pretenderiam ampliar o leque de opções disponíveis à agência na base cooperativa de uma pirâmide regulatória do setor.

Os arts. 46 a 49 da minuta do RCR 4 dispõem sobre três medidas administrativas preventivas, quais sejam (i) o alerta de potencial inconformidade, (ii) o termo de registro de ocorrência e (iii) o aviso de não conformidade.

O “alerta de potencial inconformidade” seria lavrado quando se estimar que uma obrigação contratual ou regulatória poderá não ser cumprida de acordo com o prazo, o escopo e/ou os parâmetros técnicos ou de desempenhos aplicáveis. Essa medida é aplicável a obrigações de qualquer natureza e não constitui condição prévia a ser adotada antes de acionar as demais medidas administrativas (art. 47).

O “termo de registro de ocorrência” teria aplicação na hipótese de ser identificada inconformidade relativa a parâmetro de desempenho de conservação da infraestrutura rodoviária durante as fiscalizações ordinárias de 2º e 3º níveis ou durante as fiscalizações extraordinárias. Nesses casos, a ANTT estipularia prazo para que a concessionária promova o saneamento da inconformidade e, superado o respectivo termo final, haveria a lavratura de auto de infração para o evento (art. 48).

Vale anotar que, em conformidade com a classificação das concessionárias, o termo de registro de ocorrência poderá ser lavrado (i) a qualquer momento do biênio para os atores regulados de Classes “A” e “B” e (ii) apenas nos seis primeiros meses do biênio para os atores de Classes “C” e “D”. Nesse sentido, depois do primeiro semestre, as concessionárias com pior classificação estariam sujeitas diretamente à lavratura de auto de infração (art. 48, §§ 4º e 5º).

Ademais, para os casos em que a ANTT verifique a existência de várias inconformidades da mesma natureza no sistema rodoviário, haveria a dispensa do termo de registro de ocorrência e imediata lavratura do auto de infração (art. 48, § 6º).

Por fim, o “aviso de não conformidade” também seria aplicável durante as fiscalizações ordinárias de 2º e 3º níveis ou durante as fiscalizações extraordinárias. Tal medida administrativa, contudo, teria incidência sobre as inconformidades relativas a parâmetro de desempenho de serviços operacionais da rodovia (art. 49).

A classificação das concessionárias desempenha papel limitador ao aviso de não conformidade, haja vista que esse poderá ser lavrado (i) ilimitadamente para os atores regulados da “Classe A”, (ii) até duas vezes para os atores de “Classe B” e (iii) apenas uma vez para os atores posicionados nas Classes “C” e “D”. Sendo superados os limites previstos para essa medida, a ANTT procederá com a lavratura automática do auto de infração quando verificada inconformidade (art. 49, § 1º).

3.6.5. MEDIDAS CAUTELARES.

Outra inovação importante no setor de concessões rodoviárias seria a introdução de medidas cautelares pelos arts. 50 a 54 da minuta do RCR 4.

Tratam-se de medidas não reguladas anteriormente pela ANTT, mas que, com a proposta de atuação responsiva, seriam essenciais para o marco regulatório. Em suma, visariam a impor obrigações de fazer e/ou não fazer à concessionária com o propósito de prevenir a ocorrência ou o agravamento de danos e riscos à segurança dos usuários, à infraestrutura rodoviária e ao cumprimento do contrato de concessão.

Tais medidas poderiam representar providências sobre a infraestrutura ou sobre os serviços, assim como obrigação de natureza econômico-financeira ou de outra natureza. Nessa linha, a minuta do RCR 4 apresentou no art. 52, parágrafo único, o rol exemplificativo de medidas cautelares, que prevê:

Art. 52. (...) Parágrafo único. Entre outras providências, a medida cautelar poderá consistir em:

- I – alteração imediata da tarifa de pedágio vigente;
- II – apresentação de informação à ANTT, aos usuários ou a terceiros;
- III – execução de obra ou serviço emergencial;

IV – afastamento da concessionária da gestão do contrato de concessão e contratação de operador temporário, na forma da quinta norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias;

V – aquisição ou substituição de bem da concessão para atendimento ao disposto no contrato de concessão;

VI – regularização ou fechamento de acesso ao sistema rodoviário ou de projeto de interesse de terceiro;

VII – adoção de providências para impedir ou afastar ocupação ou interferência irregular sobre a área da concessão ou para preservar os limites da faixa de domínio;

VIII – cumprimento de condicionante ambiental ou adoção de outra providência visando à mitigação de dano ou risco ambiental, dentro da área da concessão ou, excepcionalmente, fora da área da concessão quando puder trazer repercussões para a concessão;

IX – interrupção, desvio, operação especial ou outra providência relacionada à gestão do tráfego;

X – contratação de verificador;

XI – assunção de obra do Poder Concedente;

XII – apresentação ou reforço de garantia ou de seguro;

XIII – desconstituição ou adequação de projeto gerador de receitas não tarifárias;

XIV – realização de movimentação em conta da concessão.

Adicionalmente, eventual atraso das concessionárias em cumprir as providências estabelecidas poderia resultar na aplicação de multa moratória no limite máximo de 0,1% sobre a receita bruta anual do exercício financeiro anterior por dia de atraso (art. 53, parágrafo único).

Ademais, para remediar eventuais prejuízos decorrentes da adoção das supramencionadas providências, prevê-se que haverá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de eventuais impactos causados por medidas cautelares (art. 51, parágrafo único)

Vê-se, portanto, que a introdução de cautelares no novo marco regulatório da ANTT serve ao propósito de ampliar o leque de ferramentas disponíveis à agência reguladora para garantir o cumprimento do contrato de concessão e prevenir danos e riscos. Isto é, no momento em que forem verificados danos e riscos tutelados pela ANTT, a Regulação Responsiva permitiria à agência reguladora escalar sua resposta com providências mais rigorosas para corrigir a situação imediatamente.

3.6.6. PENALIDADES.

Houve alterações relevantes na sistemática de penalidades para o novo marco regulatório, de modo que o RCR 4 pretende reformular a regulamentação das infrações e desconformidades sujeitas à aplicação de penalidades pela ANTT para, conseqüentemente, revogar a Resolução nº 4.071, de 3 de abril de 2013.

De forma geral, o sistema de penalidades proposto pelo RCR 4 seria disposto de forma escalonada e conteria providências progressivamente mais interventivas, tomando como inspiração a pirâmide de medidas de constrangimento da Teoria da Regulação Responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 35).

Logo, a ANTT poderia lançar mão de (i) advertência, (ii) multa específica, (iii) multa moratória e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Como primeiro tipo de penalidade, a advertência⁵⁰ seria aplicada exclusivamente nas hipóteses disciplinadas pelos contratos e pelo Regulamento. De um lado, os contratos estabelecem que a concessionária poderia ser advertida quando verificada inexecução parcial ou total do objeto contratual. De outro lado, nas normas do RCR, haveria previsão expressa de aplicação da advertência apenas nos casos de exercício abusivo do direito de petição ou litigância de má-fé (art. 7º, § 3º, do RCR 1).

Quer dizer, no que tange às hipóteses de aplicação da penalidade de advertência, o Regulamento não aparenta ter a pretensão de apresentar relação detalhada de quais seriam as condutas sujeitas à aplicação de advertência, como ocorria no art. 4º da Resolução nº 4.071 (BRASIL, 2013b).⁵¹

⁵⁰ Tal medida visa alertar a concessionária acerca de irregularidades, sem implicar em sanções mais severas, com o intuito de promover a conformidade com os termos contratuais e regulatórios.

⁵¹ Resolução nº 4.071, de 3 de abril de 2013. Art. 4º Constituem infrações sujeitas à imposição da penalidade de advertência: I - deixar de manter acessíveis, a qualquer tempo, aos usuários, por meio eletrônico, telefônico e impresso, as informações relativas aos direitos e obrigações do usuário; II - operar o Centro de Controle Operacional - CCO sem um Sistema de Gerenciamento Operacional - SGO instalado; III - deixar de disponibilizar informações, a qualquer tempo, por meio eletrônico, telefônico, impresso e por meio de placas de sinalização, sobre as formas de comunicação dos usuários com a concessionária e a Ouvidoria da ANTT; IV - deixar de disponibilizar ou de manter acessíveis, a qualquer tempo, meios de sugestões e reclamações previstos em contrato para uso dos usuários; V - deixar selagem em juntas de pavimento rígido ou trincas em desconformidade com o PER, por prazo superior a 72 (setenta e duas) horas, ou conforme prazo diverso previsto no Contrato de Concessão ou no PER; VI - deixar de manter marcos quilométricos ou mantê-los em más condições de visibilidade, por prazo superior a 7 (sete) dias, ou conforme prazo diverso previsto no Contrato de Concessão ou no PER; VII - deixar meios-fios danificados, deteriorados ou ausentes por prazo superior a 72 (setenta

Conseqüentemente, ao limitar a aplicação dessa penalidade apenas aos casos “taxativamente previstos” contratualmente e normativamente, há possível esvaziamento da advertência como penalidade menos interventiva em favor das medidas administrativas preventivas e dos instrumentos de saneamento de irregularidades, as quais atuam para evitar a instauração de processo administrativo sancionatório e encurtar a atividade fiscalizadora da agência, respectivamente. Ou seja, sem prejuízo da possibilidade de advertir a concessionária, a agência teria aumentado as medidas menos interventivas disponíveis antes da sanção.

Como segundo tipo de penalidade, a multa específica será aplicada quando configurada a infração relativa (i) aos parâmetros de desempenho, (ii) às obrigações econômico-financeira, (iii) às outras obrigações contratuais e/ou (iv) às demais hipóteses estabelecidas nos contratos de concessão e no Regulamento (art. 58).

As multas específicas sobre infrações aos parâmetros de desempenho tiveram suas hipóteses identificadas nos arts. 5º a 9º do Anexo à minuta do RCR 4, alocando-as entre os Grupos 1 e 5 – em ordem crescente de gravidade – para

e duas) horas, ou conforme prazo diverso previsto no Contrato de Concessão ou no PER; VIII - utilizar em serviço, veículo e/ou equipamento sem identificação da Concessionária; IX - deixar, em serviço, pessoal sem uniforme ou identificação; X - aprovar projetos de terceiros para ocupação de faixa de domínio em desacordo com a regulamentação da ANTT ou com as normas do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT; XI - encaminhar à ANTT projetos em desacordo com qualquer das seguintes referências: a) regulamentação da ANTT; b) normas do DNIT; c) Contrato de Concessão, e d) PER. XII - deixar barreira de concreto de Obra-de-Arte Especial - OAE sem pintura por prazo superior a 72 (setenta e duas) horas, ou conforme prazo diverso previsto no Contrato de Concessão ou no PER; XIII - deixar armaduras de OAE sem recobrimento por prazo superior a 48 (quarenta e oito horas); XIV - deixar de aparelhar a Polícia Rodoviária Federal - PRF, conforme critérios estabelecidos pela ANTT; XV - deixar de comunicar, por escrito, à ANTT o início e/ou o término de cada obra e/ou a paralisação e reinício de cada obra; XVI - deixar de instalar e/ou deixar de manter em local visível aos usuários placa indicativa com breve descrição da obra, informações relativas ao responsável técnico e logomarca da ANTT e da concessionária; XVII - deixar de manter ou manter em desconformidade com o contrato as áreas destinadas ao atendimento ao usuário; XVIII - deixar de comprovar, junto à ANTT, a renovação das apólices de seguro ou da garantia prestada; XIX - deixar de encaminhar à ANTT cópia do comprovante de pagamento do seguro contratado; XX - deixar de encaminhar à ANTT cópia do comprovante de pagamento ou de depósito da garantia prestada; XXI - deixar de informar à ANTT quaisquer fatos que possam repercutir no seguro contratado ou na garantia prestada; XXII - deixar de encaminhar, dentro do prazo determinado pela ANTT, relatório de implantação do Sistema de Gestão da Qualidade ou o relatório do Sistema de Gestão Ambiental, desde que essa obrigação tenha sido prevista no Contrato de Concessão; XXIII - deixar de encaminhar, dentro do prazo determinado pela ANTT, relatório de reclamações e sugestões dos usuários; XXIV - deixar de encaminhar, dentro do prazo determinado pela ANTT, os relatórios relativos às atividades de pesquisa proveniente de recursos destinados ao desenvolvimento tecnológico na área de engenharia rodoviária - RDT; XXV - deixar de cumprir a programação mensal e/ou suas alterações previamente enviadas à ANTT, salvo os casos de antecipação de cronograma, inclusão ou alteração de valor de obras ou serviços previstos no Grupo 4 de penalidades; e XXVI - deixar de enviar, dentro do prazo determinado pela ANTT, o Relatório de Acompanhamento Ambiental, conforme previsto no Contrato de Concessão e/ou no PER.

estipulação das penas-base.⁵² Também vale mencionar que essa multa seria lavrada pela unidade regional da agência para cada elemento da infraestrutura cujo parâmetro

⁵² Anexo à minuta do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1107-1111). Art. 5º Constituem infrações relativas a parâmetros de desempenho de grupo 1, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar barreira de concreto de obra-de-arte especial sem pintura; II – deixar meios-fios danificados, deteriorados ou ausentes. Art. 6º Constituem infrações relativas a parâmetros de desempenho de grupo 2, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de atender a parâmetro de desempenho de manutenção da infraestrutura ou de serviço operacional em mais de 1% (um por cento) do trecho, das ocorrências ou das observações consideradas, quando o acompanhamento for realizado por percentual; II – deixar pavimento de faixa de rolamento, acostamento ou via marginal com defeitos de menor gravidade, em desacordo com o disposto no contrato de concessão; III – deixar pavimento rígido com defeitos de menor gravidade, como selagem em juntas ou trincas em desacordo com o disposto no contrato de concessão; IV – deixar de manter ou manter de forma inadequada sinalização vertical de indicação, de serviços auxiliares, de educação, turísticos e marcos quilométricos; V – autorizar projeto de interesse de terceiro ou celebrar contrato de permissão especial de uso em desacordo com o disposto em norma técnica, no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; VI – deixar de adotar as providências para resguardar o uso regular, a funcionalidade, a integridade e os limites da faixa de domínio e do canteiro central, inclusive quanto à altura da vegetação e galhos sobre a rodovia, material de publicidade, cercamento e remoção de objetos, tais como lixo, restos de capina e roçada, conforme disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; VII – deixar de manter ou manter em desconformidade para condições normais de uso ou integridade áreas, edifícios operacionais, serviços e sistemas destinados ao atendimento aos usuários. Art. 7º Constituem infrações relativas a parâmetros de desempenho de grupo 3, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de atender a parâmetro de desempenho de manutenção da infraestrutura ou de serviço operacional em mais de 5% (cinco por cento) do trecho, das ocorrências ou das observações consideradas, quando o acompanhamento for realizado por percentual; II – deixar de adotar as providências ou de zelar pela observância das normas técnicas na implantação ou manutenção de acesso ao sistema rodoviário; III – deixar de implementar, disponibilizar ou de qualquer forma operar ou fazê-lo com atraso ou com inconsistências sistema, equipamento, veículo, infraestrutura ou serviço necessário à operação adequada, em desacordo com o disposto em norma técnica, no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; IV – deixar de liberar a passagem nas cancelas nas respectivas praças em situações de atingimento ao limite máximo de extensão de fila ou do tempo máximo de atendimento para pagamento do pedágio; V – deixar de manter ou manter de forma não funcional o sistema elétrico ou de iluminação da rodovia; VI – deixar de repor ou manter tachas, tachões e balizadores refletivos danificados ou ausentes. Art. 8º Constituem infrações relativas a parâmetros de desempenho de grupo 4, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de atender a parâmetro de desempenho de manutenção da infraestrutura ou de serviço operacional em mais de 10% (dez por cento) do trecho, das ocorrências ou das observações consideradas, quando o acompanhamento for realizado por percentual; II – deixar pavimento rígido com defeitos de maior gravidade, como alçamento de placa, fissura de canto, placa dividida ou rompida, escalonamento ou degrau, placa bailarina, quebras localizadas e buracos, ou permitir que tenha índice de condição do pavimento inferior ao limite admitido no contrato de concessão. III – deixar de manter ou manter de forma inadequada sinalização horizontal e vertical, de regulamentação, de advertência e de emergência; IV – deixar de manter ou recompor elemento de proteção e segurança, tais como barreira de concreto, defesa metálica e dispositivo antiofuscante, ou mantê-lo em condição que comprometa sua funcionalidade; V – deixar de adotar providências para solucionar processo erosivo ou condição de instabilidade em terrapleno, talude ou encosta, problemas emergenciais, estrutura instável ou com problemas construtivos ou desgaste e material resultante de deslizamento ou erosão a menos de 4 metros da faixa de rolamento; VI – deixar obra-de-arte especial com defeitos de gravidade mediana, como guarda-rodas e passeios danificados, sinalização com indicação de gabarito vertical ausente, depressão no encontro com a via, armadura sem recobrimento e recalque em desacordo com o disposto no contrato de concessão, exceto guarda-corpo; VII – deixar de redimensionar a capacidade hidráulica, reparar, limpar ou desobstruir sistema de drenagem e obra-de-arte corrente, inclusive em recalque em pavimento na cabeceira, seções com empoçamento de água sobre faixas de rolamento, elemento de drenagem sujo ou obstruído, trecho descontínuo e elemento de drenagem em acessos; VIII - liberar ao tráfego trecho sem a recomposição de sinalização horizontal provisória ou definitiva. Art. 9º Constituem infrações relativas a parâmetros de desempenho de grupo 5, sujeitas à imposição

de desempenho de manutenção ou de conservação não tenha sido atendido pela concessionária, ou para cada serviço operacional cujo parâmetro de desempenho não tenha sido atendido (art. 58).

As multas específicas aplicáveis a infrações econômico-financeiras também tiveram suas hipóteses de aplicação previstas e distribuídas entre os Grupos 1 a 4 no referido Anexo, em seus arts. 10 a 14.⁵³ Essas penalidades seriam lavradas para cada documento econômico-financeiro ou para cada ação de fiscalização que

da penalidade de multa específica: I – deixar de atender a parâmetro de desempenho de manutenção da infraestrutura ou de serviço operacional em mais de 20% (vinte por cento) do trecho, das ocorrências ou das observações consideradas, quando o acompanhamento for realizado por percentual; II – deixar pavimento de faixa de rolamento, acostamento ou via marginal com defeitos de maior gravidade, como buraco (panela), abaulamento (escorregamento de massa asfáltica), área trincada, área exsudada, trinca interligada e trilha de roda, em desacordo com o disposto no contrato de concessão; III – deixar desnível entre faixas contíguas ou desnível entre pista e acostamento em valores superiores aos previstos no contrato de concessão; IV – deixar obra-de-arte especial com defeitos de maior gravidade, como problemas estruturais e guarda-corpo danificado, inclusive passarela; V – deixar de implementar esquemas de atendimento a situações de emergência; VI – deixar de retirar objeto ou apreender animal situado na faixa de rolamento ou acostamento.

⁵³ Anexo à minuta do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1107-1111). Art. 10. Constituem infrações relativas a obrigações econômico-financeiras de grupo 1, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – autorizar projeto gerador de receita não tarifária ou celebrar contrato receita não tarifária em desacordo com o disposto em norma técnica, no contrato de concessão ou na regulação da ANTT. Art. 11. Constituem infrações relativas a obrigações econômico-financeiras de grupo 2, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de apresentar, integralizar, contratar, recompor, gerir ou de qualquer forma operacionalizar instrumento econômico-financeiro, ou fazê-lo de desacordo com o disposto no contrato de concessão e na regulação da ANTT, tais como plano de contas completo, regularidade fiscal, garantia, seguro, capital social, patrimônio líquido, registro na Comissão de Valores Mobiliários e mecanismo de conta da concessão. Art. 12. Constituem infrações relativas a obrigações econômico-financeiras de grupo 3, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – gerir, despender, destinar ou de qualquer forma processar verba contratual ou produto dela decorrente em desacordo com o disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; II – realizar operação de crédito, emitir títulos ou valores mobiliários, distribuir dividendos, pagar juros sobre capital próprio, prestar fiança, aval ou qualquer outra forma de garantia ou realizar quaisquer outras formas de transferência de recursos em desacordo com o disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; III – realizar operação societária em desacordo com o disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT. Art. 13. Constituem infrações relativas a obrigações econômico-financeiras de grupo 4, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – apresentar irregularidade em demonstração financeira; II – deixar de publicar política de transações com partes relacionadas ou transação com parte relacionada, ou publicar em desacordo com o disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; III – deixar de publicar, anualmente, as demonstrações financeiras na forma prevista na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976; IV – instituir, cobrar ou divulgar cobrança adicional à tarifa de pedágio ou valores de outra natureza em desacordo com o disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; V – praticar valor de tarifa de pedágio ou divulgá-lo em desacordo com o contrato de concessão ou decisão da ANTT; VI – realizar transação com parte relacionada irregular. Art. 14. Constituem infrações relativas a obrigações econômico-financeiras de grupo 5, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de adotar as providências para pagamento da verba de fiscalização ou da verba de verificação na forma e prazo previstos no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; II – ter saúde financeira classificada como não saudável, sendo concessionária de classe D.

constate inconformidade ou conjunto de inconformidades sobre a saúde financeira da concessionária (art. 60).

As multas específicas para outras obrigações contratuais são endereçadas nos arts. 15 a 19 do Anexo à minuta do RCR 4,⁵⁴ não possuindo disposições especiais no texto normativo. Já as multas aplicáveis para as demais hipóteses estabelecidas

⁵⁴ Anexo à minuta do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1107-1111). Art. 15. Constituem infrações relativas a outras obrigações de grupo 1, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de realizar ou manter de forma inadequada ou desatualizada o inventário da concessão; II – deixar de adotar as providências necessárias durante a execução de obras ou serviços, tais como implantação de placa indicativa com breve descrição da obra, responsável técnico e logomarca da ANTT e da concessionária, manutenção no local da obra de projeto executivo, cópia de anotação de responsabilidade técnica, licenças e demais autorizações governamentais; III – iniciar obra obrigatória sem autorização da ANTT. Art. 16. Constituem infrações relativas a outras obrigações de grupo 2, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – apresentar de forma inadequada, com atraso ou com inconsistências documento, dado ou informação a que está obrigada pelo contrato de concessão ou pela regulação ou quando solicitado pela ANTT; II – deixar de prestar ou prestar de forma inadequada serviço de atendimento, sistema de informações, carta de serviços, painel de mensagem variável ou informação de interesse dos usuários; III – deixar de se cadastrar ou prestar informações inadequadas na plataforma digital oficial da administração pública federal para a autocomposição de controvérsias em relações de consumo. Art. 17. Constituem infrações relativas a outras obrigações de grupo 3, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de aceitar ou de submeter-se a todas as medidas sugeridas ou adotadas pelas autoridades com poderes de fiscalização de trânsito, no âmbito de suas competências; II – efetuar bloqueio de pista, sem prévio aviso à ANTT, em decorrência de obras ou serviços que possam ser objeto de programação; III – deixar de franquear ou limitar o acesso à ANTT a informações, sistemas, bancos de dados e instalações a que está obrigada pelo contrato de concessão ou pela regulação ou quando solicitada pela ANTT; IV – deixar de implementar ou implementar com atraso ou com inconsistências Sistema de Gestão Ambiental, Sistema de Gestão de Qualidade, Sistema de Gestão de Segurança Viária, Sistema de Gestão Operacional e qualquer outro sistema a que a concessionária está obrigada pelo contrato de concessão e pela regulação da ANTT; V – deixar de prestar apoio às autoridades ou ao Poder Público em suas ações nos limites do trecho concedido sob sua responsabilidade; VI – obstaculizar ou deixar de adotar providências para transferência de obra do Poder Concedente; VII – descumprir obrigação prevista em plano de desmobilização; VIII – obstaculizar ou não cooperar em procedimento de transição operacional e dos ativos, tais como na fiscalização, na fase de convivência ou na instrução de termo de arrolamento e transferência de bens. Art. 18. Constituem infrações relativas a outras obrigações de grupo 4, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de adotar as providências cabíveis, inclusive por vias judiciais, para garantia do patrimônio da rodovia, da faixa de domínio, das edificações e dos bens da concessão, inclusive quanto à implantação de ocupações ilegais; II – deixar de executar ou executar de forma inadequada, com atraso ou com inconsistências campanha de recuperação decorrente de determinação da ANTT; III – dispor ou transferir bem da concessão em desacordo com o disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; IV – deixar de entregar bem reversível ou entregar elemento da infraestrutura ou outro bem reversível que não esteja em condições de funcionalidade, não atenda à vida útil ou esteja gravado com ônus, para reversão ao Poder Concedente. V – deixar de apresentar documento, dado ou informação a que está obrigada pelo contrato de concessão ou pela regulação ou quando solicitado pela ANTT, até o termo final do prazo para apresentação de defesa prévia. Art. 19. Constituem infrações relativas a outras obrigações de grupo 5, sujeitas à imposição da penalidade de multa específica: I – deixar de implantar sinalização viária durante a execução de obras e serviços; II – deixar de contratar verificador, contratá-lo ou rescindir contrato em desacordo com o disposto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT; III – interceder, coagir, corromper ou de qualquer forma interferir na execução de atividades e na imparcialidade de verificador, empresa supervisora contratada pela ANTT ou empresa de monitoração contratada pela concessionária; IV – omitir ou apresentar documento, dado ou informação inverídico, incorreto ou em desacordo com declaração de veracidade.

nos contratos de concessão e no RCR abarcam, respectivamente, a inexecução parcial ou total do contrato de concessão e a constatação de exercício abusivo do direito de petição ou litigância de má-fé (art. 7º, § 1º, do RCR 1).

Para cálculo das mencionadas multas, torna-se necessário obter a respectiva pena-base a partir da fórmula prevista no Anexo à minuta do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1107-1111). Com efeito, a pena-base se refere ao “percentual sobre a receita bruta anual do exercício financeiro anterior à data do fato” sujeito à aplicação de penalidade pela agência, respeitando a gradação dos grupos de infração prevista no referido Anexo.⁵⁵ Depois disso, seria necessário multiplicar a pena-base pelas circunstâncias agravantes e atenuantes observadas no caso concreto (art. 61), conforme procedimento regido pela Resolução nº 5.083 (BRASIL, 2016).

Destaca-se, nesse ponto, a diferenciação do tratamento para as concessionárias com fundamento na classificação bienal da ANTT (arts. 61 e 63), evidenciando tratamento baseado na Teoria da Regulação Responsiva.

As concessionárias de “Classe A” verão suas infrações sujeitas a multa específica convertidas em notificação de infração para mera ciência, sendo vedada a aplicação de penalidade e a instauração de processo administrativo simplificado nesses casos. Já as concessionárias posicionadas na “Classe B” receberiam o benefício de ter sua multa específica atenuada em 20% e, na hipótese de todas as atenuantes consideradas reduzirem a multa em 50%, poderiam ver as infrações de Grupos 1, 2 ou 3 convertidas em advertências. Por sua vez, as concessionárias de “Classe C” seriam prejudicadas com a consideração de agravante de 10% sobre a multa específica, enquanto as de “Classe D” sofreriam agravante de 20%, além de que ambas jamais poderão ser beneficiadas pela conversão da multa por advertência.

Afinal de contas, caso a concessionária se mostre cooperativa com a agência reguladora e cumpridora de suas obrigações contratuais e regulatórias, obtendo em contrapartida uma boa classificação, ela receberia tratamento diferenciado pela ANTT, podendo inclusive ter sua penalidade afastada. Em caso

⁵⁵ Nesse ponto, vale anotar que o Anexo à minuta do RCR 4 estabelece (i) percentual específico para cada faixa de receita bruta anual do exercício financeiro anterior à data do fato que seria penalizado e, dentro de cada faixa, (ii) percentual para os cinco grupos de infrações sujeitas à multa específica.

contrário, caso a concessionária seja posicionada nas classes mais baixas, haveria consequências como a incidência de percentual adicional sobre a multa específica.

Ademais, cumpre anotar que as multas específicas teriam incidência nos 2º e 3º níveis do ciclo de fiscalização ordinária, na fiscalização extraordinária ou, quando aplicável, no caso de descumprimento de prazo previsto em medidas administrativas preventivas (arts. 59 e 60).

Como terceiro tipo de penalidade, a multa moratória teria como hipótese de incidência a configuração de infração relacionada (i) às obras obrigatórias, em caso de descumprimento do prazo, do escopo ou do parâmetro técnico ou em caso de divergência em relação à norma técnica ou ao projeto de engenharia, (ii) ao descumprimento de medida cautelar determinada pela ANTT ou (iii) às demais hipóteses previstas nos contratos de concessão e no RCR (arts. 64 e 65).

De acordo com o art. 1º do Anexo à minuta do RCR 4, o valor dessas multas seria calculado multiplicando o valor de referência da obra obrigatória pelo percentual de 0,9% para as infrações do Grupo 1 ou de 1,8% para o Grupo 2, seguindo a distribuição das hipóteses entre esses grupos pelos arts. 3º e 4º do Anexo.⁵⁶ Além disso, as multas moratórias para obras obrigatórias seriam aplicadas por mês de atraso (ou fração residual inferior) e por quilômetro (ou fração inferior) para obras lineares, ou por unidade para obras não lineares (art. 65, § 4º). Nesse sentido, considera-se o dia seguinte ao término do prazo contratual para a conclusão da obra obrigatória como termo inicial desse tipo de multa e a data de ateste da conclusão da obra como termo final (art. 65, § 7º). Para mais, as multas moratórias não seriam passíveis de conversão em advertência (art. 66).

Para o caso de infração relacionada ao descumprimento de medida cautelar determinada pela agência reguladora, o art. 53, inciso III e parágrafo único, da minuta do RCR 4 estipula que o valor da multa moratória deverá ser determinado na decisão que aprovar a providência cautelar em face da concessionária, observando

⁵⁶ Anexo à minuta do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1107-1111). Art. 3º Constitui infração relativa a obras obrigatórias de grupo 1, sujeita à imposição da penalidade de multa moratória, descumprir escopo ou parâmetro técnico previsto no contrato de concessão ou executar obra obrigatória com divergência em relação a norma técnica ou projeto de engenharia aceito pela ANTT, ainda que a obra tenha sido liberada ao tráfego ou ao uso. Art. 4º Constitui infração relativa a obras obrigatórias de grupo 2, sujeita à imposição da penalidade de multa moratória, descumprir prazo de conclusão de obra obrigatória previsto no contrato de concessão ou na regulação da ANTT.

o limite máximo de 0,1% sobre a receita bruta anual do exercício financeiro anterior por dia de atraso.

Sobre as demais hipóteses previstas nos contratos de concessão para multas moratórias, há disposições com detalhamento variado ao longo das quatro etapas do PROCROFE, de modo que as mais recentes apresentam lista detalhada de casos em que seriam estipulados valores de mora na hipótese de descumprimento ou de atraso das obrigações contratuais e do cumprimento de prazos pelas concessionárias. Já para as hipóteses previstas no Regulamento, essas abrangem até então a não observância dos prazos ou a apresentação reiterada de estudos, projetos e orçamentos de engenharia em desconformidade com as normas e determinações das equipes técnicas (art. 26, parágrafo único, do RCR 2).

Ainda no que tange às multas específicas e às multas moratórias, a minuta do RCR 4 apresenta disposições comuns no sentido de que (i) o valor final dessas penalidades seria corrigido pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), desde o trânsito em julgado até seu pagamento (art. 67), (ii) a multa poderia ser objeto do desconto de 30% caso a concessionária renuncie expressamente ao direito de apresentar defesa ou de 15% caso renuncie expressamente ao direito de recurso (art. 69), (iii) a concessionária poderia obter o desconto de 20% após o trânsito em julgado administrativo das multas na hipótese de aceitar a satisfação do crédito pela ANTT e de renunciar o direito de impugnar a aplicação e a cobrança judicial ou arbitral (art. 70) e (iv) a satisfação do crédito pela agência poderia ser implementada a partir da transferência do valor no mecanismo de contas da concessão, caso existente, da reversão à modicidade tarifária em revisão ou da cobrança pecuniária (art. 71).

Como quarto e último tipo de penalidade, tem-se a previsão da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar no âmbito da Administração pública direta e indireta de todos os entes federativos pelo prazo de cinco anos (arts. 73 a 75). Essa pena seria incidente sobre as concessionárias que tenham praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação e/ou a execução de contrato de concessão, ocorrendo nas hipóteses previstas na legislação aplicável e nos casos de extinção do contrato de concessão por caducidade, de forma automática.

Vale ressaltar que a extinção da concessão por declaração de caducidade será regulamentada pelo RCR 5, tratado adiante.

3.6.7. INSTRUMENTOS PARA SANEAMENTO DE IRREGULARIDADE (DENÚNCIA ESPONTÂNEA E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA).

Para além das medidas e penalidades abordadas pelo novo marco regulatório, há também previsão de instrumentos para saneamento de irregularidades.

O primeiro dos instrumentos é a “denúncia espontânea”, que se trata de mecanismo introduzido pelo novo marco regulatório com o intuito de “ampliar o leque metodológico da fiscalização e oferecer uma possibilidade de atitude proativa por parte da concessionária, possibilitando assim abertura ao diálogo, sobre possíveis falhas nos cumprimento de normas ou regras contratuais” (ANTT, 2018, p. 650).

Nos termos dos arts. 76 e 77 da minuta do RCR 4, a concessionária teria a prerrogativa de notificar a agência reguladora a respeito da ocorrência de inconformidade e da adoção de medidas efetivas e imediatas voltadas ao seu saneamento cujos prazos dependeriam do tipo de infração em questão.⁵⁷ No mesmo prazo, também se exige a apresentação de plano para evitar reincidência de inconformidade da mesma natureza. Tudo isso ocorreria a partir de ato unilateral da concessionária, independente de aceitação pela ANTT e antes de ter sido empreendida qualquer ação de fiscalização. Caso já tenha sido iniciada fiscalização, seria obstada a possibilidade de denúncia espontânea. Ademais, veda-se a apresentação de denúncia espontânea relativa à inconformidade sobre obras obrigatórias e parâmetros de desempenho nos dois meses finais do ano-concessão.

Isso em mente, ao optar por denunciar espontaneamente alguma inconformidade, a concessionária seria beneficiada com a exclusão de responsabilidade, caso venha a sanear a situação, mas renunciaria ao prazo para correção de falhas e transgressões do art. 38, § 3º, da Lei das Concessões (BRASIL,

⁵⁷ A concessionária deverá demonstrar o saneamento da infração em até (i) 3 (três) meses, para obras obrigatórias; (ii) 1 (um) mês, para parâmetros de desempenho de manutenção da infraestrutura; (iii) 5 (cinco) dias, para parâmetros de desempenho de conservação da infraestrutura; (iv) 1 (um) mês, para parâmetros de desempenho dos serviços operacionais; (v) 1 (um) mês, para obrigações econômico-financeiras; e (vi) o prazo assinado pela agência, para outras obrigações (ANTT, 2018, p. 1104).

1995a), assim como assumiria a responsabilidade pela infração e renunciaria ao direito de defesa e recurso em caso de não saneamento da inconformidade (art. 79).

A inserção da denúncia espontânea como alternativa viável à concessionária parece se tratar de uma estratégia da ANTT para inverter a sistemática de fiscalização e penalização em determinadas ocasiões. Até porque, com essa inovação, o ator regulado assumiria papel mais ativo e agiria espontaneamente para cooperar com a agência e para sanear inconformidades. Na lente da Regulação Responsiva, seria uma forma de ampliar a atuação na base da pirâmide, agindo de forma menos interventiva em relação às concessionárias que se dispõem a identificar e solucionar por conta própria situações que seriam objeto de ação da ANTT.

Adicionalmente, também serviria para remediar algumas das dificuldades vivenciadas pela agência ao reduzir o custo regulatório de fiscalização dos contratos de concessão e reduzir a instauração de processos administrativos sancionadores.

O segundo instrumento para saneamento de irregularidades é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que pode ser celebrado entre agência e a concessionária, conforme disciplinado pela Resolução nº 5.823 (BRASIL, 2018d).

Até então, no setor em escopo, o TAC era regulamentado apenas pela Portaria-SUROD nº 24, de 29 de janeiro de 2021 (BRASIL, 2021a), de modo que essa Superintendência da ANTT teria prerrogativa para negociar seus termos e propor TAC nas modalidades de plano de ação e de multas. O “TAC Plano de Ação” teria como objetivo a correção de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares, enquanto o “TAC Multas” teria como objeto a compensação dos efeitos do não pagamento de multas aplicadas e não transitadas em julgado na esfera administrativa, mediante conversão em obrigação de investimentos, reversão do valor equivalente à modicidade tarifária ou depósito em conta da concessão.

Com o advento do RCR 4, contudo, foram incluídas disposições específicas para a celebração desse instrumento nos arts. 80 a 84, ratificando-se as duas modalidades de TAC e suas definições, mas acrescentando a possibilidade de descontos sobre o saldo de multas e indicando as alternativas para conversão desses valores.

Quer dizer, em aceno à Regulação Responsiva e ao tratamento diferenciado das concessionárias de acordo com a classificação bienal, o TAC Multas teria a possibilidade de indicar desconto máximo sobre o saldo de multas de (i) 40%

para concessionária de Classes “A” ou “B”, (ii) 30% para concessionária de Classe “C” e (iii) 20% para concessionária de Classe “D” (art. 81, incisos I a III). Além disso, disciplina-se que esse saldo poderia ser convertido em obrigações da concessionária, revertido à modicidade tarifária, transferido no mecanismo de contas da concessão ou considerado no processo de apuração de haveres e deveres, quando celebrado durante o encerramento contratual (art. 81, § 2º).

Cumprе anotar que, após a celebração do TAC junto à agência reguladora, a concessionária apresentaria plano de trabalho abrangendo as obrigações estabelecidas, com cronograma detalhado de trabalho, de modo que durante sua execução não seriam lavrados novos autos de infração que tenham por objeto as obrigações nele previstas (art. 82). Por fim, o descumprimento do TAC ensejaria transferência de recursos no âmbito do mecanismo das contas da concessão ou reversão à modicidade tarifária do saldo financeiro não executado, acrescido de 50%, ou a instauração/retomada de processo administrativo sancionador para apuração de inadimplência e extinção contratual por caducidade (art. 83).

3.7. RCR 5 (ENCERRAMENTO CONTRATUAL).

Por último, a quinta norma do Regulamento de Concessões Rodoviárias apresenta consolidação dos meios de encerramento contratual, compreendendo as obrigações até então dispostas nos contratos de concessão do PROCROFE, assim como as disposições da (i) Resolução nº 5.926, de 2 de fevereiro de 2021 (BRASIL, 2021b), que estabelece as diretrizes para encerramento, relicitação e extensão dos contratos de concessão, e da (ii) Resolução nº 5.935, de 27 de abril de 2021 (BRASIL, 2021d), que regulamentou o processo administrativo de extinção dos contratos de concessão por caducidade as disposições específicas do processo de relicitação.

Vale ressaltar que os mencionados normativos foram aprovados em primeira fase do RCR 5, executada com urgência para estabelecimento das diretrizes a serem seguidas para os contratos de concessão da Primeira Etapa do PROCROFE que chegaram ao termo final de vigência entre os anos de 2021 e 2022.

Nesse ponto, cumprе esclarecer que as concessões da Nova Dutra, da CRT e da CONCEPA seriam concluídas no ano de 2021, caracterizando as primeiras

ocorrências de encerramento dos contratos de concessão pela ANTT. Ocorre que, antes do termo contratual, houve solicitação do Poder Concedente para que fossem celebradas extensões contratuais por mais dezoito meses, nos termos do art. 32 da Lei nº 13.448/2017 (BRASIL, 2017a). Isso se deu em razão da constatação do então Ministério da Infraestrutura e da ANTT de que a melhor forma de materializar o interesse público e garantir a segurança jurídica seria estender esses dois contratos até meados de 2022, permitindo a manutenção de níveis de serviços seguros e eficientes de transporte rodoviário até que seja concluído novo certame licitatório.

Outra situação prática que demandou atenção para o encerramento contratual foi o fato de que existem vários debates judiciais em razão de desequilíbrios não adimplidos durante a vigência das concessões, como foi o caso das ações judiciais propostas pela CRT e pela CON CER. Essa última concessionária, inclusive, ainda se encontra operante e com o contrato de concessão prorrogado por determinação judicial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Isto é, além de ter enfrentado circunstâncias que exigiram da agência reguladora a celebração de extensões contratuais e a manutenção de contratos para recompor eventuais desequilíbrios econômico-financeiros, o tema do encerramento contratual também resultou em produção normativa voltada especificamente para aplacar a ausência de normativos que regessem essa fase das concessões.

Com isso em mente, não obstante tenha ocorrido adiantamento da regulamentação das matérias abordadas nas Resoluções nº 5.926 e nº 5.935, o conteúdo dos mencionados normativos estaria alinhado com o Regulamento de Concessões Rodoviárias e, conforme declarado no âmbito da Análise de Impacto Regulatório nº 4388365/2020 (ANTT, 2020e, p. 9-27), a quinta norma do RCR promoveria incorporação e refinamento das disposições sobre as diretrizes e o processo administrativo do encerramento, da relicitação, da extensão e da declaração de caducidade dos contratos de concessão.

A segunda fase do trabalho de produção normativa do RCR 5 se encontra em execução até o momento de elaboração desta Dissertação, seguindo as exigências de estudos e debates internos na agência reguladora. Assim, na prática, essa seria a norma menos avançada do novo marco regulatório, encontrando-se ainda em fase de elaboração da primeira minuta pela ANTT e não sendo sequer submetida aos procedimentos de participação e controle social.

De todo modo, vale mencionar que a quinta norma do RCR tem como escopo estabelecer as regras sobre encerramento, relicitação, contratação emergencial de operador e meios de resolução de conflitos das concessões.

Nesse sentido, conforme descrito na Nota Técnica nº 2910/2023/COMAG/GEREG/SUCON/DIR (ANTT, 2021e, p. 85-90), esse normativo apresenta proposta de regulamentação de algumas cláusulas essenciais dos contratos de concessão, tais como os casos de extinção da concessão, os critérios para reversibilidade de ativos, os critérios para cálculo e pagamento das indenizações devidas à concessionária, o foro para resolução de controvérsias e o modo amigável de solução das divergências contratuais. Vale destacar que tais cláusulas são exigências dos arts. 23, 23-A, 26, 27, 27-A, 32 e 35 da Lei das Concessões (BRASIL, 1995a), assim como do art. 35 da Lei nº 10.233 (BRASIL, 2001a).

Uma ressalva colocada pela referida Nota Técnica diz respeito à regulamentação do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, ou *Dispute Board*, a qual foi retirada da minuta do RCR 5 em razão de ser tema em que a agência reguladora promoveria esforço normativo único para as rodovias e as ferrovias. Isto é, o tema do *Dispute Board* será desenvolvido em normativo específico, para além do escopo do Regulamento de Concessões Rodoviárias (ANTT, 2021e, p. 90).

No que tange à minuta do RCR 5, é importante ressaltar que a versão mais recente disponibilizada pela agência reguladora é datada de abril de 2023 (ANTT, 2021e, p. 6-50) e certamente será objeto de ajustes e de complementações ao longo do processo de produção normativa até sua aprovação.

Ainda assim, no atual momento de análise *ex ante* do Regulamento de Concessões Rodoviárias, cumpre apontar que a referida minuta⁵⁸ se encontra constituída por 169 (cento e sessenta e nove) artigos, sendo esses alocados em 10 (dez) capítulos. As matérias regulamentadas endereçam: (i) a intervenção da ANTT sobre a concessão, dispendo a respeito da designação e das prerrogativas do interventor em razão da gestão inadequada de recursos da concessão, da apuração de responsabilidades e da possibilidade de extinção contratual por caducidade ou por relicitação em decorrência da medida interventiva (arts. 2º a 9º); (ii) a assunção da

⁵⁸ Daqui em diante, a “minuta” do RCR 5 fará referência à versão mais recente (ANTT, 2021e, p. 6-50), disponibilizada pela agência reguladora no processo administrativo nº 50500.072293/2021-05.

gestão por operador temporário durante a execução contratual, assim como o consequente afastamento temporário ou definitivo da concessionária e o procedimento de contratação do operador (arts. 10 a 18); (iii) a prorrogação e a extensão do prazo da concessão, indicando as hipóteses aplicáveis, a finalidade dessas providências e, no caso da extensão, o tratamento das tarifas de pedágio e de eventual excedente tarifário (arts. 19 a 28); (iv) a extinção contratual e os procedimentos aplicáveis quando essa ocorrer pelo advento do termo contratual, pela encampação do Poder Concedente, pela declaração de caducidade, pela relicitação, pela rescisão do contrato de concessão, pela anulação contratual por decisão administrativa ou judicial e pela falência ou extinção da concessionária (arts. 29 a 65); (v) as indenizações pelos investimentos realizados sobre bens reversíveis não amortizados e pelos danos praticados sobre o sistema rodoviário, assim como pelos créditos e débitos decorrentes do saldo de multas, pelos desequilíbrios remanescentes e pelos passivos contingentes – referentes aos valores desprovidos de liquidez e certeza que decorreram de processos judiciais, arbitrais ou de controle externo ainda em curso no encerramento da concessão – (arts. 66 a 114); (vi) os procedimentos de encerramento contratual, incluindo a apuração de haveres e deveres, a transição operacional, a transição dos ativos e reversão de bens e, se for o caso, os estudos de viabilidade e licitação da futura concessão (arts. 115 a 141); (vii) os meios admitidos para solução das controvérsias, abrangendo o arbitramento, a perícia administrativa, a autocomposição e a arbitragem (arts. 142 a 163); (viii) a alteração pontual no RCR 1, analisada em tópico anterior, com breve complementação nas regras de transição (art. 164); (ix) as alterações no RCR 2, conforme analisado no tópico daquela norma, fazendo referência ao *Dispute Board* durante a execução das obras e incluindo complementação pontual na regra de transição da norma (art. 165); e (x) as disposições finais sobre a incidência da quinta norma do RCR nos contratos de concessão existentes e sobre a revogação de normativos obsoletos, incluindo as Resoluções nº 5.926 e nº 5.935 por serem abarcadas no novo marco regulatório (arts. 166 a 169).

Dentre essas disposições e sob a perspectiva responsiva, vale lançar luz para o fato de que a minuta do RCR 5 apresenta medidas derradeiras em face das concessionárias, especialmente quando constatada a ausência de disposição em cooperar com a ANTT e quando verificadas inconformidades e irregularidades graves.

É o caso das hipóteses de intervenção pela agência, de assunção por operador temporário após afastamento da concessionária e de declaração de caducidade.

A intervenção teria cabimento quando verificados indícios de gestão inadequada de recursos da concessão pelo agente regulado, de modo que, por tempo determinado, teria como objetivo reestabelecer a prestação do serviço e o cumprimento de obrigações contratuais, normativas e legais (arts. 2º e 3º). Com essa medida, haveria a imediata suspensão do mandato dos administradores e membros do conselho fiscal da concessionária, bem como a assunção das respectivas funções pelo interventor designado pela ANTT (art. 5º). Para além dos mencionados objetivos, o interventor apuraria em processo administrativo próprio as causas e responsabilidades que impulsionaram a intervenção (art. 6º). Ao final do processo, a agência recomendaria a cessação da medida interventiva ou a extinção da concessão, de imediato ou em prazo definido, por caducidade ou relicitação (arts. 8º e 9º).

A assunção por operador temporário ocorreria quando houver afastamento da concessionária de forma (i) provisória, por decorrência de intervenção, de medida cautelar ou da instauração de processo de caducidade, ou (ii) definitiva, até a assunção do sistema rodoviário pelo Poder Concedente ou pela futura concessionária, (ii.1) após a extinção da concessão em razão de intervenção, da declaração de caducidade ou da encampação, (ii.2) durante a extensão contratual ou (ii.3) após o termo final da vigência do primeiro termo aditivo de relicitação, caso venha a ser prorrogado (art. 10). Além disso, anota-se que o operador temporário poderia ser contratado pelo prazo máximo de dois anos (art. 11) e que as tarifas durante esse período seriam fixadas em quantia correspondente aos serviços prestados (art. 13).

Por fim, a caducidade ocorreria em razão de inexecução total ou parcial pela concessionária, quando atendidas uma das seguintes hipóteses de cabimento:

Art. 35. (...) I – restar configurada qualquer das hipóteses previstas no § 1o do art. 38 da Lei no 8.987, de 1995;

II – a concessionária apresentar documento ou informação falso à ANTT, aos usuários ou a terceiros, inclusive para fins de apuração da classificação das concessionárias;

III – houver, por parte da concessionária, de seu grupo econômico ou de seus agentes, fraude sobre os relatórios e produtos ou qualquer forma de interferência indevida na atuação de verificador, de empresa de supervisão, de empresa de monitoração ou de organismo de inspeção acreditada;

IV – a concessionária deixar de contratar verificador ou providenciar a sua remuneração, ou fazê-lo irregularmente;

V – houver transferência do controle da concessionária sem prévia anuência da ANTT;

VI – a concessionária realizar, com partes relacionadas ou terceiros, negócio fraudulento ou com objetivo de prejudicar a concessão;

VII – a concessionária não houver contratado, até o 30º (trigésimo) mês da concessão, os financiamentos de longo prazo necessários, exceto se demonstrar que sua estrutura financeira prescinde da obtenção de financiamentos de longo prazo;

VIII – a concessionária não mantiver a integralidade das garantias e seguros exigidos ou inviabilizar ou dificultar injustificadamente a sua execução pela ANTT;

IX – a concessionária não atender a intimação da ANTT para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa à regularidade fiscal; e

X – a concessionária deixar de efetuar pagamentos e transferências devidos ou, de qualquer forma, realizar operações irregulares no mecanismo de contas da concessão;

XI – houver reiterada oposição da concessionária ao exercício de fiscalização ou não acatamento das determinações da ANTT;

XII – reincidência em infrações que demonstre que as penalidades já aplicadas se mostraram ineficazes;

XIII – a concessionária obstaculizar, intervir indevidamente ou, de qualquer forma, deixar de cooperar com operador temporário ou com interventor.

Parágrafo único. O contrato de concessão também será extinto por caducidade nas seguintes hipóteses objetivas:

I – a concessionária for classificada, no âmbito da classificação das concessionárias:

a) na Classe D, por duas vezes seguidas; ou

b) na Classe C ou D, por três vezes seguidas ou, num intervalo de 4 (quatro) biênios de avaliação, de forma alternada;

II – houver atraso na conclusão:

a) das obrigações da fase de trabalhos iniciais, em mais de 1 (um) ano em relação ao prazo previsto no contrato de concessão;

b) das obrigações da fase de recuperação, em mais de 3 (três) anos em relação ao prazo previsto no contrato de concessão;

c) de campanha de recuperação, em mais de 1 (um) ano em relação ao prazo determinado pela Diretoria;

III – o índice de execução acumulada de obras obrigatórias for inferior a 60% (sessenta por cento), mensurado:

a) pelo avanço físico, para obras acompanhadas por fluxo de caixa;

b) pelo Fator D, quando previsto desconto de reequilíbrio, da seguinte forma:

$$IEA = 1 - \frac{D_{aplicado}}{D_{aplicável}}$$

onde:

IEA: índice de execução acumulada de obras obrigatórias;

Daplicado: somatório dos percentuais de Fator D aplicados em função de descumprimentos;

Daplicável: somatório dos percentuais de Fator D passíveis de aplicação em função das obrigações contratuais exigíveis;

IV - o saldo devedor de multas aplicadas e transitadas em julgado superar 50% (cinquenta por cento) a receita bruta anual do exercício financeiro anterior.

Observa-se que, nas hipóteses acima, a minuta do RCR 5 estabelece hipóteses para que seja justificada a caducidade das concessionárias posicionadas repetidamente nas Classes “C” e “D” na classificação bienal. Isto é, em sistemática alinhada com a Teoria da Regulação Responsiva, os atores regulados em pior classificação que não busquem cooperar e aprimorar sua posição seriam tratados de forma menos leniente pela ANTT, de modo que seria suficiente para caducar a concessão a classificação (i) nas “Classe D” por duas vezes seguidas, (ii) na “Classe C” por três vezes seguidas ou (iii) nas Classes “C” ou D” por três vezes em um intervalo de quatro biênios, de forma alternada.

3.8. IMPLEMENTAÇÃO DO REGULAMENTO E QUESTÕES PERTINENTES.

Após aprovação das cinco normas do Regulamento de Concessões Rodoviárias, a ANTT terá pela frente cenário em que deverá empreender esforços de negociação com as concessionárias para adesão ao novo marco regulatório. Ou seja, não obstante haja boa receptividade do RCR pelos atores regulados e interessados durante os procedimentos de participação e de controle social já realizados,⁵⁹ a aplicabilidade da norma só será efetiva no momento em que houver nivelamento da regulação de todas as concessionárias sob a égide do Regulamento.

Uma parte considerável das inovações introduzidas pelo novo marco regulatório já encontram correspondência em dispositivos dos contratos de concessão da Quarta Etapa do PROCROFE (ANTT, 2020d, p. 976), o que poderia contribuir para afastar eventuais questionamentos sobre a congruência dessas normas com as

⁵⁹ Refere-se às sessões públicas dos seguintes procedimentos de participação e controle social: Reunião Participativa nº 1/2021; Audiência Pública nº 2/2021; Reunião Participativa nº 3/2021; Audiência Pública nº 8/2021; Reunião Participativa nº 2/2022; Reunião Participativa nº 5/2022; Audiência Pública nº 4/2023; e Reunião Participativa nº 6/2022.

regras contratuais. Ainda assim, o Regulamento de Concessões Rodoviárias introduz diversas novidades e/ou caminhos alternativos no setor, de modo que as considerações, a compreensão e a adesão das concessionárias em relação ao normativo são essenciais para sanar o problema regulatório identificado pela ANTT, isto é, para nivelar as múltiplas obrigações e disposições contratuais específicas a cada concessionária e para introduzir práticas responsivas no setor.

Além disso, remanescem duas questões: (i) existem outras iniciativas que estejam contribuindo para a implementação da Teoria da Regulação Responsiva no setor de concessões rodoviárias federais? e (ii) implementar o resultado desse esforço normativo dependeria apenas da disposição das concessionárias em aderir ao RCR?

Para a primeira questão, é importante mencionar que o RCR não assume o papel de normativo único e suficiente no novo marco regulatório da ANTT. Com efeito, embora o Regulamento de Concessões Rodoviárias tenha papel fundamental, existem normas paralelas que endereçam práticas responsivas na agência.

É o caso, por exemplo, da Resolução nº 5.999, de 3 de novembro de 2022 (BRASIL, 2022c), que dispõe sobre as regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (*sandbox* regulatório).

Esse mecanismo nada mais é do que uma forma de materializar a estratégia de autorregulação regulada (*enforced self-regulation*) da Teoria da Regulação Responsiva (BRAITHWAITE, 1985; AYRES e BRAITHWAITE, 1992). Com efeito, o *sandbox* regulatório permite que os atores regulados contribuam com o desenvolvimento de novos serviços, produtos ou soluções regulatórias, que seriam testados em ambiente controlado por um determinado período de tempo.

Tal iniciativa pode contribuir para a identificação de ganhos e gargalos relacionados à implementação de inovação no setor, além de favorecer o teste de novas tecnologias, para a mensuração de adesão e de aceitabilidade dos usuários e para a quantificação de inadimplências, de desvios e de erros do sistema. Todas essas utilidades seriam somadas para a identificação do melhor tratamento regulatório a ser implementado na prática (GÖELZER, 2022, p. 610-611).

Logo, o *sandbox* regulatório introduzido na ANTT pela Resolução nº 5.999 contribui para a implementação de práticas responsivas e, além disso, poderia funcionar como instrumento para a regulação do desenvolvimento de inovações

regulatórias e/ou tecnológicas que possam aprimorar resultados (BRANCO, 2022). Até porque, no contexto de um ambiente regulatório responsivo que busca constante aprimoramento, torna-se essencial a constituição de instrumento voltado ao teste e à viabilização de soluções inovadoras e/ou disruptivas no setor.

Outro exemplo é a Resolução nº 5.938, de 4 de maio de 2021 (BRASIL, 2021e), que regulamenta a criação e o funcionamento das Comissões Tripartites, compostas por representantes da agência, dos usuários e das concessionárias, na fiscalização periódica dos serviços regulados pela agência. Em suas atribuições, as Comissões Tripartites teriam a possibilidade de promover inspeções nos serviços concedidos e, sendo o caso, de notificar a ANTT acerca de indícios de irregularidade para possibilitar a apuração dos fatos e a adoção das eventuais medidas cabíveis.

Essas comissões poderiam encontrar inspiração na proposta de monitoramento tripartite formulada por Ayres e Braithwaite (1992, p. 54-100), de modo que possam gerar inquietação nas concessionárias ao submetê-las a mais uma fonte de fiscalização e possível represália caso incorram em desconformidades ou irregularidades na prestação do serviço. Trata-se, portanto, de uma forma de escapar da dicotomia entre regulador e atores regulados ao buscar apoio de terceiros interessados na atividade de fiscalização das concessões rodoviárias federais.

Os supramencionados exemplos de normativos são relevantes e funcionam como caminhos mais pontuais e, conseqüentemente, mais céleres para a ANTT promover o ajuste fino do marco regulatório, o qual já estaria nivelado a partir da adesão de todos os atores ao Regulamento de Concessões Rodoviárias.

Para a segunda questão, cita-se o fato de que a implementação e a efetividade do RCR podem não depender apenas das concessionárias, dos usuários e dos demais interessados no setor. Quer dizer, é possível que a atuação da agência reguladora seja eventualmente questionada por órgãos de controle, introduzindo obstáculos às práticas responsivas do Regulamento.

A discussão envolvendo o chamado “controle de segunda ordem”⁶⁰ é longa e encontra constante evolução nos julgados do Tribunal de Contas da União. Para

⁶⁰ Tal denominação decorre do Acórdão nº 1.703/2004-Plenário, *leading case* sobre o controle das agências reguladoras pelo TCU, no qual o Ministro Benjamin Zymler estabeleceu tratar de “controle de segunda ordem” a fiscalização realizada pela Corte de Contas sobre as agências. Em suma, argumentou que o Tribunal “deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no

endereçar a questão em escopo, contudo, é necessário assumir que as atividades finalísticas das agências reguladoras e os serviços públicos delegados poderiam ser fiscalizados pelo TCU quando detectadas irregularidades.

De um lado, há quem argumente que a atuação da Corte de Contas assume papel relevante na consecução da função regulatória – ainda que não atue diretamente na regulação –, agindo em parceria às agências para identificar possibilidades de aprimoramento e deixando de ser tão somente um controlador capaz de aplicar sanções (DANTAS, CALDAS e MARTINS, 2021, p. 24). De outro lado, argumenta-se existirem casos em que o TCU se coloca como “regulador de segunda ordem”, participando efetivamente da modelagem de concessões e da regulação nos mais diversos setores (PEREIRA, 2019).

Ainda sobre a substituição da função regulatória das agências pela Corte de Contas, argumenta-se que:

(...) embora o TCU tenha um discurso consistente de que realiza um controle de segunda ordem, querendo, com isso, dizer que sua fiscalização recai apenas sobre a atuação das agências, e não sobre a regulação em si, o que se vê é que o Tribunal atua diretamente sobre os instrumentos regulatórios, tais como normas, editais e contratos. Dessa forma, ao participar ativamente da modelagem da regulação, supervisionando não apenas o desempenho das agências, mas o conteúdo propriamente dito da regulação, a prática do controle parece não se amoldar perfeitamente ao discurso do controlador. A expressão controle de segunda ordem parece, então, dizer bem menos do que o TCU efetivamente faz (PEREIRA, 2019, p. 183).

O que se observa como possível obstáculo à implementação e à efetividade do RCR, portanto, é eventual ação do Tribunal de Contas da União ou de outros órgãos de controle em substituição à agência reguladora. Isto é, há risco – ainda que possa ser remoto – de intervenção do TCU sobre as disposições do Regulamento e sobre as escolhas regulatórias da ANTT, podendo eventualmente comprometer ou mitigar as práticas responsivas no setor de concessões rodoviárias federais.

Isso posto, sem embargo de outras questões que possam ser colocadas à implementação do Regulamento de Concessões Rodoviárias, observa-se caminho

que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado” (TCU, 2004).

fértil para que a ANTT possa estabelecer o novo marco regulatório em conjunto com as concessionárias, os usuários e os demais interessados no setor. Nesse esforço, observa-se também terreno fértil para que haja incorporação das práticas, dos pressupostos e dos princípios decorrentes da Teoria da Regulação Responsiva, seja por meio do RCR, seja através de normativos específicos que o complementem.

Até por isso, ainda que de forma preliminar, rascunha-se no tópico seguinte qual seria a diagramação observada no novo marco regulatório a partir do momento em que estiverem publicadas as cinco normas do Regulamento.

3.9. DIAGRAMAÇÃO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR.

O presente estudo assumiu o desafio de identificar e formatar o diagrama regulatório que poderá ser instituído no setor em questão com base nas pirâmides da Regulação Responsiva propostas na obra seminal dessa teoria (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). Isso porque, até então, não havia registro de publicação nesse sentido pela ANTT, pelos demais órgãos públicos e/ou por trabalhos acadêmicos.

Quer dizer, considerando que os tópicos anteriores analisaram o conteúdo das cinco normas do RCR, apresenta-se neste tópico contribuição inédita desta Dissertação relacionada à organização dos resultados desse esforço normativo com base nos pressupostos e diagramas responsivos de Ayres e Braithwaite (1992).

3.9.1. *PIRÂMIDE DE FISCALIZAÇÃO ORDINÁRIA EM TRÊS NÍVEIS DA ANTT.*

O primeiro desenho a ser explorado é a metodologia de Fiscalização em Três Níveis que foi introduzida pela minuta do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1084-1111).

Como foi observado, ainda que a prática não revele fiscalização escalonada e linear, há previsão de três níveis subsequentes por meio dos quais a ANTT empreenderá métodos cada vez mais interventivos. Quer dizer, na prática, iniciar-se-ia um ciclo de fiscalização com o tratamento de dados e de informações relativas a todas as concessões (1º nível) e, sendo identificada inconformidade,

seriam solicitados esclarecimentos e informações complementares à concessionária ou aos terceiros interessados (2º nível). Ao final do ciclo ou quando os níveis anteriores forem insuficientes, haveria realização de inspeção *in loco* para verificação da fidedignidade dos dados obtidos e do cumprimento das obrigações (3ª nível).

Assim sendo, como abordado no tópico 3.6.2 desta Dissertação, a ação fiscalizatória da ANTT focaria em três escopos diferentes: obras obrigatórias, parâmetros de desempenho e situação econômico-financeira. Para verificação dessas lentes, a escalada entre os níveis dependeria do planejamento para o ciclo de fiscalização – duração e o número de ações em cada nível a serem realizadas pela agência – e da identificação de eventuais indícios de irregularidades.

Vejamos, nesse sentido, a Pirâmide de Fiscalização Ordinária em Três Níveis da ANTT (*Figura 9*), baseada nas disposições da minuta do RCR 4:

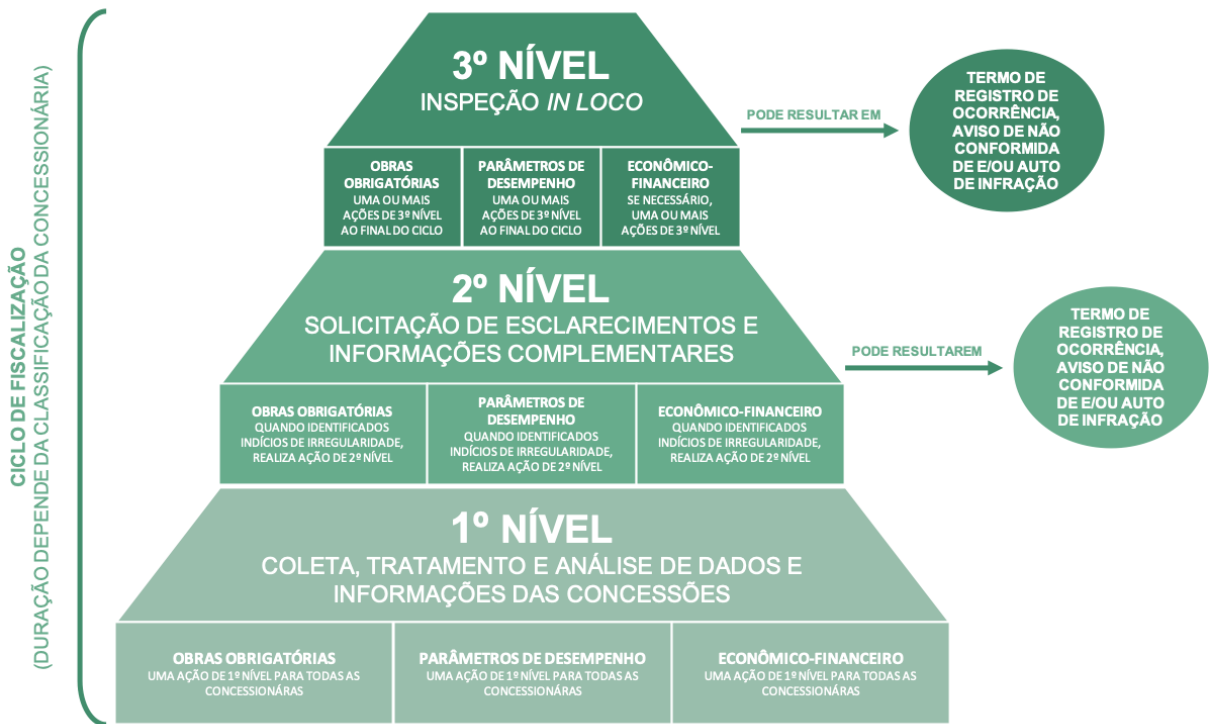


Figura 9 – Pirâmide de Fiscalização Ordinária em Três Níveis da ANTT

Fonte: composição própria.

Vale ressaltar que, embora a diagramação acima não demonstre o tratamento diferenciado às concessionárias de acordo com a sua classificação, o

planejamento realizado pela ANTT para o ciclo de fiscalização considerará esse fator na determinação da duração e da frequência das ações para cada nível.

3.9.2. PIRÂMIDE DE MEDIDAS DE CONSTRANGIMENTO, DE PREVENÇÃO E DE SANEAMENTO DE IRREGULARIDADES POR CLASSE PELA ANTT.

Observado o diagrama da fiscalização realizada pela agência reguladora, o segundo desenho a ser explorado remete às ações de penalização pela ANTT. Desse modo, foi confeccionada a Pirâmide de Medidas de Constrangimento, de Prevenção e de Saneamento de Irregularidades por Classe da agência (*Figura 10*):

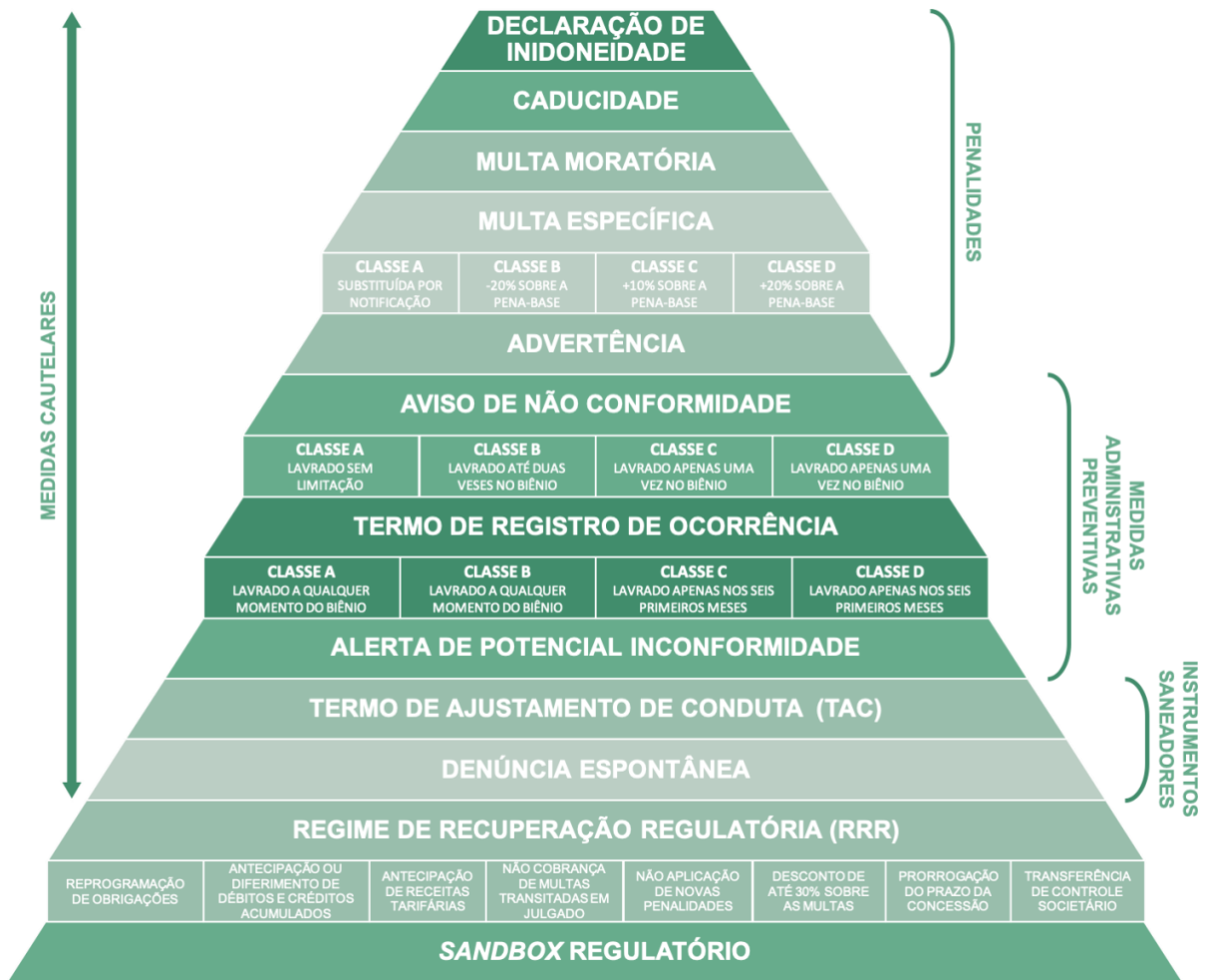


Figura 10 – Pirâmide de Medidas de Constrangimento, de Prevenção e de Saneamento de Irregularidades por Classe da ANTT

Fonte: composição própria.

Cumprir anotar que a diagramação acima foi elaborada com base nas disposições das minutas do RCR 3 (ANTT, 2021d, p. 1385-1430) e do RCR 4 (ANTT, 2018, p. 1084-1111) e na Resolução nº 5.999 (BRASIL, 2022c).

Assim sendo, conforme exposto ao longo do Capítulo 3 desta Dissertação, houve esforço do regulador para que seja ampliado o leque de estratégias e respostas regulatórias à disposição da ANTT no novo marco regulatório.

Isso parece ter se traduzido em uma pirâmide com grande envergadura, na qual a Agência Nacional de Transportes Terrestres poderia lançar mão de várias medidas para cada situação e, com base na classificação realizada bianualmente, condicionaria a escalada da pirâmide de forma mais ou menos leniente para os atores regulados de acordo com a disposição desses para cooperar e cumprir as obrigações contratuais e regulamentares às quais se vincularam.

Na base da *Figura 10*, representam-se o *sandbox* regulatório e o RRR como degraus anteriores ao saneamento de irregularidades ou inconformidades. Isso porque esses instrumentos regulatórios poderiam assumir o papel de prevenir a ação sancionadora da ANTT ao se mostrarem, respectivamente, como soluções para a vulnerabilidade econômica das concessionárias com as piores classificações e para a experimentação de novos serviços, produtos ou soluções regulatórias.

Passando para os degraus seguintes, foram posicionados os instrumentos saneadores referentes à denúncia espontânea e ao TAC, haja vista que ambas ações assumiriam algum grau de cooperação da concessionária. Quer dizer, na denúncia espontânea, os atores regulados reportariam a ocorrência de inconformidade e, em conduta proativa, adotariam as providências necessárias para o saneamento da ocorrência. De outro lado, no TAC, as concessionárias reconheceriam o cometimento de irregularidades ou de inconformidades, apresentando plano de ação ou pagando multa estipulada para evitar a ação sancionadora da agência reguladora.

Os próximos degraus consistiriam em medidas administrativas preventivas para evitar a ocorrência ou a recorrência de infrações. Nesses casos, não necessariamente haveria postura cooperativa ou proativa dos atores regulados para regularizar a situação observada, de modo que, a depender da classificação da respectiva concessionária, a ANTT estipularia a possibilidade de emitir (i) o alerta de

potencial inconformidade, (ii) o termo de registro de ocorrência até determinado período de tempo no biênio e (iii) o aviso de não conformidade até determinado limite de vezes. Isto é, conforme exposto no tópico 3.6.4, a concessionária melhor classificada gozaria de maior tolerância para evitar a escalada para medidas mais interventivas pela ANTT. Já a pior classificada teria limitadas chances de evitar a imposição de penalizações cada vez mais graves na hipótese em que não haja conformação de seus comportamentos irregulares ou desconformes.

Chegando ao topo da pirâmide na *Figura 10*, foram estruturadas as penalidades mais tradicionais – advertência, multa específica, multa moratória, caducidade e declaração de inidoneidade –, as quais são reservadas para situações em que não haja colaboração pelos atores regulados. Ainda assim, no caso das multas específicas, há postura muito menos interventiva para as concessionárias das Classes “A” e “B”, as quais poderão ter suas penalidades convertidas em notificação ou submetidas a atenuante, respectivamente. Por outro lado, as concessionárias de Classes “C” e “D” terão seu valor incrementado por agravante específico.

Em último lugar, em posição flutuante na pirâmide, observam-se as medidas cautelares que poderão ser aplicadas pela ANTT. Com efeito, essas independeriam da postura até então adotada e teriam como objetivo precípuo prevenir a ocorrência ou o agravamento de danos e de riscos à segurança dos usuários, à infraestrutura rodoviária e ao cumprimento do contrato de concessão.

CONCLUSÃO.

O Regulamento de Concessões Rodoviárias é uma das iniciativas regulatórias em andamento mais relevantes no contexto brasileiro e certamente se coloca como o futuro pilar normativo para as concessões rodoviárias federais. Isso porque, simultaneamente, propõe-se a (i) nivelar um marco regulatório pulverizado pelos distintos modelos contratuais observados nos últimos trinta anos, (ii) uniformizar as disposições aos atores regulados como um todo, (iii) reformular por completo o marco teórico da regulação exercida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, afastando-se do modelo anterior pautado em incentivos extrínsecos e Comando e Controle, e ainda (iv) incorporar ideias, pressupostos, princípios, instrumentos e diagramas próprios da Teoria da Regulação Responsiva.

Isso em mente, em avaliação *ex ante* do novo marco regulatório no setor de concessões rodoviárias federais, esta Dissertação objetivou responder três principais questões relacionadas (i) aos contornos da regulação pretendida pela ANTT, (ii) à lente por meio da qual o RCR forneceria respostas, ferramentas e pressupostos para a atuação da agência reguladora, e (iii) à organização das soluções propostas pelo Regulamento dentro de um ecossistema regulatório eficiente, pouco custoso e uniforme para os atores regulados, os usuários e os terceiros interessados.

Como passo anterior a essas questões, demonstraram-se os dois aspectos do problema regulatório que motivaram a criação do Regulamento, quais sejam: (i) a mitigada utilização de mecanismos responsivos no setor de concessões rodoviárias, abordado no Capítulo 1 desta Dissertação ao se destrinchar o modelo de Comando e Controle e as minúcias da Teoria da Regulação Responsiva, além de se explicar a tendência de transição do primeiro para a segunda, e (ii) o desalinhamento entre os normativos da agência reguladora e os contratos de concessão, que foi endereçado no Capítulo 2 por meio da evolução histórica das quatro etapas do PROCROFE (1994 a 2022) e da identificação dos pontos de convergência e de divergência entre elas.

Ao compreender essas questões, foi possível apaziguar a primeira questão deste trabalho – isso é, quais seriam os contornos da regulação almejada pela agência reguladora –, avaliando-se que a ANTT pretenderia delinear seu novo marco regulatório e sua atuação frente às concessionárias, aos usuários e aos terceiros

interessados no setor de forma transparente e com normas padronizadas para todas as concessões. Adicionalmente, a agência reguladora também almejaria assumir práticas responsivas com o intuito de incrementar a eficiência, a eficácia e a economicidade de sua regulação.

O instrumento para alcançar essa reformulação regulatória seria o Regulamento de Concessões Rodoviárias, de modo que o Capítulo 3 assumiu a missão de analisar a fundo o Projeto de Atuação Responsiva implementado na agência e, em paralelo, as características de cada uma das cinco normas do RCR.

Com esse esforço, conseguiu-se endereçar a segunda questão norteadora da presente Dissertação – referente a qual seria a lente teórica para o novo marco regulatório. Quer dizer, as normas que compõem o novo marco regulatório da ANTT apresentam respostas, ferramentas e pressupostos inovadores, os quais seriam inspirados na Teoria da Regulação Responsiva e estariam encorados em experiência regulatória de mais de trinta anos da agência. O resultado desse esforço normativo será a criação de uma norma abrangente a todo o setor de concessões rodoviárias federais – e eventualmente enriquecida por esforços normativos pontuais –, por meio da qual será significativamente aprimorada a regulação exercida pela ANTT.

Os procedimentos de participação e controle social envolvendo o RCR apresentam indícios contundentes para concluir que o novo marco regulatório será objeto de grande aceitação pelas concessionárias, assim como representará instrumento importante para o aperfeiçoamento e o desenvolvimento da regulação relativa à infraestrutura rodoviária no Brasil. Nesse ponto, inclusive, vale ressaltar que o Regulamento seria um dos esforços normativos mais profundos na introdução de ideias, pressupostos, princípios, instrumentos e diagramas responsivos no país.

Retomando a terceira pergunta norteadora desta Dissertação – relativa a como as soluções do RCR serão organizadas dentro do ecossistema regulatório no setor –, é importante registrar que o esforço de conhecimento dos principais detalhes do mencionado esforço regulatório da ANTT forneceu subsídios suficientes para abordar essa questão e vislumbrar a diagramação do novo marco regulatório.

Quer dizer, como culminação do Capítulo 3, o presente trabalho endereçou o desafio de apresentar contribuição inédita e atual para o setor de concessões rodoviárias federais. A partir das lições da Teoria da Regulação Responsiva, foi

possível elaborar proposta de organização e de diagramação das soluções apresentadas pelo RCR por meio da (i) Pirâmide de Fiscalização Ordinária em Três Níveis da ANTT (*Figura 9*) e da (ii) Pirâmide de Medidas de Constrangimento, de Prevenção e de Saneamento de Irregularidades por Classe da ANTT (*Figura 10*).

Ambas as pirâmides revelam que, mantidos os contornos das propostas de normas analisadas *ex ante* neste trabalho, a Agência Nacional de Transportes Terrestres constituirá marco regulatório uniforme e padronizado para os empreendimentos rodoviários federais concedidos. Tal marco incorpora diferentes estratégias e respostas regulatórias responsivas para conformação dos interesses particulares das concessionárias aos interesses do Poder Concedente e dos usuários.

De acordo com os diagramas formulados na presente Dissertação, as pirâmides regulatórias a serem instituídas pelo RCR seriam caracterizadas por grande verticalidade, por apresentarem ferramentas que permitiriam a condução da maior parte da atividade regulatória no âmbito da base piramidal e por apresentarem certas rotas de “perdão” para as concessionárias a depender de sua classificação bienal.

Em conclusão, por tudo que foi explorado no presente trabalho, é louvável o esforço normativo que está culminando na edição do Regulamento de Concessões Rodoviárias. De um lado, ancorando-se na Teoria da Regulação Responsiva, a ANTT tem encontrado soluções criativas por meio do RCR para endereçar o principal problema regulatório no setor – o qual é caracterizado pelo desalinhamento entre os contratos celebrados no PROCROFE e os normativos da agência, assim como pelo mitigado uso de instrumentos responsivos. De outro lado, as concessionárias e os terceiros interessados valem-se de atitude proativa e colaborativa para balancear possíveis obstáculos e riscos decorrentes do novo marco regulatório.

Essa dinâmica tenderá a resultar em uma nova conformação normativa para o setor de concessões rodoviárias federais, a qual poderá ser marcada por mais oportunidades de cooperação e por um ecossistema regulatório responsivo, capaz de gerar maior eficiência ao setor, menores custos à ANTT e mais uniformidade nas regras aplicáveis aos atores regulados, aos usuários e aos terceiros interessados.

*So, when your hopes on fire,
But you know your desire,
Don't hold a glass over the flame,
Don't let your heart grow cold,
I will call you by name,
I will share your road.*

– “Hopeless Wanderer”, de Marcus Mumford,
Ben Lovett, Winston Marshall e Ted Dwane.

REFERÊNCIAS.

ANAC. **Plano Estratégico 2020-2026**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/arquivos/Plano_20202026.pdf>. Acesso em: 20 junho 2023.

ANATEL. **Análise nº 52/2021/MM**, 2021. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5lpK1Q5PXOHG-wmDZMI-OcLJv8lqEbbiu9sGLaTqxWJ5OkVC1VVkFI0OrWEAq7GqAcYMI4snVMO32XHgkGmhK>. Acesso em: 20 junho 2023.

ANEEL. **Relatório de Gestão do Exercício de 2018**, 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.aneel.gov.br/acervo/detalhe/223265?guid=1687318964089&returnUrl=%2fresultado%2flistar%3fguid%3d1687318964089%26quantidadePaginas%3d1%26codigoRegistro%3d223265%23223265&i=2>>. Acesso em: 20 junho 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.094469/2014-42 (Monitoramento e Execução da Agenda Regulatória). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2014. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?wt7h6hFBI_9S3DJjGLI0dpQiiSEQL4RcICP821UP_Zu3te9Mz8pMgdSFPXZPRHsDc8jMQ17erGYJfOcrC-boq282T2CzQcmL162pW7wRm5P-2ZW8UXs_Kvr00KumYc6>. Acesso em: 7 agosto 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.115516/2015-80 (Monitoramento e Execução da Agenda Regulatória). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2015. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?wt7h6hFBI_9S3DJjGLI0dpQiiSEQL4RcICP821UP_Zu3te9Mz8pMgdSFPXZPRHsDc8jMQ17erGYJfOcrC-boq2bZ0UDTTiXskcHHv0SR2Nxp0hs-4_BrBr0cJ9nqpV2X>. Acesso em: 18 agosto 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50535.001700/2018-99 (Monitoramento e Execução da Agenda Regulatória). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2018. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?wt7h6hFBI_9S3DJjGLI0dpQiiSEQL4RcICP821UP_Zu3te9Mz8pMgdSFPXZPRHsDc8jMQ17erGYJfOcrC-boq6_bl5Q4Bf6mp2gMluUYxy1eSUEKV1BMuLkfuJza9iZ>. Acesso em: 24 agosto 2023.

ANTT. **Relatório Anual de Atividades: Exercício 2018, 2019**. Disponível em: <<https://antt-hml.antt.gov.br/documents/860252/862899/Relatório+Anual+2018.pdf/f689af6b-9e53-a51a-2423-167838f7dfad?t=1591905682380>>. Acesso em: 11 julho 2023.

ANTT. **Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária**. Agência Nacional de Transportes Terrestres. [S.l.], p. 147. 2020a.

ANTT. **Relatório Anual de Atividades:** Exercício 2019, 2020b. Disponível em: <<https://antt-hml.antt.gov.br/documents/860252/862899/Relatório+Anual+2019.pdf/22a726b9-d204-2f2d-613b-1ad9c42a12dc?t=1591905684473>>. Acesso em: 17 outubro 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.085847/2020-45 (Monitoramento e Execução da Agenda Regulatória). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2020c. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?bQdXWlUhq46-kuNuYYlAsyjFfu3aG4dBu2PjbFgpOb_9MvqFNtXIXEMWSYtBr1f7z0g5p97pRY7Jz5GlK4e8QZaUN0KD8cb40zejRf75E5BRslKttveph8audDREXHS>. Acesso em: 26 julho 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.064556/2020-13 (Monitoramento e Execução da Agenda Regulatória). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2020d. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?il3OthVPArlTY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0laDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNwVlqQ_NUzL3zqFfR6LhepHogiViEXQtDdaLxVqj5C6LZsdrt>. Acesso em: 7 agosto 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.111807/2020-66 (Monitoramento e Execução da Agenda Regulatória). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2020e. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?il3OthVPArlTY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0laDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNwVlqQ2o7uiXTKTVZzpvvj3ryWJyr86qiYj3TFCkONsFdcixx>. Acesso em: 24 agosto 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.087967/2020-87 (Outros Assuntos). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2020f. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?il3OthVPArlTY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0laDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNwVlqQ6JRwlGn_XPhDcOWX5MUcDswEpqIC7qfHbmn3-OL4NJM>. Acesso em: 31 agosto 2023.

ANTT. **Histórico**, 2021a. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/historico>>. Acesso em: 22 maio 2023.

ANTT. **Relatório Anual de Atividades:** Exercício 2020, 2021b. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/prestacao-de-contas-anuais/2020/relatorio-anual-de-atividades-2020.pdf/view>>. Acesso em: 20 julho 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.000991/2021-09 (Processo de Participação de Controle Social). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2021c. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?il3OthVPArlTY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0laDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNwVlqQ6JRwlGn_XPhDcOWX5MUcDswEpqIC7qfHbmn3-OL4NJM>. Acesso em: 20 julho 2023.

mJKUdrsNWWIqQyOD3BFnAQ8FZwgiF7Wg-DvT2no8KNGFPLadaAmtwPZz>.

Acesso em: 1 agosto 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.030241/2021-53 (Processo de Participação Social). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2021d. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?il3OthvPArlTY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0laDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNWWIqQ-HVLgLaelXqeeUJslcSTkFdD4Jo-uWx8f0icw6dlE7T>. Acesso em: 18 agosto 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.072293/2021-05 (Processo de Participação Social). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2021e. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?IC2o8Z7ACQH4LdQ4jJLJzjPBilTP6l2FsQacllhUf-duzEubalut9yvvd8-CzYYNLu7pd-wiM0k633-D6khhQNXog6z4FAJUbdDe2fLVllcTSLIVetvhERHouivNL7Rlx3>. Acesso em: 24 agosto 2023.

ANTT. Processo Administrativo nº 50500.284439/2022-36 (Monitoramento e Execução da Agenda Regulatória). **Notas Técnicas, Despachos, Minutas, Relatórios e Apresentações**, 2022. Disponível em: <https://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?IC2o8Z7ACQH4LdQ4jJLJzjPBilTP6l2FsQacllhUf-duzEubalut9yvvd8-CzYYNLu7pd-wiM0k633-D6khhQNF0AE-ILJuJ5Smvc4EEOo8RPbFRuh6u9vrzN9hw5fP_7>. Acesso em: 24 agosto 2023.

ANTT. **Relatório Anual Circunstanciado de Atividades**: Exercício 2022, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/prestacao-de-contas-anuais/2022/relatorio-anual-circunstanciado-de-atividades-2022.pdf/view>>. Acesso em: 28 junho 2023.

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

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 5ª Edição. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2019.

ARANHA, M. I. et al. **Estudo sobre abordagem comando-e-controle e teorias da regulação apoiadas em incentivos, com ênfase na regulação responsiva e seus fundamentos, inclusive o desenho das pirâmides responsivas, bem como sua aplicação direta no setor aéreo**. Relatório de Pesquisa. ed. Brasília: Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB (NDSR), 2021. 468 p.

ARANHA, M. I. et al. **Relatório Final Compreensivo**. Relatório de Pesquisa. ed. Brasília: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da Universidade de Brasília (CCOM), 2021.

ARANHA, M. I.; LOPES, O. D. A. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos**. Universidade de Brasília. Brasília. 2019.

ARTESP. **Concessionária do Ano**, 2021. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/novas-paginas/CustomPage.aspx?page=52>>. Acesso em: 11 maio 2021.

ATIQU, E. H. Why Motives Matter: reframing the crowding out effect of legal incentives. **Yale Law Journal**, v. 123, n. 4, p. 1070-1116, 2014.

AURÉLIO, B.; GIACOMINI, G. Sistema de Classificação das Concessionárias: Remédio ou Veneno? Um Estudo Comparado de Modelos e os Efeitos sobre as Concessionárias. In: DAL POZZO, A. N.; ENEI, J. V. L. **Tratado sobre o Setor de Rodovias no Direito Brasileiro**. 1ª Edição. ed. São Paulo: Contracorrente, v. II, 2022. p. 137-152.

AUTOPISTA FERNÃO DIAS. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/autopista-fernao-dias>>. Acesso em: 06 julho 2023.

AUTOPISTA FLUMINENSE. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/autopista-fluminense>>. Acesso em: 06 julho 2023.

AUTOPISTA LITORAL SUL. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/autopista-litoral-sul>>. Acesso em: 06 julho 2023.

AUTOPISTA PLANALTO SUL. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/autopista-planalto-sul>>. Acesso em: 06 julho 2023.

AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/autopista-regis-bittencourt>>. Acesso em: 06 julho 2023.

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

BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. **The Modern Law Review**, v. 71, n. 1, p. 59-94, 2008.

BALDWIN, R.; CAVE, M. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. 1ª Edição. ed. [S.I.]: Oxford University Press, v. 1, 1999.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2ª Edição. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARAT, J. **Logística, Transporte e Desenvolvimento econômico – Volume I: a Visão Histórica**. 1ª Edição. ed. São Paulo: CLA, v. I, 2007.

BARBO, A. R. D. C. et al. A Evolução da Regulação nas Rodovias Federais Concedidas. **Revista ANTT**, 2, n. 2, novembro 2010.

BLACK, J. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. **Current Legal Problems**, v. 54, n. 1, p. 103-146, Dezembro 2001.

BNDES. **Concessões Rodoviárias no Brasil**. Banco Nacional do Desenvolvimento. Rio de Janeiro. 1999.

BRAITHWAITE, J. Enforced Self-Regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, v. 80, n. 7, p. 1466-1507, Junho 1982.

BRAITHWAITE, J. **Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry**. 1ª Edição. ed. Londres: Routledge & Kegan Paul, v. 1, 1984.

BRAITHWAITE, J. **To Punish or Persuade: enforcement of coal mine safety**. 1ª Edição. ed. Albany: State University of New York Press, v. 1, 1985.

BRAITHWAITE, J. **Crime, Shame and Reintegration**. 1ª Edição. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, v. 1, 1989.

BRAITHWAITE, J. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. 1ª Edição. ed. Oxford: Oxford University Press, v. 1, 2002.

BRAITHWAITE, J. Rewards and Regulation. **Journal of Law and Society**, v. 29, n. 1, p. 12-26, Março 2002. ISSN 0263-323X.

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

BRAITHWAITE, J. **Regulatory Capitalism: how it works, ideas for making it work better**. 1ª Edição. ed. Cheltenham: Edward Elgar, v. 1, 2008.

BRAITHWAITE, J. The Essence of Responsive Regulation. **University of British Columbia Law Review**, v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011.

BRAITHWAITE, J. Evidence for Restorative Justice. **The Vermont Bar Journal & Law Digest**, v. 40, n. Summer 2014, p. 18-22, 2014.

BRANCO, P. H. D. M. G. **Regulação de Novas Tecnologias: a utilização da sandbox regulatória como instrumento da Teoria da Regulação Responsiva**. Monografia de Graduação em Direito. ed. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 15.093, de 20 de março de 1944**, 1944. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-15093-20-marco-1944-460172-norma-pe.html>>. Acesso em: 26 junho 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 8.463, de 29 de dezembro de 1945**, 1945. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del8463.htm>. Acesso em: 26 junho 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 284, de 28 de fevereiro de 1967**, 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0284.htm#:~:text=Decreto%2DLei%20284&text=DECRETO%2DLEI%20N%20284%2C%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201967.&text=Institui%20o%20imp%20sobre%20transporte%20rodovi%20de%20passageiros%2>. Acesso em: 26 junho 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 397, de 30 de dezembro de 1968**, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0397.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%20397%2C%20DE%2030%2>

ODE%20DEZEMBRO%20DE%201968.&text=Cria%20a%20Taxa%20Rodoviária%20Federal,que%20lhe%20confere%20o%20art.>. Acesso em: 26 junho 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 791, de 27 de agosto de 1969**, 1969a. Disponível em: <[BRASIL. **Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969**, 1969b. Disponível em: <\[BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.438, de 26 de dezembro de 1975**, 1975. Disponível em: <\\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1438.htm\\]\\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1438.htm\\)>. Acesso em: 26 junho 2023.\]\(https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0999.htm#:~:text=2º%20A%20Taxa%20Rodoviária%20Única%20será%20c%20obrada%20segundo%20tabelas%20baixadas,do%20valor%20venal%20do%20veículo.>https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0999.htm#:~:text=2º%20A%20Taxa%20Rodoviária%20Única%20será%20c%20obrada%20segundo%20tabelas%20baixadas,do%20valor%20venal%20do%20veículo.>. Acesso em: 26 junho 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0791.htm#:~:text=decreta%3A,integrantes%20do%20sistema%20rodoviário%20federal.>https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0791.htm#:~:text=decreta%3A,integrantes%20do%20sistema%20rodoviário%20federal.>. Acesso em: 26 junho 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 27, de 28 de novembro de 1985**, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc27-85.htm>. Acesso em: 26 junho 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**, 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 junho 2023.

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

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**, 1995a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**, 1995b. Disponível em: <[BRASIL. **Lei nº 9.277, 10 de maio de 1996**, 1996a. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9277.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9277.htm\)>. Acesso em: 13 maio 2021.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm#:~:text=LEI%20Nº%209.074%20C%20DE%207%20DE%20JULHO%20DE%201995.&text=Estabelece%20normas%20para%20outorga%20e,públicos%20e%20dá%20outras%20providências.>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm#:~:text=LEI%20Nº%209.074%20C%20DE%207%20DE%20JULHO%20DE%201995.&text=Estabelece%20normas%20para%20outorga%20e,públicos%20e%20dá%20outras%20providências.>. Acesso em: 27 junho 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**, 1996b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 26 junho 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**, 1996c. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**, 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 19 junho 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**, 2001a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001**, 2001b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001**, 2001c. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10336.htm>. Acesso em: 26 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004**, 2004a. Disponível em: <<https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004063.pdf>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**, 2004b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 11 julho 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005**, 2005a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 1.187, de 9 de novembro de 2005**, 2005b. Disponível em: <https://anttlejis.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: 22 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 460, de 19 de março de 2007**, 2007. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/22-2007/8-resolucao-460>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012**, 2012a. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/34-2012/425-resolucao-600>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional do Cinema. **Instrução Normativa nº 109, de 19 de dezembro de 2012**, 2012b. Disponível em: <<https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-109>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 4.057, de 25 de março de 2013**, 2013a. Disponível em: <https://anttlejis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00004057&seqAto=000&valorAno=2013&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 9 agosto 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 4.071, de 2 de abril de 2013**, 2013b. Disponível em:

<https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00004071&seqAto=000&valorAno=2013&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução nº 388, de 25 de novembro de 2015**, 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzEzNg==>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016**, 2016. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005083&seqAto=000&valorAno=2016&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 27 agosto 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**, 2017a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm>. Acesso em: 10 julho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Deliberação nº 138, de 23 de junho de 2017**, 2017b. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00000138&sgl_tipo=DLB&sgl_orgao=DG/ANTT/MTPA&vlr_ano=2017&seq_ato=000&cod_modulo=161&cod_menu=5408>. Acesso em: 10 julho 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 800, de 18 de setembro de 2017**, 2017c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv800.htm>. Acesso em: 10 julho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.759, de 28 de fevereiro de 2018**, 2018a. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005759&seqAto=000&valorAno=2018&orgao=DG/ANTT/MTPA&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 25 agosto 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Deliberação nº 183, de 18 de abril de 2018, Anexos e Processo Administrativo nº 50500.352371/2017-68**, 2018b. Disponível em: <https://anttlegis.datalegis.inf.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00000183&sgl_tipo=DLB&sgl_orgao=DG/ANTT/MTPA&vlr_ano=2018&seq_ato=000&cod_modulo=161&cod_menu=5408>. Acesso em: 11 julho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018**, 2018c. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.823, de 12 de junho de 2018**, 2018d. Disponível em: <<https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RE>>

S&numeroAto=00005823&seqAto=000&valorAno=2018&orgao=DG/ANTT/MTPA&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 28 agosto 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 694, de 17 de julho de 2018**, 2018e. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2018/1151-resolucao-694>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Portaria nº 130, de 23 de abril de 2019**, 2019a. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&sgl_tipo=POR&num_ato=00000130&seq_ato=ATT&vlr_ano=2019&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=5408>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 846, de 11 de junho de 2019**, 2019b. Disponível em: <<https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2019846.pdf>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.859, de 2 de dezembro de 2019**, 2019c. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-5.859-de-3-de-dezembro-de-2019-231847330>>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019**, 2019d. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005860&seqAto=000&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 27 setembro 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019**, 2019e. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-717-de-23-de-dezembro-de-2019-235328441>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Portaria nº 34, de 12 de fevereiro de 2020, e anexo "Referencial Teórico para Aplicação das Diretrizes de Atuação Responsiva"**, 2020a. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000034&seqAto=ATT&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Portaria nº 636, de 12 de fevereiro de 2020, e anexo "Plano do Projeto"**, 2020b. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&sgl_tipo=POR&num_ato=00000636&seq_ato=ATT&vlr_ano=2020&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=5408>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Portaria nº 495, de 28 de julho de 2020**, 2020c. Disponível em: <<https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=PO>>

R&numeroAto=00000495&seqAto=ATT&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 24 julho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Deliberação nº 423, de 6 de outubro de 2020**, 2020d. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=DLB&numeroAto=00000423&seqAto=000&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 26 julho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução nº 599, de 14 de dezembro de 2020**, 2020e. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/aceso-a-informacao/reunioes-da-diretoria-colegiada/reunioes-deliberativas-da-diretoria/2020/23a-reuniao-deliberativa-eletronica-da-diretoria-colegiada/00058-010912-2019-42/resolucao-no-599-de-14-de-dezembro-de-2020#:~:text=DEZEMBR>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Portaria-SUROD nº 24, de 29 de janeiro de 2021**, 2021a. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-24-de-29-de-janeiro-de-2021-302037823>>. Acesso em: 5 setembro 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.926, de 2 de fevereiro de 2021**, 2021b. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005926&seqAto=000&valorAno=2021&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 5 setembro 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**, 2021c. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 06 julho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.935, de 27 de abril de 2021**, 2021d. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005935&seqAto=000&valorAno=2021&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 5 setembro 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.938, de 4 de maio de 2021**, 2021e. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005938&seqAto=000&valorAno=2021&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 4 agosto 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Deliberação nº 188, de 21 de maio de 2021**, 2021f. Disponível em: <<https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=DLB&numeroAto=00000188&seqAto=000&valorAno=2021&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=>

o=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 31 julho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Deliberação nº 246, de 23 de julho de 2021, e anexo "Planejamento Estratégico 2020 a 2030"**, Brasília, 2021g. Disponível em:

<https://anttlejis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00000246&sgl_tipo=DLB&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&vlr_ano=2021&seq_ato=ATT&cod_modulo=161&cod_menu=5408>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 746, de 23 de junho de 2021**, 2021h. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-anatel-n-746-de-22-de-junho-de-2021-327665275>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.950, de dia 20 de julho de 2021**, 2021i. Disponível em: <https://anttlejis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00005950&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&vlr_ano=2021&seq_ato=000&cod_modulo=161&cod_menu=5408>. Acesso em: 3 agosto 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 749, de 15 de março de 2022**, 2022a. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2022/1641-resolucao-749>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução nº 483, de 29 de março de 2022**, 2022b. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2022/res0483_31_03_2022.html#:~:text=Dispõe%20sobre%20os%20procedimentos%20adotados,vista%20o%20dispost o%20no%20art.>>. Acesso em: 20 junho 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.999, de 3 de novembro de 2022**, 2022c. Disponível em: <https://anttlejis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005999&seqAto=000&valorAno=2022&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 15 setembro 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 6.000, de 1º de dezembro de 2022**, 2022d. Disponível em: <https://anttlejis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00006000&seqAto=000&valorAno=2022&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desltem=&desltemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em: 15 agosto 2023.

CALDEIRA, L. K. O. Regulação de Concessão de Rodovias e o Papel do Estado. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, 2, n. 1, maio 2016. 233-246.

CAMBRIDGE DICTIONARY. **Presumption**, 2023. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/presumption>>. Acesso em: 9 Junho 2023.

CASTRO, N. D. Privatização do Setor de Transportes no Brasil. In: CASTELAR, A.; FUKUSAKU, K.; AL, E. **A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública**. 1ª Edição. ed. Rio de Janeiro: BNDES, v. 1, 2000. p. 221-277.

CBIC. **Distribuição de Riscos nas Concessões Rodoviárias**. Câmara Brasileira da Indústria da Construção. Brasília. 2018.

CCR RIO/SP. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ccr-rio-sp>>. Acesso em: 11 julho 2023.

CCR VIACOSTEIRA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ccr-viacosteira>>. Acesso em: 11 julho 2023.

CGU. **Relatório de Avaliação**: Processo Sancionatório da Anatel (Projeto e-aud no 817782), 2020. Disponível em: <<https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/886363>>. Acesso em: 20 junho 2023.

CHAVES, M. C. S. **Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais**: recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário Federal. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação (CDR). ed. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU), v. 1, 2023.

CNI. **Concessões Rodoviárias: Experiência Internacional e Recomendações para o Brasil**. Confederação Nacional da Indústria. Brasília. 2018.

CONCEBRA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2014. Disponível em: <Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas>. Acesso em: 10 julho 2023.

CONCEPA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 1997. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/contratos-encerrados/concepa>>. Acesso em: 30 junho 2023.

CONCER. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 1995. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/concer>>. Acesso em: 30 junho 2023.

CORREIA, M. B. D. C. **Por que as Reformas Permanecem? A Trajetória Gradualista de Mudanças no Setor de Infraestrutura Rodoviária no Brasil entre 1985-2010**. Tese de Doutorado em Administração Pública e Governo. ed. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EAESP) da Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2011.

CRO. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/rota-do-oeste>>. Acesso em: 10 julho 2023.

CRT. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 1995. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/contratos-encerrados/crt>>. Acesso em: 30 junho 2023.

DANTAS, B.; CALDAS, E.; MARTINS, F. A sistemática de conteúdo local e a cooperação entre TCU e ANP: um passo importante rumo à coerência regulatória. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, v. 58, n. 230, p. 11-27, abr./jun. 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 35ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DRAHOS, P. Intellectual Property and Pharmaceutical Markets: A Nodal Governance Approach. **Temple Law Review**, v. 77, p. 401-424, 2004.

ECO-050. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2013. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/eco050>>. Acesso em: 10 julho 2023.

ECO101. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2013. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/eco101>>. Acesso em: 10 julho 2023.

ECOPONTE. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ecoponte>>. Acesso em: 10 julho 2023.

ECORIOMINAS. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ecoriominas>>. Acesso em: 11 julho 2023.

ECOSUL. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 1998. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ecosul>>. Acesso em: 30 junho 2023.

ECOVIAS DO ARAGUAIA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ecovias-araguaia>>.

Acesso em: 11 julho 2023.

ECOVIAS DO CERRADO. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ecovias-do-cerrado>>.

Acesso em: 11 julho 2023.

ESTEVES, R. L. **A Modelagem das Concessões Rodoviárias Federais Brasileiras: Avaliação de Fatores que Influenciam na Financiabilidade dos Projetos**. Monografia de Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação. ed. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União (ISC/TCU), 2023.

FERNANDES, C. D. A. G. **A Reforma do Modelo de Fiscalização do Setor Elétrico Brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Gestão Pública. ed. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 2018.

FREITAS, R. V. D. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, 58, abril/junho 2017. 199-239.

FREITAS, R. V. D. **Concessão de Rodovia**. Belo Horizonte: Fórum, v. 1ª Reimpressão, 2018.

FREITAS, R. V. D.; FIGUEIROA, C. C. Acordo Tripartite em Concessões Rodoviárias: uma arquitetura contratual reveladora de informações em contratos incompletos. In: DAL POZZO, A. N.; ENEI, J. V. L. **Tratado sobre o Setor de Rodovias no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, v. II, 2022. p. 437-483.

GÖELZER, L. Sandbox Regulatório nas Concessões de Rodovias: viabilizando inovações positivas. In: DAL POZZO, A. N.; ENEI, J. V. L. **Tratado sobre o Setor de Rodovias no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, v. I, 2022. p. 597-612.

GALVÃO BR-153. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/contratos-encerrados/galvao-br-153>>. Acesso em: 10 julho 2023.

GONZE, N. C. **Concessão em Rodovias Federais: uma Análise da Evolução dos Modelos de Regulação Técnica**. Dissertação de Mestrado em Ciências em Engenharia de Transportes. ed. Rio de Janeiro: Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (COPPE/UFRJ), 2014.

GRABOSKY, P.; BRAITHWAITE, J. **Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies**. 1ª Edição. ed. Melbourne: Oxford University Press/Australian Institute of Criminology, v. 1, 1986.

GUERRERO, D. A.; NETO, F. A.; BARBOSA, F. D. S. **Análise dos Contratos de Concessão de Rodovias Federais: Evolução da Matriz de Risco**. **Trabalho**

apresentado no 8º Congresso Brasileiro de Rodovias e Concessões, Santos, Agosto 2013.

HIRATA, I. et al. Fiscalização em 3 níveis – Aplicando o conceito de "diferenciação de risco regulatório" na fiscalização de empreendimentos de geração de energia. **IX Congresso Brasileiro de Regulação e 3º ExpoABAR**, Brasília, 17 a 20 agosto 2015. 211-224.

HOWARD-GRENVILLE, J.; NASH, J.; COGLIANESE, C. Constructing the License to Operate: internal factors and their influence on corporate environmental decisions. **Law & Policy**, v. 30, n. 1, p. 73-107, Janeiro 2008. ISSN 0265–8240.

IVEC, M.; BRAITHWAITE, V. Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: update. **Regulatory Institutions Network**, Camberra, Março 2015. ISSN 978-0-9870998-5-3.

KOLIEB, J. When to punish, when to persuade and when to reward: strenghtening responsive regulation with the regulatory diamond. **Monash University Law Review**, 41, 2015. 136-162.

LACERDA, S. M. O Financiamento da Infra-Estrutura Rodoviária através de Contribuintes e Usuários, Rio de Janeiro, n. 21, p. 141-159, Março 2005.

LEITE JUNIOR, E. H.; MONTEIRO, F. N.; RAINER, Y. Regulação de Rodovias Federais: Influxos da Responsividade sobre o Programa Regulatório da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. In: DAL POZZO, A. N.; ENEI, J. V. L. **Tratado sobre o Setor de Rodovias no Direito Brasileiro**. 1ª Edição. ed. São Paulo: Contracorrente, v. I, 2022. p. 163-192.

LOPES, O. D. A. **Fundamentos da Regulação**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Processo, v. 1, 2018.

LUSTOSA, P. A. A. O Regulamento de Concessões Rodoviárias da ANTT como “porta de entrada” para a Regulação Responsiva no setor. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7, n. 1, p. 243-260, Junho 2021. ISSN 2446-550X.

MARQUES NETO, F. D. A. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1ª Edição. ed. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, 2005.

MASCINI, P. Why was the enforcement pyramid so influential? And what price was paid? **Regulation & Governance**, v. 7, p. 48-60, 2013.

MS VIA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ms-via>>. Acesso em: 10 julho 2023.

NETO, C. A. D. S. C.; MOREIRA, S. V.; MOTTA, L. V. **Modelos de Concessão de Rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: Evolução Histórica e Avanços Regulatórios**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro. 2018. (1415-4765).

NOVA DUTRA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 1995. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ms-via>>.

br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/nova-dutra>. Acesso em: 30 junho 2023.

OECD. **Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Organisation for Economic Co-operation and Development. Paris. 2014.

O'SULLIVAN, K. P. V.; FLANNERY, D. J. **A Discussion on the Resilience of Command and Control Regulation within Regulatory Behaviour Theories**, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1927500>>. Acesso em: 23 maio 2023.

PÊGO FILHO, B.; CÂNDIDO JÚNIOR, J. O.; PEREIRA, F. **Investimento e financiamento da infra-estrutura no Brasil: 1990/2002**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 1999.

PEACOCK, M. C.; MILLER, S. E.; PÉREZ, D. R. A Proposed Framework for Evidence-Based Regulation. **The George Washington University Regulatory Studies Center**, Washington, Fevereiro 2018.

PEREIRA, G. L. M. **O TCU e o Controle das Agências Reguladoras de Infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento. ed. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV), 2019.

PONTE RIO-NITERÓI. Portal da ANTT. **Editais de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 1994. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/contratos-encerrados/ccr-ponte>>. Acesso em: 30 junho 2023.

RODOVIA DO AÇO. Portal da ANTT. **Editais de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/rodovia-do-aco>>. Acesso em: 06 julho 2023.

SANTOS, C. R. L. D. As contratações públicas e o Direito Regulatório. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, 4, n. 2, outubro 2018. 97-120.

SHELLING, T. C. **The Strategy of Conflict**. 1ª Edição. ed. Massachusetts: Harvard University Press, v. 1, 2002.

SCHOLZ, J. T. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement. **Law & Society Review**, v. 18, n. 2, p. 179-224, 1984a.

SCHOLZ, J. T. Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement. **Law & Policy**, v. 6, n. 4, p. 385-404, 1984b.

SERMAN, C. **Análise dos Aspectos Críticos em Processos de Concessão de Rodovias**. Tese de Doutorado em Ciências em Engenharia de Transportes. ed. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2008.

SILVA, J. M. A. M. M. D. A Regulação Responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, 3, n. 1, maio 2017. 255-280.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Edição. ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. 1, 2000.

TCU. **Acórdão nº 1.703/2004-Plenário, do Min. Benjamin Zymler**, 2004. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-24807%22>>. Acesso em: 18 setembro 2023.

TCU. TC 026.335/2007-4. **Acórdão nº 2.154/2007-Plenário, Ministro Relator Ubiratan Aguiar**, 2007.

TCU. TC 028.343/2017-4. **Acórdão nº 1.174/2018-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas**, 2018.

THORSTENSEN, V.; JÚNIOR, M. K. A. Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE. **Working Paper Series**, São Paulo, 527, maio 2020.

TRANSBRASILIANA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/rodovia-transbrasiliana>>. Acesso em: 06 julho 2023.

VIA BRASIL. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-brasil>>. Acesso em: 11 julho 2023.

VIA-040. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-040>>. Acesso em: 10 julho 2023.

VIABAHIA. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2009. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia>>. Acesso em: 07 julho 2023.

VIASUL. Portal da ANTT. **Edital de Concessão, Contrato, Programa de Exploração da Rodovia, Resoluções, Relatórios e Notas Técnicas**, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/viasul>>. Acesso em: 11 julho 2023.

VOGEL, D. **The Market for Vitue: the potential and limits of corporate social responsibility**. 1ª Edição. ed. Washington: Brookings Institution Press, v. 1, 2005.

ANEXO I: QUADRO DE TEMAS TRANSVERSAIS ENTRE AS ETAPAS DO PROCROFE.

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
DEFINIÇÕES	Cláusula 1ª	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1	Cláusula 1.1
ANEXOS	Cláusula 2ª	Cláusula 1.2	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3	Cláusula 1.3
INTERPRETAÇÃO E LEGISLAÇÃO	Cláusulas 3ª, 7ª e 8ª	Cláusula 1.3	Cláusulas 1.2 e 33.5	Cláusulas 1.2 e 36.4	Cláusulas 1.2 e 38.4	Cláusulas 1.2 e 39.4	Cláusulas 1.2 e
REGIME JURÍDICO DO CONTRATO	Cláusulas 4ª a 6ª	Cláusulas 1.4 a 1.8	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo
ÁREA DA CONCESSÃO	Cláusula 13	Cláusula 2.10	Cláusula 1.1, item (xxxiv)	Cláusula 1.1, item (xxxvii)	Cláusula 1.1, item (xliv)	Cláusula 1.1, item (lxiii)	Cláusula 1.1, item (xcii)
BENS DA CONCESSÃO (COMPOSIÇÃO E ASSUNÇÃO)	Cláusulas 14 a 16	Cláusulas 3.1 a 3.6	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2	Cláusulas 4.1 e 4.2
CESSÃO E ALIENAÇÃO DOS	Cláusulas 139 a 141, 149 e 150	Cláusulas 3.17 a 3.19	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3	Cláusula 4.3

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
BENS DA CONCESSÃO							
REVERSÃO E DEVOLUÇÃO DE BENS	Cláusulas 142 a 148	Cláusulas 3.7 a 3.16	Cláusulas 27.2 e 27.3	Cláusulas 25.2 e 25.3	Cláusulas 29.2 e 29.3	Cláusulas 29.2, 29.4 e 29.5	Cláusulas 31.2, 31.4 e 31.5
DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS	Cláusula 79	Cláusulas 16.1 a 16.3	Cláusulas 12.1 e 12.2	Cláusulas 11.1 e 11.2	Cláusula 13.1	Cláusula 12.1	Cláusula 14.1
FONTES DE RECEITAS	Cláusulas 75 a 77	Cláusula 7.1	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2	Cláusula 2.2
RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS	Cláusula 78	Cláusulas 7.2 a 7.6	Cláusulas 17.1 a 17.6	Cláusulas 17.1 a 17.7	Cláusulas 19.1 a 19.6	Cláusulas 18.1 a 18.6	Cláusulas 20.1 a 20.5
DESAPROPRIAÇÃO E DESOCUPAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO	Cláusulas 124 a 130	Cláusulas 7.7 a 7.12, 16.22 a 16.30	Cláusulas 7.1 a 7.3	Cláusulas 7.1 a 7.4	Cláusulas 9.1 a 9.3	Cláusulas 8.1 a 8.4	Cláusulas 6.1 a 6.3
FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO	Cláusulas 263 a 290	Cláusulas 18.1 a 18.18	Cláusulas 14.1 a 14.8	Cláusulas 13.1 a 13.7	Cláusulas 15.1 a 15.8	Cláusulas 14.1 a 14.9	Cláusulas 16.1 a 16.9
VERBA DE FISCALIZAÇÃO	Cláusulas 291 a 294	Cláusulas 12.1 a 12.5	Cláusula 14.9	Cláusula 13.8	Cláusula 15.9	Cláusula 14.10	Cláusula 16.10

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
SEGUROS E GARANTIAS (GERAL)	Cláusulas 85 a 103	Cláusulas 5.1 a 5.23	Cláusulas 11.1 a 11.8, 32.1 a 32.14	Cláusulas 10.1 a 10.7, 34.1 a 34.14	Cláusulas 12.1 a 12.7, 36.1 a 36.14	Cláusulas 11.1 a 11.7, 37.1 a 37.14	Cláusulas 11.1 a 11.9, 41.1 a 41.13
FINANCIAMENTO	Cláusulas 156 a 158	Cláusulas 17.49 a 17.53	Cláusulas 8.1 a 8.5	Cláusulas 24.1 a 24.5	Cláusulas 26.1 a 26.5	Cláusulas 25.1 a 25.5	Cláusulas 27.1 a 27.5
INTERVENÇÃO	Cláusulas 104 a 108	Cláusulas 19.26 a 19.31	Cláusulas 24.1 a 24.7	Cláusulas 26.1 a 26.7	Cláusulas 28.1 a 28.7	Cláusulas 27.1 a 27.7	Cláusulas 30.1 a 30.9
TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO	Cláusulas 328 a 331	Cláusulas 2.7 e 2.8	Cláusulas 22.1 a 22.4	Cláusulas 23.1 a 23.3	Cláusulas 25.1 e 25.2	Cláusulas 24.1 a 24.3	Cláusulas 26.1 a 26.3
EXTINÇÃO DA CONCESSÃO	Cláusulas 109 a 123	Cláusulas 19.32 a 19.51	Cláusulas 25.1 a 25.4	Cláusulas 27.1 a 27.4	Cláusulas 29.1 a 29.4	Cláusulas 29.1 a 29.6	Cláusulas 31.1 a 31.15
CONTAGEM DE PRAZOS E FORO	Cláusulas 332, 333 e 335	Cláusulas 21.1, 21.2, 21.4 e 21.5	Cláusulas 33.6 e 33.8	Cláusulas 36.5 e 36.7	Cláusulas 38.5 e 38.7	Cláusulas 38.2.8 e 39.7	Cláusulas 42.3.8 e 43.6

Obs.: Foram eleitos contratos de concessão específicos como parâmetros para a análise comparativa exposta no quadro acima, quais sejam: (i) Nova Dutra (1995) para a Primeira Etapa; (ii) Autopista Fernão Dias (2008) para a Primeira Fase da Segunda Etapa; (iii) ViaBahia (2009) para a Segunda Fase da Segunda Etapa; (iv) Eco101 (2013) para a Segunda Fase da Terceira Etapa; (v) Via-040 (2014) para as Primeira e Terceira Fases da Terceira Etapa; (vi) ViaCosteira (2020) para a Primeira Fase da Quarta Etapa; e (vii) EcoRioMinas (2022) para a Segunda Fase da Quarta Etapa.

ANEXO II: QUADRO DE DIVERGÊNCIAS ENTRE AS ETAPAS DO PROCROFE.

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
SUBCONCESSÃO	Cláusula 151 Permissão para subconcessão	Cláusula 2.9 Vedação à subconcessão	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual
EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	Cláusula 22 Previsão genérica	Cláusulas 6.1 a 6.8 Previsão expressa da definição e dos critérios de aferição do equilíbrio contratual (TIR)	Cláusulas 20.1 a 20.4 Previsão das hipóteses de cabimento, dos procedimentos, dos meios, dos critérios e dos princípios para recomposição Cláusula 20.5 Introdução do fluxo de caixa marginal (FCM)	Cláusulas 20.1 a 20.4 Introdução de novo meio para a recomposição, delegação dos procedimentos aos normativos da ANTT Cláusula 20.5 Incorporação do WACC no FCM	Cláusulas 20.1 a 20.5	Cláusulas 21.1 a 21.5 Detalhamento dos critérios de recomposição de acordos com os eventos ensejadores	Cláusulas 23.1 a 23.4 e 23.6

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
			para novos investimentos				
FATORES DE REEQUILÍBRIO	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 20.6 Introdução dos descontos de reequilíbrio	Cláusula 20.6	Cláusula 20.6 Introdução dos acréscimos de reequilíbrio	Cláusula 21.6 Introdução dos Fatores “D”, “A” e “E” para acréscimo e decréscimo de reequilíbrio	Cláusula 23.5
RECURSOS PARA DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO (RDT)	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 14.1 Introdução dos recursos para desenvolvimento tecnológico (RDT)	Cláusula 16.1	Cláusulas 15.1 a 15.3	Cláusulas 17.1 a 17.4
REAJUSTE	Cláusulas 49 a 63 Previsão de Fórmula paramétrica	Cláusula 6.26 a 6.33 Substituição da fórmula paramétrica pelo IPCA-IBGE	Cláusula 16.3	Cláusula 16.3 Introdução do Fator “X” como redutor do reajustamento da TBP e diferenciação da	Cláusula 18.3 Introdução dos Fatores “D”, “Q”, “X” e “C” como redutores e incrementadores da TBP, tornando	Cláusula 17.3 Introdução dos Fatores “D”, “A” e “E”, em acréscimo aos “X” e “C”, como redutores e incrementadores da TBP, além de	Cláusula 19.7

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
				tarifa para cada praça de pedágio	esse cálculo automático	exclusão do Fator "Q"	
REVISÕES ORDINÁRIA, EXTRAORDINÁRIA E QUINQUENAL	Cláusulas 64 a 73 Previsão de revisão por requerimento quando ocorrerem situações específicas	Cláusulas 6.34 a 6.42 Instituição de revisão periódica (ordinária, extraordinária e quinquenal)	Cláusulas 16.4 a 16.6	Cláusulas 16.4 a 16.5 Ampliação do escopo das revisões ordinárias e reforço das limitações das extraordinárias às hipóteses de risco alocado ao Poder Concedente	Cláusulas 18.4 e 18.5 Extensão da aplicação dos Fatores "D", "Q", "X" e "C" ao cálculo de revisão contratual	Cláusulas 17.4 a 17.6 Enrijecimento das regras de alteração contratual, de modo que novas obras e serviços passam a ser incluídos apenas por revisões quinquenais, salvo exceções	Cláusulas 19.8 a 19.10
FISCALIZAÇÃO DA SEGURANÇA NO TRÂNSITO	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 14.10 Alocação de verba anual para segurança no trânsito	Cláusula 13.9	Cláusula 15.10	Cláusula 14.11	Cláusula 16.11
ALOCAÇÃO DE RISCOS	Cláusulas 19 e 20	Cláusulas 4.1 a 4.9	Cláusula 19.1	Cláusulas 19.1 a 19.4	Cláusulas 21.1 a 21.4	Cláusulas 20.1 a 20.4	Cláusulas 22.1 a 22.4

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
	Alocação genérica dos riscos, deixando discussões para a “teoria das áleas”	Alocação genérica dos riscos, com indicação de hipóteses pontuais de responsabilidade da concessionária e do Poder Concedente	Alocação expressa e mais detalhada dos riscos, afastando a utilização da “teoria das áleas” como regra geral	Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos	Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos	Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos	Inclusão de novas previsões específicas de alocação de riscos
RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 35.1 Inclusão da arbitragem como forma de resolução das controvérsias e disputas contratuais	Cláusula 37.1	Cláusulas 38.1 e 38.2 Inclusão da possibilidade de autocomposição de conflitos	Cláusulas 42.1 a 42.4 Autorização da constituição de comitês de resolução de conflitos (<i>dispute boards</i>)
ACORDOS TRIPARTITES	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusulas 28.1 e 28.2 Regulamentação dos acordos tripartites

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
TRANSAÇÕES COM PARTES RELACIONADAS	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 1.1.1, item (xxv) Definição das partes relacionadas	Cláusula 1.1.1, item (xxvi)	Cláusula 1.1.1, item (xxxiii)	Cláusulas 13.9 a 13.12 Instituição da política de transações com partes relacionadas	Cláusulas 15.9 a 15.12
PENALIDADES	Cláusulas 219 a 229 Previsão de multas moratórias para atraso injustificado, além de advertência, multa específica e rescisão contratual para inexecução parcial ou total	Cláusulas 19.8 a 19.19 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 18.1 a 18.9 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 18.1 a 18.10 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 20.1 a 20.14 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 19.1 a 19.16 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas	Cláusulas 21.1 a 21.9 Detalhamento de hipóteses específicas que ensejam a aplicação de multas
OBRAS E SERVIÇOS OBRIGATÓRIOS E NÃO OBRIGATÓRIOS	Não há previsão contratual	Cláusulas 17.3 a 17.7 Introdução de obras e serviços	Cláusulas 9.3 e 9.4	Cláusulas 8.2 e 8.3	Cláusulas 10.2, 10.3 e 10.4.4 Abandono dos termos	Cláusulas 9.2 e 9.3	Cláusulas 8.2 e 8.3

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
		obrigatórios e não obrigatórios			“obrigatórios” e “não obrigatórios”, passando a indicar obras e serviços com prazos específicos dentro das diversas frentes contratuais		
OBRAS ESPECÍFICAS E DO PODER CONCEDENTE	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 10.5 Introdução de obras que poderão ser realizadas pelo Poder Concedente no trecho rodoviário	Cláusula 9.6	Cláusula 8.7
OBRAS CONDICIONADAS AO VOLUME DE TRÁFEGO	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 9.5 Introdução das obras de ampliação de capacidade	Cláusula 8.4	Cláusula 10.4	Cláusula 9.4	Cláusula 8.5

	1ª ETAPA	2ª ETAPA, FASE I	2ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASE II	3ª ETAPA, FASES I E III	4ª ETAPA, FASE I	4ª ETAPA, FASE II
	1994-1998	2008	2009	2013	2014-2015	2018-2020	2021-2022
			condicionadas ao volume de tráfego				
ESTOQUE DE MELHORIAS	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusulas 9.3.4 Introdução das obras com base no estoque de melhorias	Cláusulas 8.4
FREE FLOW	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Não há previsão contratual	Cláusula 20.2.16 Remissão genérica ao <i>free flow</i> para eventual implantação	Cláusula 19.6 Introdução do <i>free flow</i> como forma de cobrança de pedágios sem desaceleração

Obs.: Foram eleitos contratos de concessão específicos como parâmetros para a análise comparativa exposta no quadro acima, quais sejam: (i) Nova Dutra (1995) para a Primeira Etapa; (ii) Autopista Fernão Dias (2008) para a Primeira Fase da Segunda Etapa; (iii) ViaBahia (2009) para a Segunda Fase da Segunda Etapa; (iv) Eco101 (2013) para a Segunda Fase da Terceira Etapa; (v) Via-040 (2014) para as Primeira e Terceira Fases da Terceira Etapa; (vi) ViaCosteira (2020) para a Primeira Fase da Quarta Etapa; e (vii) EcoRioMinas (2022) para a Segunda Fase da Quarta Etapa.