

**Universidade de Brasília – UnB**  
**Faculdade de Direito**

**RICARDO ABDALLA LAGE**

**TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA E A REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES DE  
RODOVIAS FEDERAIS NO BRASIL**

*Theory of Responsive Regulation and the Regulation of Federal Highway Concessions in Brazil*

Brasília

2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA E A REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES DE  
RODOVIAS FEDERAIS NO BRASIL**

Autor: Ricardo Abdalla Lage

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 1º de novembro de 2022.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

Ricardo Abdalla Lage

## **Teoria da Regulação Responsiva e a Regulação das Concessões de Rodovias Federais no Brasil**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel), no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: 1º de novembro de 2022.

### BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha  
(Orientador – Presidente)

---

Me. Davi Ferreira Gomes de Barreto

---

Me. Milton Carvalho Gomes

---

Prof. Dr. Alexandre Araujo Costa  
(Suplente)

## **Agradecimentos**

Em primeiro, aos meu pais que desde sempre fizeram o que estava ao alcance para me dar as melhores oportunidades de estudo e que, sem dúvida, se eu não as tivesse tido, não estaria aqui.

Em segundo, aos companheiros do TCU que desde que eu entrei na Casa me ensinaram muito sobre o setor e que tive a oportunidade de dividir momentos de trabalho incríveis e inspiradores: Davi Ferreira Gomes Barreto; André Luiz Francisco da Silva Vital; Luiz Fernando Ururahy de Souza; Marcelo Gonçalves; Fabio Augusto de Amorim; Adriano Cavalcanti Mundim; Anderson Cunha Rael; Augusto Ventura Caçador; Dennys Rodrigues Oliveira; Fabiano Meireles Andrade; Leonardo Antonio de Meneses e Samuel de Resende Salgado.

Em terceiro, ao querido Professor Dr. Márcio Ioro Aranha que, ministrando um curso inovador e rico de Direito Administrativo 3, me deu a oportunidade de conhecer e aprender sobre a Teoria da Regulação Responsiva e vislumbrar a sua aplicação nas concessões de rodovias federais.

Em quarto, ao amigo da ANTT, Juliano de Barros Samor, pelas boas ideias sobre a regulação das concessões de rodovias, em conversas por vezes trocadas durante os treinos de musculação.

## FICHA CATALOGRÁFICA

\*Utilizar este [link](#), ou equivalente da Biblioteca Central, para gerar a Ficha e inseri-la aqui\*

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LAGE, RA. (2022). Teoria da Regulação Responsiva e a Regulação das Concessões de Rodovias Federais no Brasil. Monografia final de conclusão do curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p. 150.

## Sumário:

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 – Evolução do Conceito de Regulação; Métodos de Coerção Extrínseca e Intrínseca; Conceito de Incentivo para a Teoria Jurídica da Regulação; e Teoria da Regulação Responsiva</b> .....	19
1.1 Da evolução do conceito de regulação.....	19
1.2 Dos métodos regulatórios da coerção extrínseca e intrínseca.....	24
1.3 O novo conceito de incentivo para a Teoria Jurídica da Regulação.....	28
1.4 Teoria da Regulação Responsiva.....	32
1.4.1 Pirâmides regulatórias.....	39
<b>CAPÍTULO 2 – Teoria da Regulação Responsiva: a regulação das concessões de rodovias federais</b> .....	43
2.1 Da existência de mecanismos de persuasão e da avaliação da eficácia dos mecanismos de <i>enforcement</i> da ANTT na regulação das concessões de rodovias federais no Brasil.....	44
<b>CAPÍTULO 3 – Regulação Baseada em Evidências:</b> .....	81
3.1 Do público externo .....	82
3.2 Da Análise do Impacto Regulatório.....	100
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	137

## Resumo

Este trabalho tem como objetivo avaliar a regulação dos contratos de concessão de rodovias federais frente aos pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva, bem como os instrumentos de obtenção de evidências para a regulação utilizados pelas Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Para buscar esses objetivos, a pesquisa buscou responder aos seguintes questionamentos:

(i) A Agência Nacional de Transportes Terrestres dispõe de mecanismos de persuasão das empresas reguladas no setor rodovias federais concedidas?

(ii) Os mecanismos de coerção externa (*enforcement*) das concessionárias de rodovias federais vêm sendo aplicados de maneira eficaz?

(iii) A Agência Nacional de Transportes Terrestres dispõe de mecanismos eficazes de obtenção de evidências para o processo de regulação das concessões de rodovias federais?

Nesse contexto, o estudo veio averiguar as seguintes hipóteses de pesquisa:

(i) A Agência Nacional de Transportes Terrestres ainda não implementou medidas de persuasão dos regulados nas concessões de rodovias federais;

(ii) Os mecanismos de coerção externa das concessionárias de rodovias federais não vêm sendo aplicados de maneira eficaz; e

(iii) A Agência Nacional de Transportes Terrestres não dispõe de mecanismos eficazes de obtenção de evidências para o processo de regulação das concessões de rodovias federais.

Para responder ao questionamento (i), analisou-se as resoluções, que tratam da apuração de infrações e aplicação de penalidades, manuais de fiscalização das rodovias federais concedidas, bem como disposições de outras Agências Reguladoras à título de *benchmarking*.

Para responder à Pergunta (ii), analisou-se resoluções, deliberações e portarias da ANTT, dos últimos quatro anos, que trataram da aplicação de medidas de coerção externa (*enforcement*) às concessionárias de rodovias federais, bem como decisões judiciais e arbitrais, nesse mesmo período, que tiveram como objeto a aplicação desses mecanismos nas concessões de rodovias federais.

Para responder à pergunta (iii), a pesquisa avaliou as seguintes fontes de obtenção de evidências para o processo regulatório: a) fonte externa (público externo); e b) fonte interna. Quanto à fonte externa de obtenção de evidências, a partir de critérios extraídos de (OCDE, 2012), a pesquisa explorou o sítio da ANTT e o portal de pesquisa da Agência (ANTT *legis*), para buscar documentos como (termos aditivos, revisões tarifárias, relatórios de acompanhamento de obras, notas técnicas, relatórios da ouvidoria da Agência *etc.*), que possibilitassem avaliar a capacidade institucional da Agência de divulgar informações, das concessões de rodovias federais, oportunas para fomentar, não apenas a obtenção de evidências pelo público externo, como a compreensão, participação e controle dos usuários sobre o serviço. Quanto à fonte interna de evidências, avaliou-se as Análises de Impacto Regulatório (AIR) do

setor, tomando como critério as disposições do Guia Orientativo para Elaboração de Análise do Impacto Regulatório, elaborado pela Casa Civil (BRASIL, 2018).

Para preparar o leitor, o Capítulo 1 apresentou a evolução do conceito de regulação, a diferenciação entre coerção extrínseca e intrínseca e os mecanismos de obtenção do *compliance* regulatório mais aceitos pelas teorias mais modernas da regulação. Após apresentação dos principais aspectos da Teoria da Regulação Responsiva (TRR) ainda no Capítulo 1, o Capítulo 2, para responder as perguntas (i) e (ii), avaliou a regulação das concessões de rodovias federais à luz dos pressupostos e das prescrições da TRR. Para responder à pergunta (iii), o Capítulo 3 avaliou os seguintes mecanismos de obtenção de evidências: a) público externo (item 3.1); e b) Análise do Impacto regulatório (item 3.2).

Passando para as conclusões da pesquisa, em que pese a ANTT vir implementando o Projeto Atuação Responsiva e a Resolução 5.950/2021 prever importantes mecanismos persuasivos, até o fechamento desse trabalho, a regulação das concessionárias de rodovias federais não dispõe de nenhum mecanismo de persuasão. Além disso, verificou-se problemas significativos nos mecanismos de coerção externa da Agência, tendo este trabalho apresentado diferentes causas para esse problema, destacando-se: as cláusulas de juízo arbitral e pleitos de revisão quinquenal pendentes de decisão. Quanto à obtenção de evidências pelo público externo, verificou-se que, em que pese aspectos positivos como divulgação de dados brutos das rodovias, a ANTT necessita ampliar a sua transparência para viabilizar, não apenas a obtenção de evidências pelo público externo, como o acompanhamento, a participação e controle do serviço pelos usuários e a sociedade. Quanto à obtenção de evidências por meio das AIRs, verificou-se que os Relatórios de Impacto Regulatório do setor possuem caráter meramente formal e estão desvinculados do propósito de buscar uma validação científica das soluções dos problemas regulatórios. O trabalho apresentou as causas dessa situação, destacando-se a não aplicação, pela ANTT, do Guia da Casa Civil (BRASIL, 2018), bem como apontou, com base em (OCDE, 2016), que a avaliação das AIRs, por órgão de controle externo, pode favorecer a ampliação do seu uso e a melhoria da sua qualidade.

**Palavras-chaves:** regulação, concessão de rodovias federais, Teoria da Regulação Responsiva, *compliance* regulatório e regulação responsiva, *enforcement*, desconto de reequilíbrio, declaração de caducidade, caducidade, juízo arbitral, corte arbitral, revisão quinquenal, regulação por evidências, evidências, transparência, usuários, análise de impacto regulatório, relatório de impacto regulatório.

## Abstract

This work aims to evaluate the regulation of federal highway concession contracts against the assumptions of the Responsive Regulation Theory, as well as the instruments for obtaining evidence for the regulation used by the National Land Transport Agency (ANTT). To achieve these objectives, the research sought to answer the following questions:

(i) Does the National Land Transport Agency have mechanisms to persuade companies regulated in the concessioned federal highways sector?

(ii) Are the mechanisms of external coercion (enforcement) of federal highway concessionaires being applied effectively?

(iii) Does the National Land Transport Agency have effective mechanisms for obtaining evidence for the process of regulating federal highway concessions?

In this context, the study investigated the following research hypotheses:

(i) The National Land Transport Agency has not yet implemented measures to persuade those regulated in federal highway concessions;

(ii) The external enforcement mechanisms of federal highway concessionaires have not been effectively applied; and

(iii) The National Land Transport Agency does not have effective mechanisms for obtaining evidence for the process of regulating federal highway concessions.

In order to answer question (i), the resolutions were analyzed, which deal with the investigation of infractions and application of penalties, inspection manuals of the federal highways granted, as well as provisions of other Regulatory Agencies for benchmarking purposes.

In order to answer Question (ii), ANTT's resolutions, deliberations and ordinances from the last four years were analyzed, which dealt with the application of measures of external coercion (enforcement) to federal highway concessionaires, as well as judicial and arbitration decisions, in this same period, which aimed to apply these mechanisms in federal highway concessions.

To answer question (iii), the research evaluated the following sources of evidence for the regulatory process: a) external source (external public); and b) internal source. As for the external source for obtaining evidence, based on criteria extracted from (OECD, 2012), the research explored the ANTT website and the Agency's research portal (ANTT legis), to search for documents such as (additive terms, tariff reviews, works monitoring reports, technical notes, reports from the Agency's ombudsman, etc.), such as users' understanding, participation and control over the service. As for the internal source of evidence, the Regulatory Impact Analysis (RIA) of the sector was evaluated, taking as a criterion the

provisions of the Guidance Guide for the Preparation of Regulatory Impact Analysis, prepared by the Civil House (BRASIL, 2018).

To prepare the reader, Chapter 1 presented the evolution of the concept of regulation, the differentiation between extrinsic and intrinsic coercion and the mechanisms for obtaining regulatory compliance most accepted by the most modern theories of regulation. After presenting the main aspects of the Theory of Responsive Regulation (TRR) still in Chapter 1, Chapter 2, to answer questions (i) and (ii), evaluated the regulation of federal highway concessions in the light of the assumptions and prescriptions of the TRR. To answer question (iii), Chapter 3 evaluated the following mechanisms for obtaining evidence: a) external audiences (item 3.1); and b) Regulatory Impact Analysis (item 3.2).

Moving on to the conclusions of the research, despite the fact that ANTT has been implementing the Responsive Acting Project and Resolution 5.950/2021 providing for important persuasive mechanisms, until the conclusion of this work, the regulation of federal highway concessionaires does not have any persuasion mechanism. In addition, there were significant problems in the Agency's external enforcement mechanisms, and this work presented different causes for this problem, highlighting: arbitration clauses and five-year review claims pending decision. As for the obtaining of evidence by the external public, it was found that, despite positive aspects such as the dissemination of raw data from the highways, ANTT needs to increase its transparency to make it possible, not only to obtain evidence from the external public, but also to monitor, the participation and control of the service by users and society. As for obtaining evidence through RIAs, it was found that the sector's Regulatory Impact Reports have a merely formal character and are not linked to the purpose of seeking scientific validation of the solutions to regulatory problems. The work presented the causes of this situation, highlighting the non-application, by ANTT, of the Civil House Guide (BRASIL, 2018), as well as pointing out, based on (OECD, 2016) that the evaluation of RIAs, by external control, can favor the expansion of its use and the improvement of its quality.

**Keywords:** regulation, federal highway concession, Theory of Responsive Regulation, regulatory compliance and responsive regulation, enforcement, rebalancing discount, declaration of expiry, expiry, arbitration, five-year review, regulation by evidence, evidence, transparency, users, regulatory impact analysis, regulatory impact report.

## **Lista de Figuras**

Figura 1: Índice anual de inexecução nos contratos da 1ª etapa – 2009/2014.....	14
Figura 2: Índice anual de inexecução nos contratos da 2ª etapa – 2009/2014.....	14
Figura 3: Índice de inexecução nos contratos da 2ª etapa -(2015/2016) .....	14
Figura 4: Índice de inexecução das obras de duplicação da 3ª Etapa.....	15
Figura 5: Pirâmide – Estratégias Regulatórias.....	40
Figura 6: Pirâmide – Medidas de Constrangimento.....	41
Figura 7: Diamante Regulatório.....	42
Figura 8: Nova Estrutura de Fiscalização Elaborada na Reforma do Modelo da Aneel.....	46
Figura 9: Formato de Agrupamento e Correlação com Frequência e Intensidade Fiscais.....	47
Figura 10: Modelo do Triângulo de Pascal e Sequência de Fibonacci.....	48
Figura 11: Modelo Final de Pirâmide Antaq.....	48

## **Lista de Tabelas**

Tabela 1: Suspensão de desconto de reequilíbrio por decisão judicial .....	52
--	----

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

ACB	Análise de custo-benefício
AIR	Análise de Impacto regulatório
CRF	Concessões de Rodovias Federais
EBR	<i>Evidence Based Regulation</i>
PAR	<i>Projeto Atuação Responsiva</i>
Procrofe	<i>Programa de Concessões de Rodovias Federais</i>
RCR	<i>Regulamentos das Concessões de Rodovias</i>
TBP	<i>Tarifa Básica de Pedágio</i>
TRR	<i>Teoria da Regulação Responsiva</i>

## INTRODUÇÃO

O Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe) surgiu na década de 1990 como uma estratégia para o Brasil delegar à iniciativa privada a exploração de parte da sua infraestrutura rodoviária. Segundo o Tribunal de Contas da União - TCU – (TCU, 2019a, p. 6):

36. As concessões de rodovias federais estão inseridas em um contexto de desestatização que ocorreu na América Latina, baseada em um conjunto de medidas formuladas em 1989, conhecidas como Consenso de Washington. Tais medidas, que configuraram a política oficial do Fundo Monetário Internacional, na década de 1990, eram voltadas a promover o "ajustamento macroeconômico" dos países em desenvolvimento.

37. Entre as dez medidas principais do referido conjunto de recomendações, encontram-se a desregulamentação, a retirada de restrições para o investimento estrangeiro direto e a privatização, esta última operacionalizada por meio da transferência do controle acionário de empresas estatais para agentes privados e dos contratos de concessão de serviços públicos, quando as imposições legais impedem a transferência da titularidade do ativo.

No contexto federal, a desestatização das rodovias está entrando em sua 4ª etapa, com a recente licitação dos trechos a) BR-153/TO/GO, BR-080/GO e BR-414/GO<sup>1</sup>; b) BR- 364/365/MG/GO<sup>2</sup>; c) BR-101/290/448/386/RS<sup>3</sup>; e d) BR-163/MT, MT-220, BR-163/PA, BR-230/PA<sup>4</sup>. Em que pese a evolução da modelagem contratual e dos estudos de viabilidade técnica, em cada etapa subsequente do programa, a não execução de importantes investimentos constitui um problema histórico do setor. As figuras a seguir apresentam os índices de inexecução de obras de ampliação da capacidade das rodovias e suas melhorias, segundo TCU<sup>5</sup> (TCU, 2019a, p. 7), a partir de informações da Agência Reguladora:

---

<sup>1</sup> Conforme:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ecovias-araguaia>

<sup>2</sup> Conforme:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ecovias-do-cerrado>

<sup>3</sup> Conforme: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/viasul>

<sup>4</sup> Conforme:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-brasil>

<sup>5</sup> Por algum problema na formatação do acórdão, não saíram as figuras acima no Acórdão do TCU, tendo a decisão feito expressa referência a elas, que estão contidas na instrução da unidade técnica deste Tribunal – peça 63 do TC 002.469/2018-9.

Figura 1: Índice anual de inexecução nos contratos da 1ª etapa – 2009/2014

Concessão	Extensão	Etapa	2009	2010	2011	2012	2013	2014
ECOSUL - Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A.	427,3 km	1ª	12,68%	18,10%	27,03%	0,39%	2,25%	7,16%
CRT - Concessionária Rio-Teresópolis S.A	142,5 km	1ª	85,61%	62,87%	43,45%	64,29%	76,49%	21,81%
CONCEPA - Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre S.A.	121 km	1ª	29,64%	7,97%	1,01%	9,57%	6,60%	19,99%
NovaDutra - Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A.	402 km	1ª	58,69%	27,84%	33,69%	71,50%	32,32%	15,21%
Ponte - Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A.	13,2 km	1ª	24,51%	34,55%	6,59%	18,06%	5,35%	6,06%
CONCER - Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio S.A.	180 km	1ª	99,61%	43,95%	83,23%	96,67%	60,27%	94,22%

Figura 2: Índice anual de inexecução nos contratos da 2ª etapa – 2009/2014

Concessão	Extensão (km)	Etapa	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Acciona Concessões Rodovia do Aço - BR-393/RJ	200,5	2ª	80,18%	99,88%	84,15%	97,05%	0,00%	21,00%
Autopista Fernão Dias - BR-381/MG/SP	562,1	2ª	39,35%	83,71%	75,25%	76,51%	63,37%	81,58%
Autopista Fluminense - BR-101/RJ	320,1	2ª	53,61%	89,43%	74,64%	90,32%	0,00%	91,41%
Autopista Litoral Sul - BR-116/376/PR e BR-101/SC	405,9	2ª	12,96%	90,00%	84,80%	91,30%	28,80%	57,80%
Autopista Planalto Sul - BR-116/PR/SC	412,7	2ª	0,00%	44,00%	71,80%	64,00%	62,00%	52,00%
Autopista Regis Bitencourt - BR-116/SP/PR	401,6	2ª	18,27%	87,41%	77,00%	80,63%	76,00%	61,00%
ViaBahia - BR-324/BA e BR-116/BA	652,1	2ª	-	-	100,00%	91,06%	88,90%	100,00%
Transbrasiliana Concessionária de Rodovia - BR-153/SP	321,6	2ª	55,13%	89,00%	96,46%	86,64%	0,00%	100,00%

Figura 3: Índice de inexecução nos contratos da 2ª etapa - (2015/2016)

Rodovia	Ofício	Investimentos não realizados (preços iniciais)	Investimentos não realizados (preços atuais)	Índice de inexecução
BR-381/MG	301/2017 (peça 63)	R\$ 49.203.794,85	R\$ 87.756.936,27	95,56%
BR-101/RJ	302/2017 (peça 68)	R\$ 169.574.349,03	R\$ 304.107.854,58	76,65%
BR-116/RJ	744/2017 (peça 64)	R\$ 11.568.126,24	R\$ 53.088.213,58	100,00%
BR-153/SP	260/2017 (peça 65)	R\$ 12.134.581,33	R\$ 21.642.511,19	100,00%
BR-116/RS BR-392/RS	203/2017 (peça 66)	R\$ 5.591.611,81	R\$ 17.233.683,10	83,38%
BR-116/324/BA	203/2017 (peça 66)	R\$ 70.469.835,66	R\$ 133.307.083,42	78,05%
BR-040/RJ/MG	180/2017 (peça 67)	R\$ 11.097.003,95	R\$ 52.268.664,13	98,53%

Figura 4: Índice de inexecução das obras de duplicação da 3ª Etapa

Rodovia / concessionária	Data Limite	Extensão Exigível (km)	Extensão concluída (km)	Percentual inexecução
BR-050/MG - MGO Rodovias	30/06/2018	161,7	121,9	25%
BR-060/153/262-GO/DF/MG - <u>Concebra</u>	28/04/2018	259,1	74,5	71%
BR-163/MT - Concessionária Rota do Oeste S.A.	22/03/2018	335,7	117,6	65%
BR-163/MS - Concessionária MS VIA	30/03/2018	322,5	149,6	54%
BR-101/ES/BA - ECO 101	10/05/2018	57,7	0,0	100%
BR-040-GO/DF/MG - VIA 040*	22/04/2014	<u>Relicitação</u>	73,0	<u>Relicitação</u>

Fonte: ANTT. Elaboração própria.

Este cenário frustra justas expectativas da sociedade e dos usuários, que almejam a ampliação da capacidade de escoamento de cargas e passageiros da malha rodoviária nacional, não apenas para favorecer a redução do custo país, a ampliação das trocas comerciais e, consequentemente, o crescimento econômico e o aumento do bem-estar social, como também proteger e salvar vidas, em vista dos milhares de acidentes que ocorrem todos os anos nos principais trechos rodoviários do país. Nesse contexto, TCU (2019b, p. 48-49) apontou a maior sensibilidade das rodovias concedidas, em relação às não concedidas, no que refere à redução de acidentes, em razão da realização de investimentos de ampliação da capacidade:

294. Comparação da evolução das proporções da malha concedida e não concedida e dos acidentes ocorridos nas duas categorias de rodovias de 2015 a 2017 revelou também que a proporção de acidentes ocorridos em rodovias concedidas é superior à proporção da extensão da malha concedida, o que se confirmou, inclusive, ao se considerarem apenas os cem trechos federais mais perigosos de 2017 (itens 272, 274 e 287 acima).

295. Assim, um dos fatores que propiciam tal desproporção é o fato de as rodovias concedidas serem, em geral, de maior capacidade, em cujo fluxo de tráfego é mais intenso e cuja velocidade praticada tende a ser maior. Inclusive foi verificado que há proporção entre as variações das médias de volume de tráfego de veículos equivalentes por praça de pedágio e as variações das médias diárias de acidentes por quilômetro nas rodovias concedidas. Tais características tornam tais trechos mais sensíveis às melhorias relacionadas à segurança viária, a exemplo da duplicação de rodovias e da implementação de faixas adicionais de subida, as quais contribuem para reduzir o número de acidentes (itens 275 e 276 acima).

296. **Reforça tal conclusão estudo da CNT de 2017, o qual evidenciou que a duplicação de rodovias e a implementação de faixas adicionais de subida contribuem para reduzir o número de acidentes e fatalidades, ao apontar, por exemplo, que 54% dos acidentes e 71,5% das mortes no trânsito ocorreram em pistas simples de mão dupla e que, em trechos ondulados ou montanhosos, 65,1% das colisões frontais e 70,6% dos acidentes com saída de pista ocorreram onde inexistia faixa adicional de subida, ausência que caracterizou ainda 68,8% das mortes decorrentes de colisões frontais e 71% das decorrentes de saídas de pista, quando em trechos ondulados e montanhosos** (itens 283 e 284 acima).

297. No mesmo estudo apresentou-se rol dos trechos de rodovias mais perigosos em 2017: dentre os dez primeiros, oito estão em rodovias federais concedidas. Ademais, identificou-se que para ao menos três deles, inclusive para o mais crítico, havia previsão de execução de obras de

melhorias nos contratos de concessão para até 2016/2017. Entretanto, nenhuma obra fora iniciada em tais segmentos (itens 288 a 291 acima).

298. Conclui-se, portanto, que as rodovias federais concedidas, em razão de suas características de fluxo e das estatísticas de acidentes nos últimos anos, se mostram mais sensíveis quanto à segurança, em comparação geral com a malha não concedida federal, tendo a adequada implementação das melhorias relevante papel na preservação da vida de seus usuários.

[destaques e grifos acrescidos]

Além disso, diante do agravamento contínuo e progressivo da situação fiscal brasileira, torna-se cada vez mais difícil e improvável o Brasil conseguir realizar os importantes investimentos de melhorias e ampliação da infraestrutura rodoviária às custas do Orçamento Geral da União, de sorte que o país já é significativamente dependente do capital privado.

Dessa forma, torna-se cada vez mais oportuno um aprimoramento, não apenas do marco regulatório, como da regulação das rodovias pela ANTT, que pode incorporar preceitos e disposições inovadores, prescritos pela academia e observados em localidades com ampla experiência e histórico com a regulação, como Europa, Reino Unido e Estados Unidos.

Este trabalho tem como um dos objetivos imediatos avaliar a regulação das concessões de rodovias federais, à luz das disposições da Teoria da Regulação Responsiva, que, pelo menos desde 2012, constitui critério de boas práticas regulatórias da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, segundo (OCDE 2012, p. 18). Em *OECD Regulatory Enforcement and Inspectios Toolkit* (OCDE 2018, p. 4) esta Organização estabelece que:

As regulações são indispensáveis para o bom funcionamento das economias e da sociedade. Elas criam as “regras do jogo” para cidadãos para empresas, governo e sociedade civil. Elas apoiam os mercados, protegem os direitos e segurança dos cidadãos, e garantem a entrega de bens e serviços públicos. O objetivo da política é garantir regulações e marco regulatórios que funcionem efetivamente em prol do interesse público.

A forma como os regulamentos são concebidos é um fator importante tanto para a qualidade do ambiente regulatório para as empresas e cidadãos como para os resultados alcançados. Como as regulações são implementadas e impostas, e como o *compliance* das disposições regulatórias são assegurados e promovidos, são determinantes críticos se o sistema regulatório está funcionando como pretendido.

As inspeções são uma das formas mais importantes de fazer cumprir os regulamentos e garantir a conformidade regulatória. Conforme já demonstrado pelos Princípios de Boas Práticas da OCDE para Fiscalização e Inspeções (OCDE, 2014), existem muitas questões centrais que as inspeções têm em comum e são relevantes para a maioria dos setores em que as elas ocorrem. Essas questões incluem **planejar e estabelecer melhores objetivos das inspeções, de maneira a comunicar os seus resultados com questões regulatórias, como a prevenção da corrupção, a promoção de comportamento ético, bem como a organização das inspeções e a governança das autoridades.**

O *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit* apresenta uma lista de 12 critérios para ajudar funcionários, reguladores e partes interessadas e especialistas a avaliar o nível de desenvolvimento do sistema de inspeção e fiscalização em uma determinada jurisdição, ou de

uma determinada instituição ou estrutura, de modo a identificar pontos fortes e fracos e áreas propensas a melhorias.

[destaque e grifos acrescidos]

Nesse contexto, a Teoria da Regulação Responsiva (TRR) busca, como primeira alternativa regulatória, induzir um comportamento cooperativo dos regulados, visto que a punição é fonte de litígios administrativos e judiciais, que encarecem a atividade regulatória. Além disso, a aplicação de sanção a um regulado, que busca a aderência comportamental, pode transformar um agente moralmente orientado em um adversário da regulação. Acrescenta-se que a punição induz uma busca por lacunas normativas pelo regulado, ao passo que cabe ao regulador preencher tais vácuos com mais normas, ao preço da perda de coerência ou do aumento da complexidade da regulação. Por último, a “persuasão” prévia antecipa e justifica uma eventual penalidade subsequente, de modo que, em caso de sucesso, constitui um mecanismo de *compliance* mais efetivo, célere e menos oneroso que a persecução punitiva.

No caso de o regulado não adotar um comportamento cooperativo e tendente a cumprir as regras regulatórias, a TRR defende a escalada gradual dos constrangimentos, de modo a torná-los cada vez mais intrusivos, na medida em que o regulado insista na não conformidade. Por outro lado, a Teoria também defende a desescalada gradual dos constrangimentos aos agentes que busquem a cooperação, similarmente, a estratégia de relações internacionais de redução gradual de tensão (*Graduated Reciprocation in Tension-Reduction*).

Dessa forma, a TRR busca oferecer um tratamento responsivo (sensível) ao comportamento e as motivações do regulado, a partir de uma estratégia de retaliação equivalente (*tit-for-tat regulatory strategy*), de modo a migrar de uma postura cooperativa para uma punitiva e vice versa, conforme cada postura no tempo do regulado, que ora pode ser guiado por uma postura racional motivada pela maximização dos lucros, ora por uma postura de responsabilidade social e princípios nos negócios. Desse modo, a Teoria parte do pressuposto que a sinergia entre persuasão e coerção constitui a melhor estratégia regulatória.

Nesse contexto, este trabalho busca responder as seguintes perguntas iniciais:

1. A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) dispõe de mecanismos de persuasão das empresas reguladas no setor rodovias federais concedidas?
2. Os mecanismos de coerção externa (*enforcement*) das concessionárias de rodovias federais vêm sendo aplicados de maneira eficaz?

Para responder à Pergunta 1, analisou-se as resoluções, que tratam da apuração de infrações e aplicação de penalidades, manuais de fiscalização das rodovias federais concedidas, bem como disposições de outras Agências Reguladoras, à título de *benchmarking*.

Para responder à Pergunta 2, analisou-se resoluções, deliberações e portarias da ANTT, dos últimos quatro anos, que trataram da aplicação de medidas de coerção externa às concessionárias de rodovias, bem como decisões judiciais e arbitrais, nesse mesmo período, que tenham como objeto a aplicação desses mecanismos nas concessões de rodovias federais.

Além disso, a regulação responsiva está intimamente relacionada com a tomada de decisão regulatória amparada por evidências, e não por percepções subjetivas do regulador. Nesse contexto, segundo OCDE (2018, p.8) o “*Enforcement* baseado em evidências” constitui a **primeira boa-prática da boa-regulação** de qualquer setor regulado, que consiste na (OCDE, 2018, p. 14):

aplicação dos regulamentos e as inspeções regulatórias devem ser baseadas em evidências: decisão sobre o que inspecionar e como deve ser fundamentada em dados e evidências, e os resultados devem ser avaliados regularmente

[destaques e grifos acrescidos]

Dessa forma, a regulação é definida como um processo planejado, que usa evidências ao longo de todo o seu desenvolvimento, visando previsão, avaliação e melhoria dos resultados regulatórios. O objetivo da fiscalização baseada em evidências é afastar a tomada de decisões com base em percepções subjetivas e buscar o aumento da confiabilidade das decisões regulatórias, inclusive, no que se refere à indicação de modelos e alternativas que solucionaram problemas no passado e da forma de adaptação delas ao âmbito das atribuições de cada agência.

Nesse contexto, este trabalho busca responder se a ANTT dispõe de mecanismos eficazes de obtenção de evidências para o processo de regulação das concessões de rodovias federais. Para responder esta pergunta, a pesquisa avaliou as seguintes fontes de obtenção de evidências para o processo regulatório: a) fonte externa (público externo); e b) fonte interna.

Quanto à fonte externa de obtenção de evidências, a partir de critérios extraídos de (OCDE, 2012), a pesquisa explorou o sítio da ANTT e o portal de pesquisa da Agência (ANTT *legis*), visando buscar documentos como (termos aditivos, revisões tarifárias, relatórios de acompanhamento de obras, notas técnicas, relatórios da ouvidoria da Agência *etc.*), que possibilitassem avaliar a capacidade institucional da Agência de divulgar informações, das concessões de rodovias federais, oportunas para fomentar, não apenas a obtenção de evidências pelo público externo, como a compreensão, participação e controle dos usuários sobre o serviço.

Quanto à fonte interna de obtenção de evidências, avaliou-se as Análises de Impacto Regulatório (AIR) do setor, tomando como critério as disposições do Guia Orientativo para Elaboração de Análise do Impacto Regulatório, elaborado pela Casa Civil (BRASIL, 2018).

Por fim, este trabalho será assim estruturado. No Capítulo 1, serão apresentados a evolução do conceito de regulação, a diferenciação dos métodos regulatórios de coerção extrínseca e intrínseca, o novo conceito de incentivo para a Teoria Jurídica da Regulação e, por último, os principais conceitos da Teoria da Regulação Responsiva (TRR). No Capítulo 2, será avaliado a existência de mecanismos persuasivos na regulação das concessões de rodovias federais e, na sequência, considerando a importância dos mecanismos constritivos para o sucesso do modelo responsivo, será avaliada a aplicação e a eficácia dos diferentes mecanismos de *enforcement*, utilizados pela ANTT na regulação do setor. No capítulo 3, serão avaliados os mecanismos externos e internos da Agência para a obtenção de evidências para o processo regulatório: a) público externo (seção 3.1) e Análise do Impacto Regulatório (seção 3.2).

## **CAPÍTULO 1 – Evolução do Conceito de Regulação; Métodos de Coerção Extrínseca e Intrínseca; Conceito de Incentivo para a Teoria Jurídica da Regulação; e Teoria da Regulação Responsiva**

Nesse primeiro capítulo, serão abordados a evolução do conceito de regulação; a diferenciação dos métodos de coerção extrínseca e intrínseca, bem como o entendimento das teorias da regulação mais modernas com relação a aplicação de cada um dos métodos; e o conceito de incentivo para a Teoria Jurídica da Regulação. Por último, será explicitada os principais conceitos, métodos e pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva (TRR).

### 1.1 Da evolução do conceito de regulação

Com o advento Estado Regulador, o termo regulação sofreu significativa alteração e ampliação, de modo que deixou de se relacionar exclusivamente com a proteção da competição do mercado e dos direitos dos consumidores e passou a englobar uma acepção mais coerente com a complexidade das relações público-privadas e com foco na modulação do comportamento humano rumo ao bem comum.

Nesse sentido, houve o alargamento do termo regulação sobre uma diversidade de realidades que, até pouco tempo atrás, sequer se cogitaria qualificá-las como regulatórias (AUTIN, 1995). Nas décadas de 1980, 1990 e 2000 o conceito fora empregado, cada vez mais,

a temas antes alheios à terminologia regulatória (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2010, p. 4). O fato é que o termo possui diversos significados a depender do ramo do saber.

Antes de adentrar no conceito jurídico, consubstanciado no “conjunto de atuações normativas ou administrativas capazes de interagir, continuamente, com o setor regulado, a fim de direcioná-lo ao planejamento estatal, visando a concretização dos direitos fundamentais” (ARANHA *et al*, 2019, p. 122), serão apresentados conceitos recentes da regulação, produzidos por autores de diferentes áreas do saber. Como poderá ser observado, os diferentes conceitos não se contradizem, mas se complementam, indo na direção comum de modular condutas humanas para o alcance de objetivos estatais previamente definidos com o fim no bem comum.

Nesse contexto, mesmo em estudos mais recentes, a economia costuma descrever o termo, em um formato restritivo em relação a outras áreas do saber, o relacionando a um mecanismo não financeiro de imposição de modificações ou limitações ao comportamento dos agentes de mercado para o alcance de objetivos de políticas públicas, ora a partir de uma exteriorização dura (*hard regulation*), tal como a imposição de comportamentos ou sanções, ora a partir de diretrizes não compulsórias (*soft regulation*), a exemplo dos códigos de conduta ou dos acordos de boas práticas (PEACOCK e RIZZO, 2008, p. 145).

O conceito acima é mais restrito do que o de uma abordagem jurídica, por exemplo, visto que restringe o conceito à seara econômica (ARANHA *et al*, 2019, p. 113). Em que pese a regulação ser aplicada a aspectos distintos do comportamento humano que extrapolam a atividade econômica, de fato, é nela que esta evidencia sua manifestação mais visível.

Nesse contexto, Dallari (2003) sintetizou o uso da terminologia como algo relacionado a técnicas de preservação de uma grandeza a despeito de perturbações exteriores de um sistema (século XVIII), passando pelo equilíbrio dinâmico de corpos na fisiologia, até chegar ao século XX às ciências sociais, por meio da teoria dos sistemas.

Pela teoria dos sistemas, a regulação tem sua origem em noções do funcionamento sistêmico de corpos vivos, que interagem e interpretam o meio exterior a partir de seus próprios códigos internos. Similarmente ao verificado com células vivas, a teoria dos sistemas reconhece a natureza autopoietica (auto criativa) dos sistemas sociais, a partir da ideia de que tais sistemas possuem códigos próprios, que ditam suas ações quando provocados por estímulos externos (ARANHA *et al*, 2019, p. 120).

Nessa perspectiva, a hermenêutica prescritiva reconhece, nos sistemas regulados, sistemas sociais que recriam o significado dos impulsos externos da atividade regulatória. A

regulação sobre os sistemas econômicos exige o reconhecimento de que a influência da regulação sobre os referidos sistemas pressupõe a decodificação dos seus códigos internos, de maneira a ampliar a capacidade de influir sobre o ambiente regulado.

Nesse sentido, a regulação implica no reconhecimento da possibilidade de interferência em outros sistemas sociais, que, em geral, detêm forte caráter econômico, mediante métodos que compreendem o fenômeno sistêmico de reprodução informacional (resposta) a impulsos externos, a partir da compreensão dos códigos internos desses sistemas (ARANHA *et al*, 2019, p. 120-121). Em outras palavras, “regular” é promover uma alteração conjuntural de si mesmo (Estado), frente à decodificação ininterrupta do outro (setor regulado), de forma que a regulação constitui um processo contínuo de decodificação e adaptação.

Por isso a literatura hermenêutica (BETTI, 1990; DILTHEY, 1990; HUMBOLDT, 1999) ensina que não absorvemos nada do mundo exterior, mas recriamos em nós mesmos os significados a partir de conceitos previamente existentes. Assim, a regulação não é adaptativa por ser a melhor estratégia, mas pela natureza sistêmica do setor regulado, que é incapaz de absorver o mundo externo, mas capaz de recriá-lo em si mesmo.

Desse modo, a “natureza hermenêutica do fenômeno regulatório significa entender que a regulação não substitui o ambiente regulado, que existe enquanto sistema autônomo capaz de ser compreendido, se os códigos internos do sistema regulatório forem idealizados como códigos abertos à compreensão hermenêutica” (ARANHA *et al*, 2019, p. 121).

Portanto, o pressuposto da regulação está na conformação de um código regulatório que tem por princípio reconhecer e compreender os sistemas econômicos regulados, a partir de suas dinâmicas e códigos internos com o mundo exterior, de modo a recriar comandos regulatórios com potencial de repercussão sobre tais códigos, no intuito de influenciar tais sistemas rumo ao bem comum. Dessa forma, regular é atuar normativa ou administrativamente, no sentido de otimizar a repercussão de tais atos sobre os sistemas sociais regulados.

Nesse sentido, a regulação, inicialmente, entendida, pela teoria dos sistemas, como um processo de administração de sistemas sociais, mediante retroalimentação contínua, a partir de comandos estatais de controle sobre atuação da iniciativa privada passou, a partir dos processos de desregulação e reregulação nas décadas de 1970 a 1990, a se apresentar como uma tecnologia de governo de sistemas sociais, que pode estar centrada tanto em órgãos estatais, como em mecanismos internos de controle empresarial (metarregulação), como em auditoria estatal sobre os controles internos dos agentes econômicos (regulação da autoregulação) – PARKER, 2002,

p. 245 –, ou, finalmente, como cada vez mais frequente e recomendável, como um mix dessas e outras opções (ARANHA *et al*, 2019, p. 117).

Em qualquer caso, a regulação implica necessariamente no “esforço estatal constante, contínuo e focado para se alterar um comportamento valioso para a sociedade” (YEUNG, 2004, p. 4), uma vez que, mesmo nos casos da metaregulação ou autoregulação, está implícito um acompanhamento contínuo e externo do regulado.

Assim, mesmo em um mercado de livre concorrência, haverá, sempre, uma diretriz externa aos agentes em um ambiente regulado. Portanto, a depender da situação, a regulação ora promove a defesa da tríade consumidor-trabalho-meio-ambiente, ora a limitação dos monopólios e oligopólios, ora a proteção da indústria, ora a legitimidade da ordem capitalista.

Nesse contexto, um aspecto essencial à regulação está no planejamento e gerenciamento estatal, o que faz dela nos dias de hoje um termo onipresente. Em estudo sobre o poder regulamentar francês, Duguit (1913, p. 88) reconheceu essa onipresença ao observar que a quantidade de regulamentos elaborados pelo Poder Executivo aumentara significativamente a despeito da forma de governo adotada. O autor foi um grande nome da teoria do serviço público e defendeu a inexistência de distinções materiais entre leis e regulamentos (DUGUIT, 1913, p. 346).

Dessa forma, a regulação engloba o conjunto interdisciplinar de planejamento e gerenciamento conjuntural de atividades de interesse geral, a partir da concepção de que o poder público constitui um partícipe do setor regulado, no âmbito institucional do Estado Regulador.

Nesse sentido, a regulação se utiliza do planejamento estatal, não só como método, mas como tecnologia e forma de expressão humana criativa, oriunda da relação do ser humano com o meio a sua volta (PINTO, 2005). Enquanto tecnologia, a regulação é uma forma de transformação da realidade social a partir de um projeto humano de acompanhamento da conjuntura de sistemas sociais. Desse modo, a regulação constitui “uma tecnologia social de sanção aflitiva ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora” (ARANHA *et al*, 2019, p. 114-115).

Para a ciência política, a regulação constitui “tecnologia administrativa de controle de negócios por intermédio de agências especializadas e apoiadas em leis específicas em oposição ao controle via técnica de propriedade estatal” (MORAN, 2002, p. 392). Apesar da definição, não existe uma obrigatoriedade de que a regulação seja implementada por agências reguladoras. Tal interdependência conceitual se deu, em razão da influência da prática americana sobre a

literatura. Em que pese isso, a estrutura regulatória, baseada em agências administrativas autônomas, é a manifestação mais comum da regulação como “toda forma de controle normativo aplicada primordialmente por uma instituição pública” (OGUS e VELJANOVSKI, 1984, p. 240).

Por sua vez, o enquadramento jurídico do conceito de regulação é necessário, uma vez que dele derivam as consequências jurídicas. Por princípio, o objeto de estudo do direito regulatório é algo jurídico e, conseqüentemente, a regulação está diretamente relacionada com o termo regime jurídico regulatório. Esta terminologia responde à busca por um significado mais objetivo frente à imprecisão terminológica do conceito de regulação.

Enquanto regime jurídico, a regulação (ARANHA *et al*, 2019, p. 119):

apresenta-se como um **conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados**. Garner (2004, p. 1.311) define regulação como uma forma de controle estatal, mas é o mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação que se apresenta como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como **um conjunto de atuações normativas e administrativas capazes de interagir *pari passu* com os rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais**.

[destaques acrescentados]

Segundo Moreira Neto (2003, p. 45), o regime jurídico regulatório constitui, não só o conjunto de produções normativas, mas também administrativas, de diuturna reconfiguração, tanto do ambiente regulado como do aparato regulatório, de maneira a considerar a indispensabilidade da atuação estatal para preservar os princípios do serviço público e de atividades consideradas relevantes, com base em políticas regulatórias ínsitas aos princípios jurídicos inscritos constitucionalmente.

Tal diuturna reconfiguração da conformação estrutural do regulador decorre do pressuposto de que a atuação regulatória estatal deve ser dinâmica, proativa e necessária para concretizar direitos fundamentais, como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Assim, a regulação integra a essência da liberdade democrática e representa a certeza de que não existem atividades econômicas livre de leis; não existem setores desregulados no sentido exato da palavra. Uma sociedade pautada pela liberdade não significa uma sociedade avessa à regulação; a regulação é onipresente em qualquer Estado (HAYEK, 1944, p. 38-39).

## 1.2 Dos métodos regulatórios da coerção extrínseca e intrínseca

As teorias da regulação prescrevem duas técnicas opostas de indução do comportamento humano: coerção extrínseca ou externa e coerção intrínseca ou interna. Pela coerção extrínseca, tem-se a regulação por comando e controle, ou regulação por administração ordenadora e criminalizadora, o qual pressupõem uma identidade entre regulação e normas estatais. Pela coerção intrínseca, os desenhos regulatórios prescrevem incentivos, por meio de normas sociais internas ao ambiente regulado, à exemplo da regulação em redes, da regulação descentralizada ou de diversas outras que se amparam na cultura de negócios do setor regulado.

Na abordagem regulatória do comando e controle, parte-se do pressuposto de que as normas jurídicas, por si só, detêm força para vedar ou impor condutas em um ambiente institucionalizado de controle direto e permanente sobre determinado setor da atividade econômica (BALDWIN, CAVE, LODGE, 2010). Dessa forma, esta abordagem entende que ameaças aflitivas seriam suficientes para realinhar a conduta do particular rumo aos interesses do Estado e da sociedade (COGLIANESE e MENDELSON, 2010).

Pelo raciocínio, os agentes seriam atores racionais que ponderam os custos e benefícios de um ato ilícito (ABBOT, 2009). Desse modo, os agentes não adotariam espontaneamente comportamentos tendentes a cumprir objetivos regulatórios (*compliance* regulatório), exceto, se tais objetivos forem exigidos por normas jurídicas e, se os benefícios líquidos esperados com a aderência à norma superarem os benefícios do descumprimento, deduzidos dos custos (penalidades) ponderados pela probabilidade de serem descobertos. Assim, a abordagem do comando e controle entende que os fatores econômicos seriam os principais fatores de conformação do comportamento humano e empresarial.

Em síntese, a abordagem do comando e controle reforça a suposição do positivismo jurídico de que o direito se manifestaria por meio de atos coercitivos extrínsecos ou externos. Para Kelsen (1992; 2003), o Direito se constituiria de uma técnica social, de um sistema de coerção externa, que se apoiaria no pressuposto de que o comportamento humano seria motivado pelo Direito e pelas instituições jurídicas.

Assim, pelo positivismo, a ausência de conformidade às normas seria o que afirmaria a identidade do Direito, visto que ele somente seria visível e manifestado quando da correção externa (penalidade) sobre o comportamento desviante. Embora o método do comando e controle não seja oriundo do positivismo jurídico, existe uma notável relação entre eles.

Nesse sentido, a relação entre positivismo jurídico e o método regulatório administrativo ordenador e criminalizador evidencia a preferência da regulação brasileira, que, em diversos setores, se baseia na premissa de que a conformação do comportamento humano se manifesta a partir de mecanismos coercitivos externos, tais como as multas, e não, por intermédio de normas gestadas no sistema social, em que as normas jurídicas pretendem regular.

Todavia, a coerção extrínseca, enquanto explicação tradicional de comportamentos pretensamente regidos pelo temor de sofrer sanções, vem sendo questionada por estudos da sociologia comportamental. Isso porque a abordagem do comando e controle não leva em conta aspectos, também econômicos, subjacentes ao comportamento humano, como o sentimento de participação de um agente em um sistema, do seu desejo de cooperação e colaboração e do reconhecimento pelos demais membros de um grupo quanto uma utilidade é produzida.

Nesse contexto, Vogel (2005) ensina que os incentivos extrínsecos não explicam a variedade de comportamentos humanos e empresariais para além do exigido pela normatização (*beyond compliance*) e que não são decorrentes da indivisibilidade tecnológica ou da uniformidade tecnológica (*overcompliance*).

Similarmente, outros fatores internos à dinâmica empresarial, como processos internos de poder e de liderança (PRAKASH, 2001) ou condições de incerteza regulatória e significativa percepção de riscos empresariais advindos do descumprimento das medidas regulatórias (DEHART-DAVIS e BOZEMAN, 2001), também dirigem os comportamentos dos regulados.

Portanto, o recente desenvolvimento de estudos empíricos sobre a real capacidade do Direito de conformar condutas vem minando a certeza de que o uso, exclusivo, de medidas de coerção externa, desconectadas dos parâmetros normativos internos à sociedade ou setor, seria suficiente para explicar o resultado da regulação, tornando possível novas discussões sobre o *compliance* regulatório. Além disso, outras teorias regulatórias vêm buscando explicar, de forma mais abrangente, o fenômeno, de modo a resgatar fundamentos do direito natural, que afirmam que princípios, como dignidade, bondade e ordem na conduta individual, também orientam comportamentos humanos e, conseqüentemente, a atuação dos regulados (FINNIS, 2011).

Nessa perspectiva, para o direito natural, a força do Direito se encontraria em valores ou ideias intrínsecos ao ser humano, de modo que a coerção intrínseca está relacionada a ideia de cooperação intersistêmica, de responsividade e do uso inteligente das estratégias regulatórias

(ARANHA *et al*, 2019, p. 179). Assim, as teorias regulatórias mais recentes vêm resgatando o Direito, que se apoia em normas e pressões sociais intrínsecas ao ambiente regulado.

Esse é o caso, por exemplo, de teorias econômicas e de ciência política sobre a regulação (LEVI-FAUR, 2011; OGUS e VELJANOVSKI, 1984) e de teorias procedimentais da regulação, tais como a regulação como forma jurídica de engenharia social (OGUS, 1983), a Teoria da Regulação Inteligente (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998), a Teoria Processual Administrativa da Regulação (CROLEY, 2008) e as teorias sistêmicas de regulação, sejam elas autopoieticas ou não, como é o caso, respectivamente, da Teoria do Trilema Regulatório (TEUBNER, 1988) e da Teoria da Regulação Responsiva (BRAITHWAITE, 1982; BRAITHWAITE, 1985; BRAITHWAITE, 1989; AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2002; BRAITHWAITE, 2006; BRAITHWAITE, 2008; BRAITHWAITE, 2011; KOLIEB, 2015; DRAHOS, 2004).

Algumas dessas teorias estarão mais tendentes a incorporar mecanismos de governança regulatória, focando o *compliance* regulatório, tanto no método do comando e controle como no de normas e pressões sociais. Todavia é nesse último que se encontra o elemento central, visto que a regulação ordenadora e criminalizadora pressupõe a aderência do comportamento ante a previsão normativa, dispensando uma avaliação posterior da conformidade.

Dessa forma, a conformidade depende de uma relação de confiança entre regulado e regulador, com foco na cultura e comportamento do regulado e, principalmente, na cooperação entre os dois (MCBARNET, 2002). Assim, regulação e *compliance* andam juntos em quaisquer modelos regulatórios, em especial naqueles apoiados em normas e pressões sociais (aqui definidos como incentivos intrínsecos), a partir de uma rede de interdependência de influências recíprocas entre mecanismos regulatórios e atitudes dos regulados (PARKER e NIELSEN, 2017).

Quanto à governança regulatória, esta tem como elemento central a necessidade de que os próprios afetados por uma regulação, apoiada em variáveis para além das regras estatais, exercitem, em maior grau, habilidades colaborativas e assumam a responsabilidade por seus atos, configurando o denominado modelo de governança regulatória descentralizada. Nesse sentido, King (2007) defende que a governança regulatória constitui um elemento diferencial do Estado Regulador, quando este opta por abordagens regulatórias que levem em conta outros sistemas normativos que não somente o estatal, justificando o termo governança regulatória em vários níveis – *multi level governance*.

Quanto aos estudos que vêm concluindo pela insuficiência das forças exógenas para explicar o comportamento humano, Posner (2002) apontou uma falta de explicitação do que efetivamente motivaria tais comportamentos. Embora não fosse a sua intenção criticar a regulação apoiada em normas sociais, o estudo revelou que esse tipo de regulação não é necessariamente eficaz ou mesmo sensível ao regulado.

Isso porque, ante a ausência de um estudo sobre as “motivações” internas para o cumprimento de normas sociais, mesmo a regulação apoiada em normas sociais pode se tornar pouco eficaz, visto que ela pode se apoiar em normas “pretensamente” sociais que, na prática, já não possuem mais essa característica. Dessa forma, uma norma que perdeu a sua força social não é mais uma norma social e, se aplicada à regulação, se torna uma norma estatal de terceira ordem, despida de constrangimento extrínseco e de constrangimento intrínseco.

Similarmente, se, por um lado, estudos recentes demonstram a insuficiência dos métodos de coerção extrínsecos para explicar os comportamentos humanos, por outro, pesquisas evidenciam a sua influência sobre a tomada de decisão humana. É o caso, por exemplo, de estudo empírico sobre experiência de sucesso na Itália sobre as motivações de membros de entidades de garantia mútua de crédito, que revelou que o resultado das iniciativas públicas se apoiou, não em normas de relações interpessoais, mas na confiança de natureza institucional apoiada em normas formais (SAMPAIO, 2019, p. 428).

Por isso, as teorias mais modernas da regulação, à exemplo da Teoria Responsiva, embora defendam a autoregulação, desconfiam da autoregulação voluntária. Elas defendem uma autoregulação regulada, que parte do pressuposto de que os agentes de mercado são, de fato, mais capazes de regular suas atividades do que o Estado, todavia, isso não implica que sejam mais propensos a voluntariamente o fazer com efetividade. Dessa forma, a grande diferença entre a autoregulação voluntária e a autoregulação regulada é que somente a última impõe consequências desagradáveis às empresas que apresentem comportamentos desviantes.

A autoregulação regulada constitui uma regulação de segundo nível, em que as normas de conduta são produzidas, a partir de diretrizes estatais, pelo próprio setor regulador, e submetidas à aprovação do regulador, o qual responde extrinsecamente aos comportamentos desviantes, impondo consequências ao regulado, como penalidades e aumento da fiscalização.

Desse modo, as propostas das teorias regulatórias mais recentes não são de mero relaxamento regulatório, mas de maior inteligência regulatória, consubstanciada na complementaridade entre métodos de coerção extrínseca e intrínseca. Se, por um lado, não

afastam a possibilidade de aplicação de sanção; por outro, se concentram no processo contínuo de conformidade do comportamento regulado, a partir da cooperação, de métodos de coerção intrínseca e da sensibilidade aos motivos que regem os comportamentos dos regulados.

### 1.3 O novo conceito de incentivo para a Teoria Jurídica da Regulação

Com o advento do Estado Regulador, mudou-se o consenso sobre quais seriam os instrumentos mais efetivos para incentivar comportamentos privados desejados pelo Estado.

Isso porque, durante a vigência do Estado de Bem-estar Social, o desenvolvimentismo, dirigismo e o intervencionismo estatal colocaram o Poder Público como ator central do desenvolvimento econômico. Os estímulos ao setor privado eram diretos à exemplo dos benefícios tributários, dos subsídios, dos empréstimos públicos em condições favoráveis, do protecionismo e das agências de fomento. Embora tais mecanismos continuem sendo empregados, a experiência histórica mostra que a estratégia, além de sobrecarregar a máquina estatal, não se mostra efetiva para moldar comportamentos.

Nessa perspectiva, o Estado Regulador se vale, preponderantemente, não de estímulos diretos, mas de indução indireta, a partir da criação de procedimentos, fluxos e competências organizacionais que permitam que os agentes econômicos e demais grupos sociais possam operar de maneira autônoma. Em outras palavras, os incentivos devem manter a integridade e a dinâmica próprias dos sistemas econômico, político-burocrático e jurídico.

Assim, os incentivos não possuem mais um caráter direto e necessariamente financeiro, mas se relacionam com a criação de um ambiente institucional favorável à cooperação e à atuação conjunta entre regulado e regulador, em prol do bem comum.

Nesse contexto, o direito regulatório deve favorecer uma interação entre Estado e sujeitos com personalidades complexas e distintas. Para viabilizar essa relação e maximizar a eficiência e os resultados da regulação, a Teoria Jurídica da Regulação se assenta em três pressupostos (ARANHA *et al*, 2019, p. 150): a) articulação entre regulador e regulado, baseada em uma relação dinâmica entre *enforcement* e *compliance*; b) estratégias regulatórias baseadas na cooperação como primeira alternativa; e c) atuação do regulador baseada na centralidade da avaliação custo-benefício, a fim de induzir os agentes a adotar comportamentos racionais e eficientes. A seguir, serão explicitados os principais aspectos de cada um desses pressupostos.

Quanto ao *enforcement* e *compliance*, ambos constituem os dois lados de uma mesma moeda. O *enforcement*, abrange a persecução e o sancionamento, bem como técnicas mais

flexíveis, como educação, aconselhamento, persuasão, negociação e arquitetura de mercado. Este tem dois objetivos: conduzir os regulados à conformidade legal (*compliance*) e dosar o exercício punitivo estatal, levando em conta aspectos de eficiência. Assim, “[o *enforcement*] tem por finalidade obter um grau de conformidade com a regra do comportamento prescrito que a sociedade acredita ser proporcional [eficiente], levando em conta que o *enforcement* é dispendioso” (STIGLER, 1974).

Considerando que a busca pela eficiência constitui um pressuposto básico da atividade regulatória, seria um contrassenso o regulador estabelecer punições que diminuam a eficiência do mercado. Por isso, a persecução punitiva deve ser precedida de uma avaliação dos seus custos, tanto para a autoridade regulatória, como e principalmente, para o mercado. Nesse sentido, Parker e Nielsen (2017, p. 217) ensinam que o impacto da regulação, como mostram pesquisadores do *compliance*, depende das respostas individuais de empresas e cidadãos. Dessa forma, o *enforcement* deve levar em consideração as reações dos destinatários da norma, e não apenas a simples violação de dispositivos normativos.

Desse modo, hoje se encontra superada a antiga controvérsia de que os instrumentos de *enforcement* deveriam se basear, exclusivamente, ou na punição ou na persuasão. A questão passa a ser quando valer-se de uma medida ou de outra, sem rejeitar instrumentos punitivos quando necessários ou restringir-se a eles quando o regulado busca uma postura cooperativa (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 193).

Quanto ao pressuposto da cooperação como primeira alternativa regulatória, segundo Ayres e Braithwaite (1992) a persuasão deve ser o primeiro passo do regulador, visto que a punição, como primeira alternativa, é contra produtiva pelas seguintes razões. Em primeiro, a punição é cara e a persuasão é barata. Em segundo, caso a punição seja aplicada, como primeira estratégia, a um regulado cooperativo, ela tende a minar a sua cooperação. Em terceiro, a persuasão prévia antecipa e justifica uma eventual penalidade subsequente. Em quarto, a punição é fonte de litígios administrativos e judiciais, que encarecem a atividade regulatória. Em quinto, a punição induz um ‘jogo de gato e rato’, em que o regulado buscará lacunas nas normas e o regulador buscará preenchê-las com mais normas, ao preço da perda de coerência ou do aumento da complexidade da regulação.

Por isso, as estratégias regulatórias devem ter como norte a cooperação e o diálogo entre reguladores e regulados. O regulador deve buscar primeiramente persuadir e só, em casos desviantes, punir, sendo menos coercitivo ao incentivar a autonomia virtuosa do regulado.

Tal aspecto torna a regulação mais legítima, na medida em que as punições precedem procedimentos e diálogos, em que o regulado assente com suas obrigações e com as penalidades passíveis. Desse modo, o regulador aplica métodos menos invasivos aos regulados cooperativos, ao passo que adota uma postura mais interventora sobre os renitentes.

Quanto à centralidade da análise custo benefício, cabe apresentar o histórico americano na formação desse conceito. Para tanto, serão apresentados trechos da Ordem Executiva Ronald Reagan 12291/1981 e da Ordem Executiva 13563/2011 (do governo Barack Obama).

Pela Ordem Executiva Ronald Reagan 12291/1981, foram estabelecidas cinco determinações gerais para a regulação (ARANHA *et al*, 2019, p. 156):

- 1) as decisões administrativas devem ser baseadas em informação adequada concernente às necessidades e às consequências da ação governamental proposta;
- 2) ações regulatórias não devem ser editadas a não ser que haja potenciais benefícios para a sociedade que excedam os custos potenciais para a sociedade;
- 3) os objetivos regulatórios devem ser escolhidos para maximizar os benefícios líquidos para a sociedade;
- 4) entre as abordagens alternativas para um dado objetivo regulatório, a alternativa envolvendo o menor custo líquido para a sociedade deve ser escolhida;
- 5) as agências devem estabelecer prioridades regulatórias com o objetivo de maximizar o agregado líquido de benefícios para a sociedade, levando em conta a condição das indústrias particularmente afetadas pelas regulações, a condição da economia nacional e outras ações regulatórias contempladas pelo futuro.

[grifos acrescidos]

O documento estabeleceu ainda quatro elementos que devem constar nos Relatórios de Impacto Regulatório (RIR) – ARANHA *et al*, 2019, p. 156-157:

- 1) a descrição dos potenciais benefícios da regra, incluindo quaisquer efeitos positivos que não possam ser quantificados monetariamente e a identificação dos que provavelmente receberão os benefícios;
- 2) a descrição dos potenciais custos da regra, incluindo quaisquer efeitos adversos que não possam ser quantificados monetariamente e a identificação dos que possivelmente suportarão os custos;
- 3) a determinação dos potenciais benefícios líquidos da regra, incluindo a avaliação dos efeitos que não podem ser quantificados monetariamente;
- 4) a descrição das soluções alternativas que podem atingir os mesmos resultados regulatórios a um custo mais baixo, em conjunto com uma análise do seu potencial benefício e os seus custos com uma breve explanação das razões legais e por que essas alternativas, se propostas, não poderiam ser adotadas.

[grifos acrescidos]

Quanto à Ordem Executiva 13563/2011, no título “Melhorando a Regulação e o Controle Regulatório”, destaca-se o seguinte trecho (ARANHA *et al*, 2019, p. 157):

O nosso sistema regulatório deve proteger a saúde pública, o bem-estar, a segurança e o meio-ambiente ao mesmo tempo que deve promover crescimento, inovação, competitividade e criação de empregos. Ele deve apoiar-se na melhor ciência disponível, permitir a participação pública com abertura para troca de ideias, promover previsibilidade, reduzindo incertezas e identificar e usar os melhores, mais inovadores e menos onerosos instrumentos para atingir os fins regulatório. Deve, ainda, levar em conta os benefícios e custos, tanto quantitativos como qualitativos, assegurando que as regulações sejam acessíveis, consistentes, escritas em linguagem simples e fácil e mensurando para desenvolver os atuais resultados das determinações regulatórias.

[grifos acrescidos]

Segundo Aranha *et al* (2019, p. 157), as passagens acima evidenciam que, desde a década de 1980, os Estados Unidos pautam a regulação em análises de custo-benefício, dando preponderância aos aspectos quantitativos monetizados. Nesse contexto, a quantificação da eficiência se dá pelo conceito da “disposição para pagar” (*willingness to pay* – WTP), cuja grandeza mensura a capacidade e vontade de um agente obter determinado bem.

Tal aferição da eficiência, baseada na disposição de pagar, se assenta em dois pressupostos: a) a disposição para pagar (WTP) constitui um indicador de maximização de bem-estar dos agentes, visto que reflete as suas preferências; b) a disposição para pagar (WTP) reflete a autonomia dos agentes em realizar as suas escolhas, uma vez que os coloca como responsáveis pelas decisões que tomam (SUNSTEIN, 2006, p. 401).

Considerando que o Teorema de Coase estabelece que, ausentes custos de transação, os direitos de propriedade serão transferidos àqueles que estão mais propensos a pagar por eles (COASE, 1960, p. 15), uma política regulatória será eficiente quando os bens são entregues aos indivíduos com maior disposição a pagar (WTP).

Dessa forma, por meio do cálculo de custo-benefício, a atuação regulatória deve ter por finalidade produzir benefícios (monetizados) maiores do que as falhas de mercado que busca corrigir. Além disso, mesmo nos casos (excepcionais) em que a atuação regulatória gere custos maiores do que benefícios (regulação ineficiente), é um direito da sociedade conhecer tais custos e qual estrato social pagará por eles. Portanto, cabe destacar a centralidade e importância da monetização no cálculo da eficiência dos relatórios de impacto regulatório.

Por todo o exposto, a regulação deve promover um ambiente institucional, que induza comportamentos virtuosos e desejados. Para tanto, impõe-se a aplicação de estímulos indiretos, que conduzam a comportamentos desejados a partir de: a) uma articulação entre *enforcement* e *compliance*, que induza o cumprimento voluntário dos deveres; b) modelo regulatório, que estimule a colaboração e induza comportamentos virtuosos, a partir da cooperação como

primeira alternativa; c) decisões tomadas com base em análise de custo-benefício monetizada e que induzam os agentes de mercado a adotarem comportamentos racionais e eficientes.

#### 1.4 Teoria da Regulação Responsiva

Cabe antecipar que a regulação responsiva está listada entre os doze princípios do manual de boas práticas regulatórias da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2018). A Teoria surgiu em meio a uma tentativa de transcender posições ideológicas extremadas que, de um lado, defendem a intensificação da regulação e, de outro, a desregulação, conforme o próprio subtítulo do livro de Ayres e Braithwaite: transcendendo o debate da desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Nesse sentido, a desconstrução da oposição retórica entre regular e desregular apoiou-se tanto em constatações empíricas de ricochete de movimentos de desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 8), quanto em constatações de que a desregulação como política leva a sua autodestruição (SIGLER e MURPHY, 1988, p. 42-43) e de que movimentos de privatização vêm acompanhados do aumento da regulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 11). Dessa forma, regulação e desregulação constituem tendências sociais complementares, a intensificação de uma implica no aumento da outra.

Antes de adentrar nos pressupostos teóricos da Teoria da Regulação Responsiva (TRR), cabe antecipar que o principal autor, John Braithwaite, procurou apoiar o modelo regulatório responsivo em estudos empíricos, notadamente, no que se refere ao processo de tomada de decisão, do regulador e do regulado, a partir de modelagem em teoria dos jogos.

Ao se apoiar na teoria dos jogos, a TRR incorpora a ideia de que uma teoria normativa do agir estratégico e regulatório, que busca o comportamento desejado do regulado, deve partir de resultados empíricos, e não considerações apriorísticas, de modo a se apoiar na interação efetiva dos jogadores (SCHELLING, 2002, p. 162-163).

Para os autores da TRR, os atores regulados são combos de compromissos contraditórios com valores de racionalidade econômica, respeito às leis e responsabilidade nos negócios (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19). Não apenas cada regulado se comporta de uma forma, como cada um se manifesta de formas contraditórias no tempo. Tais comportamentos variam de acordo com o contexto, as motivações e incentivos, ou seja, cada resposta do regulado depende do ambiente regulatório, que muda constantemente.

Desse modo, não existem regras de conduta aplicáveis a todas as empresas, que resulte no mesmo comportamento, vez que cada regulado apoia a sua estrutura formal de ser em sua história, personalidades dos dirigentes, estatutos, que geram ambientes empresariais únicos no tempo e no espaço. Assim, uma dada solução regulatória não é capaz de gerar comportamentos equivalentes (BRAITHWAITE, 1985, p. 61-62).

Considerando que o regulado ora age motivado pelo lucro, ora pela responsabilidade social, o regulador deve levar em consideração que a conformidade à norma pode derivar, não apenas do temor de punição, mas também de uma opção deliberada pela conformidade

Nesse contexto, para que a regulação seja responsiva (sensível) à cada situação, é oportuna a aplicação da estratégia da retaliação equivalente, “isso por aquilo” (GOETTENAUER, 2019, p. 136), ou *tit-for-tat regulatory strategy*, que é oriunda do dilema do prisioneiro (teoria dos jogos).

As retaliações equivalentes partem da premissa de que o melhor desenho regulatório não constitui uma constante punitiva e nem uma constante persuasiva. Para a TRR, “persuadir” significa negociar, sendo refutada aplicações intransigentes de punições, no intuito de estimular um comportamento cooperativo do regulado (BRAITHWAITE, 1985). Dessa forma, a boa regulação migra de uma postura cooperativa para uma punitiva e vice-versa, conforme cada postura do regulado, que ora age racionalmente motivado pelo lucro e ora orientado pela responsabilidade social e pelos princípios nos negócios.

Segundo Aranha *et al* (2019, p. 220), tal abordagem implica na estratégia de se abster de aplicar sanções enquanto a empresa for cooperativa, uma vez que simulações computacionais de rodadas experimentais em teoria dos jogos demonstrarem que essa postura maximiza os resultados de conformidade à norma e minimiza custos regulatórios, sendo benéfico para ambos – regulador e regulado – enquanto ambos adotarem posturas cooperativas.

Desse modo, a importância da aplicação da teoria dos jogos à regulação decorre do fato de que, tanto o regulado como o regulador, somente detém trunfos em relação à outra parte enquanto persistirem na postura cooperativa. A partir do momento que o Estado lança mão de constrangimentos extrínsecos, culminando em sanções, ele perde a vantagem no jogo, o mesmo acontecendo com os regulados desleais à postura cooperativa.

Dessa forma, não só é disruptivo quando uma empresa se aproveita da postura cooperativa do regulador para trapacear no *compliance*, como também é disruptivo quando o regulador

aplica sanções a regulados cooperativos, vez que tal prática estimula o abandono da postura cooperativa e induz comportamentos contrários à regulação.

Nesse sentido, a boa regulação é aquela que sabe impor sanções, quando necessárias, mas, não, quando simplesmente possíveis, visto que estas consomem significativos recursos do regulador e, quando mal aplicadas, podem acarretar o abandono de uma postura cooperativa por parte do regulado (BRAITHWAITE, 1985, p. 126).

Desse modo, a sinergia entre punição e persuasão constitui a melhor estratégia regulatória, visto que acarreta menor resistência empresarial às normas, de modo que a resposta à pergunta “se é preciso punir ou persuadir” é “nem um nem outro, mas ambos”, visto que ambas são técnicas interdependentes e complementares.

Diante do exposto até aqui e levando em conta o espectro de comportamentos de cada ator regulado, a TRR estabelece quatro pressupostos (ARANHA *et al*, 2019, p. 211):

- a) uma estratégia regulatória inteiramente apoiada em persuasão e autorregulação será manipulada pelos regulados quando eles são motivados por racionalidade econômica;
- b) uma estratégia apoiada prioritariamente em punições mina a boa vontade dos atores quando eles são motivados por um senso de responsabilidade social;
- c) uma estratégia apoiada prioritariamente em sanções punitivas fomenta uma subcultura de resistência à regulação na organização empresarial, em que métodos de resistência legal e contra-ataque são incorporados no modo de ser da indústria;
- d) a estratégia regulatória da retaliação equivalente – *tit for tat* ou TFT – é eficaz em impedir o desrespeito às normas por atores puramente movidos por racionalidade econômica, mas também é útil em gerar confiança e ação ou compromisso cívico – civic virtue.

[grifos acrescidos]

Segundo Aranha *et al* (2019, p. 211), os pressupostos “a e b” derivam de Braithwaite (*To Punish ou Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*, 1985); o pressuposto “c” decorre de Bardach e Kagan (*Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, 1982); e o pressuposto “d” foi inspirado nas propostas de Anatol Rapoport sobre de teoria dos jogos e assimiladas à regulação por John Scholz, na linha da estratégia cooperativa (SCHOLZ, 1984a), e da conformidade voluntária (SCHOLZ, 1984b).

Ao valer-se da ferramenta da pirâmide regulatória (que será mais a frente detalhada), a regulação responsiva qualifica a necessária migração entre posturas cooperativas e punitivas, com base no pressuposto de que o regulador que promove a escalada de estratégias regulatórias tem uma vantagem comparativa frente ao que não faz uso dela (BRAITHWAITE, 1985, p. 142). Além disso, a existência de punições – em abstrato e em concreto – é um incentivo para o regulado ingressar no jogo cooperativo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 34).

Na prática, defende-se a escalada gradual de constrangimentos mais intrusivos aos descumpridores das normas, mas também a correspondente desescalada gradual dos constrangimentos aos agentes cooperativos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 128), conforme a estratégia de relações internacionais de redução gradual de tensão, sob o codinome *Graduated Reciprocation in Tension-Reduction – GRIT*.

Com relação às sanções graduadas, no livro “*Governing the Commons*” (OSTROM, 1990), cujo trabalho rendeu a autora o prêmio Nobel de 2009, foram apontados oito ‘princípios de desenho’ (*design principles*), ou regularidades institucionais, que foram observadas em civilizações, que lograram êxito em gerir bens de uso comum (como água, peixes e árvores), de modo a não cair na tragédia dos comuns e usar de forma racional e não predatória esses recursos.

Entre outras coisas, a autora observou a adoção de sanções graduadas aos responsáveis por violações de regras estipuladas pela comunidade no uso dos recursos naturais (princípio 5). Nesse contexto, observou-se que, na primeira violação, a punição era extremamente leve e aparentemente insuficiente para desestimular a ação. Porém, após violações subsequentes, a sanção ia aumentando até redundar na expulsão do transgressor do grupo ou até em algo pior. Dessa forma, a primeira sanção tinha mais um valor informacional e educativo do que repressor.

Desse modo, embora a Teoria da Regulação Responsiva preceda e não se relacione com o estudo de Ostrom, o fato é que a gradação de penalidades parece induzir comportamentos cooperativos sobre os seres humanos, o que não pode ser negligenciado pelos reguladores.

Nesse sentido, a escalada e a desescalada gradual na pirâmide de constrangimento representa elemento fundamental à literatura responsiva, tendo sido inspirada em estudos que revelam a ineficácia de se partir diretamente para estratégias dissuasivas, ao invés de se apelar à ética dos negócios e a medidas educativas sobre as consequências das ações do regulado (PATERNOSTER e SIMPSON, 1996).

Com efeito, a pirâmide é a representação mais conhecida da TRR e detém orientações no sentido de (ARANHA *et al*, 2019, p. 217-218):

- a) que persistam punições ameaçadoras no topo da pirâmide, pois a sua força é tanto maior quanto maior for a distância entre a base da pirâmide e as medidas intrusivas do seu ápice, inscrito na famosa afirmação de que “as agências reguladoras serão capazes de falar manso quando forem vistas com grandes cassetetes” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 6);
- b) que contemple uma hierarquia de sanções e de estratégias regulatórias de graus variados de intervencionismo;
- c) que funcione com controle cidadão apoiado no conceito de tripartismo republicano regulatório, o que gera maior aderência aos objetivos regulatórios, previne a corrupção, impede a captura danosa, encoraja certas formas de captura benéfica e nutre a democracia;

d) que inspire confiança na atitude esperada do regulador em escalar e desescalar o constrangimento normativo, ou seja, que transmita credibilidade quanto ao escalonamento ser real e efetivo, pois somente assim o regulador poderá, confiante no temor do regulado em sofrer a escalada de punições, concentrar-se em formas menos intrusivas e menos estadocêntricas de intervenção, beneficiando-se de uma governança *laissez-faire* sem abdicar da responsabilidade pública pela correção de comportamentos desviantes (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p.4-5). A regulação responsiva prefere tentativas fracassadas de punição à ausência de movimentação por parte do regulador nesse sentido, quando a cooperação falhar. Esforçar-se por punir, mesmo que fadado ao insucesso, é “muito mais eficaz do que docilmente abster-se de exercer poderes persecutórios” (BRAITHWAITE, 1985, p. 137), pois se resultar meramente em uma orientação interna empresarial de que todos os departamentos atentem para o problema, já se terá cumprido a função de reforço de normas internas e, portanto, de incentivo à conformidade.

e) que contemple a escalada não somente de punições formais, mas também de constrangimentos em geral, como frequência de atos de fiscalização (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38), monitoramento tripartite (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 54-100), ou seja, quaisquer ações que gerem desconforto no regulado e percepção de que terá migrado de uma posição de maior liberdade e segurança para outra de maior controle e ameaça.

[grifos acrescidos]

Desse modo, a TRR defende que a cooperação será mais provável quanto maior for a intensidade de três requisitos: a) o uso de uma estratégia de barganha de retaliação equivalente; b) a disposição hierárquica de uma gama de sanções e de estilos regulatórios interventores nas pirâmides de constrangimento; e c) a altura da pirâmide, representada pelo grau máximo de constrangimento da sua sanção mais severa (ARANHA *et al*, 2019, p. 212-213).

Nesse sentido, a regulação responsiva incorpora, por pressuposto, o tratamento isonômico dos regulados, na medida que o regulador recompensará a cada um de acordo com sua atuação em cada caso. Todavia, tal abordagem não deve ser confundida com um culto a recompensa, uma vez que a literatura responsiva entende que recompensas formais são contraproducentes, visto que incentivam um comportamento meramente reativo por parte do regulado (BRAITHWAITE, 2002). Por isso, a TRR recomenda que as recompensas formais sejam evitadas e somente sejam aplicadas em situações em que o regulado atue para além da conformidade esperada. Por outro lado, a Teoria recomenda o uso constante de recompensas informais a exemplo de elogios ou reconhecimento público.

Diante de todo o exposto, a TRR indica que (ARANHA *et al*, 2019, p. 222-224):

- a) o regulador deve ter sempre, como ponto de partida e primeira forma de abordagem de aproximação, a cooperação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 21);
- b) o regulador deve estabelecer uma sinergia entre punição e persuasão (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 25);
- c) o regulador deve se comportar de modo a transmitir um recado claro e em alto e bom tom de que atores regulados descumpridores das normas que não adotem, honestamente, posturas cooperativas, sofrem efetiva persecução, ou seja, deve transmitir a real impressão de credibilidade da atuação reguladora punitiva sob pena de desincentivar os atores cumpridores das normas quando eles não veem credibilidade na efetiva punição dos infratores (BOWLES, 1971);

d) o regulador deve dar tempo suficiente ao regulado para correção de conduta antes de escalar as sanções, o que reafirma sua reputação de regulador justo, apoiando-se na paciência como incentivo à adoção de postura cooperativa pelo regulado e no rigor exemplar e divulgação dos resultados punitivos para todos os regulados quando a postura cooperativa falhar (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 43);

e) o regulador deve identificar níveis de conformidade às normas, classificando-os na pirâmide de constrangimentos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 42) e, para cada nível de descumprimento das normas, deve existir um correspondente agravamento sancionatório (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 37), trabalhando com a abundância de meios sancionatórios, pois a escassez deles representa perda de eficácia da pirâmide regulatória;

f) o regulador deve adotar uma visão de longo prazo, tanto na compreensão do setor regulado, quanto na expectativa de colher os frutos do modelo da pirâmide regulatória (BRAITHWAITE, 1982, p. 1466);

g) a fiscalização regulatória deve ser episódica (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 42-43), ou seja, deve avançar sobre um tema específico com averiguação e escalada de constrangimentos para em seguida ser suspensa por determinado período, entendendo-se os episódios de fiscalização como forças-tarefa de prioridades estatais com início e fim para que o caráter punitivo ou persuasivo contínuo sofra interrupções estratégicas e retomadas.

[grifos acrescidos]

Quanto ao último aspecto, a fiscalização regulatória episódica reforça a ideia de que uma fiscalização concentrada em padrões de comportamento indesejados é mais eficaz do que uma fiscalização apoiada no cumprimento horizontal e contínuo de toda a regulamentação (BRAITHWAITE, 1985, p. 40). Por isso, a fiscalização episódica não se coaduna com a aplicação rotineira de penalidades, visto que esta postura destrói a cooperação e qualquer benefício oriundo da aplicação de sanções realmente graves.

Dessa forma, o regulador deve, inicialmente, valer-se de estratégias de persuasão e reservar a punição, no caso da inexistência de comportamento cooperativo do regulado, visto que quanto menos evidente e poderosa for a técnica de controle utilizada para alcance da conformidade, mais provável será a internalização da norma no comportamento do regulado. Nesse sentido, o regulador deve seguir o princípio do mínimo suficiente, devendo ir, apenas, até o ponto da pirâmide de constrangimento suficiente ao alcance da conformidade.

Além disso, a fase cooperativa de negociação regulatória é maximizada pelo efeito instrutivo e demonstrativo por parte do regulador, que deve evidenciar que os efeitos adversos advindos da não conformidade às normas serão inevitáveis. A cooperação entre regulador e regulado deve acontecer juntamente com uma clara demonstração dos efeitos maléficos da falta de aderência às normas, levando em conta tanto a reputação empresarial como a exposição pessoal (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 45).

Além disso, a regulação responsiva entende que a postura do regulado é também um reflexo da postura regulatória, na medida que esta pode trazer incentivos para uma mudança de

comportamento empresarial. Dessa forma, o tratamento respeitoso induz a manifestação de responsabilidade social por parte dos executivos da empresa. Por isso, a atuação estratégica do regulador deve ser orientada, não à acusação e à ameaça, mas ao esclarecimento e ao reforço da importância da aderência à norma, de forma a estimular a emergência de personalidade virtuosa no regulado (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 48).

Nesse contexto, um aspecto sensível na implementação da regulação responsiva está em uma comunicação competente sobre o modelo regulatório, que reforce a intenção estatal de cumpri-la à risca e a imagem de invencibilidade e justiça do regulador, que ocorre com a escalada ou desescalada progressiva das medidas de constrangimento. Isso porque essa postura faz emergir uma personalidade leal, cooperativa e de cumprimento às normas no regulado (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 47). Assim, uma comunicação prévia e clara quanto à intenção do regulador em escalar as punições da pirâmide, é um incentivo para a indústria procurar atuar nas camadas mais baixas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38).

Além disso, a Teoria defende que as melhores alternativas de desenho regulatório estão justamente no espaço de interação e influência recíproca entre a regulação estatal e a atividade privada regulada (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 3). Nesse sentido, a regulação responsiva constitui estratégia de governança do mercado e, partindo do reforço da autonomia do sistema regulado, defende que medidas regulatórias somente são efetivas quando confrontadas com medidas regulatórias internalizadas pelos atores regulados.

Por isso, o método de transposição de funções regulatórias do regulador para o regulado constitui importante ferramenta da TRR e se assenta também no escalonamento de formas de intervenção governamental, podendo estar previsto na pirâmide de constrangimento (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). Estratégias regulatórias que tornam as empresas reguladas como parte do processo de produção normativa, mediante ratificação pelo regulador, de normas produzidas pelo regulado, tendem a gerar maior aderência do comportamento empresarial às prescrições normativas (BRAITHWAITE, 1985, p. 126).

Nesse contexto, a literatura responsiva reserva espaço para identificar os destinatários da transposição de funções regulatórias, que podem ser: a) os grupos de interesse público (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 54-100); b) os competidores desregulados (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 133-157); c) as empresas reguladas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 101-132). Além disso, a transposição deve ser influenciada pelas técnicas regulatórias disponíveis ao regulador e pela natureza do destinatário.

Ainda em decorrência da transposição de funções regulatórias do regulador para o regulado, a TRR defende que a fiscalização regulatória realizada pela indústria é mais violenta, invasiva, detalhista e com maior capacidade de detecção de problemas que a realizada por agentes públicos (BRAITHWAITE, 1982, p. 1468).

Assim, seria um equívoco pressupor que a autoregulação seria menos efetiva do que outras formas de constrangimentos públicos (advertências, multas *etc.*), vez que existem evidências de que punições societárias podem ser muito mais severas do que as extrinsecamente implementadas (BRAITHWAITE, 1985, p. 122).

Por último, tão importante quanto o que fazer é o que não fazer no âmbito da regulação responsiva. A Teoria recomenda, veemente, que o regulador não aplique as medidas regulatórias da pirâmide de constrangimentos, de maneira independente e sem levar em conta a atuação do regulado. As diferentes estratégias devem ser vistas como um conjunto integrado de medidas escalonadas em gradação correspondente às motivações e comportamentos dos regulados. Portanto, o foco regulatório, baseado na aplicação de sanções drásticas ao invés da cooperação e na fiscalização episódica, minará os benefícios esperados com o modelo.

#### 1.4.1 Pirâmides regulatórias

As pirâmides propostas pela Teoria serão apresentadas a seguir. Como poderá ser observado, elas constituem mera apresentação visual de medidas regulatórias exemplificativas, sem que se esgotem as possibilidades de inovação por parte dos reguladores.

Além disso, cabe atentar ao fato de que as pirâmides são representações simplificadas da TRR e que o foco do regulador, apenas na forma, pode acarretar o afastamento dos pressupostos centrais da regulação responsiva (MASCINI, 2013).

Por último, cabe frisar a impossibilidade de espelhar ou sobrepor uma pirâmide na outra. Por exemplo, enquanto a pirâmide de estratégias regulatórias possui quatro níveis, a pirâmide de constrangimento tem seis. Dessa forma, o espelhamento ou a sobreposição de pirâmides geram incongruências, visto que a descrição das pirâmides apenas visa demonstrar a existência de prioridades regulatórias distribuídas desde a base até o topo de cada pirâmide.

Passa-se a apresentação das principais pirâmides previstas na literatura responsiva:

Figura 5: Pirâmide – Estratégias Regulatórias



Fontes: John Braithwaite (To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety, 1985, p. 142) e Ian Ayres e John Braithwaite (Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, 1992, p. 39) – apud ARANHA et al, 2019, p. 230.

A Pirâmide de Estratégias Regulatórias descreve as diferentes estratégias de regulação. Iniciando pela base, parte-se da autoregulação ou *self-regulation*, sobe-se para a autoregulação com constrangimento normativo estatal (autoregulação regulada), passa-se pelas sanções discricionárias e chega-se às punições vinculadas, as quais constituem estratégia de incêndio de pontes ou *burning bridges*, cujo conteúdo está em comunicar ao regulado a intenção de nunca retroceder (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38).

É possível ainda inserir, abaixo da autoregulação, mecanismos ainda menos intrusivos como instrumentos de mercado e voluntarismo (HEALY e BRAITHWAITE, 2006, p. 57). Nesse sentido, já na sua origem, a TRR buscou o apoio de parceiros privados na regulação, todavia, isso só veio a ser explorado profundamente quando da internalização do conceito de governança nodal, a partir de estudos que focaram na viabilidade de aplicar a pirâmide regulatória a países em desenvolvimento (DRAHOS, 2004; BRAITHWATE, 2006).

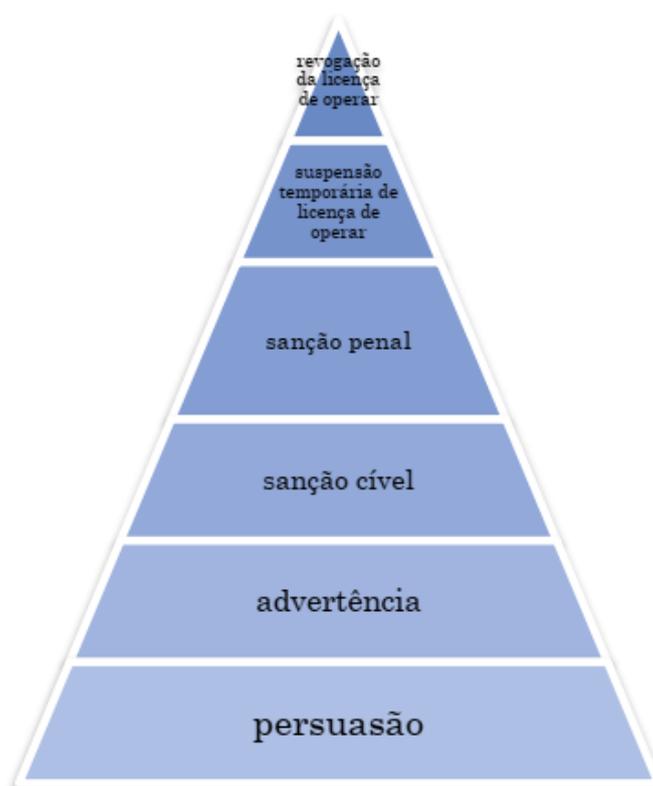
Nesse contexto, em 2004, surgiu ramo da Teoria que, apoiado na Teoria da Governança Nodal (TGN), buscou explicar a crescente globalização da propriedade intelectual de fármacos a partir da coordenação nodal de uma pirâmide de constrangimento internacional (*international enforcement pyramid*). Tal estrutura evidenciou a importância de atores não-estatais, ao

viabilizarem a conformidade ao padrão global de direitos de propriedade intelectual de patentes em diversos países (DRAHOS, 2004, p. 411-419).

Em Drahos (2004), é descrito como o setor privado pode potencializar os efeitos das pirâmides de constrangimento pelos nós de governança. Inspirada nas redes de CASTELLS (2000), a TGN conceitua nó como os meios organizacionais específicos, em que são concentrados recursos de múltiplas redes para produção de ação (DRAHOS, 2004, p. 410).

Desse modo, a TGN prescreve o uso de parceiros privados para contornar a falta de capacidade de fiscalização regulatória de países em desenvolvimento, por meio de atores não-estatais na rede de governança, que tendem a pressionar o regulado em desconformidade, valendo-se, inclusive, de recompensas a agentes privados que descobrirem atitudes desviantes dos regulados (BRAITHWAITE, 2006, p. 894).

Figura 6: Pirâmide – Medidas de Constrangimento



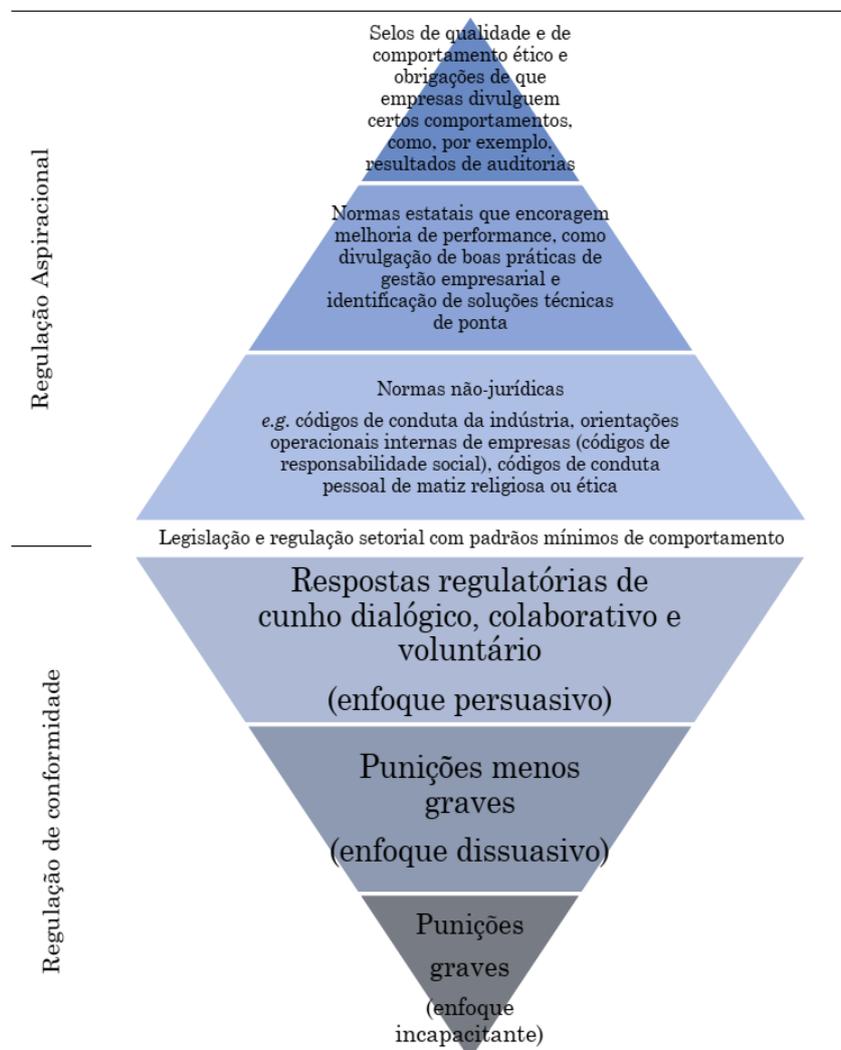
Fonte: Ian Ayres e John Braithwaite (*Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, 1992, p. 35 - apud ARANHA et al, 2019, p. 230).

A Pirâmide de Constrangimento explicita as diferentes técnicas de aplicação das normas. Cabe ao regulador definir os métodos mais adequados para cada setor e promover, em resposta a atuação do regulado, a escalada ou desescalada gradual dos constrangimentos. Tal escalonamento segue a lógica de assumir a existência de três tipos de regulados: o virtuoso, o racional e o irracional (BRAITHWAITE, 2011, p. 486).

Entre as ferramentas persuasivas, destacam-se ações educativas, a formação de comitês privados de fiscalização, o aumento de fiscalização, a publicidade de más práticas dos regulados, inclusão de empresa em lista de acompanhamento especial *etc.*

Quanto às medidas repressivas, estas se dividem em constrangimentos dissuasivos (*deterrence*) e incapacitantes (*incapacitative*). As primeiras, localizadas na parte intermediária da pirâmide, visam impedir ou prevenir a ação danosa, sendo representadas por advertências, multas e intervenção. As segundas, localizadas no topo da pirâmide, como a declaração de caducidade, por sua natureza definitiva e final, dirigem-se aos atores irracionais (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 30).

Figura 7: Diamante Regulatório



Fonte: Aranha *et al* (2019, p. 233)

A TRR passou a reforçar aspecto que não estava presente em suas primeiras formulações, qual seja a conformidade para além das regras. Nesse sentido, o diamante tem o objetivo de

ampliar o conceito de regulação com referência ao comportamento para além da conformidade ou *beyond compliance* (BORCK e COGLIANESE, 2011).

Para KOLIEB (2015, p. 159), não há nada de virtuoso em simplesmente cumprir as normas. Nesse sentido, autor entende que, visando satisfazer objetivos regulatórios, o conceito de regulação englobaria também métodos e mecanismos de incentivo aos regulados para irem além de padrões normativos de conduta (KOLIEB, 2015, p. 137).

A metade inferior do diamante reúne as já apresentadas medidas persuasivas e punitivas da pirâmide de constrangimento com a finalidade de regular, visando a conformidade às normas. A metade superior trás as contribuições de estudos sobre conformidade para além das normas – regulação aspiracional ou *aspirational regulation*. Por sua vez, a parte central do diamante representa o espaço regulatório, em que ocorre a maioria das interações entre regulado e regulador, como medidas educativas e mecanismos cooperativos apoiados no diálogo e na cooperação (KOLIEB, 2015, p. 152).

Assim, a principal contribuição do diamante regulatório é unir os polos aspiracionais e de conformidade e revelar que o *compliance* não exaure a relação regulatória (KOLIEB, 2015, p. 155).

Desse modo, o autor defende que o comportamento de conformidade, na base da pirâmide, seria uma mistura entre virtude e racionalidade, e que a parte superior do diamante estaria orientada por uma regulação aspiracional, no intuito de criar um mercado para a virtude (KOLIEB, 2015, p. 162).

## **CAPÍTULO 2 – TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA: A REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS**

A TRR defende que a atuação regulatória ideal depende da postura do regulado no tempo, que ora atua como agente racional (visando maximizar a própria utilidade) ora guiado por princípios sociais e de ética nos negócios. Nesse contexto, o *compliance* pode derivar, não apenas do temor de punição, mas também de opção deliberada pela conformidade.

Dessa forma a Teoria rechaça a aplicação de punições aos agentes enquanto estes estiverem cooperando, visto que tal estratégia, além de consumir significativos recursos da regulação, ser lenta e muitas vezes pouco eficaz, induz uma mudança do comportamento do regulado, que deixa de cooperar e passa a dotar uma postura de embate com o regulador.

A TRR prevê uma sinergia entre mecanismos persuasivos (de coerção interna) e mecanismos punitivos (de coerção externa). Partindo de uma comunicação competente sobre o modelo regulatório, consubstanciado na escalada ou desescalada progressiva das medidas de constrangimento, a depender do comportamento do regulado, transmite-se a certeza aos agentes de que as medidas mais drásticas serão aplicadas àqueles que insistirem na não conformidade.

Localizados nas bases das pirâmides regulatórias, os mecanismos de persuasão se destinam aos agentes que buscam a cooperação e a aderência normativa, mas não a alcançam por razões estranhas a sua vontade. Para eles, a atuação mais adequada se baseia em ferramentas persuasivas como ações educativas, aumento da fiscalização (*blitz* fiscalizatória), publicidade de más práticas, inclusão da empresa em listas de acompanhamento especial, dentre outras.

Entre os mecanismos punitivos, estes são destinados aos agentes que não buscam o *compliance* regulatório e se dividem em constrangimentos dissuasivos e incapacitantes. Os primeiros, localizados na parte intermediária da pirâmide, visam prevenir a ação danosa e são representados por advertências, multas, intervenção, dentre outras. Os segundos, localizados na parte superior da pirâmide, à exemplo das declarações de inidoneidade ou caducidade, por sua natureza drástica e definitiva, dirigem-se aos atores irracionais.

Este capítulo avaliará a existência de mecanismos persuasivos (para induzir a conformidade) na regulação das concessões de rodovias federais, bem como a eficácia dos principais mecanismos da ANTT para fazer cumprir suas regulações e o *compliance* do setor.

## 2.1 Da existência de mecanismos de persuasão e da avaliação da eficácia dos mecanismos de *enforcement* da ANTT na regulação das concessões de rodovias federais no Brasil

Esta seção avaliará a existência de mecanismos persuasivos e a aplicação dos mecanismos de *enforcement* na regulação das concessões de rodovias federais.

Iniciando a análise pelos mecanismos persuasivos, verificou-se que as Resoluções ANTT 4.071/2013 (ANTT, 2013a) e 5.083/2016 (ANTT, 2016a), que tratam, respectivamente, da aplicação das sanções de advertência e multa por inexecução contratual e do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades, não preveem nenhum mecanismo de persuasão para as empresas reguladas.

Similarmente, os mencionados normativos não conferem discricionariedades aos fiscais, no sentido de, havendo irregularidade e a depender das circunstâncias do caso concreto, como a existência de boa-fé ou postura cooperativa do regulado, deixar de propor penalidades.

No setor de telecomunicações, a Resolução Anatel 746/2021 (ANATEL, 2021) prevê a adoção de mecanismos de persuasão, separadamente ou em conjunto, como a divulgação de dados setoriais e de desempenho na internet. Também está prevista a orientação dos regulados para instruí-lo acerca de aspectos como normas, procedimentos e documentação probatória.

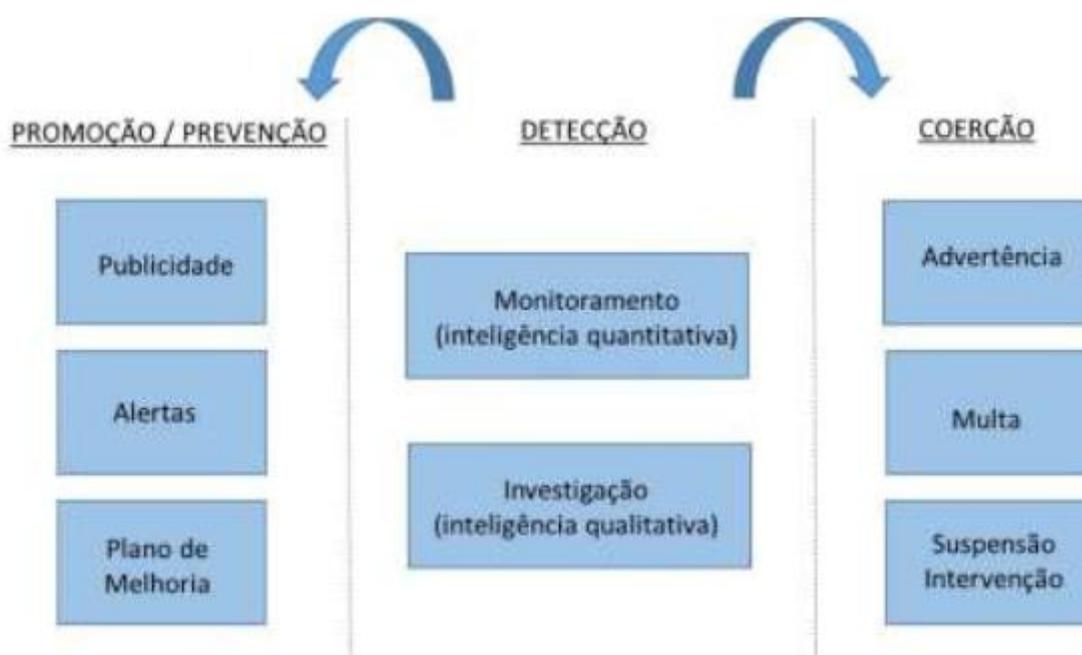
Em caso de não conformidades, o normativo prevê a notificação do regulado para a regularização, com a fixação de prazo razoável para a sua implementação, ou a apresentação de plano de conformidade, se comprometendo a demonstrar o cumprimento das obrigações e a reparação do dano causado aos usuários em prazo a ser fixado (ANATEL, 2021a, p. 11-12).

Quanto à fiscalização das rodovias concedidas, o Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas (ANTT, 2016b) e o Manual de Fiscalização das Concessionárias do Serviço Público de Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal – Aspectos Econômicos e Financeiros (ANTT, 2017a) – não apontam nem um mecanismo de categorização dos regulados e nem metodologia de identificação de riscos ou priorização do que será fiscalizado.

Recentes mudanças implementadas pelos modelos de fiscalização responsiva da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq) podem orientar a racionalização das fiscalizações da ANTT e promover o *compliance* no setor.

No caso da Aneel, o Planejamento Estratégico do quadriênio 2014-2017 estabeleceu o objetivo de “modernizar e aperfeiçoar o processo de fiscalização”. Uma das medidas adotadas foi a elaboração de um novo *framework* de fiscalização, baseado na literatura responsiva. A primeira fase da nova estrutura fiscalizatória foi classificada como “detecção” e compreende atividades de monitoramento e investigação. A partir do monitoramento de dados obtidos pelas empresas reguladas, foram aplicadas técnicas de inteligência analítica – transformação de dados brutos em informação por meio de processamento computacional. Valendo-se de indicadores de desempenho, a Agência passou a identificar riscos atuais e futuros para a conformidade e para o atingimento dos resultados regulatórios pretendidos (FERNANDES, 2018, p. 20-21):

Figura 8 – Nova Estrutura de Fiscalização Elaborada na Reforma do Modelo da Aneel



Com base em conceitos de responsividade, foco em risco e base em evidências, passou-se a selecionar empresas que apresentaram resultados insatisfatórios para passarem pela etapa de investigação. Nesta etapa, é realizada uma avaliação qualitativa, em que a Aneel, valendo-se da *expertise* dos fiscais, elimina falsos-positivos e avalia as empresas selecionadas em um nível mais aprofundado, momento em que são elaboradas e averiguadas hipóteses sobre as possíveis causas dos riscos e das não conformidades identificadas e os regulados são acionados para prestarem informações e esclarecimentos remotamente. Após avaliação do nível de risco das não conformidades verificadas e do comportamento dos agentes para o cumprimento das regras e atingimento de padrões estabelecidos, decide-se se a fiscalização seguirá para o espectro da persuasão (esquerda da figura), pela prevenção/promoção de conformidade, ou para o espectro da coerção (direita da figura), a partir da dissuasão (FERNANDES, 2018, p. 21).

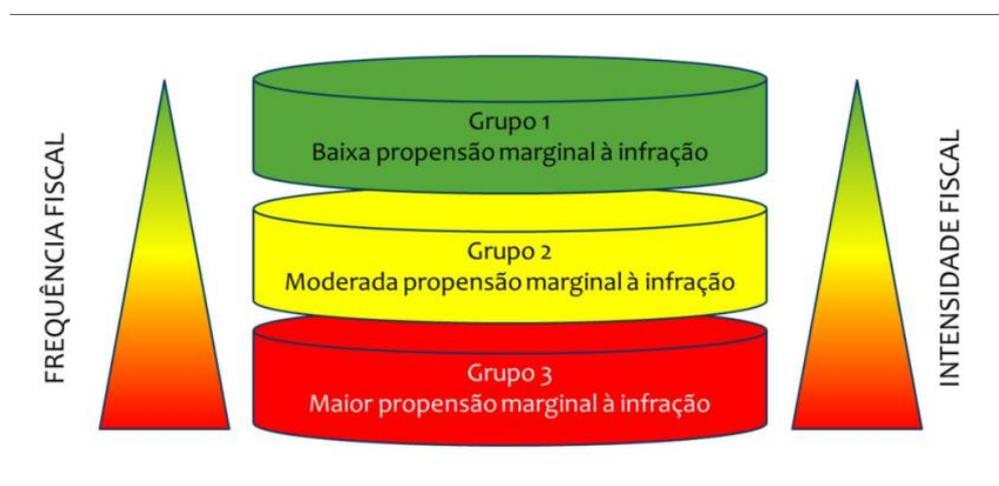
Caso a estratégia seja a da prevenção/promoção do *compliance*, a Aneel executa ações como: publicização de relatórios com indicação da categoria de desempenho de cada empresa regulada; emissão de alertas aos agentes com desempenho inadequado e orientação de correção; e estabelecimento de plano de melhoria/resultados para empresas com desempenho insuficiente e riscos intermediários à qualidade da prestação dos serviços (FERNANDES, 2018, p. 21).

Caso o monitoramento indique alto risco e ou comportamento não cooperativo em relação às ações já realizadas de prevenção/promoção de conformidade, a fiscalização segue de maneira coercitiva. A depender da não conformidade e do histórico comportamental do regulado, aplica-

se penalidades como advertência, multa, suspensão, intervenção, revogação de outorgas e impedimento temporário de participação no mercado (FERNANDES, 2018, p. 21-22).

No caso da Antaq, em 2017, deu-se início a desenho de modelagem de gerenciamento de risco regulatório baseada no histórico comportamental dos fiscalizados e no desenvolvimento de indicadores, os quais foram divididos em três tipos de risco: risco primário (baixa propensão ao cometimento de infrações e pequeno dano/impacto); risco potencial (média propensão ao cometimento de infrações e médio dano/impacto); e risco incidental (alta propensão ao cometimento de infrações e alto dano/impacto). Com base nisso, a Agência passou a agrupar as fiscalizações em três macro faixas (COELHO DA COSTA e FONSECA, 2021, p. 16-17):

Figura 9 – Formato de Agrupamento e Correlação com Frequência e Intensidade Fiscais



Para viabilizar a adoção de critérios de frequência e intensidade e a alocação piramidal da TRR, a Antaq decidiu apresentar a divisão acima em um formato de agrupamento baseado no Triângulo de Pascal e na Sequência de Fibonacci, o que permitiu a extração de grandezas como intensidade e frequência das fiscalizações juntamente com a manutenção de níveis de fiscalização mais exequíveis (COELHO DA COSTA e FONSECA, 2021, p. 18):

Figura 10 – Modelo do Triângulo de Pascal e Sequência de Fibonacci

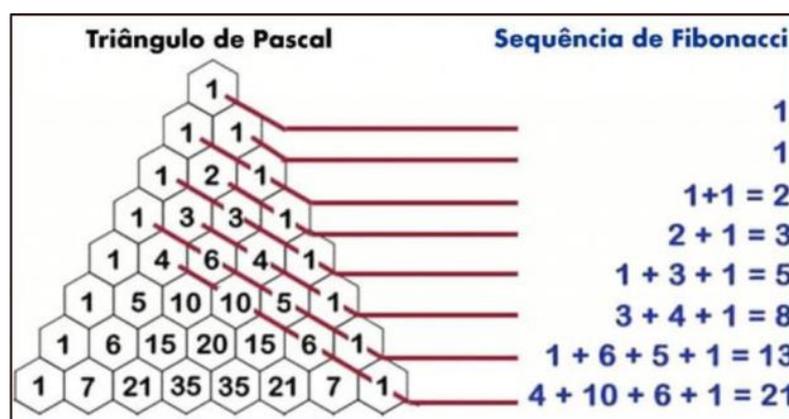
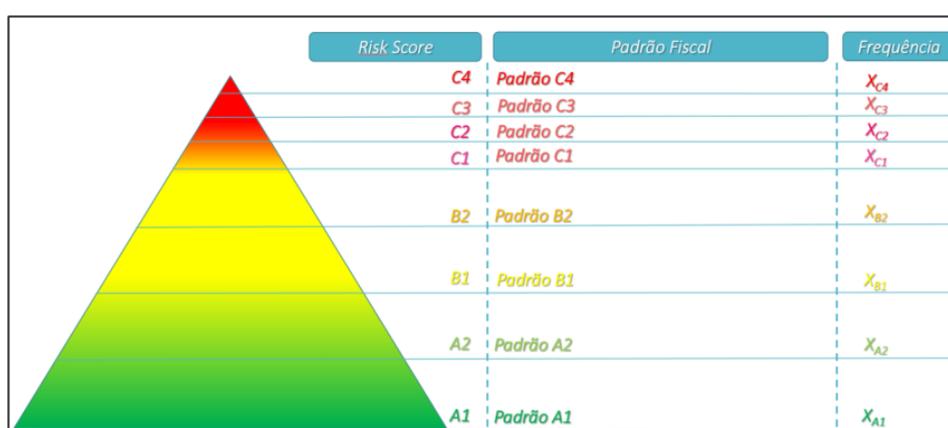


Figura 11 – Modelo Final de Pirâmide Antaq



Conforme colocam Coelho da Costa e Fonseca (2021, p. 14-13), este modelo de fiscalização foi implantado para enfrentar o crescente aumento do universo de fiscalizações (novas outorgas do setor aquaviário) e a redução contínua da equipe de fiscalização da Antaq.

Tal cenário se alinha ao experienciado pela ANTT. Segundo o Relatório Anual de Atividades de 2020 (ANTT, 2021a, p. 197), a necessidade de recompor a força de trabalho é urgente. A Lei 10.233/2001 (BRASIL, 2001a) previu 1.705 servidores, o quantitativo máximo chegou a 1.016 em dezembro de 2014 e, em dezembro de 2020, existiam apenas 945, equivalente a 55,4% do total. Por outro lado, o número de rodovias concedidas vem crescendo continuamente, evidenciando a necessidade de racionalizar os recursos da Agência, a partir de um modelo de fiscalização baseado em evidências e com foco no risco e na proporcionalidade.

Em que pese a inexistência de mecanismos de persuasão e a ausência de modelo de gerenciamento de risco na regulação das concessões de rodovias federais, a ANTT vem implementando esforços no sentido de adotar uma atuação responsiva.

Em 2019, a Portaria 130/2019 (ANTT, 2019a) constituiu grupo de trabalho para desenvolvimento do Projeto Atuação Responsiva (PAR), que engloba “ações relacionadas à concepção e implementação de métodos de trabalho e mecanismos de atuação com foco no conceito de responsividade, visando a modernização da regulação e fiscalização da agência”.

Em 2020, a Portaria 34/2020 (ANTT, 2020a) estabeleceu que a ANTT deverá observar diretrizes de atuação responsiva, como análise de riscos regulatórios; adoção, quando cabível, de mecanismos de correção e autorregulação; e priorização de ferramentas de persuasão.

Anexo da portaria estabeleceu referencial teórico para aplicação das diretrizes de atuação responsiva, destacando os seguintes tópicos de pesquisa exploratória (i) Fiscalização Responsiva; (ii) Fiscalização e Regulação por Evidências; (iii) Instrumentos de Regulação por Incentivos. A documentação menciona ainda os três pilares para a atuação responsiva da Agência: a) a pirâmide de fiscalização; b) o sequenciamento da escalada sancionatória; e c) utilização de estratégias de persuasão em complementaridade às estratégias de dissuasão.

Ainda em 2020, a Portaria 636/2020 (ANTT, 2020b) aprovou plano de trabalho do PAR, definindo três eixos de atuação: a) Eixo 1: Promover uma maior efetividade da regulação por meio de desenhos de regulação responsiva que permeie as atividades de fiscalização e regulamentação; b) Eixo 2: Padronizar os modelos utilizados na 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; e c) Eixo 3: 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.

O normativo fixou ainda a atuação do PAR em seis frentes temáticas: I. Fiscalização Responsiva; II. Regulação por Incentivos e Evidências; III. Revisão Normativa; IV. Sistemas Informativos; V. Desenho Estratégico da Ouvidoria; e VI. Automação do Processo Sancionador (ANTT, 2020b). Por fim, anexo a Portaria estabeleceu os resultados esperados com o PAR, destacando-se a revisão de instrumentos de governança regulatória, a revisão de normas, a criação de normativos e manuais que reflitam os conceitos de atuação responsiva e a elaboração de desenho de fiscalização responsiva com o uso de evidências (ANTT, 2020b).

Em 2021, foi elaborada a Resolução 5.950/2021 (ANTT, 2021b), que, com vigência a partir de 2022, estabeleceu importantes mecanismos para a concretização de uma regulação responsiva. O *caput* do art. 10 dispõe que a ANTT aprovará periodicamente a classificação das

concessionárias. O parágrafo único do mesmo artigo, ao dispor que “os indicadores a serem utilizados para fins de compor índice de desempenho regulatório deverão valorizar as ações e os resultados positivos, que extrapolem as exigências contratuais”, reforça uma regulação aspiracional ou para além das regras, conforme proposto por (KOLIEB, 2015, p. 155). Por último, o art. 11 estabelece que a Agência publicará informações sobre o desempenho das empresas no cumprimento das obrigações contratuais.

Portanto, em que pese a ausência de mecanismos de persuasão e de modelo de fiscalização e gerenciamento de risco regulatório, a ANTT vem desenvolvendo medidas, como o PAR e a Resolução 5.950/2021, visando implementar aspectos responsivos na regulação do serviço.

Passando para os instrumentos de coerção externa, a ANTT dispõe dos seguintes mecanismos de *enforcement*: a) aplicação de multas b) revisões tarifárias<sup>6</sup>; d) declaração de caducidade e declaração de inidoneidade. A seguir serão avaliados estes instrumentos.

Quanto às multas, conforme se extrai do anexo da Portaria 636/2020 (ANTT, 2020b), a ANTT, entre 2013 e 2019, expediu 1.351 notificações de multa às concessionárias de rodovias federais, dos quais, apenas 1,77% foram pagas em razão do elevado grau de judicialização.

Analisando-se os demais modais, verifica-se que a situação não é diferente. Conforme o Relatório Anual de Atividades de 2020 (ANTT, 2021a, p. 190), em 2019, a Agência aplicou R\$ 1,505 bilhões em multas em todos os modais que regula, tendo arrecadado R\$ 32,301 milhões ou 2,14% do montante total. Em 2020, foram aplicados R\$ 2,594 bilhões em multas e arrecadado apenas R\$ 34,155 milhões ou 1,3% do total.

Considerando a importância desse instrumento para garantir o *compliance* do setor, é necessário compreender as causas de tão baixo desempenho e enfrentá-las. A ausência de informações públicas quanto aos processos administrativos de apuração de infrações impediu o devido aprofundamento da matéria. Em que pese isso, serão apresentadas a seguir algumas possíveis causas do significativo número de judicializações das multas do setor.

Em primeiro, o art. 19 da Resolução 4.071/2013 (ANTT, 2013a), que trata da aplicação de penalidade decorrente de inexecução contratual, vincula a multa, pela inexecução de investimentos, ao valor financeiro total das inexecuções do exercício, o que possibilita que uma disputa

---

<sup>6</sup> As revisões tarifárias não são um instrumento de punição, mas de recomposição do equilíbrio econômico dos contratos de concessão. Em que pese isso, a possibilidade de imposição de duras perdas de receitas às concessionárias, em razão de reduções tarifárias, que acontecem nesse procedimento administrativo, torna a revisão tarifária periódica um importante mecanismo de *enforcement* da ANTT.

(judicial ou arbitral) sobre infração ou obrigação de executar investimento isolada dificulte ou até impeça a Agência de definir a base de cálculo da única multa que aplica por ocasião ciclo anual de apuração:

Art. 19. À inexecução parcial ou total, correspondente aos valores financeiros apurados anualmente a partir do cronograma total, vigente da concessão, será aplicada sanção, garantida prévia defesa, no valor de 25% (vinte e cinco por cento) do valor financeiro da inexecução, respeitados os limites mínimo e máximo estabelecidos nos art. 2º e art. 3º desta Resolução, sem prejuízo da declaração de caducidade, a critério da ANTT.

[grifos acrescidos]

Em segundo, a Resolução 4.071/2013 (ANTT, 2013a) prevê prazos, descrição e valores das infrações distintas dos previstos em cada contrato. Dessa forma, o normativo que poderia uniformizar o tratamento entre as empresas e simplificar a fiscalização, na prática, traz mais exceções e complexidade, vez que continuam vigentes as correspondentes disposições de cada ajuste de cada concessão.

Ainda quanto à Resolução 4.071/2013, em agosto de 2020, a Concessionária Via 040 protocolou, em sede de juízo arbitral, pleito para a declaração de nulidade das multas, com base neste normativo. Conforme a petição<sup>7</sup> (CCI, 2020a, p. 9-11), as multas devidas seriam ilíquidas e, conseqüentemente, nulas porque o normativo fixou o valor das multas com base na URT (unidade de referência da tarifa), que tem como referência o valor tarifário. As multas seriam ilíquidas porque existe uma divergência da Concessionária com a Agência quanto ao valor das tarifas. Para a empresa, o valor do pedágio deveria ser R\$ 5,30; para a ANTT, R\$ 2,54, em razão da aplicação do desconto de reequilíbrio por obras que não foram executadas. Até o fechamento deste trabalho, o juízo arbitral não decidiu sobre este pleito.

Ainda com relação às multas, uma característica marcante das concessões de rodovias federais é a complexidade do acompanhamento contratual, em razão da diversidade de obrigações, frentes de serviço e sistemas de uma rodovia concedida. Nesse contexto, existem inúmeras obrigações principais e acessórias que se conectam e podem dar origem a questionamentos quanto a eventual duplicidade punitiva. Para remediar isso, sistemas de informação são imprescindíveis, não apenas para obter evidências para a regulação, como para individualizar condutas e afastar questionamentos de *bis in idem*.

Passando para as revisões tarifárias, embora não constituam um instrumento de punição, mas de recomposição do equilíbrio econômico do contrato, o mecanismo induz a conformidade, uma vez que investimentos atrasados ou não executados impactam negativamente nas tarifas. Pelo mesmo raciocínio, caso uma obra seja antecipada, as tarifas aumentarão após a revisão.

---

<sup>7</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2643770/200812+-+VIA+040+%282a.%29+-+Requerimento+Institui%C3%A7%C3%A3o+Arbitragem+-+PROTOCOLO+-+Assinado+-+Assinado.pdf/7b5c3a80-1b2e-177a-2fa1-cb96c5e8c07a?version=1.0&t=1626789803493>

Dessa forma, no caso da inexecução de investimentos, a ANTT impõe uma redução na receita das concessionárias, as incentivando a regularizar as obrigações contratuais atrasadas. Além disso, o desconto de reequilíbrio não afasta a aplicação de penalidades como multa.

Todavia este importante mecanismo vem sendo fragilizado, em vista de decisões judiciais, suspendendo os descontos tarifários aplicados pela ANTT. Na sequência serão apresentados alguns casos de descontos de reequilíbrios que foram suspensos pela Justiça.

Tabela 1 – Suspensão de Desconto de Reequilíbrio por Decisão Judicial

Concessionária	Decisão/Referência	Discriminação
Concebra	Deliberação 964/2019 (ANTT, 2019b)	"Art. 3º <b>Em razão da Ação Cautelar nº 1014379-79.2019.4.01.3400</b> , que, entre outros itens, determina que a ANTT <b>se abstenha de promover redução tarifária</b> , ficam mantida as tarifas aprovadas por meio da Deliberação nº 628, de 28 de agosto de 2018, que aprovou a 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio - TBP, na forma das tabelas anexas."
Concer	Deliberação 972/2019 (ANTT, 2019c)	"Art. 6º <b>Em razão da Ação de Tutela Antecipada Antecedente nº 1025293-08.2019.4.01.3400</b> , que entre outros itens determina que a ANTT <b>se abstenha de promover redução tarifária</b> , ficam mantidas as tarifas aprovadas por meio da Deliberação nº 1.001, de 11 de dezembro de 2018, na forma da tabela anexa."
MSVia	Deliberação 34/2020 (ANTT, 2020c)	Suspendeu o desconto de reequilíbrio em razão do <b>Processo Judicial 1041040-13.2019.4.01.0000</b> .
Autopista Fluminense	Deliberação 1.100/2019 (ANTT, 2019d)	Suspendeu o desconto de reequilíbrio da Concessionária NovaDutra, em razão do <b>Agravo de Instrumento 1032887-88.2019.4.01.0000</b> .
Rota do Oeste	Deliberação 1.051/2019 (ANTT, 2019e)	"Art. 3º <b>Em razão da Liminar</b> deferida no <b>Processo Judicial nº 1019784-14.2019.4.01.0000</b> , ficam mantidas as <b>Tarifas aprovadas</b> por meio da Deliberação ANTT nº 828, de 10 de outubro de 2018, publicada no D.O.U. de 17 de outubro de 2018, que aprovou a 3ª Revisão Ordinária, 6ª Revisão Extraordinária e o Reajuste da Tarifa Básica de Pedágio da Concessionária, na forma da tabela anexa, enquanto vigente a referida decisão judicial."
Via 040	Deliberação 1.012/2019 (ANTT, 2019f)	Suspendeu os efeitos do desconto de reequilíbrio aplicado a Concessionária Via 040, em vista da <b>Ação Cautelar 1014300-37.2018.4.01.3400</b> , 17ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.
Rodovia do Aço	Deliberação 1.036/2019 (ANTT, 2019g)	"Art. 1º Suspende os efeitos da Deliberação nº 911, de 24 de setembro de 2019, publicada no Diário Oficial da União de 25 de setembro de 2019, que aprovou a 10ª Revisão Extraordinária e a 11ª Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão da BR393/RJ – Divisa MG/RJ – Entroncamento BR-116, firmado com a Concessionária K-Infra Concessões Rodovia do Aço S/A, relativo ao Edital nº 007/2007".

ViaBahia	Decisão judicial 1023220- 63.2019.4.01.3400 (BRASIL, 2019c)	"(...) <b>mantenha as mesmas bases econômico-financeiras contratuais, aí incluída a condição tarifária, sem nova redução</b> "
----------	--	--

Cabe destacar que as decisões judiciais que impedem a redução das tarifas têm se baseado, diversas vezes, na existência de cláusula de arbitragem nos contratos de concessão e na ausência de deliberação de pedido de revisão quinquenal, à exemplo da decisão proferida no Processo 101978414.2019.4.01.0000, referente à Concessionária Rota do Oeste, e da decisão do Processo 1023220-63.2019.4.01.3400, referente à Concessionária ViaBahia:

Concessionária Rota do Oeste (ANTT,2019h, p. 3)

(...) a Decisão Judicial proferida no Processo 1019784-14.2019.4.01.0000 (1157839) determinou à ANTT que se abstenha "de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia em desfavor da agravante, assim como que mantenham as condições tarifárias vigentes, até que seja solucionado o pedido de revisão quinquenal (apresentado em novembro de 2018) ou até que exista deliberação do juízo arbitral sobre o tema".

[grifos acrescidos]

Concessionária ViaBahia (BRASIL, 2019c)

Ante o exposto, com base no poder geral de cautela e com fundamento no art. 22-A da Lei nº 9.307/96, DEFIRO A MEDIDA ACAUTELATÓRIA requerida nesta ação cautelar para assegurar que, até a apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral e/ou até a apreciação do pleito de revisão contratual, a ANTT mantenha as mesmas bases econômico-financeiras contratuais, incluída a condição tarifária, sem nova redução; ii) se abstenha de aplicar penalidades administrativas e contratuais atreladas a obrigações de investimento, inclusive a de caducidade, respeitado o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; e iii) se abstenha de impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no contrato de concessão.

[grifos acrescidos]

No caso da Concessionária ViaBahia, com base na existência de cláusula de arbitragem, a decisão acima, não só proibiu o desconto tarifário, como também a aplicação de penalidades<sup>8</sup> e a imposição de obrigações à concessionária, de modo a comprometer significativamente o enforcement da ANTT sobre aquela empresa. Cabe frisar que, antes da inclusão de cláusula de juízo arbitral nesta concessão, a ANTT logrou êxito na defesa das suas prerrogativas, tendo o Poder Judiciário condenado esta empresa a cumprir suas obrigações contratuais atinentes às obras de duplicação da BR-116/BA, que estavam atrasadas<sup>9</sup>:

<sup>8</sup> No caso da Concessionária CRO, o juízo suspendeu apenas a cobrança das multas, ou seja, a Agência, em que pese não poder exigir o pagamento das multas, poderia continuar as aplicando.

<sup>9</sup> Conforme matéria jornalística disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2018/09/11/justica-determina-que-viabahia-duplique-trechos-da-br-116-e-pague-r-5-milhoes-por-atrasos-em-obra.ghtml>

A Justiça Federal determinou, em decisão do dia 4 de setembro, que a concessionária Viabahia, que administra trechos de rodovias da Bahia, duplique os subtrechos 15 a 20 da BR-116, a partir do Km-735, no sudoeste do estado, até a divisa com Minas Gerais.

Além disso, deverá pagar R\$ 5 milhões por danos morais coletivos, referentes ao atraso nas obras, que deveriam ter sido concluídas em setembro deste ano, mas que segundo o Ministério Público Federal (MPF), ainda não foram iniciadas.

(...)

Ainda segundo decisão do juiz Fábio Stief Marmund, a Viabahia terá o prazo de 180 dias para apresentar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (Antt) os projetos e licenciamentos de execução das obras, e mais 12 meses para concluir a duplicação de cada subtrecho, sem a possibilidade de revisão contratual. Caso os prazos não sejam cumpridos, a concessionária pagará multa de R\$ 50 mil por dia de atraso.

[grifos acrescidos]

Quanto à Concessionária CRO, a decisão do Judiciário, no sentido de a ANTT se abster de exigir penalidades contratuais, impor descontos de reequilíbrio, executar garantia contratual e reduzir as tarifas, até que seja feita a revisão quinquenal ou exista deliberação do juízo arbitral, ocorreu em agosto de 2019 (CCI, 2020b, p. 4). Em janeiro de 2020, o juízo arbitral<sup>10</sup> manteve os efeitos da antecipação de tutela (CCI, 2020b, p. 4). Na ausência de uma deliberação definitiva do juízo arbitral, passados 38 meses, a ANTT continua impedida de exercer a suas principais prerrogativas.

Similarmente, em 2019, a Justiça Federal da 1ª região deferiu o pedido de antecipação de tutela<sup>11</sup>, da Concessionária MS Via, para “suspender os efeitos da Deliberação 1.025/2019 até que apreciados os conflitos decorrentes de desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral (CCI, 2020c, p.120). No mesmo ano, esta Concessionária solicitou, junto ao juízo arbitral<sup>12</sup>, um pedido de reequilíbrio no valor de R\$ 357.000.000,00 (CCI, 2019a, p. 10). As causas desse pedido de reequilíbrio, bem como de outros formulados por outras empresas, serão tratados adiante.

---

<sup>10</sup> Conforme Ordem Processual 4 – p. 4 –, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597097/200127+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+4.pdf/5a69f576-cc4f-715e-f378-71a49ca3673d?version=1.0&t=1626720654677>

<sup>11</sup> Agravo de instrumento 0002451-662019.4.01.0000. Conforme manifestação da ANTT, em sede de resposta às alegações iniciais, no âmbito do Procedimento Arbitral 24957/PFF (p. 120) – disponível em: [https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/0/201019%20-%20ANTT%20-%20Resposta%20%E0s%20Alega%E7%F5es%20Iniciais%20\(Vers%E3o%20Assinada\).pdf/d20bd8e8-6e04-b834-8fba-72cf431f7fce](https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/0/201019%20-%20ANTT%20-%20Resposta%20%E0s%20Alega%E7%F5es%20Iniciais%20(Vers%E3o%20Assinada).pdf/d20bd8e8-6e04-b834-8fba-72cf431f7fce)

<sup>12</sup> Conforme petição inicial da Concessionária em sede de juízo arbitral, Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597103/191211+-+MSVIA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/15da5786-52c8-b796-ebb6-5fdcc7d5b3f4?version=1.0&t=1626727886263>

Em que pese isso, antecipa-se que a decisão mais recente do juízo arbitral<sup>13</sup> suspendeu, com base em pleitos de reequilíbrio da Concessionária MS VIA, pendentes de apreciação, não apenas a exigibilidade de aproximadamente R\$ 392 milhões de multas, como também a aplicação do desconto de reequilíbrio pela ANTT, em razão das obras que não foram executadas (CCI, 2021a. p. 37- 40). Ao final da decisão (p. 40), foi apresentado voto divergente, que expôs que os pleitos de reequilíbrio apresentados ao juízo arbitral nem sequer foram formulados administrativamente à ANTT.

Dessa forma, a empresa logrou êxito em suspender, junto ao juízo arbitral, dois importantes mecanismos de enforcement (multa e desconto de reequilíbrio) da ANTT, com base em pretensão de reequilíbrio, que nem chegou a pleitear à Agência. Passados 18 meses, a Ordem Processual 4 continua vigente, impedindo que a Agência exija multas e aplique desconto de reequilíbrio (por obras atrasadas), até que este juízo delibere definitivamente sobre os pedidos de reequilíbrio formulados em 2019 (CCI, 2019a). Conforme exposto, a falta dessa deliberação, pela corte arbitral, também foi a causa de o Judiciário suspender o desconto tarifário por obras não executadas<sup>14</sup> (CCI, 2020c, p.116).

Além disso, a referida deliberação faz referência a decisão arbitral anterior, de tutela cautelar antecedente (p. 39), que também não está disponível no sítio da ANTT, o que, novamente, fragiliza a compreensão do processo pela sociedade e consequentemente o controle popular e a obtenção de evidências<sup>15</sup> para o processo regulatório, por meio do público externo.

Similarmente, no âmbito da Concessão da BR-060, BR-153 e BR 262/DF/GO/MG, o juízo arbitral suspendeu revisão tarifária da ANTT, com base em pleito de reequilíbrio da Concessionária Concebra pendente de decisão final de mérito. Em julho de 2019, a empresa questionou<sup>16</sup> a aplicação do reequilíbrio pelas obras que não executou (Fator D), em razão dos pedidos de reequilíbrio que formulara e da falta de revisão quinquenal do contrato, por demora da ANTT (CCI, 2019b, p. 14-15).

---

<sup>13</sup> Ordem Processual 4, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597106/210422+-+Tribunal+-+Ordem+processual+n%C2%BA+04.pdf/a8ef2bbe-aa08-bdc0-7528-4750b963815c?version=1.1&t=1632494346610>

<sup>14</sup> Conforme manifestação da ANTT, em sede de alegações iniciais, no âmbito do Procedimento arbitral 24957/PFF (p. 116), esta Deliberação reequilbrou o contrato em vista de obras não executadas.

<sup>15</sup> Assunto que será tratado no próximo capítulo.

<sup>16</sup> Conforme a petição inicial no juízo arbitral, disponível em (p. 14-15):

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597060/190705+-+CONCEBRA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/be4e5b81-c7e5-e507-7914-da10b7e13581?version=1.0&t=1626469283813>

Quanto aos pleitos de reequilíbrio formulados, estes serão analisados mais adiante. O fato é que, em junho de 2020, o juízo arbitral determinou<sup>17</sup> que a ANTT, enquanto não for proferida a decisão final sobre o pedido de reequilíbrio, se abstenha de instaurar processo administrativo voltado à decretação de caducidade; se abstenha de exigir da Concessionária as “obras de ampliação de capacidade e melhorias”, “obras em trechos urbanos” e “obras de arte especiais”; e a impossibilidade de cobrar multas, em razão da não execução das mencionadas obras (CCI, 2020d, p.59).

Em novembro de 2020, o juízo arbitral determinou<sup>18</sup> que a ANTT se abstenha de reduzir a tarifa para patamar inferior ao aprovado pela Deliberação 964/2019 (CCI, 2020e, p. 5). Em março de 2021, este juízo determinou<sup>19</sup> que a Agência proceda à anulação dos autos de infração; se abstenha de exigir da Concebra (além dos investimentos mencionados anteriormente), as obras relativas à frente de serviços operacionais e as decorrentes ao volume de tráfego (gatilho); a anulação da Deliberação 455/2020 (que aprovou a 5ª Revisão Ordinária e a 9ª Revisão Extraordinária) – conforme (CCI, 2021b, p. 40-41). Interessante que essa última deliberação consignou (p. 41) que foi deixado de aplicar penalidade à ANTT, visto que a ela registrou já ter suspenso os efeitos da Deliberação 455/2020 e parado de enviar novos pedidos de execução de obras atrasadas. Passados 28 meses, as mencionadas suspensões impostas à ANTT continuam vigentes, frente a não deliberação definitiva, pelo juízo arbitral, dos pleitos de reequilíbrio solicitados pela Concebra.

Desse modo, são oportunos estudos da ANTT no sentido de compreender, não apenas as principais causas das suspensões pela Justiça dos reequilíbrios econômicos, como também se as cláusulas de arbitragem vêm corroendo a capacidade de a Agência fazer cumprir suas decisões e tornando mais burocrática e lenta decisões regulatórias, como a revisão tarifária anual e o desconto de reequilíbrio, que deveriam ser automáticos e céleres. Cabe lembrar que os juízos arbitrais foram trazidos da experiência internacional, todavia não se sabe se este modelo de solução de controvérsias precisa ser ajustado para se adaptar à realidade brasileira.

---

<sup>17</sup> Ordem Processual 3, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/200617+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+03.pdf/5bccd294-94a3-c447-d4c1-c13419cefa90?version=1.0&t=1626469191080>

<sup>18</sup> Ordem Processual 10, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/201112+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+10.pdf/58856545-2a9d-e279-f265-41eae5fdb4e7?version=1.0&t=1626469195743>

<sup>19</sup> Ordem Processual 15, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/210311+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+15.pdf/0097ba7f-4a06-fe46-468a-fcdbcea31c06?version=1.0&t=1626469198017>

Quanto à não deliberação de pedido de revisão quinquenal, as concessionárias estão usando esse argumento para afastar, no Poder Judiciário e nos juízos arbitrais, a imposição de descontos de reequilíbrio e a imposição de penalidades. Além do mencionado caso da Concessionária CRO (p. 54), a empresa Via Bahia protocolou<sup>20</sup>, em sede de juízo arbitral, pleito pela suspensão da Resolução 5.859/2019 (que trata das revisões quinquenais), alegando que o normativo teria sido criado “sob medida” para inviabilizar a inclusão de obras na sua concessão (CAMCCBC, 2021, p. 5). Nesse contexto, a Companhia pediu a suspensão da Resolução, para que a ANTT não encerrasse o processo administrativo de revisão quinquenal (sem acrescentar obras), de modo a fazer cair a liminar concedida nos autos do agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000 e possibilitar a decretação da sua caducidade (CAMCCBC, 2021, p. 5-6). Conforme consignado na p. 53, a falta de deliberação de pedido de revisão quinquenal foi a causa para o Poder Judiciário afastar o desconto de reequilíbrio e a aplicação penalidades.

Assim, a ANTT vinha tentando concluir a deliberação do pedido de revisão quinquenal (para fazer cair a antecipação de tutela anterior da Justiça) e a Concessionária Via Bahia veio buscar, junto ao juízo arbitral, a suspensão da Resolução, para impedir a Agência de concluir a mencionada revisão e poder voltar a exigir obrigações e aplicar sanções como a caducidade. Desse modo, a empresa tem atuado, de maneira coordenada, junto ao Judiciário e ao juízo arbitral, para impedir a ANTT de poder exigir o cumprimento do contrato e de aplicar as suas principais ferramentas de *enforcement* (desconto de reequilíbrio, multa e caducidade).

Portanto, são necessários estudos da ANTT para compreender, não apenas a repercussão dos juízos arbitrais, como também os efeitos da Resolução 5.859/2019 (que trata das revisões quinquenais) sobre os seus mecanismos de *enforcement* e sobre o setor regulado<sup>21</sup>.

Conforme será especificamente tratado ao final deste capítulo, o atraso da ANTT, na deliberação dos pleitos de revisão quinquenal, pode ser uma consequência de a Resolução criar incentivos para que as concessionárias, por ocasião dessas revisões, pleitearem todo tipo de obras, inclusive, aquelas dispensáveis, possibilitando incrementos tarifários significativos e potencialmente contrários à modicidade tarifária e à capacidade de pagamento dos usuários.

---

<sup>20</sup> conforme Ordem Processual 11, disponível em (p. 5-6):

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597088/210504+-+Tribunal+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+11.pdf/8080a128-919a-61e0-1f51-5f472e97064e?version=1.0&t=1626787966640>

<sup>21</sup> no capítulo seguinte (tópico 3.2), será apresentada avaliação do Relatório de Impacto Regulatório (RIR), que aprovou a Resolução 5.859/2019.

Passando para as penalidades mais duras (localizadas no topo da pirâmide), o art. 78-I da Lei 10.233/2001 (BRASIL, 2001a) prevê que a declaração de inidoneidade será aplicada a empresas que tenham praticado ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação ou de execução de contrato. O art. 78-J da Lei dispõe que as empresas apenadas não poderão participar de licitação ou receber outorga de concessão pelo prazo de até cinco anos. Em que pese o poder da medida para induzir o *compliance*, o histórico de inexecuções do setor<sup>22</sup> e a existência de casos extremos de inconformidades apuradas pelo TCU<sup>23</sup>, a penalidade nunca foi aplicada.

Quanto à declaração de caducidade, esta constitui a penalidade mais drástica nas concessões de serviços públicos. Tal penalidade deve ser aplicada aos atores irracionais (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 30), aqueles que não buscarão a conformidade, independente da situação e do comportamento do regulador. Segundo o art. 38 da Lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995), por meio dela, o poder público extingue a concessão, **independentemente de indenização prévia** à empresa e sem resultar qualquer espécie de responsabilidade ao poder concedente, em relação a encargos, ônus, obrigações ou compromissos da empresa com terceiros.

Nesse contexto, conforme apontado em TCU<sup>24</sup> (2019a, p. 7), com base em informações da ANTT, existem concessionárias que se destacam pelo comportamento destoante, em termos de inexecução de investimentos, em um contexto geral do setor, que é marcado pelo histórico de inexecuções contratuais, sobretudo, de obras de ampliação da capacidade e melhorias da rodovia. Em que pese isso, a ANTT apenas impôs essa penalidade à Concessionária Galvão, que assumiu o trecho BR-153, todavia, sem dar início aos investimentos previstos no trecho.

Dessa forma, a ANTT não vem aplicando os seus mecanismos de *enforcement* mais incisivos para, nos casos extremos de não conformidade, fazer com que algumas concessionárias cumpram obrigações de investimentos fundamentais que se obrigaram a fazer.

---

<sup>22</sup> Vide p. 13-14 deste trabalho.

<sup>23</sup> O Acórdão 140/2020-TCU-Plenário apresentou caso de concessionária de rodovia que simulou serviços e fraudou custos nas obras de construção da 4ª faixa da BR-290/RS, o que resultou no apontamento de dano ao erário, no valor de R\$ 91.473.592,08 - ref. março de 2016). Esta decisão encontra-se disponível em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A140%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A140%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520)

<sup>24</sup> Vide p. 13-14 deste trabalho.

Cabe, portanto, avaliar se as cláusulas de juízo arbitral recentemente introduzidas vêm impedindo ou dificultando a ANTT de impor a decretação de caducidade. Além do mencionado caso, em que a Agência está impedida, desde junho de 2020, de aplicar, à Concessionária Concebra, não apenas, penalidades, como a caducidade, como também exigir da empresa obrigações contratuais, bem como reduzir suas tarifas, em vista de investimentos não executados (p. 55-56), cabe citar a restrição imposta, pelo juízo arbitral, à ANTT, de exercício de seus mecanismos de *enforcement* mais incisivos, na Concessão da BR-040/DF/MG.

Passados 33 meses, desde que o juízo arbitral<sup>25</sup> concedeu medida liminar à Concessionária Via 040, em janeiro de 2020, a ANTT, não só continua impedida de aplicar penalidades, como a caducidade, como exigir obrigações de investimentos da empresa, bem como reequilibrar suas tarifas, em vista de obras não executadas (CCI, 2020f, p. 32-38).

Cabe frisar que a regulação responsiva pressupõe, não apenas medidas persuasivas (previstas na base da pirâmide), como também o escalonamento das medidas intrusivas, consubstanciado na transmissão de certeza para os regulados de que as medidas mais duras serão aplicadas aos regulados que insistirem na não conformidade e na não cooperação.

Além disso, a finalidade de aplicar as penalidades mais graves, como a declaração de caducidade e a declaração de inidoneidade, nas situações extremas de não conformidade, não é apenas punir incisivamente o ator irracional (e até retirá-lo do jogo), mas transmitir para os demais *players* a certeza de que as inconformidades serão realmente reprimidas. Do contrário, os demais agentes podem perceber vantagens, inclusive financeiras, no comportamento dos regulados irracionais e passar a adotar posturas de oposição à regulação.

Assim, cabe a ANTT entender o que vem inviabilizando a aplicação das sanções mais graves. Similarmente às multas e às revisões tarifárias, é preciso compreender se aspectos, como existência de cláusula de juízo arbitral e a ausência de deliberação de pedido de revisão quinquenal, vem impedindo ou dificultando a imposição da penalidade de caducidade.

No caso dos juízos arbitrais, os casos de suspensão da exigência de obras, de imposição de desconto de reequilíbrio e da aplicação de penalidades como as multas e a declaração de caducidade tiveram como causa pleitos de reequilíbrio, propostos pelas concessionárias, que

---

<sup>25</sup> Ordem Procedimental 3, disponível em (p. 32-38):  
<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/200107+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+03+%28mantendo+liminar%29.pdf/73445862-e58a-f698-bac6-c4cb014ba804?version=1.0&t=1626788964787>

ainda não foram deliberados definitivamente. Ocorre que já se passaram vários meses e até anos, sem deliberação final, pelos tribunais arbitrais, dos pleitos de reequilíbrio formulados.

Além da mora de decisão definitiva pelos juízos arbitrais, os pleitos de reequilíbrio, por vezes, têm se baseado em argumentos genéricos, como crise econômica, e em argumentos frágeis, em vista da clareza dos dispositivos contratuais relativos à alocação dos riscos.

Menciona-se o caso da Concessionária Via Bahia que, em sua petição<sup>26</sup>(CAMCCBC, 2019, p. 5-13) pleiteou ao juízo arbitral reequilíbrio econômico de R\$ 3 bilhões (p. 13) com base em pleitos como impacto de solo massapê (p. 7), desconto de reequilíbrio (p. 9), readequação das obras de ampliação da capacidade (p. 10-11) e atraso na abertura das praças de pedágio (p. 12).

Quanto ao solo Massapê e ao pleito de readequação das obras de ampliação da capacidade, segundo as cláusulas 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do contrato de concessão<sup>27</sup>, cabe a Concessionária executar as obras constantes do Programa de Exploração da Rodovia (PER) – (p. 13-14). Segundo a cláusula 9.1.4 (p. 14), 10.1 e 10.2 (p. 16) e 19.1.2 (x) – (p. 29-30):

#### Cláusula 9.1.4

A Concessionária declara e garante ao Poder Concedente que a qualidade dos projetos, da execução e da manutenção das obras e dos serviços objeto da Concessão é, e sempre será, suficiente e adequada ao cumprimento do Contrato e do PER, responsabilizando-se integralmente por qualquer desconformidade com os Parâmetros de Desempenho e especificações técnicas neles estabelecidos.

#### Cláusula 10.1

A Concessionária declara que obteve, por si ou por terceiros, todas as informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais.

#### Cláusula 10.2

A Concessionária não será de qualquer maneira liberada de suas obrigações contratuais, tampouco terá direito a ser indenizada pelo Poder Concedente, em razão de qualquer informação incorreta ou insuficiente, seja obtida por meio da ANTT, da União, ou qualquer outra fonte, reconhecendo que era sua incumbência de fazer seus próprios levantamentos para verificar a adequação e a precisão de qualquer informação que lhe foi fornecida.

#### Cláusula 19.1.2 (ix)

A concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

---

<sup>26</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597085/190903+++VIABAHIA++Requerimento+de+Arbitragem.pdf/4a541feb-3bd8-090f-2c70-a8169d4c0863?version=1.0&t=1626788186543>

<sup>27</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia/documentos-de-gestao/contratos-e-aditivos/contrato.pdf/view>

(...)

(x) gastos resultantes de defeitos ocultos em bens da Concessão.

[grifos acrescidos]

Portanto, carece de respaldo contratual os pleitos formulados pela Via Bahia, atinentes a presença de solo massapê, bem como a sua irresignação relativas às obras de ampliação da capacidade previstas no contrato de concessão, vez que são riscos alocados à Concessionária.

Quanto ao desconto de reequilíbrio, conforme as cláusulas 20.1.1 e 20.1.2 (p. 31), tanto a Concessionária como a ANTT podem solicitar a recomposição do equilíbrio econômico. Conforme a planilha de execução acumulada de obras<sup>28</sup>, a empresa, até o 12º ano do contrato, executou apenas 28,98% das obras previstas no fluxo de caixa original (investimentos previstos originalmente no contrato), 41,76% das obras previstas no fluxo de caixa marginal (investimentos acrescentados por aditivo), tendo executado apenas 30,45% das obrigações totais previstas. Assim, cabe a ANTT reequilibrar as inexecuções pelo desconto de reequilíbrio.

Quanto ao atraso na abertura das praças de pedágio, a cláusula 16.1 do contrato (p. 23) estabelece que a cobrança do pedágio somente poderá ter início após a conclusão dos trabalhos iniciais, que constituem os investimentos iniciais (básicos) que devem ser executados como requisito para a cobrança das tarifas. Assim, o atraso da abertura das praças de pedágio, em razão de atraso na entrega de investimentos, deve ser imputado à concessionária.

Além disso, analisando-se os pedidos de reequilíbrio, no âmbito dos juízos arbitrais, observa-se que o pleito “mudanças das condições de financiamento” apareceu entre as Concessionárias Via 040<sup>29</sup>(CCI, 2018a, p.8-9), Galvão<sup>30</sup> (CCI, 2018b, p. 5), CRO<sup>31</sup> (CCI,

---

<sup>28</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia/documentos-de-gestao/execucao-acumulada-de-obras-de-ampliacao-de-capacidade-e-melhorias/execucao-acumulada-obras.xlsx/view>

<sup>29</sup> Petição inicial, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596910/180917++VIA+040+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/de7230cb-4074-a153-2e45-e1066ccfd1a7?version=1.0&t=1626788702007>

<sup>30</sup> Petição inicial, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597054/180131++GALV%C3%83O+-+Requerimento+de+Instaura%C3%A7%C3%A3o+de+Arbitragem.pdf/139b926c-19b9-f1f0-45e0-95278de62a37?version=1.0&t=1626726585897>

<sup>31</sup> Petição inicial, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597094/181001+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/268970f1-c393-1937-25fb-21580f902263?version=1.0&t=1626720743830>

2018c, p. 8), Concebra<sup>32</sup> (CCI, 2019b, p. 4-6), MS Via<sup>33</sup> (CCI, 2019a, p. 3) e Via Bahia<sup>34</sup> (CAMCCBC, 2019, p. 6). Nesse contexto, a Concebra (p. 4 da sua petição) chega a mencionar “Carta de Apoio dos Bancos Públicos”, que teria sido assinada pelo BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil. Ocorre que, em pesquisa ao *google*, a mencionada carta não foi achada. Independente disso, o fato é que o contrato de concessão, de todas essas empresas, é expresso e claro pela responsabilidade das concessionárias assumirem o risco de financiamento: Via 040<sup>35</sup> (cláusulas 26.1 e 26.3 – p.50); Galvão<sup>36</sup> (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 54); CRO<sup>37</sup> (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 51), Concebra<sup>39</sup> (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 50-51); MS Via<sup>40</sup> (cláusulas 26.1 e 26.3 – p.50-51) e Via Bahia<sup>41</sup> (cláusulas 8.1 e 8.3 – p. 13).

---

<sup>32</sup> Petição inicial, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597060/190705+-+CONCEBRA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/be4e5b81-c7e5-e507-7914-da10b7e13581?version=1.0&t=1626469283813>

<sup>33</sup> Petição inicial, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597103/191211+-+MSVIA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/15da5786-52c8-b796-ebb6-5fdcc7d5b3f4?version=1.0&t=1626727886263>

<sup>34</sup> Petição inicial, disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597085/190903+-+VIABAHIA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/4a541feb-3bd8-090f-2c70-a8169d4c0863?version=1.0&t=1626788186543>

<sup>35</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-040/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/contrato.pdf/view>

<sup>36</sup> Disponível em

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/galvao-br-153/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/contrato.pdf/view>

<sup>37</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/rota-do-oeste/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/contrato.pdf/view>

<sup>38</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-040/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/contrato.pdf/view>

<sup>39</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/concebra/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/contrato.pdf/view>

<sup>40</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ms-via/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/contrato.pdf/view>

<sup>41</sup> Disponível em:

<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia/documentos-de-gestao/contratos-e-aditivos/contrato.pdf/view>

Em que pese a expressa menção contratual à responsabilidade das empresas pelos financiamentos, o juízo arbitral<sup>42</sup> só veio a indeferir este pleito, da Concessionária Via 040, em novembro de 2021 (CCI, 2021c, p. 47-48), ou seja, 37 meses após a Concessionária fazer o pedido. Cabe destacar que este pleito só foi decidido porque o juízo decidiu<sup>43</sup> (CCI, 2021d, p. 16-17), após pedido da Procuradoria da ANTT, bifurcar o processo entre questões eminentemente jurídicas e questões de produção de provas. No caso das demais empresas, como não houve ainda a bifurcação do feito, tal pleito de reequilíbrio continua sem decisão.

Similarmente, as Concessionárias Via 040 (CCI, 2018a, p. 7-8), Concebra (CCI, 2019b, p. 18), MSVia (CCI, 2019a, p. 4) pleitearam reequilíbrio com base na alegada crise econômica do país, que teria frustrado as expectativas de tráfego das rodovias. No caso da Concessionária Via Bahia, a sua petição traz que o Acórdão TCU 2.461/2015-Plenário<sup>44</sup>, que julgou as denominadas “pedaladas fiscais”, teria reconhecido que o descontrole de gastos e descumprimento de normas de finanças públicas pelo Governo Federal teria contribuído para a crise verificada nos anos seguintes (CAMCCBC, 2019, p. 6-7). Em razão disso, a crise econômica teria sido causada ou ao menos agravada, em grande parte pelos atos do poder público, como teria sido reconhecido, pelo TCU, e restaria configurado fato de príncipe apto a ensejar o direito da concessionária à recomposição do equilíbrio-financeiro.

Ocorre que a cláusula 21.1.1 do contrato da Via 040 (p. 41), do contrato da Concebra (p. 42) e do contrato da MS Via (p. 42) e a cláusula 19.1.2 (i) do contrato da Via Bahia (p. 29) estabelecem que a Concessionária é responsável, integral e sem limitação, pelo ‘volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente’. Similarmente, a cláusula 21.1.9 do contrato da Via 040 (p. 42), do contrato da Concebra (p. 43) e do contrato da MS Via (p. 43) e a cláusula 19.1.2 (vi) da Via Bahia (p. 29) estabelecem que a

---

<sup>42</sup> Conforme e a sentença arbitral parcial (p. 47-48), disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/211117+-+TRIBUNAL+-+Senten%C3%A7a+Parcial.pdf/af3167e7-7f31-b6a9-b218-f09bc128aba0?version=1.0&t=1650456520620>

<sup>43</sup> Ordem Procedimental 11, disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/210423+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+11.pdf/28554b5e-8f6a-5e64-3bf6-f1337e5ffb8e?version=1.0&t=1626788954053>

<sup>44</sup> Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2461%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2461%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520)

empresa é responsável ‘pelo atraso dos cronogramas previstos no PER ou de outros prazos estabelecidos entre as partes ao longo da vigência do contrato’.

Em que pese a clareza dos dispositivos contratuais, o juízo arbitral (CCI, 2021c, p. 47-48) só veio a indeferir este pleito, da Concessionária Via 040, em novembro de 2021, ou seja, 38 meses após a Concessionária ter feito o presente pedido de reequilíbrio. Novamente, tal pleito só foi deliberado, porque o juízo decidiu (CCI, 2021d, p. 16-17) bifurcar o presente processo (em questões jurídicas e matéria de produção de provas). No caso das demais empresas, como não houve a bifurcação do feito, tal pleito de reequilíbrio, que poderia ter uma solução célere, em vista da clareza dos dispositivos contratuais, permanece sem decisão final.

Portanto, os casos de suspensão da exigência de obras, de imposição de desconto de reequilíbrio e da aplicação de penalidades como as multas e a declaração de caducidade tiveram como causas pleitos de reequilíbrio, que poderiam ser rapidamente solucionados em vista da fragilidade de certas alegações e da clareza dos dispositivos contratuais envolvidos.

Dessa forma, cabe a ANTT verificar, se as cláusulas de juízo arbitral, recentemente incluídas nos contratos, estão criando incentivos para que as concessionárias busquem os juízos arbitrais, para afastar a imposição de importantes mecanismos de *enforcement* da Agência, com base em pleitos de reequilíbrio frágeis, genéricos e sem fundamento contratual.

Similarmente, é preciso compreender os efeitos da extinção amigável das concessões (relicitação) sobre a aplicação da declaração de caducidade no setor rodoviário. Transcreve-se a seguir alguns dispositivos da Lei 13.448/2017 que tratam do instituto (BRASIL, 2017):

Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

(...)

II - a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento.

III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

(...)

§ 2º As multas e as demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente deverão ser abatidas dos valores de que trata o inciso I do § 1º deste artigo, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.

§ 3º O pagamento ao anterior contratado [concessionário] da indenização calculada com base no § 2º deste artigo será condição para o início do novo contrato de parceria.

[grifo e destaque acrescido]

Conforme a leitura do §3º do art. 15, a extinção amigável dos contratos é muito mais vantajosa aos concessionários do que eventual declaração de caducidade, visto que, na última, ocorre o abandono (nesse caso, compulsório) do serviço, sem a possibilidade de indenização prévia de investimentos realizados (art. 38 da Lei 8.987/1995). Dessa forma, o dispositivo cria incentivos para que as empresas busquem devolver, amigavelmente, as suas concessões, antes, de eventual imposição da declaração de caducidade, podendo, dessa forma, serem indenizadas<sup>45</sup> previamente ao abandono (nesse caso, espontâneo) do serviço prestado.

Nesse contexto, a Concessionária Via 040 buscou<sup>46</sup> o juízo arbitral para afastar a instauração de processo de caducidade, visando ganhar o direito de relimitar a sua concessão (CCI, 2018a p. 12-14). Passados 33 meses de decisão cautelar deste juízo<sup>47</sup>, a ANTT continua impedida de decretar a caducidade enquanto esta corte delibera os pleitos de reequilíbrio da empresa.

Assim o pedido de relimitação, que não é uma punição (é um ato bilateral), não pode ser usado por concessionários para buscar um tratamento favorável à declaração de caducidade, sob pena de aniquilar o mecanismo de *enforcement* mais incisivo do regulador.

Além disso, a previsão de indenização prévia à concessionária que formular pedido de relimitação (§3º do art. 15) cria incentivos para que grupos econômicos tomem decisões gerenciais pelo abandono de projetos viáveis para, com o recurso financeiro da indenização, se

---

<sup>45</sup> por um suposto saldo favorável entre ‘investimentos realizados/não amortizados’ e ‘direitos da ANTT contra a concessionária’, como multas atrasadas e desequilíbrios contratuais por obras não realizadas.

<sup>46</sup> Conforme petição inicial, disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596910/180917+++VIA+040++Requerimento+de+Arbitragem.pdf/de7230cb-4074-a153-2e45-e1066ccfd1a7?version=1.0&t=1626788702007>

<sup>47</sup> Ordem Procedimental 3, disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/200107+++TRIBUNAL++Ordem+Processual+n%C2%BA+03+%28mantendo+liminar%29.pdf/73445862-e58a-f698-bac6-c4cb014ba804?version=1.0&t=1626788964787>

posicionarem em outros empreendimentos ou em outras estratégias de investimentos mais rentáveis.

Por último, a relicitação pode limitar o poder de decisão do Poder Concedente, bem como restringir a sua capacidade de realizar importantes investimentos de ampliação da capacidade e de melhorias em importantes trechos rodoviários do país. Isso porque, conforme consignado, o §3º do art. 15 condiciona o início do contrato seguinte ao pagamento de eventual indenização à concessionária que solicitou a relicitação da sua concessão. Por sua vez, o inciso III do art. 15 estabelece a competência dos juízos arbitrais para processar e julgar as causas que envolvam o pagamento das indenizações. Ocorre que, conforme já exposto, as cortes arbitrais têm demorado meses e até anos, sem deliberar definitivamente, sobre pedidos de reequilíbrio, por vezes, simples e de cognição sumária, em vista da clareza dos dispositivos contratuais envolvidos.

Assim, considerando que o inciso II do art. 15 suspende as obrigações de investimentos das empresas que pleitearam a relicitação e que a deliberação final do valor da indenização pode demorar longo tempo, até uma decisão definitiva dos juízos arbitrais, é factível a possibilidade de a ANTT ficar vários anos, sem delegar a exploração da BR-101/RJ a outra empresa, bem como sem poder exigir importantes investimentos nesse importante trecho rodoviário, vez que a Deliberação ANTT 307/2021 (ANTT, 2021c) aprovou a relicitação do mencionado trecho.

Assim, cabe a ANTT compreender, não apenas os efeitos da relicitação sobre a aplicação da declaração de caducidade, como também definir balizas normativas (regulatórias e institucionais) para repelir situações em que empresas se utilizem das mencionadas disposições para devolver projetos viáveis, de modo a inviabilizar importantes obras por prazo indefinido.

Ainda com relação às penalidades mais drásticas, a definição, de maneira clara e objetiva, das situações e condutas passíveis de aplicação da declaração de inidoneidade e declaração de caducidade, à exemplo do que fez a Aneel, na Resolução 896/2020 (ANEEL, 2020), tornaria a aplicação dessas penalidades mais factível, previsível e imune a pressões externas:

Art. 7º Sem prejuízo do disposto no art. 6º, o descumprimento do critério de eficiência com relação à gestão econômico-financeira por 1 (um) ano também resulta na vedação da celebração de novos atos e negócios jurídicos entre a concessionária e suas partes relacionadas, salvo se a nova contratação for anuída previamente pela fiscalização da ANEEL, a pedido da concessionária, observadas as regras gerais e específicas da Resolução Normativa nº 699, de 26 de janeiro de 2016, ou normas supervenientes que vierem a sucedê-la.

(...)

Art. 9º O descumprimento do DECI ou do FECI, isoladamente ou em conjunto, por 3 (três) anos consecutivos ou do critério de eficiência com relação à gestão econômico-financeira por 2 (dois) anos consecutivos, caracteriza a inadimplência contratual da concessionária e implicará na abertura pela ANEEL do processo administrativo punitivo voltado à aplicação da penalidade de

declaração de caducidade da concessão, nos termos da Resolução Normativa nº 846, de 11 de junho de 2019, ou normas supervenientes que vierem a sucedê-la.

[grifos acrescidos]

No mesmo normativo, a Aneel previu ainda medida de *enforcement* inovadora, no sentido de limitar o pagamento de dividendos e juros sobre o capital próprio às empresas que descumprirem os parâmetros de desempenho do serviço contratado (ANEEL, 2020):

Art. 6º: O descumprimento dos limites do DECI ou do FECi por 2 (dois) anos consecutivos ou por 3 (três) dos 5 (cinco) anos civis anteriores, apurados isoladamente ou em conjunto, ou do critério de eficiência com relação à gestão econômico-financeira por 1 (um) ano, obriga a concessionária a limitar o pagamento de dividendos e de juros sobre o capital próprio, isoladamente ou em conjunto, a 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido, diminuído ou acrescido dos seguintes valores.

[grifos acrescidos]

Acrescenta-se que a ANTT vem se utilizando da inclusão de novas obras como instrumento para induzir a conformidade nas concessões de rodovias federais. Conforme se extrai da Resolução 3.651/2011 (ANTT, 2011), a inclusão de investimentos melhora o retorno dos acionistas, vez que estes são mensurados, sem processo de barganha, pelo Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), que representa os custos máximos aceitos pela Administração em suas contratações. Além disso, as novas obras são remuneradas pelo tráfego real da rodovia, vale dizer, sem o risco demanda, que normalmente é do concessionário.

Nesse sentido, a Resolução 5.859/2019<sup>48</sup> (ANTT, 2019i) dispõe sobre o procedimento de inclusão, exclusão, alteração e reprogramação de obras e serviços previstos nos contratos, estabelecendo critérios para as revisões quinquenais. O normativo prevê a aplicação de metodologia multicritério para as propostas de alterações dos contratos que impliquem em inclusão de investimentos, de modo a aferir a qualificação das concessionárias para o recebimento de novas obras e serviços, bem como para ranquear a ordem de preferência dos investimentos propostos pelas empresas, em termos de interesse e utilidade pública.

Nesse contexto, o art. 17 do anexo da Resolução estabelece que as concessionárias, a partir da nota global da avaliação multicritério, receberão a seguinte classificação: N1 (nota acima de 100); N2 (nota menor que 100 e maior que 35), N3 (nota menor que 35 e maior que zero) e N4 (nota negativa). Conforme o art. 18, as obras propostas pelas concessionárias serão ranqueadas em três grupos: G1 (grupo de obras com as maiores notas globais, que representem juntas 30% do custo total das obras propostas); G2 (grupo de obras com notas intermediárias,

---

<sup>48</sup> No capítulo 3, tópico 3.2, será avaliado o Relatório de Impacto Regulatório (RIR) que aprovou a Resolução 5.859/2019.

que juntas correspondam 30% do custo total das obras propostas); e G3 (grupo de obras com notas mais baixas, que juntas correspondam a 40% do custo total das obras propostas). Por sua vez, o art. 19 estabelece que as concessionárias classificadas como N1 estarão aptas a executar as obras G1, G2 e G3; as classificadas como N2 estarão aptas a executar as obras G1 e G2; as classificadas como N3 estarão aptas a executar a obras classificadas como G1; e as concessionárias enquadradas como N4 não estarão aptas a executar novas obras.

A seguir serão apresentadas algumas considerações e possíveis efeitos deste normativo.

Em primeiro, em que pese o art. 6º da Resolução estabelecer que serão desconsideradas obras ou serviços que não agregar funcionalidade à concessão e nem gerar benefícios aos usuários, na prática, como o dispositivo não explicita o que seria uma obra nessas condições, as obras propostas, muito provavelmente, terão alguma funcionalidade e gerarão algum tipo de benefício e, por isso, obras com baixíssima utilidade poderão ser aceitas pela ANTT.

Além de não prever qualquer outra restrição à proposição de obras, a Resolução cria espécie de direito subjetivo para que as concessionárias executem os investimentos compatíveis com a nota recebida pela análise multicritério. Nessas condições, a Resolução incentiva as empresas a proporem todo tipo de melhoria, inclusive, aquelas com pouquíssima, mas alguma funcionalidade, a fim de se habilitarem a executar pelo menos 30% do total que propuseram.

Assim, não necessariamente uma obra classificada como G1 será uma obra que agregará significativa utilidade ao serviço, vez que a ANTT se obriga a classificar assim as obras com as melhores notas, cujos gastos somem até 30% de todos os investimentos propostos.

Tal cenário pode levar a duas situações problemáticas. Em primeiro, a ANTT se obrigar a autorizar obras dispensáveis ou até inoportunas, acarretando o aumento das tarifas a patamares não suportáveis pelos usuários. Em segundo, de modo a evitar impactos tarifários significativos aos usuários, a Agência se obrigar a atrasar deliberação sobre pedido de revisão. Conforme exposto, este tem sido um dos motivos que têm levado, tanto o Poder Judiciários como os juízos arbitrais, a suspenderem as principais prerrogativas regulatórias da Agência.

Nesse contexto de inclusão de investimentos, TCU (2019a, p. 8) apontou o impacto das renegociações dos contratos do setor, a partir da inclusão de novas obras, de maneira a induzir o crescimento das tarifas de pedágio acima da inflação, em que pese a inexecução, por vezes sistemática, das obrigações originais dos contratos de concessão:

44. De maneira geral, as fiscalizações empreendidas pelo TCU em concessões rodoviárias federais têm constatado significativos níveis de inadimplemento contratual, relacionados

principalmente com a não realização dos investimentos programados. Apesar disso, as tarifas de pedágio continuam a sofrer aumentos anuais acima da inflação, e isso ocorre em razão de diversas renegociações contratuais, incluindo-se, neste aspecto, termos aditivos para a execução de novos investimentos.

45. **Em outras palavras, apesar de os concessionários não executarem boa parte dos investimentos inicialmente contratados, são contemplados com aumentos tarifários que incrementam a taxa de retorno do negócio.**

(...)

50. Em que pese o atraso generalizado das obrigações de investimentos dos contratos de concessão, as tarifas têm sofrido sucessivos acréscimos. A tabela a seguir apresenta comparativo da evolução das tarifas com a inflação acumulada desde o início de cada concessão.

Tabela 7 – Evolução Tarifária - 1ª etapa do Programa de Concessões

Rodovia	Varição da tarifa (%)	Inflação acumulada (%)	Varição tarifária / inflação
BR-040/MG/RJ (Concer)	465,45	371,02	1,3
BR-116/RJ/SP (NovaDutra)	535,98	425,05	1,3
BR-116/392/RS (Ecosul)	470,00	216,84	2,2
BR-116/RJ/SP (CRT)	684,55	394,96	1,7

Fonte: ANTT. Elaboração própria

Tabela 8 – Evolução Tarifária - 2ª etapa do Programa de Concessões

Rodovia	Varição da tarifa (%)	Inflação acumulada (%)	Varição tarifária / inflação
BR-116/PR/SC (Planalto Sul)	136,22	83,39	1,6
BR-116/376/101/PR/SC (Litoral Sul)	162,65	84,72	1,9
BR-116/SP/PR (Régis Bittencourt)	127,94	83,39	1,5
BR-381/MG/SP (Fernão Dias)	134,03	83,39	1,6
BR-101/RJ (Fluminense)	121,43	79,34	1,5
BR-153/SP (Transbrasiliana)	112,24	83,39	1,3
BR-393/RJ (Rodovia do Aço)	138,10	85,39	1,6
BR-116/324/BA (Via Bahia)	130,56	94,28	1,4

Fonte: ANTT. Elaboração própria

Tabela 9 – Evolução Tarifária - 3ª etapa do Programa de Concessões

Rodovia	Varição da tarifa (%)	Inflação acumulada (%)	Varição tarifária / inflação
BR-101/ES/BA (Eco 101)	81,04	71,62	1,1
BR-050/MG (MGO)	75,82	43,63	1,7
BR-060/153/262/GO (Concebra)	51,29	44,01	1,2
BR-163/MT (CRO)	93,85	46,89	2,0
BR-163/MS (MS Via)	63,18	47,63	1,3
BR-040/DF/GO/MG	64,33	37,13	1,7
BR-101/RJ (Ecoponte)	30,92	31,24	1,0

Fonte: ANTT. Elaboração própria

51. Todas as concessões da 1ª etapa tiveram crescimento da tarifa acima do IPCA acumulado, destacando-se os casos da CRT e Ecosul, cujas tarifas subiram entre 70% e 120% acima da inflação do período.

52. Na 2ª Etapa, o caso mais emblemático é a concessão da BR-116/324/BA, onde cerca de 360 km de obras de duplicação não foram executados pela concessionária e, a despeito disso, houve o incremento da tarifa autorizado pela ANTT em 40% acima da inflação. Os indícios de irregularidades atinentes a essa concessão estão sendo avaliados no TC 010.680/2018-7.

53. Na 3ª Etapa, destaca-se o caso da BR-163/MT, onde 218 km de obras de duplicação deixaram de ser realizadas, todavia, a tarifa de pedágio já foi aumentada pela ANTT em 100% acima da inflação no período. Ademais, casos extravagantes como a situação da tarifa de pedágio da BR-040/DF/GO/MG também chamam a atenção, com um aumento de 70% acima de inflação, mesmo tendo realizado apenas 10% das obras de duplicação inicialmente contratadas.

(...)

56. Esse fenômeno é explicado, em grande parte, pelas vantagens decorrentes da inclusão desmedida de novas obras e investimentos ao longo do prazo da concessão, as quais são inseridas por meio de aditivos contratuais ou revisões tarifárias, permitindo significativas expansões das tarifas. Em contrapartida, o atraso na execução dos investimentos gera um pequeno decréscimo tarifário, resultado das metodologias e das regras contratuais aplicadas pela ANTT.

[destaques e grifos acrescidos]

Além disso, TCU (2019b, p. 7-8) apontou o impacto de repactuações significativas dos contratos de concessão sobre a corrupção, a entrada de novos *players* e a eficiência do serviço:

52. No mesmo sentido, Guasch e Straub (2009) demonstraram, em estudo realizado em trezentos contratos dos setores de água e transporte em países da América Latina, que o nível de corrupção de um país determina as renegociações contratuais, ou seja, em um ambiente regulatório corrupto há um maior número de renegociações contratuais conduzidas pelas firmas.

53. Em princípio, a renegociação poderia ser um instrumento positivo: quando aborda adequadamente a natureza incompleta dos contratos de concessão, a renegociação pode melhorar o equilíbrio do contrato e a qualidade de seu objeto.

54. Entretanto, a renegociação pode até indicar comportamentos excessivamente oportunistas por parte dos concessionários dos serviços públicos ou do governo. Tal comportamento prejudica a eficiência do processo e a prestação do serviço público, porque ocorre apenas entre o governo e o concessionário, sem sujeição às pressões competitivas e sociais (GUASCH, 2004).

55. Por conseguinte, a alta incidência de renegociações prejudica o processo competitivo nos leilões e, geralmente, o bem-estar do consumidor e o desempenho do setor objeto da concessão, além de aumentar a oposição pública à participação privada no fornecimento de serviços de infraestrutura (GUASCH, 2004).

56. Portanto, embora seja esperada alguma renegociação, sua alta incidência excede os níveis razoáveis e suscita preocupações quanto à validade do modelo de concessão (GUASCH, 2004).

57. Nesse contexto, nos leilões de concessões, além da eficiência na prestação do serviço e das informações que os concorrentes possuem sobre a concessão, duas avaliações dos pretendidos concessionários desempenham papel importante na determinação das propostas: a primeira é sobre a probabilidade de renegociação, e a segunda é sobre a sua própria capacidade de renegociação.

58. Se ambas as avaliações são positivas, os operadores tentam ganhar o leilão do serviço concedido. Então, se ganharem o contrato, começam uma renegociação com o governo para

**garantir melhores condições para si. Isso distorce o processo competitivo, porque o operador vencedor pode ser o mais hábil na renegociação ou o mais otimista em relação à sua probabilidade, em vez de ser o mais eficiente no fornecimento do serviço contratado** (GUASCH, 2004).

59. Portanto, segundo Guasch (2004), em resumo, problemas com concessões ocorrem quando o desempenho eficiente - refletido por exemplo nos custos e na qualidade de serviço, no acesso à infraestrutura e no retorno financeiro do operador - **é minado por decisões e ações que levam a renegociações contratuais cujo propósito é proporcionar vantagens aos partícipes.**

[destaques e grifos acrescidos]

Assim, a consequência imediata das repactuações é a não entrada de novos *players*, em razão da **assimetria informacional** dos agentes externos em relação à probabilidade de lograr êxito nos pleitos de repactuação (inclusão de investimentos). No caso brasileiro, agrava esse fenômeno o fato de os agentes internos possuírem histórico de não execução dos seus contratos. Isso porque um *player* externo, que realmente busque cumprir as metas de investimentos, disputará a licitação com agentes internos, que historicamente não cumprem os seus contratos. Dessa forma, ainda que este *player* seja muito eficiente, ele precisa ofertar uma proposta contra agentes internos que, não só detêm muito mais informações relativas às repactuações, como que poderão precificar o projeto, considerando que importantes obras não serão executadas.

Nesse contexto, um estudo oportuno seria avaliar se o mercado de concessões de rodovias federais se encontra concentrado. Conforme apontou Timm (2017), não existiria concentração de mercado nas concessões de rodovias brasileiras. Em seu trabalho, a pesquisadora aplicou modelo econométrico e descobriu que os quatro maiores grupos econômicos do setor (C4) detêm **67,36%** do mercado federal, estadual e municipal de rodovias concedidas (TIMM, 2017, p. 67). Conforme (SHEPHERD e SHEPHERD, 2004, *apud* TIMM, 2017, p. 69), observa-se-ia oligopólio forte (*tight oligopoly*) quando C4 é maior que 70%. Ocorre que, caso seja levado em conta os aspectos a seguir, a conclusão do estudo pode levar a uma conclusão diferente.

Em primeiro, desde a realização do estudo, em 2016, dos quatro<sup>49</sup> projetos licitados, três foram arrematados pelo mesmo grupo econômico: CCR<sup>50</sup>. Em segundo, a pesquisa aplicou modelo econométrico, considerando o mercado de concessões de rodovias do Brasil como único (TIMM, 2017, p. 56). Todavia, existem importantes diferenças entre as concessões federais e as estaduais, que talvez impossibilitem esse agrupamento. Em síntese, as concessões

---

<sup>49</sup> 1. BR-116/101/SP/RJ; 2. BR-101/SC; 3. BR-163/MT, BR-163/PA e BR-230/PA; e 4. BR-101/290/448/386RS, conforme o seguinte endereço: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias>

<sup>50</sup> A BR-116/101/SP/RJ é administrada pela CCR Rio/SP; a BR-101/SC pela CCR ViaCosteira; e a BR-101/290/448/386/RS pela CCR Via Sul.

federais preveem significativos investimentos, ao passo que, nas concessões estaduais, estes são mais escassos (em razão da demanda comparativamente menor desses trechos), de modo que o foco desses serviços está na manutenção e na operação da rodovia. Dessa forma, existe fundamento para aplicar o referido modelo econométrico, individualmente, às concessões de rodovias federais, vez que estas constituiriam um mercado distinto das concessões estaduais.

No caso de uma eventual concentração de mercado, os principais riscos são: “o aumento da assimetria informacional e do poder de pressão junto ao governo, que pode resultar em maior risco de captura regulatória” (TIMM, 2017, p. 76). Dessa forma, cabe a ANTT realizar estudo no sentido de verificar, não apenas eventual concentração do setor de rodovias federais concedidas, como as principais causas desse possível problema e como elas podem ser enfrentadas.

Similarmente, cabe a ANTT estudar os efeitos da Resolução 5.859/2019 (ANTT, 2019i) sobre o mercado regulado, bem como se o normativo, que foi criado para incentivar as empresas a buscar a conformidade, está corroendo a sua capacidade de fazer cumprir as suas regulações.

Além disso, a Resolução poderia estabelecer regras objetivas e mais definidas do que seriam obras que não agregam funcionalidade e que não geram benefícios aos usuários. Similarmente, o normativo precisa prever a hipótese de a ANTT, fundamentadamente, afastar obras que, embora funcionais, sejam inoportunas ou que possam ser substituídas por outras alternativas mais baratas e eficientes. É o caso, por exemplo, em que uma simples instalação de passarela, de redutores de velocidade ou de melhoria da sinalização possa substituir intervenção dispendiosa em trecho rodoviário marcado pelo elevado nível de atropelamentos.

Desse modo, cabe a ANTT normatizar mecanismos para que possa, não apenas ter segurança jurídica para vedar obras (que, embora funcionais, não sejam pertinentes), como propor soluções técnicas alternativas, de modo a levar em consideração aspectos que entender sensíveis à regulação e às necessidades e interesses dos usuários. Por último, como apenas as empresas com nota negativa não poderão executar obras, é possível que empresas com significativo histórico de inexecuções contratuais se habilitem, com nota próxima a zero, a executar investimentos classificados como G1. Conseqüentemente, é possível que a Resolução, além de onerar excessivamente as tarifas, “premie” concessionárias com baixo desempenho contratual, o que poderia estar atuando no sentido de prejudicar a conformidade. Dessa forma, é oportuno e razoável prever que empresas, com metas de investimento atrasado, só possam propor novas obras, após a regularização das obrigações contratuais pendentes.

Por derradeiro, cabe abordar a falta de informações públicas sobre os processos de apuração de infrações no âmbito das concessões de rodovias federais. Conforme o art. 78-B da Lei 10.233/2001 (BRASIL, 2001a): “O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstanciado e permanecerá em sigilo até decisão final”. Este dispositivo foi incluído pela Medida Provisória 2.217-3/2001 e permaneceu vigente em razão do art. 2º da EC 32/2001 que assim dispõe: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional” (BRASIL, 2001b).

Preliminarmente, a falta de transparência nos mencionados processos fragiliza o controle popular e alija tanto financiadores públicos (como o BNDES) quanto privados (debenturistas) de receberem importantes informações para avaliarem o risco do negócio. Similarmente, fragiliza a obtenção de evidências para a regulação, por meio do público externo. Por último, o sigilo vai de encontro à constituição de um sistema regulatório em rede, conforme aventado pela própria ANTT, no anexo da Portaria 34/2020 (ANTT, 2020a).

Em que pese o dispositivo legal, a Agência poderia publicizar tais informações, vez que existem inúmeras disposições normativas, à exemplo do art. 5º, inciso XXXIII, da CF/88, que dispõe de maneira diametralmente oposta (BRASIL, 1988):

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[grifos acrescidos]

Em caso de questionamento judicial, a ANTT poderia lograr êxito, demonstrando a inconstitucionalidade da norma, em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Independente disso, o art. 78-B da Lei 10.233/2001 não impede a divulgação dos processos de apuração de penalidades concluídos. A publicização de informações relativas ao desempenho das concessionárias, como o quantitativo de autuações e suas causas, além de informar os usuários, ampliar o controle popular e permitir a obtenção de evidências para a regulação por meio do público externo, constitui importante instrumento de persuasão da TRR, que, se aplicado, induzirá a conformidade.

#### Análise e conclusão dos achados

Este capítulo avaliou a existência de mecanismos regulatórios de persuasão, bem como a aplicação dos mecanismos de *enforcement* da ANTT sobre as concessões de rodovias federais.

Quantos aos mecanismos de persuasão, verificou-se que as Resoluções ANTT 4.071/2013 e 5.083/2016, que tratam, respectivamente, da aplicação das sanções de advertência e multa por

inexecução contratual e do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades, não preveem nenhum mecanismo de persuasão para as empresas reguladas. Similarmente, estes normativos não conferem discricionariedades aos fiscais, no sentido de, havendo irregularidade e a depender das circunstâncias do caso concreto, como a existência de boa-fé ou postura cooperativa do regulado, deixar de propor a aplicação de penalidades.

Verificou-se também que o Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas e o Manual de Fiscalização das Concessionárias do Serviço Público de Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal – Aspectos Econômicos e Financeiros – não preveem nenhuma metodologia de identificação de riscos ou priorização do que será fiscalizado. Assim, a adoção de modelo de fiscalização, baseado em evidências, risco e no comportamento dos regulados, tal qual foi implementado recentemente pela Aneel e a Antaq, pode, não apenas racionalizar as fiscalizações da ANTT (de modo a lidar com o crescente número de concessões e a redução contínua do quadro de fiscalização), como também promover o *compliance* do setor.

Por outro lado, a ANTT vem implementando esforços no sentido de adotar uma atuação responsiva. Está em desenvolvimento o Projeto Atuação Responsiva que tem como um dos eixos promover maior efetividade da regulação por meio de desenhos de regulação responsiva que permeie as atividades de fiscalização e regulamentação. Entre os resultados esperados, destacam-se a revisão de normas, a criação de normativos e manuais que reflitam o conceito de responsividade e a elaboração de desenho de fiscalização responsiva com o uso de evidências.

Além disso, a Resolução 5.950/2021, que entrou em vigor em 2022, prevê importantes mecanismos de persuasão como a classificação periódica das concessionárias de rodovias; a divulgação de índice de desempenho, valorizando resultados positivos, que extrapolem as exigências contratuais (regulação aspiracional); e a divulgação no sítio da ANTT do desempenho das empresas no cumprimento de suas obrigações contratuais. Em que pese as referidas medidas não estarem disponíveis até o fechamento desse trabalho, caso concretizadas, representarão importante mecanismos, não apenas para a concretização de uma atuação responsiva, como também para induzir a conformidade das rodovias federais concedidas.

Passando para a análise do *enforcement* da ANTT (ou dos mecanismos de coerção externa), verificou-se problemas e fragilidades nos instrumentos que a Agência se utiliza para fazer cumprir a sua regulação e os contratos de concessão do setor. Analisou-se as multas; as revisões tarifárias, a declaração de inidoneidade e a declaração de caducidade das empresas.

Iniciando pelas multas, das 1.351 autuações aplicadas às empresas do setor entre 2013 e 2019, apenas 1,77% foram pagas. Este trabalho apresentou possíveis causas desse problema.

Em primeiro, a Resolução 4.071/2013 pode estar aumentando a complexidade e a fragilidade do processo de imposição de penalidades, vez que o seu art. 19, que trata da aplicação de penalidade decorrente de inexecução contratual, vincula a multa, pela inexecução de investimentos, ao valor financeiro total das inexecuções do exercício, possibilitando que uma disputa (judicial ou arbitral) sobre infração ou obrigação de executar investimento isolada dificulte ou até impeça a Agência de definir o valor da base de cálculo da única multa que aplica por ocasião ciclo anual de apuração. Em segundo, a Resolução, que poderia uniformizar o tratamento e simplificar a fiscalização, na prática, traz mais exceções e complexidade, vez que continuam vigentes as correspondentes disposições de cada ajuste de cada concessão. Em terceiro, a complexidade do acompanhamento contratual, em razão da diversidade de obrigações, frentes de serviço e sistemas de uma rodovia concedida, acarreta a existência de inúmeras obrigações principais e acessórias que se conectam, podendo dar origem a questionamentos de duplicidade punitiva (*bis in idem*).

Dessa forma, cabe a ANTT avaliar se a Resolução 4.071/2013 vem fragilizando a aplicação de multas, tornando a aplicação dessa penalidade (em razão da não execução de investimentos), exposta a questionamentos (judiciais e arbitrais), em vista da vinculação do seu montante ao quantitativo financeiro das obrigações de investimentos atrasadas. Similarmente, cabe verificar se existe uma necessidade de simplificação, uniformização e consolidação das infrações das diferentes concessões em um mesmo documento. Por último, sistemas de informação são imprescindíveis, não apenas para obter evidências para a regulação, como para individualizar condutas e afastar questionamentos de bis in idem.

Quanto à revisão tarifária, esta constitui um importante mecanismo de indução da conformidade, vez que incentiva as concessionárias a realizarem obras atrasadas, sob pena de perder receita, em virtude da redução das tarifas, que acontece para compensar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, gerado em virtude do atraso ou da não execução dos investimentos pactuados. Em que pese isso, decisões judiciais e arbitrais vêm suspendendo deliberações de revisões tarifárias da Agência.

No que refere às decisões judiciais, estas têm, não apenas concedido a suspensão das revisões tarifárias, como impedido a ANTT de aplicar penalidades e exigir obrigações de investimento do contrato, até que seja solucionado pedido de revisão quinquenal ou até que o juízo arbitral delibere sobre o tema. Por sua vez, as deliberações do juízo arbitral se referem ao próprio pedido de revisão quinquenal (pendente de apreciação) ou a pedidos de reequilíbrio, formulados pelas empresas nesses juízos.

Quanto aos juízos arbitrais, estes têm ou mantido a mencionada antecipação de tutela deferida pela Justiça ou deferido diretamente das concessionárias, pleito pela suspensão cautelar (i) dos descontos de reequilíbrio (em vista de investimentos não executados); (ii) da exigência de obrigações de investimentos atrasadas; e (iii) da imposição de penalidades (como multa ou declaração de caducidade). Ocorre que, tanto em um caso como no outro, tais juízos não fixam prazo de duração dessas medidas, de modo que, **passados vários meses e anos, sem uma deliberação definitiva, alijam, completamente, a ANTT de impor os seus principais mecanismos de constricção e, conseqüente, de regular.**

Esta é a situação atual e que perdura, desde agosto de 2019, no trecho administrado pela Concessionária CRO (p. 54), desde janeiro de 2020, no trecho administrado pela Concessionária Via 040 (p. 59), desde junho de 2020 no trecho administrado pela Concessionária Concebra (p. 56) e, desde abril de 2021, no trecho administrado pela Concessionária MS Via (p. 54).

Nesse contexto, a suspensão da exigência de investimentos, da imposição de desconto de reequilíbrio (por obras atrasadas) e da aplicação de penalidades como as multas e a declaração de caducidade tiveram como causas, nos juízos arbitrais, pleitos de reequilíbrio, que poderiam ser rapidamente solucionados em vista da fragilidade de certas alegações e da clareza dos dispositivos contratuais envolvidos. Pleitos como “mudanças das condições de financiamento” e “crise econômica<sup>51</sup>” foram utilizados como fundamento de pedidos de reequilíbrio por diversas concessionárias. Em que pese a clareza dos dispositivos contratuais, que são expressos pela responsabilidade das concessionárias por esses riscos, o juízo arbitral demorou 38 meses para rejeitar o pedido da Concessionária Via 040. Cabe frisar que tais pleitos só foram decididos porque o juízo decidiu, após pedido da Procuradoria da ANTT, bifurcar aquele processo em questões eminente jurídicas e questões de mera produção de provas. No caso das demais empresas, como não houve a bifurcação do feito, tais pleitos de reequilíbrio continuam sem decisão.

Assim, cabe a ANTT investigar, não apenas as principais causas das suspensões pela Justiça dos reequilíbrios econômicos, como também se as cláusulas de arbitragem vêm corroendo a capacidade de a Agência fazer cumprir suas decisões e tornando mais burocrática e lenta decisões regulatórias, como a revisão tarifária anual e o desconto de reequilíbrio, que deveriam ser automáticos e céleres. Similarmente, é preciso ser verificado se essas cláusulas têm criado incentivos para que as concessionárias busquem os juízos arbitrais, para afastar a imposição de importantes mecanismos de *enforcement* da ANTT, com base em pleitos de

---

<sup>51</sup> O que teria frustrado a expectativas de tráfego das concessionárias.

reequilíbrio frágeis, genéricos e sem fundamento contratual. Cabe frisar que tais juízos foram trazidos da experiência internacional, todavia não se sabe se este modelo de solução de controvérsias precisa ser ajustado para se adaptar ao comportamento dos *players* brasileiros.

Por fim, antes da inserção das cláusulas de juízo arbitral nos contratos de concessão, a ANTT logrou êxito em disputas judiciais, conseguindo impor obrigação de execução de investimentos atrasados (como a duplicação da BR-116/BA) a empresas como a Via Bahia. Após a inclusão dessas cláusulas, esta Concessionária atuou, de maneira coordenada, junto ao Judiciário e a corte arbitral, para impedir a ANTT de exigir obrigações de obras atrasadas e de poder aplicar desconto de reequilíbrio, multas e a declaração de caducidade.

Passando para as penalidades mais duras, em que pese a existência de casos extremos de não conformidade, em um setor que já é marcado pelo histórico de inexecuções contratuais<sup>52</sup>, sobretudo, de obras de ampliação da capacidade e de melhorias da rodovia, a declaração de inidoneidade jamais foi aplicada e a declaração de caducidade só foi aplicada a concessionária que não assumiu o trecho de rodovia, o qual se sagrou vencedora de certame para administrar.

Assim, a ANTT não vem aplicando os seus mecanismos de *enforcement* mais incisivos para, nos casos extremos de não conformidade, fazer com que algumas concessionárias cumpram obrigações de investimentos fundamentais que se obrigaram, por contrato, a fazer.

Nesse contexto, cabe frisar que a regulação responsiva pressupõe, não apenas medidas persuasivas, como também o escalonamento das medidas intrusivas, consubstanciado na transmissão de certeza para os regulados de que as medidas mais duras serão aplicadas àqueles que insistirem na não conformidade e na não cooperação. Assim, a finalidade de aplicar as penalidades mais graves, nos casos extremos de não conformidade, não é punir incisivamente o ator irracional, mas transmitir para os demais *players* a certeza de que as inconformidades serão realmente reprimidas. Do contrário, os demais agentes podem perceber vantagens nos comportamentos oportunistas e passar a adotar posturas de oposição à regulação.

Para enfrentar esta situação, além de estabelecer, de maneira clara e objetiva, as situações e condutas passíveis de aplicação da declaração de inidoneidade e da declaração de caducidade, como feito pela Aneel na Resolução 896/2020, o que tornaria a aplicação dessas sanções mais factível, previsível e imune a pressões externas, cabe a ANTT estudar o que vem inviabilizando a aplicação das sanções mais graves. Conforme apresentado, os juízos arbitrais vêm impedindo

---

<sup>52</sup> Vide histórico de inexecução de investimentos nas p. 13-14.

a ANTT de impor a penalidade de caducidade. Assim, similarmente às multas e às revisões tarifárias, é preciso compreender se as cláusulas de juízo arbitral e a ausência de deliberação de pedido de revisão quinquenal vêm impedindo ou dificultando a imposição dessa penalidade.

Similarmente, cabe a ANTT estudar e avaliar os efeitos que o §3º, do art. 15, da Lei 13.448/2017 (que trata da extinção amigável das concessões ou relicitação) está induzindo sobre a aplicação da declaração de caducidade nas concessões de rodovias federais. Isso porque este dispositivo torna a extinção amigável dos contratos muito mais vantajosa às empresas do que eventual declaração de caducidade, visto que; na primeira, os investimentos realizados e não amortizados são previamente indenizados e; na última, o abandono (forçado) do serviço público ocorre sem a sua prévia indenização (conforme o art. 38 da Lei 8.987/1995).

Dessa forma, o §3º, do art. 15, da Lei 13.448/2017 incentiva as empresas a devolverem, amigavelmente, suas concessões, antes, de eventual imposição da declaração de inidoneidade, podendo, dessa forma, serem indenizadas previamente ao abandono do serviço prestado. Nesse contexto, a Concessionária Via 040 buscou, no âmbito do juízo arbitral, afastar a instauração de processo de caducidade para ganhar o direito de relicitar a sua concessão. Passados 30 meses de decisão cautelar em sede arbitral, a ANTT continua impedida de decretar a caducidade enquanto este juízo delibera definitivamente sobre os pleitos de reequilíbrio formulados pela empresa. Assim o pedido de relicitação, que não é uma punição (é um ato bilateral), não pode ser usado por concessionários para buscar um tratamento favorável à declaração de caducidade, sob pena de aniquilar o mecanismo de enforcement mais incisivo da Agência reguladora.

Além disso, a previsão de indenização prévia à concessionária que formular pedido de relicitação (§3º do art. 15) cria incentivos para que grupos econômicos tomem decisões gerenciais pelo abandono de projetos viáveis para, com o recurso financeiro da indenização, se posicionarem em outros empreendimentos ou outros investimentos mais rentáveis.

Por último, a relicitação pode limitar o poder de decisão do Poder Concedente, bem como restringir a sua capacidade de realizar importantes investimentos de ampliação da capacidade e de melhorias em importantes trechos rodoviários do país. Isso porque, o §3º do art. 15 condiciona o início do contrato seguinte ao pagamento de eventual indenização à concessionária que solicitou a relicitação da sua concessão. Além disso, o inciso III do art. 15 estabelece a competência dos juízos arbitrais para processar e julgar as causas que envolvam o pagamento das indenizações. Ocorre que, conforme já exposto, as cortes arbitrais têm demorado meses e até anos, sem conseguir deliberar definitivamente, sobre pedidos de reequilíbrio, por vezes, simples e de cognição sumária, em vista da clareza dos dispositivos contratuais envolvidos.

Assim, cabe a ANTT compreender, não apenas os efeitos da relicitação sobre a aplicação da declaração de caducidade, como também definir balizas normativas (regulatórias e institucionais) para repelir situações em que empresas se utilizem das mencionadas disposições para devolver projetos viáveis/rentáveis e inviabilizar importantes obras por prazo indefinido.

Quanto à mencionada falta de deliberação de pedido de revisão quinquenal, como fundamento para o Poder Judiciário e os juízos arbitrais suspenderem o direito de a ANTT aplicar penalidades, exigir obrigações de investimentos atrasadas e reequilibrar os contratos, tal omissão decisória pode estar sendo uma consequência da Resolução 5.859/2019, que criou incentivos para que as concessionárias, por ocasião das revisões quinquenais, pleiteiem todo tipo de novas obras. Isso porque o normativo cria espécie de direito subjetivo para que as concessionárias executem os investimentos compatíveis com a nota recebida em análise multicritério. Nessas condições, a Resolução incentiva as empresas a proporem todo tipo de melhoria, inclusive, aquelas com pouquíssima, mas alguma funcionalidade, a fim de se habilitarem a executar pelo menos 30% do total que propuseram. Dessa forma, não necessariamente uma obra classificada com a nota máxima será um investimento que agregará significativa utilidade ao serviço, uma vez que a ANTT se obriga a classificar assim as obras com as melhores notas, cujos gastos somem até 30% de todos os investimentos propostos.

Dessa forma, o normativo pode estar induzindo dois problemas. Em primeiro, obrigar a ANTT a autorizar obras dispensáveis ou até inoportunas, de modo a pressionar as tarifas a patamares não suportáveis pelos usuários. Em segundo, a Agência se obriga a atrasar a deliberação de pedido de revisão quinquenal para evitar impactos tarifários significativos. Conforme exposto, este tem sido um dos motivos que têm levado, tanto o Poder Judiciários como os juízos arbitrais, a suspenderem as principais prerrogativas regulatórias da Agência.

Além disso, como apenas as empresas com nota negativa não poderão executar obras, é possível que empresas com significativo histórico de inexecuções contratuais se habilitem, com nota próxima a zero, a executar investimentos classificados com a nota G1 (que é o grupo das obras com as maiores notas globais, que representem juntas 30% do custo total das obras propostas). Consequentemente, é possível que a Resolução, além de onerar excessivamente as tarifas, “premie” empresas com baixo desempenho contratual, o que poderia estar atuando no sentido de prejudicar a conformidade e a implantação de um modelo responsivo no setor.

Desse modo, cabe a ANTT promover estudos para compreender os efeitos que a Resolução 5.859/2019 está gerando sobre o mercado regulado, a conformidade do setor e a sua capacidade de fazer cumprir a regulação. Além disso, é desejável inserir no normativo regras

objetivas e mais definidas do que seriam obras que não agregam funcionalidade e não geram benefícios aos usuários, bem como mecanismos para que a Agência possa vedar, com segurança jurídica, obras (que, embora funcionais, não sejam pertinentes), bem como propor soluções técnicas alternativas, de modo a levar em conta aspectos como eficiência e outros que entender sensíveis à regulação e às necessidades e interesses dos usuários do serviço.

Acrescenta-se que, para a implantação de uma regulação responsiva, não é apenas razoável, como desejável, prever que concessionária, com metas de investimento atrasado, não possa propor novas obras, uma vez que o §1º, do art. 3º, e o art. 4º, inciso I, da Resolução 3.651/2011, estabelecem, respectivamente, para as obrigações inseridas via termo aditivo, maior rentabilidade (preço sem desconto) e o menor risco (demanda real), em relação às obrigações originais dos contratos. Assim, não só é possível que empresas, com histórico de inexecução contratual, sejam premiadas, podendo executar parte dos investimentos propostos nos pedidos de revisão quinquenal, como também serem incentivadas a “trocar” a execução de parte das obras do contrato original (baixa remuneração) por obras a serem incluídas (por aditivo – alta remuneração), por ocasião das revisões quinquenais. Por óbvio, eventual alteração do normativo nesse sentido, não pode impedir a própria ANTT de propor as obras de melhorias, que entender oportunas para o interesse público e a melhoria do serviço.

Nesse contexto de inclusão de novos investimentos, o trabalho apontou o impacto das renegociações dos contratos do setor, a partir da inclusão de novas obras, de maneira a induzir o crescimento das tarifas de pedágio acima da inflação, em que pese a inexecução, por vezes sistemática, das obrigações originais dos contratos de concessão de rodovias federais. Além disso, apontou-se o impacto negativo de repactuações significativas dos contratos de concessão sobre a corrupção, a entrada de novos players e a eficiência do serviço prestado.

Por fim, destacou-se a falta de informações públicas sobre os processos de apuração de infrações no âmbito das concessões de rodovias federais. A restrição imposta pelo art. 78-B da Lei 10.233/2001, além de manifestadamente inconstitucional, não impede a divulgação dos processos de apuração de penalidades concluídos. A publicização de informações relativas ao desempenho das concessionárias, como o quantitativo de autuações e suas causas, além de informar os usuários, ampliar o controle popular e permitir a obtenção de evidências para a regulação por meio do público externo, constitui importante instrumento de persuasão da TRR, que, se aplicado, **induzirá a conformidade**.

### CAPÍTULO 3 – REGULAÇÃO BASEADA EM EVIDÊNCIAS – AVALIAÇÃO DOS MECANISMOS INTERNOS E EXTERNOS DE OBTENÇÃO DE EVIDÊNCIAS PARA O PROCESSO REGULATÓRIO DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS: a) PÚBLICO EXTERNO E b) ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

A regulação responsiva está intimamente relacionada com a tomada de decisão regulatória amparada por evidências, e não por percepções subjetivas do regulador. Nesse contexto, segundo OCDE (2018, p.8) o “*Enforcement* baseado em evidências” constitui a **primeira boa-prática da boa-regulação** de qualquer setor regulado, que consiste na (p. 14):

aplicação dos regulamentos e as inspeções regulatórias devem ser baseadas em evidências: decisão sobre o que inspecionar e como deve ser fundamentada em dados e evidências, e os resultados devem ser avaliados regularmente

[destaques acrescentados]

Para PEACOCK, MILLER e PÉREZ (2018, p. 3), a Regulação Baseada em Evidências (*Evidence Based Regulation* – EBR) consiste no processo planejado que usa evidências em todo o seu desenvolvimento, visando previsão, avaliação e melhoria dos resultados, com a consequente proteção da segurança dos usuários, a promoção do desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Dessa forma, o uso de evidências no processo decisório torna as Agências mais eficientes, melhora a decisão regulatória e resulta em melhores produtos para a sociedade (PEACOCK, MILLER e PÉREZ, 2018, p. 5).

Ao tratar da EBR, (FERNANDES, 2018, p. 13) acrescenta que:

Para maximizar a disponibilidade de evidências, foram aprimorados instrumentos e procedimentos para coleta intensiva e eletrônica de dados, armazenamento desses dados em bancos estruturados, processamento com uso de ferramenta de inteligência analítica (*BI – Business Intelligence*) para apuração de indicadores de desempenho quanto à conformidade e resultados regulatórios.

Essas iniciativas promoveram verdadeira revolução nos métodos, técnicas e cultura da fiscalização, possibilitando a substituição de decisões baseadas em percepções individuais, e em alguma medida subjetiva, por decisões baseadas em evidências, rastreáveis, replicáveis, transparentes e com expressivamente maior potencial de responsabilização (*accountability*).

(...)

Avaliar eficácia das atividades de fiscalização para atingimento de resultados regulatórios é uma tarefa difícil, já que diversos fatores influenciam os negócios e resultados melhores ou piores não podem, via de regra, ser atribuídos completamente e de forma direta a essas atividades. Apesar disso, conformidade e resultados regulatórios devem ser o objetivo da ação fiscalizadora. Nesse sentido, o monitoramento e a avaliação dos resultados passaram a assumir importância fundamental para as decisões sobre o quê, quem, quando e como fiscalizar. E, indicadores de melhoria de processos internos, como tempo de decisão para fiscalizações instauradas, passaram a ser apurados e avaliados sistematicamente.

[destaques e grifos acrescentados]

Dessa forma, a regulação é definida como um processo planejado, que usa evidências ao longo de todo o seu desenvolvimento, visando previsão, avaliação e melhoria dos resultados regulatórios. O objetivo da fiscalização baseada em evidências é afastar a tomada de decisões com base em percepções subjetivas e buscar o aumento da confiabilidade das decisões regulatórias, inclusive, no que se refere à indicação de modelos e alternativas que solucionaram problemas no passado e da forma de adaptação delas ao âmbito das atribuições de cada agência.

Uma regulação baseada em evidências deve ser amparada tanto por dados quanto por informações que auxiliam uma conclusão. Nesse sentido, o Governo Britânico elencou as seguintes fontes de evidências (REINO UNIDO, 1992, p. 33): (i) conhecimento especializado; (ii) pesquisa científica nacional ou internacional; (iii) dados estatísticos; (iv) consulta a interessados; (v) avaliações de resultados, (vi) novas pesquisas; e (vii) fontes secundárias.

Assim, a construção de um modelo de EBR envolve o estabelecimento de uma hierarquia de evidências, de forma a promover uma segregação entre avaliações baseadas em conhecimento científico e avaliações baseadas em critérios essencialmente subjetivos.

Entre as dificuldades de implantação do modelo de EBR, CAIRNEY (2016, *apud* ANTT, 2020a, p. 37<sup>53</sup>) destaca a: (i) complexidade do uso de dados e informações para construção de evidências; (ii) deficiência na comunicação sobre as evidências usadas; (iii) seletividade na escolha de evidências; e (iv) vieses políticos na escolha da metodologia pelo pesquisador.

Para contornar estas barreiras, deve ser promovida uma cultura de avaliações sistemáticas das intervenções regulatórias, como estudos, pesquisa e aprendizado em geral. Nesse contexto, serão avaliados os mecanismos de obtenção de evidências na regulação por meio de: a) público externo; e b) análise do impacto regulatório (AIR).

### 3.1 Do Público Externo

A obtenção de evidências e informações relevantes para a tomada de decisão regulatória pode ser potencializada por uma ampla e adequada participação do público externo, de modo que a Agência possa suprir eventual necessidade de conhecimentos específicos e fomentar uma cultura de estudos e pesquisas entre os reguladores, a partir de debates com interlocutores e análises sobre as evidências apresentadas por pesquisadores e especialistas. Nesse contexto, o Comitê de Política Regulatória da OCDE entende que a regulação deve (OCDE, 2012, p. 10):

**Respeitar os princípios de um governo aberto, incluindo transparência e participação no processo regulatório para garantir que a regulação sirva ao interesse público e para que seja**

---

<sup>53</sup> Anexo da Portaria ANTT 34/2020 (ANTT, 2020a).

informado das necessidades legítimas dos interessados e das partes afetadas pela regulação. Isto inclui a oferta de canais efetivos (incluindo *online*), para que o **público possa contribuir para o processo de preparação de propostas regulatórias e para a qualidade da análise técnica**.

[destaques e grifos acrescidos]

Dessa forma, a transparência, em todos os aspectos e etapas do processo regulatório, é essencial e necessita ser incorporada à cultura organizacional do regulador. A sociedade deve ter acesso aos dados estatísticos e achados de pesquisa, o que inclui premissas e metodologias adotadas, dentre outras informações utilizadas na tomada de decisão. Similarmente, o acesso a dados deve ser disponibilizado a especialistas e a todos interessados na intervenção regulatória, por meio de instrumentos efetivos, que contenham explicações técnicas de fácil entendimento.

A partir disso, as agências passam a ter acesso a avaliações dos institutos de pesquisa e organizações de usuários, dentre outras entidades públicas ou privadas, podendo obter informações que não estariam disponíveis sem provocação. Além disso, as evidências devem estar abertas a contestações, de modo a afastar vieses e seletividade indevida. Por isso, as interpretações acerca das evidências devem poder ser contestadas e aprimoradas pela sociedade, de modo a reduzir riscos e incertezas envolvidos no processo regulatório.

O funcionamento adequado da estrutura de EBR demanda ainda que a cultura organizacional do regulador preveja mecanismos de prestação de contas, de modo que a sociedade possa apreciar os resultados das intervenções regulatórias e avaliar o seu desempenho. Para tanto, é imprescindível que os modelos, interpretações, análises e outras ferramentas utilizadas na regulação estejam amplamente acessíveis ao público externo.

Além disso, a divulgação de dados e informações relevantes deve evidenciar uma **clara separação** entre as decisões dos formuladores de políticas públicas, as decisões dos reguladores e as decisões dos agentes regulados (ANTT, 2020a, p. 38<sup>54</sup>). Dessa forma, os destinatários da regulação poderão identificar quais decisões foram científicas, políticas ou de mercado, de modo que possam ser conhecidas as respectivas responsabilidades e preservada a imagem da agência de avaliações injustas que deveriam ser endereçadas a outras instâncias decisórias.

Por último, a promoção da transparência e da participação do público externo está intimamente relacionada a um sistema regulatório em rede, aspecto considerado fundamental pela própria ANTT para implementar uma regulação responsiva (ANTT, 2020a, p. 10<sup>55</sup>). Nesse mesmo sentido, (BRAITHWAITE, 2006 *apud* VIEIRA, 2018, p. 270) afirma que:

---

<sup>54</sup> Anexo da Portaria ANTT 34/2020 (ANTT, 2020a).

<sup>55</sup> Anexo da Portaria ANTT 34/2020 (ANTT, 2020a).

Desse modo, **levando-se em conta o custo da supervisão do comportamento dos agentes regulados e a dificuldade, muitas vezes, de operacionalizá-la, a Teoria Responsiva propõe a constituição de um sistema regulatório em rede, no qual sejam inseridos diversos parceiros, movidos pelo interesse comum de fazer cumprir a regulação** (BRAITHWAITE, 2006). Esses atores compartilhariam com o Estado a fiscalização e a “punição” das ações desconformes: quanto mais alto o nível em que estiver situado o regulado nas camadas da pirâmide regulatória, maior importância essa governança em rede assumirá, pois mais suscetível o regulado será a pressões, críticas e demandas advindas desses parceiros regulatórios (BRAITHWAITE, 2011).

[destaques acrescentados]

Nesse mesmo sentido, cabe destacar que a Teoria da Governança Nodal (TGN) prescreve o uso de parceiros privados como estratégia para contornar a falta de capacidade de fiscalização regulatória de países em desenvolvimento, por meio de atores não-estatais na rede de governança, que tendem a pressionar o regulado em desconformidade, valendo-se, inclusive, de recompensas a agentes privados que apontarem atitudes desviantes dos regulados (BRAITHWAITE, 2006, p. 894).

Postas essas considerações, a presente seção avaliará se a ANTT fornece os meios necessários para que a sociedade civil participe da regulação das concessões de rodovias federais, de modo a aprimorar a obtenção de evidências e o controle popular. Para tornar a análise mais objetiva, será utilizado como referencial as orientações de OCDE (2012).

Quanto ao primeiro critério de transparência, a OCDE (2012, p. 10) estabelece que “os Governos devem cooperar com as partes interessadas na revisão das regulações existentes e no desenvolvimento de novas regulações por meio da:

**Disponibilização ao público**, na medida do possível, de todo o material relevante dos processos regulatórios, incluindo as análises e notas técnicas, e as razões para as decisões regulatórias, bem como todos os dados relevantes;

[destaques e grifos acrescentados]

No que se refere às revisões e reajustes tarifários, a Agência apresenta em seu sítio eletrônico, para cada concessão, discriminado por ano, as principais documentações técnicas que embasaram a decisão regulatória (notas técnicas, deliberação e o correspondente voto).

Similarmente, o Portal de Dados Abertos da ANTT<sup>56</sup> disponibiliza dados primários de cada uma das concessões como “volume de tráfego nas praças de pedágio”; “receita por praça”; “acidentes por quilômetro”; número de atendimentos aos usuários”, o que viabiliza pesquisas científicas que podem subsidiar a obtenção de evidências ao processo regulatório.

---

<sup>56</sup> <https://www.gov.br/antt/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos>.

Por outro lado, em que pese os aspectos positivos, o sítio da ANTT carece de informações sobre os aditamentos contratuais, a execução das principais obras, o desempenho das empresas e o processo de licitação dos trechos concedidos. Similarmente, outras documentações e informações relevantes não são disponibilizadas e, quando são, é feito de forma pouco padronizada entre as diferentes concessões, fragilizando o acompanhamento popular.

Nesse sentido, em que pese os termos aditivos firmados estarem disponíveis no campo de cada concessão, estes não vêm acompanhados das documentações técnicas que os avaliaram, como as notas técnicas, pareceres técnicos e jurídicos e o voto da deliberação do colegiado. Como não existe nem menção ao nome desses documentos, os usuários sequer podem solicitá-los pela Lei de Acesso à Informação. Tal aspecto fragiliza o controle popular e impede que os usuários compreendam as causas de importantes alterações do serviço prestado.

Isso porque, a partir dos aditivos contratuais, altera-se importantes aspectos da prestação do serviço, como a inclusão ou retirada de importantes obras de infraestrutura a cargo das concessionárias, o que repercute de maneira imediata sobre os interesses dos usuários, tanto em relação às tarifas exigidas para reequilibrar as alterações contratuais, como em relação à qualidade do serviço a ser prestado após as alterações implementadas.

Dessa forma, é imprescindível que seja disponibilizado todas as manifestações técnicas relevantes, relativas ao trâmite burocrático dos aditamentos contratuais, de modo que a sociedade possa, não apenas conhecer, participar e controlar o processo, como ser capaz de identificar os responsáveis pela alteração contratual, que pode se dar, tanto em razão de decisão regulatória da Agência, como em razão de pleito externo (concessionárias e Ministério).

Outra fragilidade na transparência na regulação do setor está na falta de disponibilização de informações relativas à execução dos investimentos previstos em cada concessão. Isso porque, de um lado, os ‘Relatórios de Acompanhamento das Principais Obras’ não trazem informações úteis aos usuários; de outro, não consta no sítio eletrônico informações padronizadas com relação a execução acumulada de obras de parte das concessões.

Quanto aos ‘Relatórios de Acompanhamento das Principais Obras’, tais documentações tem o objetivo de informar os usuários quanto ao andamento dos principais investimentos previstos. Nesse contexto, no campo de cada concessão, existe *link* que direciona aos correspondentes relatórios, que, atualmente, são disponibilizados segundo frequência mensal.

Analisando-se os relatórios de 2021 das Concessionárias Via Bahia<sup>57</sup>, Transbrasiliana<sup>58</sup>, Eco 101<sup>59</sup>, Rota do Oeste<sup>60</sup>, Via 040<sup>61</sup>, Rodovia do Aço<sup>62</sup>; Autopista Régis Bittencourt<sup>63</sup>; Autopista Planalto Sul<sup>64</sup>; e MS Via<sup>65</sup>; e Autopista Fernão Dias<sup>66</sup> verifica-se que estas documentações não trazem informações que possibilitem ao leitor comparar a situação das principais obras com o que foi previsto em contrato. Dessa forma, não é possível extrair dessas publicações informações como a discriminação e caracterização das obras atrasadas, as causas dos atrasos e a estimativa de prazo para a sua conclusão.

Sem informações do que “deveria ser” a execução de obras nos termos do ajuste, as fotos de obras, que ocupam grande parte dessas publicações, podem transmitir ao leitor a falsa percepção, de que o acervo retrata o universo de intervenções previsto com a contratação.

Além disso, a logo marca das empresas sugere que são elas as autoras dos relatórios, o que, diante do interesse de não divulgar informações negativas aos próprios interesses, pode fazer com que importantes dados não sejam publicizados. Por último, a consolidação da informação em um relatório anual favoreceria o acompanhamento dos usuários, vez que o conteúdo de dois relatórios mensais consecutivos ser quase que idêntico.

Quanto à execução acumulada das obras, no campo de cada concessão, existe a aba ‘Execução Acumulada de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias’. Ao clicar no *link*, abre-se planilha Excel com informações relativas às intervenções previstas e executadas. Ocorre que em 11<sup>67</sup> das 24 concessões vigentes, essa planilha não está disponível, sem que apareça qualquer informação ou justificativa. Das 13 concessões em que a planilha está disponível, 5<sup>68</sup>

---

<sup>57</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/via-bahia>>.

<sup>58</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/rodovia-transbrasiliana>>.

<sup>59</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/eco101>>.

<sup>60</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/rota-do-oeste>>.

<sup>61</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/via-040>>.

<sup>62</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/rodovia-do-aco>>.

<sup>63</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/autopista-regis-bittencourt>> .

<sup>64</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/autopista-planalto-sul>>.

<sup>65</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/ms-via>>.

<sup>66</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/autopista-fernao-dias>>.

<sup>67</sup> CCR, ViaCosteira; Concebra; Concer; CRT; Eco Sul; Ecovias Araguaia; MS Via; Via 040; Via Brasil; ViaSul; e CCR RioSP. Disponíveis em: <<https://portal.antt.gov.br/concessionarias>>.

<sup>68</sup> MGO; ECO 101; Eco Ponte; Eco Cerrado; Rota do Oeste.

não consta o percentual de execução acumulada, que constitui importante informação, no sentido de divulgar o andamento geral das obras previstas (% financeiro das obras que se encontram dentro dos prazos previstos). Dessa forma, a disponibilização de planilhas padronizadas, que prevejam “% de execução acumulada” das obras, para todas as concessionárias, facilitaria o acompanhamento dos investimentos previstos pela sociedade.

Além disso, o sítio da ANTT não disponibiliza informações relativas ao desempenho das concessionárias, tais como multas aplicadas (principais causas, quantidade e situação do débito); a existência de processos de caducidade; e pedidos de relicitação (com base no art. 13 da Lei 13.448/2017). Similarmente, existem situações em que a Agência divulga informações ou documentações das diferentes concessionárias de maneira não padronizada e incompleta.

Uma delas ocorre nos termos de ajustamento de conduta (TAC). A única concessionária em que as informações desse tipo de ajuste são apresentadas, no campo da concessão e juntamente com os demais anexos do contrato, é na EcoSul<sup>69</sup>. Nos demais oito casos<sup>70</sup>, essa informação se encontra em local específico do site (aba - TAC), o que dificulta o acompanhamento popular. Conseqüentemente, se um usuário da BR-116/324/BA (que não sabe da existência desse ajuste), for pesquisar o serviço prestado pela concessionária, não encontrará, no campo da correspondente concessão, a informação de que a Via Bahia já firmou dois ajustes dessa natureza. Dessa forma, a disponibilização dos TACs, juntamente com as principais informações de cada concessão, favoreceria o fluxo de informações relevantes aos usuários.

Além disso, falta informações e padronização nas documentações prestadas sobre o processo licitatório de cada concessão. Na aba de cada concessionária, existe o *link* ‘Processo de licitação’, que direciona aos principais arquivos relacionados. Dos 24 contratos vigentes, 13<sup>71</sup> não é disponibilizado qualquer documentação ou justificativa. Nos 11 contratos em que alguma informação é disponibilizada, a documentação não segue um padrão.

---

Disponíveis em: <<https://portal.antt.gov.br/concessionarias>>.

<sup>69</sup> Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/ecosul>.

<sup>70</sup> Rodovia do Aço; Rodovia Transbrasiliana; Autopista Régis Bittencourt; Autopista Planalto Sul; Autopista Litoral Sul; Autopista Fluminense; e Autopista Fernão Dias.

Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/web/guest/tac-multas-e-planos-de-acao>

<sup>71</sup> Concebra; Concer; CRT; MGO; ECO 101; EcoSul; MSVia; Rota do Oeste; Transbrasiliana; Via 040; e ViaBahia; Via Brasil e CCR RioSP. Disponíveis em: <<https://portal.antt.gov.br/concessionarias>>.

Por exemplo, na aba da Concessionária Autopista Litoral Sul<sup>72</sup> é possível baixar arquivos como edital; estudos indicativos; informações financeiras; propostas comercial, cronograma físico e plano econômico-financeiro; e perguntas e respostas sobre o edital; na aba das Concessionárias Ecovias Araguaia<sup>73</sup>, Ecovias do Cerrado<sup>74</sup> e ViaSul<sup>75</sup>, apenas o edital e audiência pública; e; na aba da Ecoponte<sup>76</sup>, apenas o edital.

Dessa forma, a disponibilização, de maneira padronizada, das principais documentações das licitações dos trechos concedidos, para todas as concessionárias, favoreceria, não apenas o controle popular, como estudos e pesquisas<sup>77</sup> para a obtenção de evidências para a regulação.

Por último, na aba Contrato e Aditivos da Concessionária Eco 101<sup>78</sup>, ao contrário de todas as demais concessões, não é possível extrair o Programa de Exploração da Rodovia (PER) original dessa rodovia, impedindo que os usuários conheçam as obrigações originais do ajuste.

Portanto, em que pese a ANTT publicar as principais documentações técnicas relativas às revisões e reajustes tarifários e disponibilizar certos dados brutos das concessões, o seu sítio eletrônico carece de padronização e da disponibilização de informações e documentações importantes, tanto para o acompanhamento e controle dos usuários, como para viabilizar estudos e pesquisas científicas para a obtenção de evidências para o processo regulatório.

Quanto ao segundo critério de transparência, a OCDE (2012, p. 10) estabelece que:

**Todas as regulações devem estar facilmente acessíveis ao público. Um banco de dados normativo e regulatório completo e atualizado deve estar gratuitamente disponível ao público em um formato de pesquisa de interface amigável na Internet.**

[destaques acrescidos]

Para possibilitar que a sociedade civil busque as diferentes normas regulatórias do setor, o ANTT *legis*<sup>79</sup> organiza as informações das rodovias concedidas em ementário, busca livre, normas (abstratas) de rodovias (por assunto ou por número), súmulas e atos concretos.

---

<sup>72</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/autopista-litoral-sul>>.

<sup>73</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/ecovias-araguaia>>.

<sup>74</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/ecovias-do-cerrado>>.

<sup>75</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/viasul>>.

<sup>76</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/viasul>>.

<sup>77</sup> Não se acha no sítio da ANTT, por exemplo, qualquer informação sobre os lances apresentados nos leilões da 4ª etapa do Programa de Concessões.

<sup>78</sup> Disponível em: < <https://portal.antt.gov.br/eco101>>.

<sup>79</sup> Disponível em:

De início, cabe antecipar que os mecanismos de busca são intuitivos e fáceis de operacionalizar. Além disso, a possibilidade de encontrar um normativo pelo ‘assunto’, e pelo ‘tipo’ de ato (resolução ou portaria) facilita significativamente a busca dos usuários.

Por outro lado, o sistema possui falhas que podem ser superadas em *prol* da transparência.

Primeiramente, não é possível extrair do sistema notas técnicas, pareceres técnicos e jurídicos e votos condutores das decisões colegiadas. Desse modo, os usuários ficam alijados da compreensão das razões técnicas que embasaram importantes decisões regulatórias, visto que os atos normativos (deliberação, resolução e portaria) não trazem explicação das discussões técnicas que antecederam a tomada de decisão.

Em segundo, em que pese a possibilidade de busca por uma ‘Deliberação’ da ANTT, não é possível extrair do sistema qualquer normativo dessa natureza. Nesse sentido, testou-se a busca de normativos (do setor de rodovias) conhecidos (Deliberações, Resoluções e Portarias), que estão disponíveis em partes específicas do sítio, como na aba de cada concessionária. Ao fazer a busca, tanto pelo número do ato como pela pesquisa de itens textuais, retornaram-se as Resoluções e Portarias esperadas, mas nenhuma das Deliberações. Provavelmente, o banco de dados do sistema não foi carregado com esse tipo de normativo.

Desse modo, em que pese a facilidade de pesquisa do ANTT *legis*, em razão da sua organização intuitiva e amigável, não é possível extrair do sistema documentações como notas técnicas, pareceres técnicos e jurídicos e votos das deliberações. Em outras palavras, a ferramenta permite a extração de normativos (concretos e abstratos), mas não as documentações técnicas que os fundamentaram. Tal aspecto compromete, não apenas o controle popular, como a realização de estudos e pesquisas científicas tendentes a obtenção de evidências para o processo regulatório. Por fim, em que pese a possibilidade de busca por ‘Deliberações’, algum problema técnico está impedindo a extração desse tipo de normativo.

Passando para o terceiro critério, a OCDE (2012, p. 10) estabelece que:

Os governos devem ter uma política que exija textos regulatórios elaborados a partir de uma linguagem simples. Devem também fornecer orientações claras sobre a conformidade com as regulações, certificando-se que as partes afetadas compreendem os seus direitos e obrigações.

[destaques acrescentados]

Para verificar se os textos regulatórios são elaborados a partir de uma linguagem simples, será averiguado se os destinatários das normas e decisões regulatórias realmente compreendem os seus direitos e obrigações. No caso das concessionárias, este problema é menor, visto que as empresas dispõem de quadro técnico e jurídico para assessorá-las quanto a eventual dúvida regulatória e para provocar tanto a Agência como o Poder Judiciário em caso de eventual descontentamento. No caso dos usuários, que não dispõem desses recursos, serão avaliadas as suas percepções quanto aos serviços prestados.

Nesse contexto, a publicação mais recente disponível no sítio eletrônico da ANTT, que trata da avaliação do serviço prestado pela ótica dos usuários é a última Pesquisa de Satisfação dos Usuários (PSU), realizada no biênio 2017/2018<sup>80</sup> (ANTT, 2018a). Assim, será avaliado se as perguntas da pesquisa permitem extrair conclusões sobre o nível de compreensão dos usuários com relação ao serviço previsto em contrato e o serviço ofertado pelas concessionárias.

Nessa pesquisa<sup>81</sup>, os usuários são instados a manifestar sua percepção sobre diversos itens relacionados aos atributos pista, sinalização, fluidez, segurança, serviços, limpeza e pedágio. Para o atributo fluidez, por exemplo, o usuário avalia (ótimo, bom, regular, ruim ou péssimo) a “velocidade dos veículos na rodovia”, a “facilidade de ultrapassagem” e a “fluidez nos acessos e cruzamentos”. Ocorre que, ao conceituar esses itens, ele não dispõe de nenhuma informação acerca do nível de execução das obras previstas em contrato que resultariam no incremento de fluidez na rodovia (vias marginais, terceiras faixas, duplicações, melhorias de acessos, interseções em desnível *etc.*), o que pode levá-lo a conceituar como “bom” ou “ótimo” segmento com elevados níveis de inexecução de obras de ampliação de capacidade e melhorias.

Para o pavimento, o usuário avalia as “condições do pavimento (buracos e ondulações)”, as “condições do pavimento em dias de chuva (derrapagem)”, o “desnível entre pista e acostamento” e o “desnível na entrada de pontes”. Mesmo que as condições estruturais e/ou funcionais aferidas por meio de ensaios específicos (IRI e FWD) não estejam adequadas, o pavimento poderá receber uma boa avaliação dos usuários se não apresentar buracos ou ondulações, até porque os demais itens tendem a receber uma boa avaliação, a menos que o

---

<sup>80</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/acesso-a-informacao/pesquisa-de-satisfacao-dos-usuarios/2017-2018>>.

<sup>81</sup> Vide questionário do PSU 2017/2018, disponível em: <[https://portal.antt.gov.br/documents/363644/728057/Modelos\\_Questionarios\\_Rodovias\\_Federais\\_Co\\_ncedidas.pdf/69475a07-62bb-b118-52fb-3e5182ff51c5?t=1592851572343](https://portal.antt.gov.br/documents/363644/728057/Modelos_Questionarios_Rodovias_Federais_Co_ncedidas.pdf/69475a07-62bb-b118-52fb-3e5182ff51c5?t=1592851572343)>.

pesquisado tenha sofrido algum tipo de incidente em seu percurso (derrapagem, perda de controle na entrada de ponte ou no acesso ao acostamento).

Para o atributo sinalização, o usuário avalia a “clareza nas informações das placas”, a “condição da pintura no pavimento”, a “visibilidade da sinalização” e a “facilidade de identificação do serviço de atendimento ao usuário – SAU”. Salvo a condição da pintura no pavimento, que poderá ser avaliada qualitativamente por usuário que trafegue no período noturno, as demais resultarão em boas notas para a concessionária, já que as informações das placas são padronizadas (difícil conceber uma informação que não tenha clareza), a posição para efeitos de visibilidade é normatizada e a identificação do SAU é regulamentada em contrato, sem possibilidade de variações significativas.

No atributo segurança, existem avaliações como “condições nas encostas” que somente poderiam ser feitas por profissionais especializados, a menos que o usuário se depare com um deslizamento ao longo de seu trajeto. Do contrário, dificilmente uma concessionária receberá nota que não seja boa ou ótima para item como esse.

No atributo pedágio, o entrevistado é instado a avaliar (“ótimo”, “bom”, “regular”, “ruim” ou “péssimo”) se o valor do pedágio é justo em relação aos serviços oferecidos. Ocorre que a resposta a esse questionamento pode variar substancialmente de acordo com o nível de compreensão do respondente com relação aquilo que tem direito. Caso este não tenha conhecimento dos investimentos que estão previstos (duplicações, faixas adicionais ou obras de melhoria de uma forma geral), pode, com base em serviços operacionais simples e corriqueiros (como socorro mecânico e SAU), avaliar como ótimo ou bom o preço do pedágio em trechos em que importantes obras e intervenções estejam atrasadas.

Nesse sentido, a pesquisa de satisfação não revela a compreensão dos usuários acerca de seus direitos como as obras a que tem direito, o seu prazo de entrega, os parâmetros de desempenho do serviço e o desempenho das concessionárias. Quanto às obras, apenas questiona se o usuário passou por pelo menos um trecho em obra (sim ou não) e pede que avalie a “quantidade de obras”, a “adequação da sinalização das obras” e o “impacto das obras nesta viagem” pelos conceitos “ótimo”, “bom”, “regular”, “ruim” ou “péssimo”.

Assim, embora louvável a iniciativa da PSU, em sua atual configuração, o documento não reflete uma opinião fidedigna dos usuários com relação ao desempenho dos serviços prestados pelas concessionárias, vez que seleciona itens que conduzem a avaliações positivas mesmo quando importantes investimentos em melhorias e obrigações podem estar pendentes.

Além disso, outros dados sugerem que os usuários das concessões de rodovias federais compreendem pouco a atuação da ANTT e o serviço prestado pelas concessionárias. Conforme o Relatório Anual de Gestão da Ouvidoria de 2020<sup>82</sup> (ANTT, 2020d, p. 19), dos 5.273 registros dos cidadãos que buscaram a ouvidoria da Agência (para tratar das concessões de rodovias federais), 2.754, ou 52,23% do total, foram classificados como “outras solicitações”, visto que, em sua maioria, se referem a situações em que o atendente orienta o usuário a entrar em contato diretamente com as concessionárias. Dessa forma, um volume considerável de usuários procura a ANTT para resolver demandas que deveriam ser endereçadas às administradoras dos trechos concedidos, o que evidencia a sua baixa compreensão acerca da esfera de competências da Agência no que envolve o serviço de exploração da infraestrutura rodoviária.

No mesmo sentido, este relatório da Ouvidoria consigna que, considerando toda a estrutura administrativa da ANTT (que regula outros 8 serviços de infraestrutura terrestre), das 301.915 consultas recebidas pela Agência, apenas 2.644, ou 0,73% do total, foram direcionadas à Superintendência de Infraestrutura Rodoviária (ANTT, 2020d, p. 10). Considerando a relevância econômica e social do setor (inclusive, em comparação com os outros serviços regulados pela Agência), a importância do modal rodoviário no Brasil e a relação imediata dos serviços prestados pelas concessionárias de rodovias com o bem-estar dos usuários, tal baixa importância relativa das consultas realizadas sugere que o nível de compreensão dos usuários pode ser tão baixo a ponto de estar os colocando a margem do processo de participação.

Essa possível falta de compreensão da sociedade com o serviço e a atuação da ANTT pode estar relacionada à complexidade das normas e regulações do setor. Isso porque, os direitos e obrigações dos usuários (aspecto básico do serviço prestado) não são disponibilizados em um formato acessível a maioria da população. No mesmo sentido, as revisões e reajustes tarifários, que constituem as decisões regulatórias com maior repercussão sobre o bolso daqueles que pagam pelo serviço, são baseadas em documentações extremamente técnicas.

Quanto aos direitos e obrigações dos usuários, estes se encontram dispersos no Programa de Exploração das Rodovias (PER), anexo dos contratos de concessão, que consiste em documentação significativamente extensa<sup>83</sup>, técnica e, por vezes, complexa. Caso um usuário intente, por exemplo, compreender as principais obras previstas (prazos, localidade e solução de engenharia), os principais parâmetros de desempenho da rodovia e os principais serviços

---

<sup>82</sup> [https://www.gov.br/antt/pt-br/canais-atendimento/ouvidoria/relatorio\\_anual\\_ouvidoria\\_2020.pdf](https://www.gov.br/antt/pt-br/canais-atendimento/ouvidoria/relatorio_anual_ouvidoria_2020.pdf)

<sup>83</sup> O Programa de Exploração da Concessionária Rota do Oeste, por exemplo, tem 133 páginas e está disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/e16756d3-1088-723e-eea7-b51bca916623>.

operacionais que tem direito, deverá pesquisar no PER, que é um documento de compreensão difícil e lenta (sobretudo, para um brasileiro médio).

Quanto aos reajustes e revisões tarifários, por meio deles, a ANTT recalcula o valor da tarifa em razão de eventos como aditivos contratuais (acréscimo ou exclusão de obras e obrigações), desconto de reequilíbrio (redução das tarifas por obrigações descumpridas) e acréscimo dos custos (inflação). Tais decisões são, por vezes, significativamente difíceis de serem entendidas, vez que são baseadas em metodologias complexas, calculadas a partir de planilhas Excel (que não são disponibilizadas), e amparadas por notas técnicas que (embora disponíveis no sítio) são documentos extremamente técnicos e que exigem interdisciplinaridade de conhecimentos para serem compreendidos. Não é por acaso que, segundo o Relatório Anual de Gestão da Ouvidoria de 2020 (ANTT, 2020d, p. 19), o pedágio lidera, com 27,7%, a lista das cinco principais causas de pedidos de informação do setor à Ouvidoria da ANTT.

Dessa forma, em que pese a repercussão imediata da atuação das concessionárias de rodovias sobre o dia a dia dos usuários, a complexidade das normas e das decisões regulatórias do setor pode estar dificultando a sua participação na gestão dos serviços prestados. Além disso, as pessoas só poderão levar suas reclamações à Agência se compreender o serviço esperado ou contratado para assim poder avaliar o serviço que lhe é prestado. Nesse sentido, tão ou mais importante que prover meios para que os cidadãos levem as suas queixas relativas aos serviços públicos, é lhes prover informações necessárias à compreensão do serviço que lhes é ofertado.

Para favorecer a compreensão do serviço e o impacto das principais decisões da Agência sobre o seu dia a dia, o usuário necessita receber informações (e não documentos), que sejam úteis e relevantes aos seus interesses, que necessitam estar disponíveis, de maneira simples, consolidada e didática, de modo que a ANTT leve em consideração que elas se destinam à população em geral e não a especialistas do setor.

Quanto à compreensão do serviço, o usuário necessita de informações como as principais obrigações do concessionário e a sua importância relativa (%) e absoluta (R\$) sobre a tarifa; as principais obras e investimentos previstos (localidade, prazo e valor); os principais parâmetros de desempenho da rodovia; e os seus principais direitos e deveres.

A partir do serviço contratado, o cidadão pode avaliar o serviço que lhe é ofertado, sendo oportunas informações como os principais descumprimentos contratuais (e seu impacto relativo e absoluto sobre as tarifas); se as principais obras foram ou não executadas; e se os principais parâmetros de desempenho da rodovia foram ou não atendidos. No que se refere à compreensão

das principais decisões, o usuário necessita de informações quanto à importância relativa (%) e absoluta (R\$) dos principais itens que ensejaram variações nas tarifas (inflação, eventuais termos aditivos firmados, descontos por obras e serviços não executados, dentre outros).

De fato, algumas das informações acima podem ser obtidas no sítio eletrônico da ANTT, todavia, elas se encontram dispersas e muitas vezes não podem ser extraídas imediatamente das documentações disponibilizadas, exigindo tempo e grande expertise do interessado. Dessa forma, considerando o contexto brasileiro (sociedade com pouco estudo e tempo livre), a mera publicação das principais documentações não garante a compreensão dos serviços públicos ofertados por parte dos usuários, o que ocorrendo restringe o seu controle e participação.

Além disso, informações como as mencionadas, não só possibilitam aos usuários avaliar mais realisticamente o serviço oferecido, como os incentivam a acompanhar e a controlar a sua gestão. Similarmente, permitem aos interessados a compreensão real dos problemas do setor, de maneira que possam levar às audiências e consultas públicas contribuições construtivas.

Outro aspecto relevante é que os usuários demandam informações sobre o desempenho das concessionárias, o que, além de informar os interessados, constitui elemento de persuasão essencial à regulação responsiva. Informações como as principais atuações das empresas (penalidades aplicadas, suas causas, quantidade de infrações, valores das multas e situação do débito) constituem aspectos sensíveis aos usuários e, caso divulgadas, podem induzir a conformidade. Similarmente, a categorização das empresas pelo desempenho ou a publicação de ranking ‘das melhores’ ou ‘das piores concessionárias’, em termos de cumprimento das obrigações contratuais, pode potencializar a conformidade das rodovias concedidas.

Passando para os mecanismos de divulgação das informações, é desejável a publicação, no campo de cada concessão, de relatório anual, contendo as principais informações do exercício relativas à execução contratual e ao desempenho das concessionárias. Informações como as principais obrigações anuais (características gerais e situação da execução); as principais obras (características gerais e situação da execução); a avaliação dos principais parâmetros de desempenho da rodovia ao longo do exercício; o desempenho das empresas (atuações, causas, frequências e situação dos débitos); as principais modificações contratuais; a situação atual de obras e outras obrigações de exercícios anteriores que não foram executadas; dentre outras; devem ser divulgadas, de maneira simples, sintética e didática, de modo a favorecer a compreensão do usuários quanto aos serviços contratados e prestados.

Similarmente, no caso dos reajustes/revisões tarifários, a publicação, no campo específico de cada concessionária, de material sintético explicativo, em linguagem simples, acessível e didática, dos principais fatos discutidos nesses processos, evidenciando (por meio de tabelas, gráficos e outros recursos visuais) o impacto relativo e absoluto dos principais itens que provocaram variação nas tarifas favoreceria a compreensão dos usuários acerca do pedágio e do impacto das principais decisões regulatórias sobre os seus interesses.

Por último, a divulgação das planilhas, utilizadas para o cálculo das novas tarifas, no campo específico de cada concessão, favoreceria, não apenas o controle popular, como a realização de pesquisas científicas tendentes ao fornecimento de evidências à regulação.

Além disso, a qualificação, por parte da ANTT, da informação disponibilizada pelos veículos de comunicação, como boletins periódicos mensais, painéis de mensagens variáveis, serviços de radiodifusão na rodovia, placas informativas de obras, dentre outros, pode ampliar o nível de compreensão e a capacidade de participação dos usuários de maneira significativa.

Nesse contexto, a Resolução 5.950/2021 (ANTT, 2021b) previu a divulgação da carta de serviços aos usuários e do sistema de informações dos usuários, por parte das concessionárias. De início, cabe a Agência regulamentar o formato dessas documentações, de modo que sejam disponibilizadas informações realmente úteis e padronizadas, em linguagem acessível e formato que facilite a compreensão do maior número possível de usuários, de forma a incrementar a sua participação e controle sobre o serviço prestado. Do contrário, as empresas podem deixar de publicar informações ou as publicar em formato que não favoreça o entendimento geral.

Quanto à carta de serviços aos usuários, em que pese a previsão de divulgação das obras previstas no planejamento anual (art. 19, §1º, XIII), a Resolução não prevê a divulgação do seu progresso. Também não faz nenhuma referência às obras previstas nos exercícios anteriores ao planejamento anual e à sua atual situação de execução. Similarmente, não elenca rol de serviços e parâmetros de desempenho da rodovia, que por sua importância, deveriam ser conhecidos pelos usuários do serviço prestado.

Quanto ao sistema de informações dos usuários, a Resolução prevê a divulgação das “obras realizadas, eventuais restrições de utilização da rodovia e intervenções previstas para o ano da concessão” (art. 20, §2º, IV), todavia, nenhuma referência é feita às obras previstas, mas não realizadas e a sua correspondente situação. Similarmente, não elenca serviços e parâmetros de desempenho da rodovia, que por sua importância, deveriam ser conhecidos pelos usuários.

### Análise e conclusão dos achados

Quanto ao critério da OCDE ‘Disponibilização ao público de material relevante do processo regulatório, incluindo análises, notas técnicas, as razões para as decisões regulatórias e dados relevantes’, verificou-se que, em que pese a divulgação das principais documentações técnicas que embasaram as revisões e reajustes tarifários e a disponibilização de dados primários de cada uma das concessões, o sítio da ANTT carece, não só de informações sensíveis aos usuários, como relevantes para a obtenção de evidências por parte do público externo.

Nesse sentido, em que pese os termos aditivos firmados estarem disponíveis no campo de cada concessão, estes não vêm acompanhados das documentações técnicas que os avaliaram, como as notas técnicas, pareceres técnicos e jurídicos e o voto da deliberação do colegiado. Tal aspecto fragiliza o controle popular e impede que os usuários compreendam as causas de importantes alterações do serviço prestado. Assim, é imprescindível que seja disponibilizado todas as manifestações técnicas relevantes, relativas ao trâmite burocrático dos aditamentos contratuais, de modo que a sociedade possa conhecer, participar e controlar o processo.

Verificou-se ainda significativa fragilidade na transparência relativa à execução dos investimentos previstos em cada concessão. Nesse sentido, analisou-se os Relatórios de Acompanhamentos das Principais Obras, do exercício de 2021, de dez concessionárias, bem como as informações da aba ‘Execução Acumulada de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias’ de cada um dos 24 contratos vigentes.

Quanto aos Relatórios de Acompanhamentos das Principais Obras, verificou-se que estes não trazem informações para que o leitor compare a situação presente das principais obras com o previsto em contrato. Assim, não é possível extrair informações como a discriminação e caracterização das obras atrasadas, as causas dos atrasos e a estimativa de prazo para a sua conclusão. Além disso, as fotos, que compõem a grande parte desses documentos, podem transmitir ao leitor a falsa percepção, de que o acervo retrata o universo de intervenções previsto. Cabe frisar ainda que tais relatórios são elaborados, pelas próprias empresas, que não têm interesse de publicizar informações negativas à própria imagem como as obras atrasadas.

Quanto às informações da aba ‘Execução Acumulada de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias’, verificou-se que, em 11 das 24 concessões vigentes, essa planilha não está disponível, sem que apareça qualquer informação ou justificativa. Das 13 concessões em que a planilha está disponível, 5 não consta o percentual de execução acumulada, que é uma importante informação para explicar o andamento geral das obras previstas.

Similarmente, a ANTT divulga informações ou documentações, de maneira não padronizada e incompleta, como é o caso dos TACs firmados, do processo de licitação de cada concessão e do PER<sup>84</sup> original de contrato de concessão.

Além disso, a ANTT não divulga nenhuma informação relativa ao desempenho das concessionárias, tal como multas aplicadas, suas causas, quantidade e situação do débito. Além de informar os interessados, informações dessa natureza constituem mecanismo de persuasão para o *compliance* e essencial à regulação responsiva. No mesmo sentido, a categorização das empresas pelo desempenho ou a publicação de ranking ‘das melhores ou piores empresas’, em termos do cumprimento das obrigações, pode potencializar a conformidade do setor.

Portanto, em que pese a ANTT publicar as principais documentações técnicas relativas às revisões e reajustes tarifários e disponibilizar certos dados brutos das concessões, o seu sítio eletrônico carece de padronização e da disponibilização de informações e documentações importantes, tanto para o acompanhamento e controle dos usuários, como para viabilizar estudos e pesquisas científicas para a obtenção de evidências para o processo regulatório.

Quanto ao critério da OCDE ‘todas as regulações devem estar facilmente acessíveis ao público e banco de dados, normativo e regulatório completo e atualizado, deve estar disponível em formato de pesquisa amigável’, em que pese o ANTT *legis* organizar as informações, de maneira fácil e intuitiva, o sistema possui falhas importantes.

Primeiramente, não é possível extrair do sistema notas técnicas, pareceres técnicos e jurídicos e votos condutores das decisões colegiadas. Desse modo, os usuários ficam alijados da compreensão das razões técnicas que embasaram importantes decisões regulatórias, visto que os atos normativos não trazem explicação das discussões técnicas que antecederam a tomada de decisão. Em segundo, em que pese a possibilidade de busca por ‘Deliberações’, algum problema técnico está impedindo a extração desse tipo de normativo.

Quanto ao critério da OCDE ‘os textos regulatórios devem ser elaborados a partir de linguagem simples, fornecer informações claras sobre a conformidade e certificando-se que as partes afetadas compreendem os seus direitos e obrigações’, verificou-se que a Pesquisa de Satisfação dos Usuários, única avaliação do serviço prestado pela ótica dos usuários, não revela a compreensão dos usuários acerca dos seus principais direitos tais como as obras que têm direito e o seu prazo de entrega, os parâmetros de desempenho do serviço e o desempenho das

---

<sup>84</sup> Programa de Exploração da Rodovia – anexo do contrato de concessão – que contém os principais direitos e obrigações dos usuários e concessionários.

concessionárias. Além disso, a pesquisa seleciona itens que conduzem a avaliações positivas mesmo quando importantes investimentos em melhorias e obrigações podem estar pendentes.

Acrescenta-se que outros dados sugerem que os usuários das concessões de rodovias federais compreendem pouco a atuação da ANTT e o serviço prestado pelas concessionárias.

Conforme o relatório da ANTT de 2020, 52,23% dos registros de cidadãos que buscaram a Ouvidoria (para tratar das concessões de rodovias federais) foram classificados como “outras solicitações”, vez que, em sua maioria, se referem a situações em que a pessoa trouxe demanda que deveria ter sido endereçada às concessionárias. Além disso, apenas 0,73% das consultas recebidas pela Ouvidoria naquele ano foram direcionadas à Superintendência de Infraestrutura Rodoviária. Tal baixa importância relativa, no principal modal do país e em serviço cujo impacto é imediato na vida das pessoas, sugere que o nível de compreensão dos usuários pode ser tão baixo a ponto de estar os colocando a margem do processo de participação.

Essa possível falta de compreensão da sociedade com o serviço e a atuação da ANTT pode estar relacionada à complexidade das normas e regulações do setor. Isso porque, os direitos e obrigações dos usuários (aspecto básico do serviço prestado) não são disponibilizados em um formato acessível à maioria da população. Estes se encontram dispersos no PER, anexo dos contratos, que consiste em documentação extensa, técnica e, por vezes, complexa.

Similarmente, as revisões e reajustes tarifários, que constituem as decisões regulatórias com maior repercussão sobre o bolso dos usuários, são baseadas em metodologias complexas, calculadas a partir de planilhas Excel (não disponibilizadas), e amparadas por notas técnicas que (embora disponíveis no sítio) são documentos extremamente técnicos e que exigem interdisciplinaridade de conhecimentos para compreensão. Não é por acaso que, segundo relatório da ANTT de 2020, o pedágio liderou as causas de pedidos de informação do setor.

Para favorecer a compreensão do serviço e do impacto das principais decisões da Agência sobre o seu dia a dia, o usuário necessita receber informações (e não documentos), que sejam úteis e relevantes aos seus interesses, que necessitam estar disponíveis, de maneira simples, consolidada e didática, de modo que a ANTT leve em consideração que elas se destinam à população em geral e não a especialistas. Além disso, o usuário só tem condições de avaliar fidedignamente o serviço que lhe é ofertado se conhecer o serviço esperado (contratado).

Para conhecer o serviço esperado, ele necessita de informações como as principais obrigações do concessionário e a sua importância relativa (%) e absoluta (R\$) sobre a tarifa; as principais obras e investimentos previstos (localidade, prazo e valor); os principais parâmetros

de desempenho da rodovia; e os seus principais direitos e deveres. Para compreender o serviço ofertado, necessita conhecer os principais descumprimentos contratuais (e seu impacto relativo e absoluto sobre as tarifas); se as principais obras foram ou não executadas; e se os principais parâmetros de desempenho da rodovia foram ou não atendidos. Para compreender o impacto das revisões e reajustes sobre os seus interesses, o usuário necessita compreender a importância relativa (%) e absoluta (R\$) dos principais itens que ensejaram variações nas tarifas (inflação, eventuais termos aditivos, descontos por obras e serviços não executados, dentre outros).

De fato, algumas dessas informações podem ser obtidas no sítio da ANTT, todavia, elas se encontram dispersas e muitas vezes não podem ser extraídas diretamente das documentações disponibilizadas, exigindo tempo e expertise do interessado – que são ausentes na vida de um brasileiro médio. Assim, a mera publicação de documentos não garante a compreensão da regulação pelos usuários, o que ocorrendo restringe o seu controle e participação.

Nesse contexto, a divulgação, de maneira simples, sintética e didática, no sítio da ANTT e na aba de cada concessão, de informações gerais da execução contratual e do desempenho das empresas no exercício, tais como as principais obrigações do ano (inclusive das obras), suas características gerais e a situação da sua execução; a situação dos principais parâmetros de desempenho da rodovia no exercício; o desempenho das empresas (autuações, causas, frequências e situação dos débitos); as principais modificações contratuais; e a situação de obras e outras obrigações de exercícios anteriores que não foram executados ampliaria a compreensão dos usuários e da sociedade acerca da regulação e dos serviços prestados.

Similarmente, no caso dos reajustes/revisões tarifários, a publicação, no campo específico de cada concessionária, de material sintético explicativo, em linguagem simples, acessível e didática, dos principais fatos discutidos nesses processos, evidenciando (por meio de tabelas, gráficos e outros recursos visuais) o impacto relativo e absoluto dos principais itens que provocaram variação nas tarifas favoreceria a compreensão dos usuários acerca do pedágio e do impacto das principais decisões regulatórias sobre os seus interesses. Além disso, a divulgação das planilhas, utilizadas no cálculo das novas tarifas, favoreceria, não só o controle popular, como pesquisas científicas tendentes ao fornecimento de evidências à regulação.

Por último, a qualificação, por parte da ANTT, da informação disponibilizada pelos veículos de comunicação, como boletins periódicos mensais, painéis de mensagens variáveis, serviços de radiodifusão na rodovia, placas informativas de obras, dentre outros, pode ampliar o nível de compreensão e a capacidade de participação dos usuários de maneira significativa.

Nesse contexto, ao regulamentar a divulgação da carta de serviços aos usuários e do sistema de informações dos usuários, pelas concessionárias, a Resolução 5.950/2021 não previu a divulgação de informações como obras atrasadas (sua situação atual, a causa do atraso e o prazo previsto para a conclusão). Similarmente, não elencou rol de serviços e parâmetros de desempenho da rodovia, que por sua importância, deveriam ser conhecidos pelos usuários do serviço. Além disso, cabe a ANTT regulamentar o formato dessas documentações, de modo que a linguagem seja acessível e o formato facilite a compreensão do maior número de pessoas.

### 3.2 Da Análise do Impacto Regulatório

Segundo Meneguín e Bijos (2016, p. 11), toda regulação traz efeitos colaterais ou *trade-offs*, no entanto, a boa regulação potencializa os ganhos esperados e diminui a extensão dos efeitos indesejados. Em razão disso, a tomada de decisão regulatória deve ser amparada, não por critérios subjetivos, mas por evidências, de modo a reduzir o risco de eventuais efeitos adversos e a maximizar a efetividade da intervenção sobre o mercado.

Para PEACKOCK, MILLER e PÉREZ (2018, p. 6), a estrutura da EBR é constituída de três fases: (i) desenho; (ii) tomada de decisão; e (iii) revisão retrospectiva. Nesse sentido, ela cria um ciclo de realimentação, em que os dados são usados tanto no desenvolvimento da regulação como no seu processo de reavaliação periódica, de modo a permitir modificações nas regras estabelecidas conforme os resultados alcançados com a intervenção de mercado.

Nesse contexto, a Análise do Impacto Regulatório (AIR) constitui elemento fundamental para a obtenção de evidências para realimentar o processo decisório com informações úteis para o aprimoramento do *compliance* e o alcance dos objetivos da regulação.

O Guia Orientativo para Elaboração de Análise do Impacto Regulatório, elaborado pela Casa Civil, assim define o conceito de AIR (BRASIL, 2018, p. 24)

Consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como **finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão** e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes.

[destaques e grifos acrescidos]

Dessa forma, embora mais tardiamente que outros países como os Estados Unidos, que desde a década de 1980, pautam suas decisões regulatórias a partir de análises de custo-benefício (SUNSTEIN, 2006, p. 386), dando preponderância a aspectos quantitativos monetizados, o Brasil vem promovendo medidas no sentido de promover uma melhor qualidade

da regulação, a partir da palatina implementação das Análises de Impacto Regulatório (AIRs) nas regulações de diferentes setores.

Nesse contexto, em 2018, o Governo Federal lançou a obra Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR (BRASIL, 2018). Em 2019, a AIR passou a ter *status* de norma legal, tendo sido aprovada, primeiramente, a Lei 13.848/2019 (BRASIL, 2019a), destinada às Agências Reguladoras e, na sequência, a Lei 13.874/2019 (BRASIL, 2019b), que instituiu a “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica” e estabeleceu a obrigatoriedade de AIR para toda propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços públicos, para toda a Administração Pública federal.

Nesse contexto de implementação da qualidade da regulação em todo o país, a presente seção avaliará em que medida as AIRs do setor de rodovias federais concedidas vêm contribuindo para o fornecimento de evidências robustas para o processo decisório da ANTT.

Para tanto, avaliou-se o conteúdo dos 11 Relatórios de Impacto Regulatório (RIR) – do setor de rodovias, disponibilizados pela Agência e que abarcam os exercícios de 2018 a 2021. Como critério de avaliação, serão utilizadas as disposições da obra Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR (BRASIL, 2018).

Em razão da sua centralidade para a elaboração do RIR, serão avaliadas as seguintes etapas das AIRs: a) Definição do problema regulatório; b) Definição dos objetivos desejados; c) Mapeamento das alternativas de ação; d) Análise do impacto das alternativas; e) Identificação da melhor alternativa; e f) Estratégias de implementação, fiscalização e monitoramento (que serão analisadas conjuntamente).

Quanto à identificação do problema, o Guia (BRASIL, 2018, p. 36-37) estabelece que:

A etapa de identificação do problema regulatório é parte essencial para a construção de uma AIR de qualidade. Esta etapa requer uma dedicação especial dos servidores que elaboram a AIR, uma vez que somente a partir do problema corretamente definido será possível encontrar soluções efetivas.

Deve-se iniciar a identificação do problema com uma perspectiva ampla, considerando-o sob vários pontos de vista.

Após essa investigação inicial, o problema deve ser delimitado de modo claro, evitando ambiguidades. Também devem ser identificadas e apresentadas a natureza, as causas e as consequências do problema, sua extensão e a expectativa de sua evolução na ausência de intervenção.

**Deve-se evitar utilizar os seguintes termos para definir o problema: AUSÊNCIA, CARÊNCIA, OBSOLESCÊNCIA, INSUFICIÊNCIA, FALTA DE CAPACIDADE,**

**INADEQUAÇÃO, DESCOORDENAÇÃO, BAIXA QUALIDADE, ATRASOS e INEFICIÊNCIA, CONFIABILIDADE, PERDAS, FRAGILIDADE, dentre outros.**

[grifos e destaques acrescentados]

Nesse contexto, um problema regulatório pode envolver diferentes fatores como preço, entrada de mercado, informação, qualidade, quantidade *etc.* Além disso, pode ter diversas naturezas como falhas de mercado, falhas regulatórias, falhas institucionais, necessidade de garantir condições ou direitos fundamentais a cidadãos ou promover objetivos de políticas públicas (BRASIL, 2018, p. 37). Dessa forma, a definição do problema deve responder, de forma clara e objetiva, às seguintes questões (BRASIL, 2018, p. 39):

- a) Qual o contexto no qual o problema se insere? Isto é, quais as circunstâncias a partir das quais se considera o problema? Qual o ambiente no qual ele está inserido?
- b) Qual a natureza do problema e suas consequências?
- c) Quais são as causas ou indutores do problema?
- d) Qual a extensão ou magnitude do problema, isto é, onde ele ocorre (localmente, regionalmente, nacionalmente), com que frequência, qual a extensão dos grupos afetados?
- e) Qual a evolução esperada do problema no futuro caso nada seja feito?

Desse modo, nesta etapa, atenção especial deve ser dispensada à identificação da(s) causa(s) raíz(es) do problema que são as causas primárias e fundamentais, que são as condições, situações, comportamentos que necessitam ser alterados para evitar que o problema se repita.

Quanto a esse aspecto, o Guia (BRASIL, 2018, p. 39) estabelece que:

O problema **não deve ser definido como "falta de algo" ou como "necessidade de algo", pois isso pode direcionar a definição de objetivos e, conseqüentemente, a escolha da melhor alternativa para o enfrentamento do problema.** Castro e Renda (2015) destacam que **é essencial que os responsáveis pela definição do problema evitem descrevê-lo como a "falta de uma intervenção pública", pois tal intervenção pode, de fato, ser uma das possíveis soluções para o problema, mas não é "o problema propriamente dito".**

[destaques e grifos acrescentados]

Além disso, a definição do problema deve incluir uma avaliação de sua extensão e de suas consequências. Deve-se investigar e demonstrar que o problema é relevante e tem repercussões suficientes para justificar a atuação institucional e que não se trata de um fato isolado ou circunstancial (BRASIL, 2018, p. 39-40).

Quanto à 'Definição dos objetivos que se pretende alcançar', o Guia (BRASIL, 2018, p. 43) estabelece que:

**Os objetivos devem estar alinhados às políticas públicas definidas para o setor e ao planejamento estratégico da agência, órgão ou entidade.**

Os objetivos devem estar diretamente relacionados e ser proporcionais ao problema regulatório e suas causas.

Os objetivos definidos **orientarão a análise e a comparação das alternativas de ação mapeadas e servirão de parâmetro para as estratégias de implementação, monitoramento e avaliação da alternativa de ação escolhida.**

[destaques e grifos acrescidos]

Dessa forma, antes de propor soluções para o problema, é preciso definir claramente quais objetivos se pretende alcançar. Sem essa definição, não é possível identificar as alternativas de ação, compará-las de forma objetiva e avaliar qual é a mais efetiva. Além disso, o sucesso de eventuais ações só poderá ser avaliado frente os objetivos previamente definidos.

Um equívoco comum nesta etapa é confundir os fins que se pretende alcançar (objetivos fundamentais) e os meios de alcançá-los (objetivos meios). Para descobrir se um objetivo proposto é um objetivo fundamental cabe perguntar: “Por que esse objetivo é importante?”. Se a resposta for “é importante para o atingimento de um outro objetivo”, significa que esse é um objetivo meio (BRASIL, 2018, p. 44). Nesse sentido, segundo o Guia (BRASIL, 2018, p. 44):

À medida que começam a ser definidos os objetivos fundamentais, é importante encontrar formas de **descrevê-los, qualitativa ou quantitativamente.** Por exemplo, o objetivo “reduzir os custos”, pode ser descrito como “valor em R\$”, “% do orçamento”, ou diversas outras formas. A descrição do objetivo pode influenciar a compreensão dos atores e as análises posteriores.

**Uma vez definidos os objetivos e a forma de descrevê-los, deve-se analisar se é possível fixar metas.** Enquanto o “objetivo” é representado por um sentido preferencial, a “meta” é representada por um nível fixo e mensurável a ser alcançado. Por exemplo, o objetivo “reduzir os custos” pode ser traduzido numa meta “reduzir os custos em R\$10.000,00 por ano”.

[destaques e grifos acrescidos]

Portanto, a escolha dos objetivos e das metas delimita as alternativas. Objetivos e metas muito abrangentes possibilitam alternativas fora do contexto de decisão. Por outro lado, objetivos e metas não devem ser extremamente limitantes, de modo a eliminar desnecessariamente alternativas possíveis. Dessa forma, **jamais devem ser estabelecidos objetivos ou metas propositalmente restritos com o propósito de estreitar as possibilidades de ação e direcionar a análise para a escolha de uma ação preferida** (BRASIL, 2018, p. 43-44).

Quanto à ‘Descrição das possíveis alternativas de ação’, para que a AIR seja útil ao processo decisório, é necessário identificar as diferentes possibilidades de se tratar o problema, excluindo aquelas que se mostrarem inviáveis e analisando detalhadamente aquelas que se mostrarem potencialmente eficazes. Segundo OCDE (2013, *apud* BRASIL, 2018, p. 44), esta é a etapa que costuma atrair maior atenção dos interessados. Bem elaborada, traz credibilidade à análise e ao processo decisório. Mal fundamentada, tende a gerar muitas críticas e questionamentos sobre a qualidade da análise e a efetividade da solução apontada.

Nesse contexto, segundo o Guia (BRASIL, 2018, p. 44-45):

**A prospecção das alternativas deve sempre ter início de forma ampla e tentando trazer, tanto quanto possível, abordagens inovadoras (“out of the box”) para o enfrentamento do problema. Para aumentar a probabilidade de diversidade e de inovação no mapeamento das alternativas, é recomendável que diferentes áreas da agência, órgão ou entidade, com diferentes experiências e perspectivas, participem do processo. Estudar as soluções adotadas em outros países é outra maneira de enriquecer o mapeamento das alternativas.**

[destaques e grifos acrescidos]

Portanto, é fundamental levantar o máximo de opções de solução viáveis, de modo a utilizar a criatividade e inovação, estudando situações semelhantes e como elas foram solucionadas. A consulta aos atores afetados pelo problema é outra maneira de descobrir boas alternativas, pois eles são os maiores interessados em resolvê-los (BRASIL, 2018, p. 45).

Quanto à ‘Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas de ação’, esta etapa tem dois objetivos. Em primeiro, entender os impactos positivos e negativos de cada alternativa de ação de modo a identificar se os seus benefícios superam os seus custos e desvantagens quando comparadas à alternativa de não ação. Em segundo, criar uma base de comparação entre as soluções viáveis, de modo que seja possível orientar uma escolha dentre as diferentes possibilidades de ação (BRASIL, 2018, p. 52). Assim, para cada situação, deve ser estabelecida uma metodologia de avaliação, que deve ser brevemente apresentada no RIR. Além disso é fundamental que as premissas, os parâmetros, as hipóteses e as fontes de informação utilizados nessa etapa sejam claramente explicados (BRASIL, 2018, p. 52).

Quanto à ‘Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento’, o Guia (BRASIL, 2018, p. 60) estabelece que:

Nos casos em que a alternativa de ação recomendada envolver a criação de obrigações para terceiros, deve-se indicar se é necessário prever mecanismos de coerção para o caso de descumprimento e como a observância destas obrigações será fiscalizada.

(...)

Essa etapa também deve apresentar uma estratégia para o monitoramento dos resultados da alternativa de ação recomendada, caso implementada, indicando como a agência, órgão ou entidade acompanhará se as metas planejadas estão sendo atingidas.

É fundamental que essa etapa proponha indicadores que serão utilizados para a avaliação do desempenho da alternativa de ação recomendada. Caso a etapa anterior não tenha recomendado uma alternativa de ação específica, deve-se propor ao menos indicadores gerais para acompanhamento do atingimento dos objetivos.

[grifos acrescidos]

Dessa forma, além de informar se as metas definidas estão sendo alcançadas, é desejável que o monitoramento também seja capaz de trazer informações que sirvam de insumo para eventuais revisões do instrumento implementado. Caso seja observado que as metas não estão

sendo alcançadas, o monitoramento deve ser capaz de indicar se isso ocorreu por falha na definição do problema, na construção do instrumento, na sua implementação ou fiscalização, por fatores externos imprevisíveis, devido a alterações legislativas posteriores, dentre outras. Além disso, é desejável que o monitoramento apresente orientação acerca de medidas a serem tomadas para remediar o não atingimento das metas (BRASIL, 2018, p. 64).

Expostas as principais etapas das AIRs, passa-se a análise de cada um dos RIRs.

Tema 1: Definição dos preceitos de revisão tarifária para as concessionárias da 3ª etapa do Procofe<sup>85</sup>

Ao definir o problema objeto desta AIR, o RIR colocou que (ANTT, 2018b, p. 3):

Considerando que o método de reequilíbrio, através da utilização de fatores, é inédito para a Agência, ou seja, não havia sido aplicado nas concessões anteriores, durante a implementação das primeiras revisões tarifárias dessas concessionárias, no ano de 2015/2016, verificou-se que o contrato de concessão se apresentava omissivo em alguns casos, principalmente no que tange ao Fator C, Fator D e Fluxo de Caixa Marginal. Dessa forma, o problema a ser solucionado está relacionado com a existência de omissões no contrato.

[grifos acrescentados]

Além de a definição do problema partir da “falta de algo” (normas), de modo a direcionar a análise e conclusão da AIR para a elaboração de normativo, não foi apresentada uma avaliação da extensão e das consequências do problema, de forma a demonstrar que ele é relevante e tem repercussões para justificar a atuação institucional da ANTT.

Na definição dos objetivos da ação regulatória, consta que (ANTT, 2018b, p. 5):

Esclarecer os procedimentos específicos de revisão tarifária não tratados nos contratos de concessão da 3ª Etapa Fase I e III do Programa de Concessão de Rodovias Federais, de forma a definir regras claras para o processo de revisão tarifária, com o intuito de manter o equilíbrio econômico financeiro.

[grifos acrescentados]

De início, o RIR se refere ao meio para alcançar determinado resultado (estabelecer procedimentos específicos) como o fim que se pretende alcançar. Em outras palavras, da leitura do documento, transparece que a finalidade da atuação regulatória está na elaboração de uma norma, quando a sua elaboração seria apenas um meio para alcançar uma situação desejada.

---

<sup>85</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+Revis%C3%A3o+Tarif%C3%A1ria+-+3a+Etapa+de+Concessoes+-+Explora%C3%A7%C3%A3o+da+Infraestrutura+Rodovi%C3%A1ria.pdf/67ccfe76-16cb-99d5-7758-a6a3a765a2b3?t=1635204192050>

Além disso, o RIR não apresenta nenhuma descrição qualitativa ou quantitativa dos objetivos que a Agência busca. Sem uma definição objetiva de resultados, não se estabelecem metas e, conseqüentemente, não é possível monitorar resultados. Conseqüentemente, a prospecção de soluções se limita a três alternativas (ANTT, 2018b, p. 11-14): a) nada fazer; b) elaboração de resolução abrangente com possibilidade de ajustes futuros; c) elaborar resolução explicitando o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato de forma detalhada e exaustiva.

Quanto a Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas, o RIR não estabelece nenhuma metodologia de avaliação, premissa, parâmetro, hipótese, restringindo a análise a enumerar supostos “impactos positivo e negativo” de cada uma das alternativas sobre cada um dos agentes envolvidos: Agência, concessionárias e sociedade. Dessa forma, não se sabe qual critério de decisão a Agência se utilizou para decidir: se existem itens (como segurança jurídica) que são mais ou menos importantes que outros (transparência, por exemplo) ou se todos têm o mesmo peso e a decisão foi tomada pela simples soma da quantidade de itens com “impacto positivo” entre as três alternativas. Por fim, o RIR não apresentou nenhuma consideração sobre a ‘Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento’.

## Tema 2: Definição de método de cálculo de indenização de bens reversíveis não amortizados em casos de extinção antecipada de contratos<sup>86</sup>

Na conclusão do tópico ‘Definição do problema’, consta que (ANTT, 2019j, p. 3):

Será necessário aprofundar a definição de bens reversíveis, atentando principalmente para a abrangência do escopo de sua aplicação, baseando-se em dispositivos legais, contratuais, jurisprudenciais e de doutrina para delimitação acurada.

[grifos acrescentados]

Da leitura de todo o tópico, não se extrai uma definição clara do que seria o problema que a ANTT estava enfrentando. O trecho transcrito acima sugere que o problema é a “falta de normas” relativas aos bens reversíveis das concessões de rodovias. Dessa forma, além de direcionar a solução do problema para resolver a “falta de algo” (normas), o RIR não apresenta nenhuma avaliação da extensão e conseqüências do problema.

Quanto aos objetivos da ação, extrai-se a seguinte passagem (ANTT, 2019j, p. 6):

---

<sup>86</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+C%C3%A1culo+de+Indeniza%C3%A7%C3%A3o+de+Bens+revers%C3%ADveis+-+Explora%C3%A7%C3%A3o+da+Infraestrutura+Rodovi%C3%A1ria.pdf/cdf6fb40-f90a-9636-62e1-ee535b9d1d44?t=1635204189603>

Estabelecer os procedimentos específicos de definição de método de precificação de eventual indenização de bens reversíveis não amortizados em casos de extinção antecipada de contratos de concessões rodoviárias.

[grifos acrescidos]

Da leitura de todo o tópico, extrai-se que o RIR define a elaboração de norma como a finalidade da atuação regulatória, e não como um meio para alterar determinada situação problema. Além disso, o documento não apresenta nenhuma descrição qualitativa ou quantitativa dos objetivos que a Agência busca.

Consequentemente, não se estabelecem metas e mecanismos de monitoração dos resultados. Por último, como decorrência da própria definição do problema (falta de algo), o objetivo proposto vincula a escolha da solução regulatória à elaboração das normas.

Com efeito, a prospecção de alternativas se limita a três hipóteses (ANTT, 2019j, p. 11-15): a) nada fazer; b) elaboração de resolução abrangente com possibilidade de ajustes futuros; c) elaborar resolução explicitando a forma de cálculo de indenizações para extinções antecipadas de contrato de forma detalhada e exaustiva, trazendo para a ANTT toda a extensão dos trabalhos a serem efetuados por verificador independente. Dessa forma, como consequência do direcionamento da situação problema para a “falta de norma”, as alternativas propostas são restritivas e não induzem inovação e nem soluções estruturantes.

Quanto à Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas, o RIR não estabelece nenhuma metodologia de avaliação, premissa, parâmetro, hipótese, restringindo a análise a enumerar supostos “impactos positivos e negativos” de cada uma das alternativas sobre cada um dos agentes envolvidos. Consequentemente, não se sabe qual critério de decisão a ANTT se utilizou para decidir. Por fim, não foi apresentada nenhuma análise da ‘Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento’.

### Tema 3: Medidas alternativas de solução de controvérsias<sup>87</sup>

Na definição do problema a ser solucionado, consta (ANTT, 2016c, p. 3):

No caso de controvérsias entre a ANTT e os agentes regulados, a nº Lei 10.233/2001 torna obrigatória a existência de cláusula que viabilize os instrumentos de conciliação e arbitragem (...). Além disso, alterações legislativas na Lei nº 9.307/96 previram expressamente a capacidade de o Poder Público se submeter ao juízo arbitral. Assim, sob a tutela desta ANTT, há diversos contratos que preveem expressamente as cláusulas arbitrais, sem terem sido, contudo, objeto de análise mais aprofundada, até o momento.

---

<sup>87</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/AIR+-+Mecanismos+alternativos+para+resolu%C3%A7%C3%A3o+de+controv%C3%A9rsias%28ass%29.pdf/Oaed23a5-93b7-724e-6b3d-541958c7fd6c?t=1635204194887>

[grifos acrescidos]

Da leitura de todo o tópico, extrai-se que o problema a ser enfrentando é a falta de normas relativas à conciliação e a arbitragem. Além de o RIR direcionar a solução do problema para a elaboração de normativo, o documento não apresentou nenhuma avaliação da extensão e consequências do problema que buscou enfrentar.

Quanto aos objetivos da ação, extrai-se a seguinte passagem (ANTT, 2016c, p. 7):

(...) busca-se alcançar dois objetivos específicos: (i) regular a previsão contratual e legal sobre quais são os assuntos passíveis de serem levados para arbitragem e (ii) criar um normativo com mecanismos que busquem solucionar controvérsias entre agentes regulados, por meio de mediação ou de arbitramento, de modo célere, e incentivar a eficiência logística.

[grifos acrescidos]

Novamente, o RIR define a elaboração de norma como a finalidade da atuação regulatória, e não como um meio para alterar determinada situação problema. Similarmente, o documento não apresenta nenhuma descrição qualitativa ou quantitativa dos objetivos perquiridos, não estabelecendo metas e mecanismos de monitoração dos resultados.

Quanto à análise das alternativas, o documento diz que as alternativas de atuação serão mapeadas ao longo das etapas de estudo e participação social (ANTT, 2016c, p. 11). Em que pese a Resolução 5.845 estar vigente desde maio/2019, não consta no sítio a complementação do estudo. Conseqüentemente, também não estão disponíveis os tópicos ‘Análise dos impactos e comparação das alternativas’ e ‘Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento’.

#### Tema 4: WACC regulatório para concessões rodoviárias<sup>88</sup>

No tópico ‘Definição do problema’ consta a seguinte passagem (ANTT, 2019n, p. 1-2):

Como a metodologia para o cálculo do WACC [weight average cost of capital] gera divergências a partir dos critérios adotados, principalmente no que tange a porcentagem de capital próprio e de terceiros utilizados no modelo, bem como a metodologia para cálculo do custo de capital de terceiros, sugere-se que estes sejam objeto de audiência para assegurar a transparência ao processo, o que não prejudica a aprovação da metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro dos novos investimentos e serviços nos contratos de concessão de rodovias federais englobados na 1ª Etapa, 2ª Etapa – Fase I, e Pólo Pelotas – Ecosul.

(...)

o problema regulatório a ser endereçado é a constatação de distorções a partir da adoção de estágios diferenciados de remuneração pelo WACC Regulatório e a aplicação dos respectivos critérios de enquadramento.

---

<sup>88</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+WACC+Regulat%C3%B3rio+para+concess%C3%B5es+Rodovi%C3%A1rias+-+Temas+Gerais.pdf/8fc3632b-d15d-19a0-5581-51d0c941e458?t=1635204154923>

Da leitura de todo o tópico, extrai-se que o problema regulatório está na falta de correspondência entre o valor do custo de capital adotado pela ANTT para remunerar investimentos não previstos nos contratos de concessão com o valor real do custo de capital das concessionárias de rodovias. Conforme o trecho acima, as distorções estariam na composição dos capitais próprio e de terceiros (porcentagem de cada um) e na metodologia de quantificação do custo do capital de terceiros. Embora pudesse ter sido empregada uma linguagem mais acessível aos interessados, o problema regulatório foi bem delineado e contextualizado.

Quanto aos objetivos da ação, extrai-se a seguinte passagem (ANTT, 2019n, p. 2):

O objetivo geral do presente trabalho é atualizar o cálculo do WACC regulatório (...)  
O objetivo específico é corrigir distorções identificadas no último ciclo de vigência do WACC regulatório (2015-2018) com a aplicação dos critérios vigentes para o enquadramento nos estágios de maturação a partir do critério de “ano-concessão”. Incentivando a adoção de estratégias prudentes/condizentes com o nível de alavancagem financeira esperados para a exploração de concessões de infraestrutura (Public Utilities), evitando a incidência de comportamentos oportunistas e do risco moral por parte dos agentes regulados.

[grifos acrescidos]

Os objetivos gerais e específicos são coerentes com a delimitação do problema apresentada, diferenciado, inclusive, os objetivos gerais (incentivar estratégias prudentes e condizentes com nível de alavancagem, evitar o risco moral e comportamentos oportunistas dos agentes) dos meios de alcançá-los (atualizar e corrigir distorções do WACC).

Quanto à busca de alternativas, esta se limitou a três hipóteses (ANTT, 2019n, p. 4): a) nada fazer – atualizando a memória de cálculo, mas mantendo o critério pela maturidade da concessão, através do “ano-concessão”; b) atualizar a memória de cálculo e regressar ao critério do percentual de execução dos investimentos previstos no cronograma de investimentos; e c) atualizar a memória de cálculo e considerar uma estrutura de capital única para todas as empresas (independente do estágio do contrato ou da quantidade de investimentos a executar).

Embora bem delimitada a exposição das três alternativas, não é possível concluir que não existam outros mecanismos viáveis para enfrentar o problema. Além disso, dado que a metodologia do WACC é internacionalmente adotada, seria desejável uma consulta à experiência internacional, de modo a, não apenas ampliar o rol de alternativas, como também buscar abordagens inovadoras (*out of the box*).

Com relação à ‘Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas’, o RIR não apresenta uma metodologia para hierarquizar as três alternativas, de modo que cabe ao leitor aceitar que a alternativa “a” causaria risco moral, que a alternativa “b” não poderia ser

viabilizada (em vista da falta de plano de negócios de certas concessionárias) e que a alternativa “c” estaria aderente à realidade do setor à época.

Nesse sentido, da leitura do tópico, não se extrai o porquê uma atualização periódica da composição do WACC, com base no ano-concessão, manteria atuais distorções, visto que, de fato, o estágio da concessão influencia na composição de capital (próprio e de terceiros). Similarmente, não fica claro porque a falta de plano de negócios inviabilizaria a adoção do critério percentual de execução de investimentos, vez que os estudos prévios e os resultados das licitações fornecem informações similares. Da mesma forma, não fica claro porque a escolha de uma composição única do capital estaria aderente à realidade do setor.

Dessa forma, a falta de metodologia clara e objetiva de avaliação das alternativas propostas e a ausência de uma fundamentação rigorosa ‘aparentam’ direcionar a opinião do leitor a um cenário previamente desejado pelo regulador, qual seja considerar uma estrutura de capital única. Tal aspecto não está condizente com uma AIR, que deve ser pautada pela busca imparcial e objetiva de evidências para a melhor tomada de decisão. Por fim, não consta nenhuma análise da ‘Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento’.

#### Tema 5: Regulamentação do processo de aplicação de caducidade<sup>89</sup>

Extrai-se a seguinte passagem da identificação do problema (ANTT, 2019l, p. 3):

Foi identificado, como problema prático, o fato de que a ausência de regulamentação torna mais lenta e custosa a eficácia da medida de aplicação da penalidade de caducidade seja por meio da postergação de encontros de contas, detecção intempestiva de inconformidades relativas às obras, postergação de renovações, enfretamento de níveis inesperados de complexidade nos cálculos referentes aos encontros de contas, entre outros.

[grifos acrescentados]

Novamente, o problema a ser resolvido é a “falta de norma”, o que direcionou a análise e conclusão desta AIR para a elaboração de um normativo.

Com relação aos objetivos da ação regulatória, consta que (ANTT, 2019l, p. 8):

O principal objetivo da ação regulatória é facilitar a eficácia dos institutos mencionados na pergunta nº 1, da seção nº 2 [termo contratual, caducidade, encampação e intervenção], por meio da definição, estabelecimento, organização e racionalização de seus respectivos procedimentos.

[grifos acrescentados]

---

<sup>89</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+Processo+de+Aplica%C3%A7%C3%A3o+de+Caducidade++Temas+Gerais.pdf/da426d65-5332-d497-84c2-61f6e6f35b3c?t=1635204165237>

Conforme a passagem acima, o RIR define que o objetivo da ação regulatória é facilitar os processos de caducidade, encampação, intervenção e termo contratual. Todavia, o documento não explicita o que seria essa facilitação. Isto, juntamente com a ausência de descrição qualitativa ou quantitativa do cenário que a Agência busca, impede uma definição objetiva dos resultados almejados e, conseqüentemente, a sua monitoração.

Nesse contexto, as soluções propostas são (ANTT, 2019l, p. 10-12): a) nada fazer; b) publicação de normativo que discipline os procedimentos da penalidade de caducidade, do termo contratual, da relicitação e da prorrogação antecipada; c) elaborar normativo que discipline a penalidade de caducidade, o termo contratual, a relicitação, a prorrogação antecipada e a penalidade de intervenção; d) elaborar normativo que discipline a penalidade de caducidade, o termo contratual e a prorrogação antecipada; e e) publicação de normativo que regule a penalidade de caducidade. Assim, além da opção de nada fazer, as alternativas variam de acordo com a inclusão ou exclusão de assuntos objeto da regulamentação.

Quanto a Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas, o RIR não estabelece nenhuma metodologia de avaliação, restringindo a enumerar supostos “benefícios e malefícios” de cada uma das alternativas sobre cada um dos agentes envolvidos (ANTT, 2019l, p. 13-17). Assim, não se sabe qual critério a Agência se utilizou para decidir. Por fim, não foi apresentada nenhuma consideração sobre a ‘Estratégia de implementação, fiscalização’.

#### Tema 6: Diretrizes para o encerramento e relicitação dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas sob gestão da Agência Nacional de Transportes Terrestres<sup>90</sup>

Conforme a íntegra do tópico ‘Identificação do problema’ (ANTT, 2020e, p. 11):

- O encerramento da concessão traz obrigações claras ao Poder Público de manutenção da continuidade e nível de qualidade do serviço público adequado, que deve se realizar de forma previsível e segura para todos os agentes envolvidos.
- Motivo: eventual descontinuidade de qualquer dos serviços oferecidos pela rodovia aos seus usuários terá profundos impactos na movimentação de cargas (bens, pessoas e informação) ao longo do trecho rodoviário cujo contrato se encerra. De outra forma, a incerteza em relação aos bens reversíveis e sua aplicação poderá gerar ainda uma fragmentação em bens públicos legítimos, que devem estar a serviço dos usuários. Ademais, a apuração de haveres e deveres ao fim do contrato garante que o encerramento do contrato seja envolto da boa-fé objetiva, mitigando eventuais litígios judiciais e prejuízos ao Poder Público. De outra sorte, pesa ainda a essencialidade dos serviços prestados e da infraestrutura disponibilizada, considerando no caso a localização estratégica dos ativos para a logística nacional.

---

<sup>90</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118120/AIR+-+Diretrizes+para+o+encerramento+e+relicita%C3%A7%C3%A3o+dos+contratos+de+concess%C3%A3o+de+rodovias.pdf/dab9d003-be33-e459-b375-6c3815810cd5?t=1635204115477>

Pela transcrição, verifica-se que o RIR não definiu de maneira clara e objetiva a situação problema que buscou enfrentar. Pela leitura de todo o documento, inferese que a situação problema é a falta de normatização relativa a procedimentos de encerramento dos contratos de concessão. Dessa forma, novamente, o documento definiu o problema regulatório a partir da “falta de algo”, direcionando a análise para a conclusão de elaborar normativo.

Na definição dos objetivos da ação regulatória, consta que (ANTT, 2020e, p. 11-12):

A ação regulatória visa suprir lacuna legislativa e contratual relativa ao procedimento de encerramento contratual, transição operacional e de ativos e extensão de prazo contratual, em razão de inexistência de tempo hábil para estudo ou licitação para substituição de contrato em vigor.

Adicionalmente, ela visa o estabelecimento de diretrizes, com marcos preestabelecidos, para o encerramento contratual, disciplinando as ações de gestão e fiscalização contratual, evitando a concentração de atividades nos meses que antecedem o encerramento do contrato de concessão.

Busca-se, com a regulamentação deste tema, fazer a gestão e a fiscalização dos processos de encerramento contratual da 1ª etapa de concessões: CRT, CONCERT e NOVADUTRA, bem como as relições, pautadas em diretrizes objetivas, com maior transparência e previsibilidade.

[grifos acrescidos]

Pela leitura do tópico ‘objetivos da ação regulatória (ANTT, 2020e, p. 11-12), verifica-se que o RIR definiu, como objetivo específico (meio), elaborar normativo relativo ao encerramento contratual. Como objetivo geral, estabeleceu-se evitar a concentração de atividades nos meses que antecedem o encerramento contratual e fazer gestão e fiscalização dos processos de encerramento dos contratos da 1ª etapa do programa de concessões. Novamente, o documento não apresentou nenhuma descrição qualitativa ou quantitativa dos objetivos, o que impediu a definição de metas e, conseqüentemente, a monitoração de resultados.

Diante da diversidade de assuntos tratados dentro do mesmo RIR, a análise dividiu as diferentes alternativas em dez temas (ANTT, 2020e): a) “Regulamentar o encerramento contratual” (p. 15); b) “especificar o conteúdo do termo aditivo, quanto às suas cláusulas contratuais e plano de exploração da rodovia” (p. 16-17); c) “definir novos parâmetros da nova tarifa no termo aditivo” (p. 17); d) “elencar o objeto da transição da operação e de ativos” (p. 18); e) “atribuir responsabilidades por eventuais problemas ocorridos entre a concessionária e o futuro operador durante o procedimento de transição operacional” (p. 19); f) “fixar prazo e conteúdo mínimo do plano de desmobilização” (p. 20); g) “definir conteúdo e prazo dos relatórios de fiscalização inicial e final” (p. 20-21); h) “determinar os deveres da concessionária durante a convivência” (p. 21-22); i) “especificar as contas que devem ser levantadas e atreladas ao cumprimento dos parâmetros de desempenho” (p. 22-23); e j) “aplicar a resolução aos

contratos vigentes” (p. 23-24). Como consequência da delimitação do problema na “falta de normas”, foram propostas duas alternativas para todos os temas: nada fazer e elaborar normas.

Quanto a Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas, o RIR não estabelece nenhuma metodologia de avaliação, restringindo a análise a enumerar supostos “benefícios e malefícios” de cada uma das alternativas sobre os agentes envolvidos. Por fim, o documento não apresentou nenhuma consideração sobre a ‘Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento’ em relação às estratégias selecionadas (elaboração de normas).

Tema 7: Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e mecanismos de governança sobre transações com partes relacionadas<sup>91</sup>

De início, o RIR tratou de duas temáticas: regras de reequilíbrio contratual e aperfeiçoamento de mecanismo de governança sobre partes relacionadas. Quanto ao tema 1, transcreve-se a seguinte passagem do diagnóstico do problema (ANTT, 2020f, p. 2-4):

(...) em relação à questão 1 apontada, vale expor que a regulamentação atual, dada pela Resolução nº 5.859/2019 delinea que acréscimo tarifário para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ocorre na revisão ordinária subsequente à conclusão do investimento. Isso traz como vantagem clara um incentivo à execução das obrigações contratuais, assim como a percepção do usuário sobre a tarifa como contrapartida ao incremento qualitativo do serviço, que vem após a melhoria. De outro lado, impõe-se um maior impacto tarifário na diluição no fluxo de caixa aos concessionários, o que pode denotar inclusive desafio ao financiamento das obras de maior complexidade e valor.

(...) Percebe-se que a nova regulamentação criou regra útil, mas excedeu-se ao deixar de reconhecer que determinadas situações impõem flexibilização, de maneira a não criar óbices financeiros à realização de obras necessárias, sobretudo aos usuários da infraestrutura. Nota-se, então, uma distorção na intervenção do Estado, que produziu uma solução sistêmica indesejada (externalidade negativa), deixando de corrigir a falha de mercado detectada para promover a distribuição de bem-estar social.

[grifos acrescidos]

Em que pese o RIR não ter definido de maneira clara e objetiva o problema regulatório que buscou enfrentar, infere-se da leitura do tópico que a ação visa corrigir dispositivos da Resolução 5.859/2019, que tratam da recomposição do equilíbrio dos contratos. Conforme a passagem acima, esta Resolução estabeleceu que o acréscimo tarifário para remunerar novas obras ocorrerá na revisão subsequente à conclusão dos investimentos. Esta regra precisaria ser flexibilizada de modo a não criar óbices financeiros à realização de novas melhorias nas concessões. Portanto, o documento estabeleceu, como questão a ser enfrentada, dispositivos do

---

<sup>91</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118120/Revis%C3%A3o+de+Regras+de+Reequil%C3%ADbrio+contratual.pdf/a350a562-12d9-3ecd-7bd9-7648a4e70e09?t=1635204113417>

mencionado normativo que precisariam ser alterados, no sentido de flexibilizar a regra da realização do reequilíbrio contratual após a conclusão dos investimentos.

Dessa vez, a definição do problema foi definida, não como a “falta de norma”, mas como a necessidade de normas para ajustar a Resolução 5.859/2019. Assim como os demais casos apresentados, a situação problema definida direcionou a conclusão do estudo para a elaboração de normativo. Além de restringir alternativas não circunscritas à elaboração de normas, a análise não apresentou nenhuma consideração sobre a extensão e as consequências do suposto problema. Nesse contexto, não foi apresentado nenhum caso de obras, que teria sido inviabilizada pelos dispositivos da mencionada Resolução.

Quanto ao tema 2 (governança nas transações com partes relacionadas), extrai-se do RIR que o problema é a falta de normatização relativa ao assunto (ANTT, 2020f, p. 4):

Sob outra perspectiva, a questão 2 ora enfrentada dita uma necessidade de adaptação das estruturas societárias dedicadas ao serviço público concedido às melhores práticas de governança corporativa, que deve obrigatoriamente passar por uma disciplina regulatória. Atualmente, é de se reconhecer, no âmbito da ANTT não há ponderação normativa sobre esse mister, o que exige uma postura linear da Agência.

[grifos acrescidos]

Portanto, novamente, a AIR definiu o problema como a “falta de algo”, de modo a direcionar toda a análise e conclusão para a elaboração de normativo. Similarmente, não foi apresentada nenhuma avaliação da extensão e consequências do problema.

Assim, o RIR definiu, nos dois temas, os objetivos de corrigir omissão no regulamento, suprir lacuna legislativa e contratual e aprimorar a regulamentação (ANTT, 2020f, p. 6). Similarmente, definiu-se como finalidade da ação elaborar normativo, e não atingir uma situação desejada, impossibilitando a definição de critérios de monitoração de resultados. Consequentemente, a prospecção de soluções se limitou, para os dois temas, a três alternativas (ANTT, 2020f, p. 7-9): a) nada fazer; b) aditar cada um dos contratos de concessão; e c) elaborar normativo específico.

Quanto a Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas, novamente, o RIR não estabelece nenhuma metodologia de avaliação. Por fim, não foi apresentada nenhuma análise sobre a ‘Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento’.

Tema 8: Regulamento de concessões rodoviárias – bens, obras e serviços (RCR 2) e adequação dos procedimentos de execução de obras e serviços (Resolução 1.187/2005)<sup>92</sup>

Preliminarmente, o presente RIR trata de dez problemas (ANTT, 2021d, p. 2):

1) o descarte de bens inservíveis; 2) a inspeção acreditada e a não objeção tácita por decurso de prazo; 3) morosidade nos procedimentos de desapropriação; 4) a responsabilidade pela remoção de interferências atrelada aos contratos de permissão especial de uso; 5) as regras para a contratação de verificador independente e as diretrizes e competências definidas pelo Comitê de Corregulação de concessões rodoviárias; 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 e a estipulação de prazo para alegação de inconsistências pelo concessionário; 9) gestão do concessionário em relação à operação rodoviária e a autorização da restrição contínua de tráfego para categoria de veículo por período pré-determinado pelo órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via; e 10) equipamento a serem aplicados no sensoriamento e controle de tráfego compatíveis com novas tecnologias.

Sem maiores análises ou considerações, o RIR definiu, em tabela, as seguintes situações problemas de cada um dos assuntos acima (ANTT, 2021d, p. 2-3): 1. ausência de procedimento claro para destinação de bens inservíveis; 2. dúvidas sobre o acatamento dos projetos às regras construtivas aplicáveis; 3. desapropriações morosas e atraso na execução obras do PER, ausência de procedimentos para registro dos bens expropriados; 4. ausência de procedimento para identificação e atribuição de responsabilidades para a remoção de interferências; 5. ausência de procedimento para contratação de verificador independente; 6. ausência de procedimento que disponha sobre a contratação de terceiros para a execução de obras não previstas inicialmente no PER; 7. procedimento complexo para o recebimento de obras; 8. ausência de procedimento para transferência das obras executadas pelo Poder Público e estipulação de prazo para inconsistências para o concessionário; 9. dúvidas sobre a competência do concessionário para gerir a suspensão de tráfego em situações específicas; 10. determinação da tecnologia que deve ser utilizada para o sensoriamento e controle do tráfego.

Nesse contexto, em sete dos dez assuntos, a situação problema foi definida com a “falta de procedimentos” (normas). Nos demais três temas, o problema foi estabelecido de maneira genérica: ‘dúvidas’ e ‘determinação da tecnologia’. Por último, o RIR não apresenta nenhum objetivo para a ação, mencionando apenas outra AIR, não disponível no sítio eletrônico (ANTT, 2021d, p. 3).

---

<sup>92</sup> Disponível em: [https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118123/SEI\\_ANTT+-+6574047+-+RELAT%C3%93RIO+DE+AN%C3%81LISE+DE+IMPACTO+REGULAT%C3%93RIO+-+AIR.pdf/7d3a8e3f-3ac2-018a-1aa0-b76aec0500ad?t=1643826481793](https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118123/SEI_ANTT+-+6574047+-+RELAT%C3%93RIO+DE+AN%C3%81LISE+DE+IMPACTO+REGULAT%C3%93RIO+-+AIR.pdf/7d3a8e3f-3ac2-018a-1aa0-b76aec0500ad?t=1643826481793)

Com exceção dos assuntos 1, 4, 6 e 7, que teriam sido objeto de outro RIR (não disponível no sítio), para todos os assuntos remanescentes, foram propostas três alternativas de atuação: a) nada fazer; b) aditar todos os contratos de concessão; e c) elaborar normativo específico. Sem definir nenhuma metodologia de avaliação e com base na enumeração dos supostos benefícios ou malefícios de cada alternativa, o documento definiu a estratégia de elaborar normativo para todos os seis assuntos avaliados. Por fim, não foi apresentada nenhuma análise sobre o tópico ‘Estratégia de implementação, monitoramento e fiscalização’.

Tema 9: Desenvolvimento e implementação de metodologia multicritério de avaliação da capacidade técnica e financeira das concessionárias para a execução de novos investimentos<sup>93</sup>.

O tópico diagnóstico e mapeamento da situação problema apresenta a seguinte hipótese e problema (ANTT, 2019m, p. 2):

**Hipótese: O formato do atual processo de alteração do PER tem contribuído positivamente para a inexecução de obras já avançadas anteriormente.**

**Problema: O atual formato do processo de alteração do PER tem o condão de influenciar positivamente a inexecução de obras já constantes no PER?**

[destaque do original]

Nesse contexto, o RIR abriu a análise levantando a hipótese de que o atual processo de inclusão de obras nos contratos de concessão (alteração do PER<sup>94</sup>) estaria contribuindo para favorecer a inexecução de obras previamente avançadas nos contratos. Isso ocorreria porque as empresas seriam incentivadas a atrasar ou a não executar as obras previstas nos contratos de concessão e a solicitar a inclusão de outras à margem do processo de licitação.

Contextualizando, existem dois tipos de investimentos nas concessões de rodovias federais. Em primeiro, aqueles previstos no contrato de concessão original, que passam pelo crivo da licitação e são executados por conta e risco dos concessionários – a partir das tarifas obtidas no leilão. Em segundo, as obras incluídas, durante a execução do contrato (por meio de aditivos), que são contratadas diretamente com o concessionário, ou seja, não estão sujeitas a nenhum processo de barganha de preços, sendo remuneradas por um adicional nas tarifas.

---

<sup>93</sup> Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+Avalia%C3%A7%C3%A3o+da+capacidade++de+execu%C3%A7%C3%A3o+de+novos+investimentos+-+Temas+Gerais.pdf/c5e8779c-57bc-e0ba-4a7f-67c6fefe8e71?t=1635204157890>

<sup>94</sup> O Programa de Exploração da Rodovia (PER) é um anexo dos contratos de concessão, que contém, além das obrigações contratuais, o calendário de execução dos investimentos previstos.

Quanto às obras incluídas durante a execução do contrato, elas são regulamentadas pela Resolução ANTT 3.651/2011 (ANTT, 2011). Pelo §1º do art.3º da Resolução, tais obras são remuneradas pelo Sicro (que é o preço teto das contratações do setor rodoviário). Pelo art. 4º, inciso I, do normativo, o risco de tráfego é alocado aos usuários (demanda real da rodovia). Tais condições são muito mais vantajosas às empresas, que as obras originalmente previstas nos contratos, visto que, nas últimas, incidem descontos, por vezes, significativos em razão de deságio da licitação e, em razão de o risco de tráfego ser alocado às concessionárias (demanda estimada da licitação). Nesse cenário, o RIR consigna que (ANTT, 2019m, p. 3):

O problema que passa a surgir, a partir do cenário regulatório posto, é que o concessionário, dado o valor das obras novas (costumeiramente maior que o das obras inicialmente pactuadas), pleiteia, de maneira irrefletida a inserção de toda e qualquer nova obra, a fim de obter a variação nos valores finais da obra. Essa inserção pode objetivar tão somente a recuperação ou aumento da meta de lucratividade perdida em razão da não execução de obras já inseridas no PER.

[destaques e grifos acrescidos]

Assim, o RIR especula a hipótese de o atual regramento de inclusão de investimentos nos contratos de concessão estar incentivando o concessionário a pleitear, “de maneira irrefletida a inserção de toda e qualquer nova obra”, uma vez que estas são mais rentáveis (não estão sujeitas a processo de barganha de preços e ao risco de frustração do tráfego) e, conseqüentemente, aumentam a “lucratividade perdida em razão da não execução de obras previstas no ajuste original” (que são investimentos menos rentáveis e sujeitos a maior risco).

Segundo o RIR, a ação regulatória visa enfrentar falha de mercado, relativa ao risco moral dos concessionários nos pleitos de inclusão de novas obras (ANTT, 2019m, p. 5):

Diante do exposto, resta claro que a relação regulador/concessionário se enquadra nesse contexto, cabendo à Agência o papel de principal e à concessionária o papel de agente. E mais, conforme o problema exposto na pergunta nº 1, dada a relação principal-agente na análise das solicitações de alterações no PER [inclusão de obras], este [concessionário] tem o incentivo de incorrer no comportamento de risco moral. A sujeição se dá por meio: (i) da tentativa de inserção de projetos (mais rentáveis) irrefletidos ou excessivos dada a sua tecnologia de produção; (ii) da tentativa de substituição de obras antigas (e menos rentáveis) por obras novas.

[destaques e grifos acrescidos]

Ainda segundo o tópico diagnóstico e mapeamento da situação problema (ANTT, 2019m, p. 3):

(...) muitas vezes, esse pleito [de inclusão de obras] não leva em consideração aspectos da capacidade/perfil de risco financeiro da concessionária, aspectos socioambientais e efeitos sobre a prestação do serviço adequado.

O fato de as justificativas, custos e benefícios das solicitações de alterações serem analisados de forma não sistematizada e sem uma metodologia tecnicamente robusta (que pondere as diversas variáveis envolvidas) contribui, sobremaneira, para a ocorrência reiterada do problema exposto.

[grifos acrescidos]

Pelo exposto, o documento concluiu que a falta de sistematização ou metodologia contribui significativamente para o comportamento oportunista dos concessionários (risco moral), consubstanciado nas suas tentativas de inserção de novas obras (mais rentáveis), de maneira “irrefletida ou excessiva”. Em outras palavras, concluiu-se que a principal causa do problema é a “falta de normas e de metodologia” de avaliação dos pleitos das empresas.

Em decorrência disso, o RIR estabeleceu os seguintes objetivos da ação (ANTT, 2019m, p. 6):

- Estabelecer critérios para alteração de contratos de concessões de rodovias federais reguladas pela ANTT, por inclusão, exclusão, alteração de obras e serviços e reprogramação de cronogramas existentes;
- Desenvolver e implementar uma metodologia multicritério de avaliação da capacidade técnica e financeira das concessionárias para a execução de novos investimentos, assim como, estabelecimento de priorização para execução de obras, previamente às suas inclusões nos contratos de concessão.

[grifos acrescidos]

Dessa forma, o RIR definiu que a principal causa do problema regulatório (risco moral nos pleitos de inclusão de obras por parte dos concessionários) é a “falta de normas e metodologias”. Tal fato direcionou toda a análise da AIR para a conclusão pela elaboração de normativo e procedimentos para escolha e rejeição de pleitos de investimentos, o que já era a alternativa, previamente desejada pela Agência, conforme se extrai do próprio assunto do documento (título), que, antes de todas as análises, já antecipou a solução do problema: “Desenvolvimento e Implementação de metodologia multicritério de avaliação da capacidade técnica e financeira das concessionárias para a execução de novos investimentos”.

Além disso, novamente, o documento se refere ao meio para obter determinado resultado (novas normas e metodologia multicritério) como o fim que se pretende atingir, desconsiderando em sua análise o cenário que se intenta alcançar. Como consequência, não foi apresentada nenhuma descrição qualitativa ou quantitativa dos objetivos da ANTT, de modo a inviabilizar qualquer definição de metas e monitoração de resultados.

Em decorrência da restrição imposta na delimitação do problema e nos objetivos da atuação regulatória, a prospecção de soluções se limitou a três hipóteses (ANTT, 2019m, p. 8-12): nada fazer e a criação de metodologia multicritério, com ou sem limite financeiro, para a inclusão de novas obras, de forma a definir, nos dois casos, requisitos e critérios para a inclusão de investimentos e padronizar e sistematizar a análise dos pleitos das concessionárias.

Quanto a Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas, o RIR não estabeleceu nenhuma metodologia de avaliação, premissa, parâmetro, hipótese, restringindo a análise a enumerar supostos “benefícios e malefícios” de cada uma das três alternativas sobre os atores envolvidos: Agência, concessionárias e sociedade. Na conclusão do RIR (ANTT, 2019m, p. 16), apenas consta que a alternativa 3 (estabelecer metodologia multicritério sem limite financeiro) foi escolhida por apresentar uma “relação custo-benefício mais vantajosa que as demais opções”. Dessa forma, da leitura do documento, não se extrai os critérios de decisão ou as premissas utilizadas pela ANTT para concluir pela vantagem da alternativa escolhida.

Além disso, os supostos benefícios da elaboração de metodologia multicritério (com ou sem limite financeiro) se assentam em meras suposições. O documento não explicita porque a construção de metodologia (ANTT, 2019m, p. 13-16): a) suprimiria o “incentivo ao concessionário trocar ou até mesmo abandonar a execução de obras já incluídas no PER, em função da maior rentabilidade de obras novas”; b) suprimiria o “incentivo ao concessionário pleitear a inserção irrefletida de toda e qualquer nova obra”; c) viabilizaria a “execução dos investimentos previstos”; d) reduziria “possíveis danos ao meio ambiente decorrentes de congestionamentos causados pela inexecução de obras anteriormente previstas”; e e) reduziria “o preço dos produtos finais” [em decorrência de suposta redução nas tarifas].

Sem maiores considerações do RIR, considerando que a Resolução 5.859/2019 (ANTT, 2019i) não alterou a estrutura de incentivos do §1º do art. 3º e do art. 4º, inciso I, da Resolução 3.651/2011, que estabeleceram significativa vantajosidade das obras inseridas, via termo aditivo em relação às originalmente previstas, não se observa relação de causa e efeito entre a aplicação da mencionada metodologia multicritério com a redução dos pleitos das empresas por novas obras e o aumento da execução dos investimentos originalmente previstos.

Pelo contrário, conforme análise do capítulo anterior (p. 67-68), verificou-se que a Resolução 5.859/2019 (ANTT, 2019i), além de criar direito subjetivo para que as concessionárias executem os investimentos que propor e forem compatíveis com a sua nota recebida em sede de análise multicritério, incentiva as empresas a propor todo tipo de obra, inclusive, aquelas com pouquíssima, mas alguma funcionalidade, a fim de se habilitarem a executar pelo menos 30% do total do que propuseram. Ainda conforme a análise, tal cenário pode levar as tarifas à patamares incompatíveis com a modicidade tarifária ou obrigar a Agência a atrasar pedido de revisão quinquenal para não implementar tais aumentos.

Dessa forma, valendo-se de relações de causa e efeito não demonstradas, o RIR direciona a atuação regulatória para a elaboração de normativo (Resolução 5.859/2019) e

metodologia multicritério, desconsiderando que o problema do risco moral relativo aos pleitos de inclusão de novas obras pelos concessionários tem como causa (anterior à falta de normativo e de metodologia) o **excesso de atratividade dos novos investimentos**, vez que tais obras são mais rentáveis (contratadas sem desconto) e estão sujeitas a menor risco do concessionário.

Para enfrentar o cenário, apontado no capítulo anterior (p. 68-71), de crescimento tarifário acima da inflação, em decorrência da inclusão de investimentos, a despeito do atraso, por vezes sistemático, de importantes investimentos no setor, cabe a ANTT realizar análise do impacto regulatório do §1º, do art. 3º, e do art. 4º, inciso I, da Resolução 3.651/2011, visto que, conforme exposto, eles estabeleceram significativa diferença de tratamento econômica entre os investimentos incluídos, via termo aditivos, e os investimentos originalmente previstos, resultando significativa vantagem na execução do primeiro em detrimento do segundo.

Dessa forma, os novos investimentos são mais rentáveis e mais seguros de serem realizados do que os previstos originalmente nos leilões das concessões. Isso gera um incentivo para as concessionárias atrasarem obrigações originais e pleitearem novas obras, por exemplo, por meio dos mencionados pedidos de revisão quinquenal. Tomando o 1º, do art. 3º, e o art. 4º, inciso I, da Resolução 3.651/2011 (ANTT, 2011) como a causa dos pedidos de novas obras e do atraso das previstas no contrato original, caberia a ANTT estabelecer mecanismos regulatórios para reduzir a diferença de retorno entre os dois tipos de investimento. Nesse contexto, seria oportuno aplicar aos pleitos de inclusão de obras, **das concessionárias**<sup>95</sup>, medidas como: simulação de competição; b) imposição de desconto ou negociação dos preços; c) alocação do risco de tráfego sobre o concessionário; d) cálculo do retorno dos investimentos a partir de custo de capital (WACC) inferior ao utilizado para remunerar investimentos, de cuja iniciativa parta da ANTT; e) em caso de negativa do pleito de novos investimentos, a cobrança<sup>96</sup> das concessionárias pela movimentação da máquina administrativa (avaliação jurídica e análise dos projetos de engenharia apresentados), e f) dentre outras alternativas tendentes a reduzir a atratividade dos investimentos propostos **pelos próprios prestadores do serviço**.

---

<sup>95</sup> Ao contrário dos investimentos inseridos nas concessões, por iniciativa das concessionárias, entende-se que os inseridos, por iniciativa da ANTT, não só podem como devem ser remunerados, como na regra atual, de maneira mais vantajosa às concessionárias, de modo que o poder público possa incentivar a execução de obras regulatoriamente elencadas como relevantes para a prestação do serviço adequado.

<sup>96</sup> Por exemplo, por meio da redução das tarifas.

### Análise e conclusão dos achados

Verificou-se que os RIRs possuem caráter meramente formal e estão desvinculados do propósito de buscar evidências para orientar e subsidiar a tomada de decisão. O instrumento não vem sendo utilizado para buscar soluções para enfrentar problemas e aparenta ser usado apenas para chancelar decisões já tomadas. Além disso, não vem sendo criados mecanismos para que a ANTT avalie os efeitos das próprias decisões, de modo a realimentar o processo decisório com novas evidências, a partir dos resultados das suas intervenções sobre o mercado.

A falta de utilidade das AIRs tem como causa de partida o direcionamento da definição da situação problema para a falta de norma, o que afronta às disposições do Guia da Casa Civil, que estabelece que o problema não deve ser definido como a “falta de algo” ou a “necessidade de algo”, uma vez que isso direciona a definição dos objetivos e conseqüentemente a escolha da solução (BRASIL, 2018, p. 36-37 e 39).

Nesse contexto, os 9 RIRs disponíveis no sítio da ANTT tratam de 19 problemas – o Tema 7 trata de dois e o Tema 8 de 10 problemas. Dentro desse universo, a falta de norma ou de metodologia apareceu 14 vezes (Temas 1-3; Temas 5,6; uma vez no Tema 7; sete vezes no Tema 8; e Tema 9). Esta fragilidade foi identificada mais uma vez no Tema 7, não como a falta de normas, mas como a necessidade de ajustar a norma. Além disso, o problema foi definido de maneira genérica (como ‘dúvida’ ou ‘determinação de tecnologia’) três vezes no Tema 8, tendo sido observado apenas um caso em que o problema foi definido corretamente (Tema 4).

Tal fato evidencia que muito provavelmente a Agência já havia tomado internamente a decisão de editar normativos ou estabelecer metodologia e utilizou a AIR apenas para legitimar externamente a sua escolha. No caso do RIR, que embasou a Resolução 5.859/2019 (Tema 9), que trata da aplicação de metodologia multicritério para a avaliação dos pedidos de inclusão de novos investimentos pelas concessionárias, já no título, a referida metodologia é apontada como assunto do relatório, e não como uma das alternativas para enfrentar o risco moral oriundo da “tentativa de inserção de projetos (mais rentáveis) irrefletidos ou excessivos”.

Naquela oportunidade, o RIR ‘definiu’ que a causa dos pedidos de inclusão de obras nos contratos é a “falta de normas e metodologia”, desconsiderando que existe uma causa anterior, que decorre do excesso de atratividade dos investimentos pleiteados pelos concessionários em relação às obras previstas no contrato original, vez que esses são mais rentáveis (contratados sem desconto) e estão sujeitos a menor risco das empresas (não sujeitos ao risco de tráfego).

No que se refere à definição dos objetivos desejados com a AIR, dos 19 problemas enfrentados, sete se referiram ao “meio” para enfrentar determinado problema como a finalidade da ação regulatória (Temas 1-3; 6, duas vezes no Tema 7; e Tema 9). Cabe frisar que o Guia aponta como equívoco comum dessa etapa confundir fins que se pretende alcançar com os meios de alcançá-los (BRASIL, 2018, p. 44). Dessa forma, a elaboração de normas não pode ser o fim de uma ação regulatória, mas o meio para alcançar uma situação desejável.

Verificou-se ainda que, dos 19 problemas enfrentados, dez sequer tiveram os objetivos da ação regulatória definidos (Tema 8); um o objetivo foi imprecisamente definido (Tema 5); e apenas no Tema 4 foi definido corretamente. Além disso, os RIRs analisados não apresentaram definições objetivas dos resultados almejados, o que inviabilizou a definição de metas e de estratégias de monitoração. Dessa forma, considerando que os objetivos “orientarão a análise e a comparação das alternativas de ação mapeadas e servirão de parâmetro para as estratégias de implementação, monitoramento e avaliação da alternativa de ação escolhida” (BRASIL, 2018, p. 43), a sua má definição repercute na solução escolhida e compromete o resultado da AIR.

Passando para o mapeamento das alternativas de ação, como consequência de os problemas terem sido, recorrentemente, definidos como a “falta de algo”, verificou-se uma reiterada falta de alternativas propostas, que, na maioria das vezes, alternou entre “nada fazer” ou “elaborar normativo” ou, em alguns casos, apenas adentrou em quais assuntos serão normatizados (Tema 5), na amplitude do que será normatizado (Tema 2), ou no mecanismo apropriado de normatização (aditivo contratual ou resolução específica) – Temas 7 e 8.

Cabe frisar que o Guia estabelece que “a prospecção de alternativas deve sempre ter início de forma ampla e tentando trazer, tanto quanto possível, abordagens inovadoras (“*out of the box*”) para o enfrentamento do problema” (BRASIL, 2018, p. 44-45). Além disso, o documento recomenda a apresentação de justificativa robusta nos casos em que só for possível identificar uma alternativa para ser comparada à situação de não ação (BRASIL, 2018, p. 49), o que não foi observado em nenhum dos casos disponíveis no sítio da ANTT.

Por fim, o Guia orienta “estudar as soluções adotadas em outros países” para enriquecer o mapeamento das alternativas (BRASIL, 2018, p. 44-45). Tal comparação não foi observada em nenhum dos RIRs disponíveis no sítio da ANTT, cabendo destacar o Tema 4, que trata de do cálculo do WACC regulatório, que, em se tratando de uma metodologia internacionalmente adotada, seria desejável uma consulta à experiência internacional.

Passando para a análise do impacto das alternativas e a identificação da melhor alternativa, verificou-se que, dos 19 problemas enfrentados, 14 (Temas 1-2; 4-6; duas vezes no Tema 7; seis vezes no Tema 8; e 9) não foi estabelecida nenhuma metodologia ou parâmetro para hierarquizar as alternativas propostas, não sendo possível extrair os critérios que a ANTT se utilizou para sustentar a sua decisão. Em 5 problemas (Tema 3 e quatro vezes no Tema 8) sequer foi apresentada uma análise para esse tópico. Dessa forma, não se observou um único caso em que a Agência tenha apresentado uma avaliação minimamente rigorosa dos impactos das alternativas. Consequentemente, não foi empregada, em nenhuma oportunidade, as metodologias mais comumente utilizadas pelos países da OCDE e previstas no art. 7º do Decreto 10.411/2020 (BRASIL, 2020): a) Análise Multicritério; b) Análise de custo-benefício; c) Análise de custo-efetividade; d) Análise de custo; e) Análise de risco; e) Análise risco-risco.

Cabe frisar que o Guia estabelece que deve ser estabelecida, para cada caso, uma metodologia de avaliação, que deve ser brevemente apresentada no RIR, sendo fundamental que as premissas, os parâmetros, as hipóteses e as fontes de informação utilizados nessa etapa sejam claramente explicados (BRASIL, 2018, p. 52).

O documento aponta ainda que é importante que a análise avalie eventuais impactos de cada alternativa regulatória sobre a concorrência, às micro e pequenas empresas; segurança, meio ambiente, custos administrativos e impactos orçamentário (BRASIL, 2018, p. 53). Quanto a esse aspecto, além de não ter sido observada nenhuma análise nesse sentido, cabe destacar que, conforme análise do capítulo anterior (p. 67-68), a Resolução 5.859/2019 (ANTT, 2019i), aprovada pelo Tema 9, gera incentivos para que os concessionários, no curso das revisões quinquenais, pleiteiem a inclusão irresponsável de investimentos, o que tem repercussões imediatas sobre a concorrência, as tarifas exigidas dos usuários e a atuação do Regulador.

Passando para as estratégias de implementação, fiscalização e monitoramento, não foi abordada qualquer consideração sobre esses aspectos em nenhum dos 19 problemas enfrentados nos RIRs disponíveis no sítio eletrônico da ANTT. Cabe frisar que, segundo o Guia da Casa Civil, nessa etapa, é fundamental propor indicadores que serão utilizados para a avaliação do desempenho da alternativa de ação recomendada (BRASIL, 2018, p. 60). Como consequência da falta de metas objetivas das ações regulatórias, a Agência não consegue propor medidas a serem tomadas para remediar o não atingimento dos resultados esperados, o que também contraria o disposto no manual (BRASIL, 2018, p. 64).

Além disso, para enfrentar o problema da inclusão de novos investimentos e do atraso das obrigações originalmente previstos nos contratos, o trabalho apontou a necessidade de a ANTT

realizar análise do impacto regulatório do §1º, do art. 3º, e do art. 4º, inciso I, da Resolução 3.651/2011 (ANTT, 2011), visto que tais dispositivos estabeleceram significativa diferença de tratamento entre os investimentos incluídos, via aditivo, e os investimentos originais, resultando significativa vantagem executar o primeiro e atrasar o segundo.

Por último, cabe rememorar que, desde 2019, as AIRs passaram a ser obrigatórias, não só para as Agências Reguladoras, mas para qualquer órgão ou entidade do Poder Executivo federal. Em que pese isso, observou-se que existiram resoluções, como a 5.954/2021, que não tiveram análise de impacto regulatório realizada ou, ao menos, divulgada no sítio da ANTT.

Por todo o exposto, os RIRs, do setor de rodovias federais concedidas, possuem caráter meramente formal e estão desvinculados do propósito de buscar evidências para apoiar e orientar a regulação. Para mudar este cenário, é necessário que a ANTT aplique as disposições do Guia (BRASIL, 2018) às suas AIRs. Embora o referido manual tenha “caráter orientativo” e os procedimentos nele apresentados não serem vinculantes (BRASIL, 2018, p. 22), o documento foi elaborado a partir de discussões técnicas entre diferentes órgãos do Poder Executivo, como Casa Civil da Presidência da República; os antigos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; o Inmetro<sup>97</sup>; e as Agências Reguladoras Federais. Nesse contexto, cabe trazer a seguinte passagem do manual (BRASIL, 2018, p. 3):

Esta publicação é resultado das discussões técnicas coordenadas pela Casa Civil da Presidência da República, em parceria com o Ministério da Fazenda, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e as Agências Reguladoras Federais.

O objetivo comum é promover a formulação de regulação **com base em evidências** e fortalecer a disseminação de práticas voltadas à melhoria da qualidade regulatória.

As discussões também contaram com a participação do Inmetro - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia.

A AIR é uma ferramenta que busca assegurar que a tomada de decisões esteja fundamentada pela **análise sistemática e transparente da melhor evidência disponível**, a partir da definição do problema que se deseja resolver e dos objetivos que se pretende alcançar.

As Diretrizes Gerais AIR definem **conceitos, etapas e padrões mínimos** a serem observados na elaboração da Análise de Impacto Regulatório. O Guia AIR detalha cada um dos elementos que devem ser apresentados no Relatório de AIR, em especial pontos de atenção e recomendações **a partir das melhores práticas observadas internacionalmente.**

[destaques e grifos acrescidos]

Quanto às práticas internacionais, cabe destacar que o Guia foi elaborado a partir da experiência de organizações e países com tradição regulatória como Banco Mundial, Comissão Europeia, OCDE<sup>98</sup>, Reino Unido, Estados Unidos e Canadá (BRASIL, 2018, p. 98-100).

---

<sup>97</sup> Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia.

<sup>98</sup> Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Por último, é igualmente necessário que os RIRs do setor de rodovias federais concedidas sejam objeto de verificação da qualidade por órgão de controle externo. Segundo o Comitê de Política e Governança Regulatória da OCDE, a política regulatória deve (OCDE, 2012, p. 15):

Promover a função da avaliação externa, incluindo contribuições de interessados e da sociedade civil. **A apreciação da AIR pelo órgão de supervisão regulatória deve ser periodicamente avaliada por um terceiro independente, como, por exemplo, a Autoridade Nacional de Auditoria.**

[destaques e grifos acrescidos]

Nesse contexto, em 2016, a OCDE, por meio do relatório '*Indicators of Regulatory Policy and Governance Latin America 2016 Brazil*' (OCDE, 2016), apontou que o Brasil, ao contrário de 25 países membros da organização, não vem avaliando a qualidade das suas AIRs, por meio de órgão de governo exterior à entidade formuladora da regulação (OCDE, 2016, p. 3). Na oportunidade, a Organização apontou, não apenas a necessidade de harmonizar a metodologia de uso da AIR e expandir o seu uso, como também estabelecer controle independente de qualidade por meio de órgão de controle externo às entidades regulatórias (OCDE, 2016, p. 2):

O uso de evidências no processo regulatório por meio de Avaliações Regulatórias de Impacto (AIR) foi adotado por várias agências reguladoras, nas quais também se pratica o processo de consulta. **No entanto, isso ainda não é prática consistente em toda a administração. Seria, portanto, importante harmonizar a metodologia de uso da AIR e expandir seu uso, principalmente nas regulações de grande impacto. O estabelecimento de controle independente de qualidade por meio de órgão externo à instituição que desenvolve a regulação apoiaria a implementação da AIR**<sup>99</sup>.

[destaques e grifos acrescidos]

Além disso, o Comitê de Política e Governança Regulatória da OCDE entende como boa prática (OCDE, 2012, p. 15):

Publicar regularmente relatórios sobre o desempenho da política regulatória, dos programas de reforma, bem como das autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regulações. Esses relatórios devem incluir informações sobre como instrumentos regulatórios, tais como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), práticas de consulta pública e revisões de regulações existentes funcionam na prática.

[grifos acrescidos]

---

<sup>99</sup> No texto original: *The use of evidence in the regulatory process through ex ante Regulatory Impact Assessments (RIA) has been picked up by several regulatory agencies, where it also supports the consultation process. However this is not yet a consistent practice across the whole administration. It would thus be important to harmonise RIA methodology and expand its use with a focus on regulations with major impacts. Establishing independent quality control through a body outside the institution preparing the regulation would support the effective implementation of RIA.* (Trecho de ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Indicators of Regulatory Policy and Governance Latin America 2016 Brazil**. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Brazil-regulatory-policy-ireg-2016.pdf>. Acesso em: 30 maio de 2022).

Nesse contexto, a avaliação dos RIRs (não apenas do setor de rodovias concedidas, mas de qualquer setor regulado) possibilitaria a publicação de relatórios independentes sobre o desempenho da regulação de determinado setor, de modo a subsidiar a proposição de melhorias na política regulatória, reduzir a assimetria informacional de determinado mercado regulado e, conseqüentemente, favorecer a entrada de *players* internacionais.

Por todo o exposto, além da efetiva aplicação do Guia (BRASIL, 2018) pela ANTT, a avaliação da qualidade dos seus RIRs, por entidade independente e externa à Agência, induzirá melhorias na regulação, possibilitando que as AIRs das rodovias federais concedidas, efetivamente, contribuam para a obtenção de evidências para alimentar o processo decisório com informações úteis para a melhoria do *compliance* e o alcance dos objetivos regulatórios.

## CONCLUSÃO

O capítulo 2 avaliou a existência de mecanismos regulatórios de persuasão, bem como a aplicação dos mecanismos de *enforcement* da ANTT sobre as concessões de rodovias federais.

Iniciando pelos mecanismos de persuasão, verificou-se que as Resoluções ANTT 4.071/2013 e 5.083/2016, que tratam respectivamente da aplicação de sanções e do processo administrativo para apuração de infrações não preveem mecanismos de persuasão das concessionárias, bem como não conferem discricionariedades aos fiscais, no sentido de, havendo irregularidade e a depender das circunstâncias do caso concreto, como boa-fé ou postura cooperativa do regulado, deixar de propor penalidades. Tal situação contrasta com a verificada no setor de telecomunicações, por exemplo, em que a Anatel, por meio da Resolução 746/2021 prevê mecanismos persuasivos como a divulgação de dados setoriais e de desempenho; a orientação dos regulados, visando instruí-los acerca de suas obrigações; e a notificação do regulado para a regularização de pendência e apresentação de plano de conformidade.

Verificou-se também que o Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas e o Manual de Fiscalização das Concessionárias do Serviço Público de Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal – Aspectos Econômicos e Financeiros – não preveem nenhuma metodologia de identificação de riscos ou priorização do que será fiscalizado. Assim, a adoção de modelo de fiscalização, baseado em evidências, risco e no comportamento dos regulados, tal qual foi implementado recentemente pela Aneel e a Antaq, pode, não apenas racionalizar as fiscalizações da ANTT (de modo a lidar com o crescente número de concessões e a redução contínua do quadro de fiscalização), como também promover o *compliance* do setor.

Por outro lado, a ANTT vem implementando esforços no sentido de adotar uma atuação responsável. Está em desenvolvimento o Projeto Atuação Responsiva que tem como um dos eixos promover maior efetividade da regulação por meio de desenhos de regulação responsável que permeie as atividades de fiscalização e regulamentação. Entre os resultados esperados, destacam-se a revisão de normas, a criação de normativos e manuais que reflitam o conceito de responsividade e a elaboração de desenho de fiscalização responsável com o uso de evidências.

Além disso, a Resolução 5.950/2021, que entrou em vigor em 2022, prevê importantes mecanismos de persuasão como a classificação periódica das concessionárias de rodovias; a divulgação de índice de desempenho, valorizando resultados positivos, que extrapolem as exigências contratuais (regulação aspiracional); e a divulgação no sítio da ANTT do desempenho das empresas no cumprimento de suas obrigações contratuais. Em que pese as referidas medidas não estarem disponíveis até o fechamento desse trabalho, caso concretizadas, representarão importantes mecanismos, não apenas para a concretização de uma atuação responsável, como também para induzir a conformidade das rodovias federais concedidas.

Passando para a análise dos mecanismos de *enforcement* da ANTT (ou dos mecanismos de coerção externa), verificou-se problemas e fragilidades nos instrumentos que a Agência se utiliza para fazer cumprir a regulação e as disposições contratuais do setor. Nesse contexto, analisou-se a aplicação de multas; as revisões tarifárias; a declaração de inidoneidade e a declaração de caducidade das empresas.

Dessa forma, verificou-se que os principais mecanismos de constrição da ANTT, no setor de rodovias concedidas, não vêm tendo resultados satisfatórios. Considerando que a implantação de um modelo de regulação responsável pressupõe o escalonamento progressivo das medidas intrusivas e da transmissão de certeza de que as medidas mais incisivas e duras serão aplicadas aos agentes renitentes, cabe a ANTT compreender e enfrentar as causas da deterioração da sua capacidade de *enforcement*. Assim, este trabalho apresentou problemas nos principais mecanismos de coerção externa, bem como possíveis causas desses problemas.

Iniciando pelas multas, entre 2013 e 2019, das 1.351 penalidades dessa natureza aplicadas às empresas do setor, apenas 1,77% foram pagas. Entre as possíveis causas desse desempenho, apontou-se que a Resolução 4.071/2013 poder estar fragilizando a aplicação das multas, vez que o seu art. 19, que trata da aplicação de penalidade decorrente de inexecução contratual, vincula a multa, pela inexecução de investimentos, ao valor financeiro total das inexecuções do exercício, possibilitando que uma disputa (judicial ou arbitral) sobre infração ou obrigação de executar investimento isolada dificulte ou até impeça a Agência de definir a base de cálculo da única

multa que aplica por ocasião ciclo anual de apuração. Em segundo, o normativo, que poderia uniformizar o tratamento e simplificar a fiscalização, na prática, traz mais exceções e complexidade, vez que continuam vigentes as correspondentes disposições de cada ajuste de cada concessão. Em terceiro, a complexidade do acompanhamento contratual, em razão da diversidade de obrigações, frentes de serviço e sistemas de uma rodovia concedida, acarreta a existência de inúmeras obrigações principais e acessórias que se conectam, podendo dar origem a questionamentos de duplicidade punitiva (*bis in idem*).

Dessa forma, cabe a ANTT avaliar se a Resolução 4.071/2013 vem fragilizando a aplicação de multas, tornando a aplicação dessa penalidade (em razão da não execução de investimentos), exposta a questionamentos (judiciais e arbitrais), em vista da vinculação do seu montante ao quantitativo financeiro das obrigações de investimentos atrasadas. Similarmente, cabe verificar se existe uma necessidade de simplificação, uniformização e consolidação das infrações das diferentes concessões em um mesmo documento. Por último, sistemas de informação são imprescindíveis, não apenas para obter evidências para a regulação, como para individualizar condutas e afastar questionamentos de *bis in idem*.

Quanto à revisão tarifária, esta constitui um importante mecanismo de indução da conformidade, vez que incentiva as concessionárias a realizarem obras atrasadas, sob pena de perder receita, em virtude da redução das tarifas, que acontece para compensar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, gerado em virtude do atraso ou da não execução dos investimentos pactuados. Em que pese isso, decisões judiciais e arbitrais vêm suspendendo deliberações de revisões tarifárias da ANTT no setor.

Quanto às decisões judiciais, estas têm, não apenas concedido a suspensão das revisões tarifárias, como impedido a ANTT de aplicar penalidades e exigir obrigações de investimento previstas em contrato, até que seja solucionado o pedido de revisão quinquenal ou até que o juízo arbitral delibere sobre o tema. Tais deliberações do juízo arbitral se referem ao próprio pedido de revisão quinquenal (pendente de apreciação) ou a pedidos de reequilíbrio, formulados pelas empresas nesses juízos.

Quanto aos juízos arbitrais, estes têm ou mantido a antecipação de tutela deferida pela Justiça ou deferido diretamente das concessionárias, pleito pela suspensão cautelar: (i) dos descontos de reequilíbrio (em vista de investimentos não executados); (ii) das obrigações de investimentos atrasadas; e (iii) das penalidades (como multa ou declaração de caducidade). Ocorre que, tanto em um caso como no outro, os juízos arbitrais não vêm fixando prazo de duração dessas medidas cautelares o que, **passados vários meses e anos, sem uma deliberação definitiva de mérito, alijam, completamente, a ANTT de impor os seus principais mecanismos de construção e, conseqüente, de regular.**

Nesse contexto, a suspensão da exigência de investimentos, da imposição de desconto de reequilíbrio (por obras atrasadas) e da aplicação de penalidades como as multas e a declaração de caducidade tiveram como causas, nos juízos arbitrais, pleitos de reequilíbrio, que poderiam ser rapidamente solucionados em vista da fragilidade de certas alegações e da clareza dos dispositivos contratuais envolvidos. Pleitos como “mudanças das condições de financiamento” e “crise econômica<sup>100</sup>” foram utilizados como fundamento de pedidos de reequilíbrio por diversas concessionárias. Em que pese a clareza dos dispositivos contratuais, que são expressos pela responsabilidade das concessionárias por esses riscos, o juízo arbitral demorou 38 meses para rejeitar o pedido da Concessionária Via 040. Cabe frisar que tais pleitos só foram decididos porque o juízo decidiu, após pedido da Procuradoria da ANTT, bifurcar aquele processo em questões eminentemente jurídicas e questões de mera produção de provas. No caso das demais empresas, como não houve a bifurcação do feito, tais pleitos de reequilíbrio continuam sem decisão.

Assim, cabe a ANTT investigar, não apenas as principais causas das suspensões pela Justiça dos reequilíbrios econômicos, como também se as cláusulas de arbitragem vêm corroendo a capacidade de a Agência fazer cumprir suas decisões e tornando mais burocrática e lenta decisões regulatórias, como a revisão tarifária anual e o desconto de reequilíbrio, que deveriam ser automáticos e céleres. Similarmente, é preciso ser verificado se essas cláusulas têm criado incentivos para que as concessionárias busquem os juízos arbitrais, para afastar a imposição de importantes mecanismos de *enforcement* da ANTT, com base em pleitos de reequilíbrio frágeis, genéricos e sem fundamento contratual. Cabe frisar que tais juízos foram trazidos da experiência internacional, todavia não se sabe se este modelo de solução de controvérsias precisa ser ajustado para se adaptar ao comportamento dos *players* brasileiros.

Passando para as penalidades mais duras, em que pese a existência de casos extremos de não conformidade, em um setor que já é marcado pelo histórico de inexecuções contratuais<sup>101</sup>, sobretudo, de obras de ampliação da capacidade e melhorias da rodovia, a declaração de inidoneidade jamais foi aplicada e a declaração de caducidade só foi aplicada a concessionária que não assumiu o trecho de rodovia, o qual se sagrou vencedora de certame para administrar.

Assim, a ANTT não vem aplicando os seus mecanismos de *enforcement* mais incisivos para, nos casos extremos de não conformidade, fazer com que algumas concessionárias

---

<sup>100</sup> O que teria frustrado as expectativas de tráfego das concessionárias.

<sup>101</sup> Vide histórico de inexecução de investimentos nas p. 14-15.

cumpram obrigações de investimentos fundamentais que se obrigaram a fazer. Cabe frisar que a finalidade de aplicar as penalidades mais graves, nos casos extremos de não conformidade, não é punir os atores irracionais, mas transmitir para os demais *players* a certeza de que as inconformidades serão realmente reprimidas. Do contrário, os demais agentes podem perceber vantagens nos comportamentos oportunistas e passar a adotar posturas de oposição à regulação.

Para enfrentar esta situação, além de estabelecer, de maneira clara e objetiva, as situações e condutas passíveis de aplicação da declaração de inidoneidade e da declaração de caducidade, como feito pela Aneel na Resolução 896/2020, o que tornaria a aplicação dessas sanções mais factível, previsível e imune a pressões externas, cabe a ANTT estudar o que vem inviabilizando a aplicação das sanções mais graves. Conforme apresentado, os juízos arbitrais vêm impedindo a ANTT de impor a penalidade de caducidade. Assim, similarmente às multas e às revisões tarifárias, é preciso compreender se as cláusulas de juízo arbitral e a ausência de deliberação de pedido de revisão quinquenal vêm impedindo ou dificultando a imposição dessa penalidade.

Similarmente, cabe a ANTT estudar e avaliar os efeitos que o §3º, do art. 15, da Lei 13.448/2017 (que trata da extinção amigável das concessões ou relicitação) está induzindo sobre a aplicação da declaração de caducidade nas concessões de rodovias federais. Isso porque este dispositivo torna a extinção amigável dos contratos muito mais vantajosa às empresas do que eventual declaração de caducidade, visto que; na primeira, os investimentos realizados e não amortizados são previamente indenizados e; na última, o abandono do serviço público ocorre sem a sua prévia indenização (conforme o art. 38 da Lei 8.987/1995). Nesse contexto, o trabalho apresentou caso de concessionária que buscou, junto ao juízo arbitral, com êxito, afastar a instauração de processo de caducidade para ganhar o direito de relicitar a sua concessão. Assim o pedido de relicitação, que não é uma punição (é um ato bilateral), não pode ser usado por concessionários para buscar um tratamento favorável à declaração de caducidade, sob pena de aniquilar o mecanismo de *enforcement* mais incisivo da Agência Reguladora.

Além disso, o mencionado dispositivo cria incentivos para que grupos econômicos tomem decisões gerenciais pelo abandono de projetos viáveis para, com o recurso financeiro da indenização, se posicionarem em outros empreendimentos ou outros investimentos mais rentáveis. Acrescenta-se que, diante da mora, de meses e até anos, sem que os juízos arbitrais deliberem definitivamente sobre pleitos de reequilíbrio, por vezes, simples e de cognição sumária, e do fato de o §3º, do art. 15 condicionar o início da concessão seguinte ao pagamento de eventual indenização à concessionária que solicitou a devolução (amigável) do seu trecho, a relicitação pode limitar a atuação do Poder Concedente, bem como restringir a sua capacidade

de realizar importantes investimentos, em importantes trechos rodoviários do país, até que as cortes arbitrais deliberam definitivamente sobre quem deve e o quanto deve ser indenizado.

Assim, cabe a ANTT compreender, não apenas os efeitos da relicitação sobre a aplicação da declaração de caducidade, como também definir balizas normativas (regulatórias e institucionais) para repelir situações em que empresas se utilizem das mencionadas disposições para devolver projetos viáveis/rentáveis e inviabilizar importantes obras por prazo indefinido.

Quanto à mencionada falta de deliberação de pedido de revisão quinquenal, como fundamento para o Poder Judiciário e os juízos arbitrais suspenderem o direito de a ANTT aplicar penalidades, exigir obrigações de investimentos atrasadas e reequilibrar os contratos, tal omissão decisória pode estar sendo uma consequência da Resolução 5.859/2019, que criou incentivos para que as concessionárias, por ocasião das revisões quinquenais, pleiteiem todo tipo de novas obras. Isso porque o normativo cria espécie de direito subjetivo para que as concessionárias executem os investimentos compatíveis com a nota recebida em análise multicritério. Nessas condições, a Resolução incentiva as empresas a proporem todo tipo de melhoria, inclusive, aquelas com pouquíssima, mas alguma funcionalidade, a fim de se habilitarem a executar pelo menos 30% do total que propuseram. Dessa forma, não necessariamente uma obra classificada com a nota máxima será um investimento que agregará significativa utilidade ao serviço, uma vez que a ANTT se obriga a classificar assim as obras com as melhores notas, cujos gastos somem até 30% de todos os investimentos propostos.

Nesse contexto, o normativo pode estar induzindo dois problemas. Em primeiro, obrigar a ANTT a autorizar obras dispensáveis ou até inoportunas, de modo a pressionar as tarifas a patamares não suportáveis pelos usuários. Em segundo, a Agência se obriga a atrasar a deliberação de pedido de revisão quinquenal para evitar impactos tarifários significativos. Conforme exposto, este tem sido um dos motivos que têm levado, tanto o Poder Judiciários como os juízos arbitrais, a suspenderem as principais prerrogativas regulatórias da Agência.

Por último, como apenas as empresas com nota negativa não poderão executar obras, é possível que empresas com significativo histórico de inexecuções contratuais se habilitem, com nota próxima a zero, a executar investimentos classificados com a nota G1 (que é o grupo das obras com as maiores notas globais, que representem juntas 30% do custo total das obras propostas). Consequentemente, é possível que a Resolução, além de onerar excessivamente as tarifas, “premie” empresas com baixo desempenho contratual, o que poderia estar atuando no sentido de prejudicar a conformidade e a implantação de um modelo de regulação responsiva.

Assim, cabe a ANTT promover estudos para compreender os efeitos que a Resolução 5.859/2019 está induzindo sobre o mercado regulado, a conformidade do setor e a sua capacidade de fazer cumprir a sua regulação e as obrigações pactuadas. Além disso, é desejável inserir no normativo regras objetivas e claras do que seriam obras que não agregam funcionalidade e não geram benefícios aos usuários, bem como mecanismos para que a Agência possa vedar, com segurança jurídica, obras (que, embora funcionais, não sejam pertinentes), bem como propor soluções técnicas alternativas, de modo a levar em conta aspectos como eficiência e outros que entender sensíveis à regulação e às necessidades dos usuários.

Além disso, para a implantação de uma regulação responsiva, não é apenas razoável, como desejável, prever que concessionária, com metas de investimento atrasado, não possa propor novas obras, uma vez que a Resolução 3.651/2011 estabelece, para as obrigações inseridas via termo aditivo, maior rentabilidade (preço sem desconto) e o menor risco (demanda real), em relação às obrigações originais dos contratos. Assim, não só é possível que empresas, com histórico de inexecução contratual, sejam premiadas, podendo executar parte dos investimentos propostos nos pedidos de revisão quinquenal, como também serem incentivadas a “trocar” a execução de parte das obras do contrato original (baixa remuneração) por obras a serem incluídas (por aditivo – alta remuneração), por ocasião das revisões quinquenais. Por óbvio, eventual alteração do normativo nesse sentido, não pode impedir a própria ANTT de propor obras, que entender oportunas para o interesse público e a melhoria do serviço.

Nesse contexto de inclusão de novos investimentos, o trabalho apontou o impacto das renegociações dos contratos do setor, a partir da inclusão de novas obras, de maneira a induzir o crescimento das tarifas de pedágio acima da inflação, em que pese a inexecução, por vezes sistemática, das obrigações originais dos contratos de concessão de rodovias federais (p. 68-71). Assim, apontou-se o impacto negativo de repactuações significativas dos contratos de concessão sobre a corrupção, a entrada de novos *players* e a eficiência do serviço.

Por fim, destacou-se a falta de informações públicas sobre os processos de apuração de infrações no âmbito das concessões de rodovias federais. A restrição imposta pelo art. 78-B da Lei 10.233/2001, além de manifestadamente inconstitucional, não impede a divulgação dos processos de apuração de penalidades concluídos. A publicização de informações relativas ao desempenho das concessionárias, como o quantitativo de autuações e suas causas, além de informar os usuários, ampliar o controle popular e permitir a obtenção de evidências para a regulação por meio do público externo, constitui importante instrumento de persuasão da TRR, que, se aplicado, **induzirá a conformidade**.

Passando para o capítulo 3, este tratou da obtenção de evidências para a regulação responsável. Nesse contexto, a pesquisa avaliou os seguintes mecanismos de obtenção de informações e dados: a) público externo; e b) Análise do Impacto Regulatório (AIR).

Quanto à obtenção de evidências para a regulação por meio do público externo (seção 3.1), com base em critérios extraídos de OCDE (2012), verificou-se que, em que pese aspectos positivos como divulgação de dados brutos das rodovias, o sítio da ANTT carece de informações sensíveis aos usuários, bem como relevantes para a obtenção de evidências pelo público externo. Acrescenta-se que, além de terem sido identificadas falhas no ANTT *legis*, constatou-se que, possivelmente, os usuários das rodovias federais concedidas detêm baixa compreensão dos serviços, dos seus direitos, bem como das competências da Agência.

No que se refere à transparência da ANTT, com base em critérios extraídos de OCDE (2012), verificou-se que a ANTT não divulga as documentações que avaliaram os termos aditivos (notas técnicas, pareceres técnicos e jurídicos e voto da deliberação). Identificou-se ainda significativa fragilidade na divulgação de informações dos investimentos previstos em cada concessão, em razão da superficialidade dos relatórios de acompanhamento de obras, elaborados pelas empresas, e da falta de informação e padronização do sítio da ANTT. Foi identificado ainda informações ou documentações, incompletos ou pouco padronizados, em matéria de TAC, processo de licitação das rodovias e PER original de contrato de concessão. Por fim, em que pese as disposições da Resolução 5.950/2021, até o fechamento desse trabalho ainda não foi divulgada nenhuma informação relativa ao desempenho das concessionárias.

Quanto ao ANTT *legis*, em que pese o sistema organizar as informações, de maneira fácil e intuitiva, não é possível extrair dele notas técnicas, pareceres técnicos e jurídicos e votos condutores das decisões colegiadas, o que, além de contrariar as orientações de OCDE (2012), alija a sociedade de compreender as razões técnicas que embasaram importantes decisões regulatórias, visto que os atos normativos não trazem explicação das discussões técnicas que antecederam a tomada de decisão. Além disso, em que pese a possibilidade de busca por ‘Deliberações’, algum problema técnico está impedindo a extração desse tipo de normativo.

No que se refere à compreensão dos usuários, relatório da ANTT de 2020 apontou que apenas 0,73% das consultas recebidas pela Ouvidoria foi direcionada à Superintendência de Infraestrutura Rodoviária. Tal baixa importância relativa, no principal modal do país e em serviço cujo impacto é imediato na vida das pessoas, sugere que o nível de compreensão dos usuários pode ser tão baixo a ponto de estar os colocando a margem do processo de participação. Além disso, mais da metade dos registros de cidadãos que buscaram a Ouvidoria para tratar do

setor foram classificados como “outras solicitações”, vez que, em sua maioria, se referem a situações em que a pessoa trouxe demanda que deveria ter sido endereçada às concessionárias.

Essa possível falta de compreensão dos usuários pode estar relacionada à complexidade das normas e regulações do setor. Isso porque os direitos e obrigações dos usuários encontram-se dispersos no PER, que é uma documentação extensa, técnica e, por vezes, complexa. Similarmente, as revisões e reajustes tarifários, que são decisões com repercussão direta no bolso dos usuários, são baseadas em metodologias complexas, calculadas a partir de planilhas não disponibilizadas e amparadas por documentações extremamente técnicas e complexas.

A divulgação, de maneira simples, sintética e didática, no sítio da ANTT e na aba de cada concessão, de informações gerais da execução contratual e do desempenho das empresas em cada exercício, tais como os principais investimentos do ano (características gerais e estado de execução); a situação dos principais parâmetros de desempenho da rodovia no exercício; as atuações das empresas (causas, frequências e situação dos débitos); as principais modificações contratuais; e a situação de obras de exercícios anteriores que não foram executadas ampliaria a compreensão dos usuários acerca da regulação e dos serviços prestados.

Similarmente, a publicação, na aba de cada concessão, de material sintético e explicativo, em linguagem simples, acessível e didática, dos principais fatos discutidos nas revisões e reajustes tarifários, evidenciando (por meio de tabelas, gráficos e outros recursos visuais) o impacto relativo e absoluto dos principais itens que provocaram variação nas tarifas favoreceria a compreensão dos usuários acerca do pedágio e do impacto das principais decisões regulatórias sobre os seus interesses, de modo a favorecer, não só o controle popular, como pesquisas científicas tendentes ao fornecimento de evidências para a regulação da ANTT.

Por fim, ao regulamentar a divulgação da carta de serviços aos usuários e do sistema de informações dos usuários, pelas concessionárias, a Resolução 5.950/2021 não previu a divulgação de informações como obras atrasadas (sua situação atual, a causa do atraso e o prazo previsto para a conclusão). Similarmente, não elencou rol de serviços e parâmetros de desempenho da rodovia, que por sua importância, deveriam ser conhecidos pelos usuários do serviço. Além disso, cabe a ANTT regulamentar o formato dessas documentações, de modo que a linguagem seja acessível e o formato facilite a compreensão do maior número de pessoas.

Quanto à obtenção de evidências para a regulação por meio da Análise de Impacto Regulatório (seção 3.2), verificou-se que os Relatórios de Impacto Regulatório (RIR) possuem caráter meramente formal e estão desvinculados do propósito de buscar uma validação

científica das soluções dos problemas regulatórios, aparentando, por vezes, apenas cancelar decisões que foram previamente tomadas pela ANTT. Além disso, constatou-se que a Agência não vem avaliando e monitorando os efeitos das próprias intervenções no setor.

A falta de utilidade verificada nas AIRs tem como causa de partida o direcionamento de toda análise e conclusão dos RIRs para elaboração de normativo, a partir da definição das situações problemas como a “falta de algo” (no caso falta de normas, procedimentos ou metodologia), contrariando as disposições do Guia da Casa Civil. Consequentemente, tais documentos estabelecem a elaboração de normas, não como um meio para enfrentar um dado problema, mas como o fim da ação regulatória. Também por esta razão, o mapeamento das alternativas se limita essencialmente a “nada fazer” e a “elaborar normativo”.

Além disso, em nenhum dos RIRs disponibilizados, foi estabelecida metodologia ou parâmetro para hierarquizar as alternativas propostas, de modo que não é possível extrair os critérios que a ANTT se utilizou para sustentar suas decisões. Além disso, como consequência do não estabelecimento de metas objetivas, em nenhuma oportunidade, foi apresentada qualquer consideração sobre as estratégias de monitoração dos resultados, o que impede a proposição de medidas corretivas tendentes a remediar eventuais resultados não esperados.

Além disso, para enfrentar o problema da inclusão de novos investimentos e do atraso das obrigações originalmente previstos nos contratos, o trabalho apontou a necessidade de a ANTT realizar análise do impacto regulatório do §1º, do art. 3º, e do art. 4º, inciso I, da Resolução 3.651/2011, visto que tais dispositivos estabeleceram significativa diferença de tratamento entre os investimentos incluídos, via aditivo, e os investimentos originais, **resultando significativa vantagem executar o primeiro e atrasar o segundo** (p. 120).

Por todo o exposto, os RIRs, do setor de rodovias federais concedidas têm caráter meramente procedimental e estão desvinculados do propósito de buscar evidências para apoiar a regulação. Para mudar este cenário, é necessário que a ANTT aplique as disposições do Guia da Casa Civil às suas AIRs. Embora os procedimentos nele apresentados não serem vinculantes, o documento foi elaborado a partir de discussões técnicas entre diferentes órgãos e entidades do Poder Executivo e com base em práticas de regulação internacionalmente aceitas.

Por fim, é importante que os RIRs do setor de rodovias federais concedidas sejam objeto de verificação da qualidade por órgão de controle externo. Conforme apontado em (OCDE, 2016), o Brasil, ao contrário de 25 países membros da organização, não vem avaliando a qualidade das suas AIRs, por meio de órgão de governo exterior à entidade formuladora da

regulação. Nesse contexto, a Organização apontou, não apenas a necessidade de harmonizar a metodologia da AIR e expandir o seu uso, como também estabelecer controle independente de qualidade por meio de órgão de controle externo às entidades regulatórias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOT, C. **Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução 896, de 17 de novembro de 2020. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-aneel-n-896-de-17-de-novembro-de-2020-289455209>.

Acesso em 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Resolução 3.651, de 7 de abril de 2011. Disponível em:

<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=216782>

Acesso 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Resolução 4.071, de 3 de abril de 2013. 2013a. 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](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 9/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016. 2016a. Disponível em:

[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22788355/do1-2016-05-02-resolucao-n-5-083-de-27-de-abril-de-2016-22788306](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22788355/do1-2016-05-02-resolucao-n-5-083-de-27-de-abril-de-2016-22788306)

Acesso em: 9/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas. 2016b. Disponível em:

<https://antthml.antt.gov.br/documents/359170/0/Manual+de+Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o+de+Rodovias+Federais+Concedidas.pdf/695e3238-f1f4-b064-b865-8a0469d1754e?t=1592691305697>.

Acesso em 6/1/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Medidas alternativas de solução de controvérsias. **Relatório**. 15/7/2016. 2016c. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/AIR+-+Mecanismos+alternativos+para+resolu%C3%A7%C3%A3o+de+controv%C3%A9rsias%28ass%29.pdf/0aed23a5-93b7-724e-6b3d-541958c7fd6c?t=1635204194887>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Manual de Fiscalização das Concessionárias do Serviço Público de Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal – Aspectos econômico-financeiros. 2017a. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/0/Manual+de+Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o+de+Aspectos+Econ%C3%B4mico-Financeiros.pdf/42c4f998-bd5b-8715-88f4-e607e673a96e?t=1592691261963>.

Acesso em 6/1/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Pesquisa de satisfação dos Usuários de serviços regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relatório de Resultados Rodovias Federais Concedidas. Agosto de 2018. 2018a. Disponível em: [https://portal.antt.gov.br/documents/363644/726063/VI\\_Relatorio\\_Rodovias\\_Federais\\_Concedidas.pdf/3e7642dd-1189-9c9c-2fd2-cf793b541d94?t=1592849273603](https://portal.antt.gov.br/documents/363644/726063/VI_Relatorio_Rodovias_Federais_Concedidas.pdf/3e7642dd-1189-9c9c-2fd2-cf793b541d94?t=1592849273603)

Acesso em 12/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Definição dos preceitos de revisão tarifária para as concessionárias da 3ª etapa do Procofe. **Relatório**. 17/9/2018. 2018b. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+Revis%C3%A3o+Tarif%C3%A1ria+-+3a+Etapa+de+Concessoes+-+Explora%C3%A7%C3%A3o+da+Infraestrutura+Rodovi%C3%A1ria.pdf/67ccfe76-16cb-99d5-7758-a6a3a765a2b3?t=1635204192050>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Portaria 130, de 23 de abril de 2019, 2019a. Disponível em:

[https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000130&seqAto=ATT&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod\\_menu=5408&cod\\_modulo=161&pesquisa=true](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000130&seqAto=ATT&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true). Acesso em: 9/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 964, de 30 de outubro de 2019, 2019b. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/944789/Delibera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+964%2C+publicada+DOU+em+31.10.2019.pdf/3b35dbb5-b86e-eb40-8991-b11f4e82270a?t=1593081170907>.

Acesso em 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 972, de 5 de novembro de 2019, 2019c. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/a9cab54b-10e3-bf0a-bbc0-3dfbcb3ee84e>.

Acesso em 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 1.100, de 23 de dezembro de 2019. 2019d. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/948298/Delibera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+1.101+2019.pdf/e8a2eba3-9a8e-5593-fb5c-fdcfe9cf0c82?t=159310018263>

Acesso em 0/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 1.051, de 11 de dezembro de 2019. 2019e. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/4550efab-4be4-9634-409f-a3e8993bf8c4>.

Acesso em 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 1.012, de 26 de novembro de 2019. 2019f. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/909eb6c7-281a-3703-57dc-07a81bf6be1c>.

Acesso em 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 1.036, de 3 de dezembro de 2019. 2019g. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/37b82272-e4fa-fecb-7a39-4d12df2e6a0d>.

Acesso em 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Voto: 4ª Revisão Ordinária, 7ª Revisão Extraordinária e Reajuste da Tarifa Básica de Pedágio da Concessionária Rota do Oeste S/A. 2019h. Disponível em:

<https://antt-hml.antt.gov.br/documents/359170/ea76d3f2-1c57-0e4a-4f71-9658c2f4595e>.

Acesso em 1/1/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Resolução 5.859, de 3 de dezembro de 2019. 2019i. Disponível em:

<https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Diario-Oficial/Diario-Oficial/RESOLUCAO-ANTT-N%C2%BA-5-859-DE-03-12-2019.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20procedimento%20de,Terrestres%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias>.

Acesso 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Definição de método de cálculo de indenização de bens reversíveis não amortizados em casos de extinção antecipada de contratos. **Relatório**. 25/2/2019. 2019j. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+C%C3%A1culo+de+Indeniza%C3%A7%C3%A3o+de+Bens+revers%C3%ADveis+-+Explora%C3%A7%C3%A3o+da+Infraestrutura+Rodovi%C3%A1ria.pdf/cdf6fb40-f90a-9636-62e1-ee535b9d1d44?t=1635204189603>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Regulamentação do processo de aplicação de caducidade. **Relatório**. 26/7/2019. 2019l. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+Processo+de+Aplica%C3%A7%C3%A3o+de+Caducidade+-+Temas+Gerais.pdf/da426d65-5332-d497-84c2-61f6e6f35b3c?t=1635204165237>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Desenvolvimento e implementação de metodologia multicritério de avaliação da capacidade técnica e financeira das concessionárias para a execução de novos investimento. **Relatório**. 10/4/2019. 2019m. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+Avalia%C3%A7%C3%A3o+da+capacidade++de+execu%C3%A7%C3%A3o+de+novos+investimentos+-+Temas+Gerais.pdf/c5e8779c-57bc-e0ba-4a7f-67c6fefe8e71?t=1635204157890>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. WACC regulatório para concessões rodoviárias. **Relatório**. 2019n. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118117/2019+-+WACC+Regulat%C3%B3rio+para+concess%C3%B5es+Rodovi%C3%A1rias+-+Temas+Gerais.pdf/8fc3632b-d15d-19a0-5581-51d0c941e458?t=1635204154923>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Portaria 34, de 12 de fevereiro de 2020. 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](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: 9/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Portaria 636, de 14 de dezembro de 2020. 2020b. Disponível em:

[https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000636&seqAto=ATT&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod\\_menu=5408&cod\\_modulo=161&pesquisa=true](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=POR&numeroAto=00000636&seqAto=ATT&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true). Acesso em: 9/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 34, 21 de janeiro de 2020. 2020c. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/3edf79bf-c971-9414-e96e-78838dec8667>.

Acesso em 10/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Relatório Anual de Gestão da Ouvidoria 2020. 2020d. Disponível em:

[https://www.gov.br/antt/pt-br/canais-atendimento/ouvidoria/relatorio\\_anual\\_ouvidoria\\_2020.pdf](https://www.gov.br/antt/pt-br/canais-atendimento/ouvidoria/relatorio_anual_ouvidoria_2020.pdf)

Acesso em 12/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Diretrizes para o encerramento e relicitação dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas sob gestão da Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Relatório**. 31/10/2020. 2020e. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118120/AIR+-+Diretrizes+para+o+encerramento+e+relicita%C3%A7%C3%A3o+dos+contratos+de+concess%C3%A3o+de+rodovias.pdf/dab9d003-be33-e459-b375-6c3815810cd5?t=1635204115477>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e mecanismos de governança sobre transações com partes relacionadas. **Relatório**. 2020f. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118120/Revis%C3%A3o+de+Regras+de+Reequil%C3%ADbrio+contratual.pdf/a350a562-12d9-3ecd-7bd9-7648a4e70e09?t=1635204113417>

Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Relatório Anual de Atividades 2020. 2021a. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/860252/0/RELAT%C3%93RIO+ANUAL+DE+ATIVIDADES++2020.pdf/aabc9f22-fbbf-c8da-e507-656cc582519b?t=1619784159213>.

Acesso em 6/1/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Resolução 5.950, de 20 de julho de 2021. 2021b. Disponível em:

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=417555#:~:text=Aprova%20o%20Regulamento%20das%20Concess%C3%B5es%20Rodovi%C3%A1rias.&text=Art.,Nacional%20de%20Transportes%20Terrestres%20%2D%20ANTT>.

Acesso em 12/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Deliberação 307, de 9 de setembro de 2021. 2021c. Disponível em: [Deliberação 307/2021 DG/ANTT/MI](#)  
Acesso em 18/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Análise de Impacto Regulatório – Nível 1. Regulamento de concessões rodoviárias – bens, obras e serviços (RCR 2) e adequação dos procedimentos de execução de obras e serviços (Resolução 1.187/2005). **Relatório**. 2021d. Disponível em:  
[https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118123/SEI\\_ANTT+-+6574047+-+RELAT%C3%93RIO+DE+AN%C3%81LISE+DE+IMPACTO+REGULAT%C3%93RIO+-+AIR.pdf/7d3a8e3f-3ac2-018a-1aa0-b76aec0500ad?t=1643826481793](https://portal.antt.gov.br/documents/3116054/3118123/SEI_ANTT+-+6574047+-+RELAT%C3%93RIO+DE+AN%C3%81LISE+DE+IMPACTO+REGULAT%C3%93RIO+-+AIR.pdf/7d3a8e3f-3ac2-018a-1aa0-b76aec0500ad?t=1643826481793)  
Acesso em 15/8/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução 746, de junho de 2021. Disponível em:  
[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6582166/mod\\_resource/content/1/DOU%20-%20RESOLU%C3%87%C3%83O%20ANATEL%20N%C2%BA%20746%2C%20DE%2022%20DE%20JUNHO%20DE%202021.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6582166/mod_resource/content/1/DOU%20-%20RESOLU%C3%87%C3%83O%20ANATEL%20N%C2%BA%20746%2C%20DE%2022%20DE%20JUNHO%20DE%202021.pdf)  
Acesso em 9/8/2022.

ARANHA, M. I *et al.* Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos. Brasília: Anatel-UnB, 2019.

AUTIN, J. L. Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public. In: MIAILLE, M. *La régulation entre droit et politique*. Paris: L'Harmattan, 1995.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Regulation: The Field and the Developing Area. In: \_\_\_\_ **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3-16.

BETTI, E. Hermeneutics as the General Methodology of the Geisteswissenschaften. In: ORMISTON, G. L.; SCHRIFT, A. D. **The Hermeneutical Tradition: From Ast to Ricoeur**. Albany: University of New York Press, 1990. p. 159-197.

BRAITHWAITE, J. Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. **Michigan Law Review**, v. 80, n. 7, p. 1466-1507, Jun. 1982.

BRAITHWAITE, J. **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985.

BRAITHWAITE, J. **Crime, Shame and Reintegration**. New York: Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, J. **Restorative Justice & Responsive Regulation** Oxford: Oxford University Press, 2002.

BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.

BRAITHWAITE, J. **Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

BRAITHWAITE, J. The Essence of Responsive Regulation. **University of British Columbia Law Review**, v. 44, p. 475-520, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 11/8/2022.

BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm)

Acesso em 6/1/2022.

BRASIL. Lei 10.233, de 5 de junho de 2001. 2001a. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm) Acesso em 6/1/2022.

BRASIL. Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001. 2001b. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm). Acesso em 11/8/2022.

BRASIL. Lei 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/113448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113448.htm) Acesso em 10/8/2022.

BRASIL. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Junho de 2018. Disponível em:

[diretrizes-gerais-e-guia-orientativo\\_final\\_27-09\(5\).pdf](#)

Acesso em 25/8/2022.

BRASIL. Lei 13.848, de 25 de junho de 2019. 2019a. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113848.htm)

Acesso em 26/8/2022.

BRASIL. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. 2019b. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADda%20a%20Declar%C3%A7%C3%A3o,IV%20do%20caput%20do%20art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADda%20a%20Declar%C3%A7%C3%A3o,IV%20do%20caput%20do%20art.)

Acesso em 26/8/2022.

BRASIL. 5ª Vara Federal Cível da SJDF. Tutela Cautelar Antecedente. Concessionária ViaBahia e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Decisão, de 2 de setembro de 2019. 2019c. Disponível em:

[https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230742029/procedimento-comum-civel-10252930820194013400-secao-judiciaria-do-distrito-federal-trf01/inteiro-teor-1230742031.](https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230742029/procedimento-comum-civel-10252930820194013400-secao-judiciaria-do-distrito-federal-trf01/inteiro-teor-1230742031)

Acesso em 10/8/2022.

BORCK, J. C.; COGLIANESE, C. Beyond Compliance: Explaining Business Participation in Voluntary Environmental Programs. In: PARKER, C.; NIELSEN, V. L. **Explaining Compliance: Business Responses to Regulation**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011. p. 139-169.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23932/2018/GSS/PFF. Petição inicial, de 17 de setembro de 2018. 2018a. Concessionária BR-040 S.A e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596910/180917+-+VIA+040+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/de7230cb-4074-a153-2e45-e1066ccfd1a7?version=1.0&t=1626788702007>

Acesso em: 22/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23433/2018/GSS/PFF. Petição inicial, de 2 de fevereiro de 2018. 2018b. Concessionária Galvão e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597054/180131+-+GALV%C3%83O+-+Requerimento+de+Instaura%C3%A7%C3%A3o+de+Arbitragem.pdf/139b926c-19b9-f1f0-45e0-95278de62a37?version=1.0&t=1626726585897>

Acesso em: 22/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23960/2018/GSS/PFF. Petição inicial, de 1 de outubro de 2018. 2018c. Concessionária Rota do Oeste e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597094/181001+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/268970f1-c393-1937-25fb-21580f902263?version=1.0&t=1626720743830>

Acesso em 10/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 24957/GSS/PFF. Petição inicial, de 11 de dezembro de 2019. 2019a. Concessionária MS Via e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597103/191211+-+MSVIA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/15da5786-52c8-b796-ebb6-5fdcc7d5b3f4?version=1.0&t=1626727886263>

Acesso em 11/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 24595/2019/PFF. Petição inicial, de 4 de julho de 2019. 2019b. Concessionária Concebra e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597060/190705+-+CONCEBRA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/be4e5b81-c7e5-e507-7914-da10b7e13581?version=1.0&t=1626469283813>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 25572/2020/PFF. Petição inicial, de 12 de agosto de 2020. 2020a. Concessionária BR-040 S.A e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2643770/200812+-+VIA+040+%282a.%29+-+Requerimento+Institui%C3%A7%C3%A3o+Arbitragem+-+PROTOCOLO+-+Assinado+-+Assinado.pdf/7b5c3a80-1b2e-177a-2fa1-cb96c5e8c07a?version=1.0&t=1626789803493>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23960/2018/GSS/PFF. Ordem Processual 4, de 27 de janeiro de 2020. 2020b. Concessionária Rota do Oeste e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597097/200127+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+4.pdf/5a69f576-cc4f-715e-f378-71a49ca3673d?version=1.0&t=1626720654677>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 24957/GSS/PFF. Resposta da ANTT às alegações iniciais, de 19 de outubro de 2020. 2020c. Concessionária MS Via e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2698242/201019+-+ANTT+-+Resposta+%C3%A0s+Alega%C3%A7%C3%B5es+Iniciais.pdf/d20bd8e8-6e04-b834-8fba-72cf431f7fce?version=1.1&t=1632494249677>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 24595/2019/PFF. Ordem Processual 3, de 17 de julho de 2020. 2020d. Concessionária Concebra e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/200617+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+03.pdf/5bccd294-94a3-c447-d4c1-c13419cefa90?version=1.0&t=1626469191080>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 24595/2019/PFF. Ordem Processual 10, de 12 de novembro de 2020. 2020e. Concessionária Concebra e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/201112+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+10.pdf/58856545-2a9d-e279-f265-41eae5fdb4e7?version=1.0&t=1626469195743>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23932/2018/GSS/PFF. Ordem Processual 3, de 7 de janeiro de 2020. 2020f. Concessionária VIA 040 e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/200107+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+03+%28mantendo+liminar%29.pdf/73445862-e58a-f698-bac6-c4cb014ba804?version=1.0&t=1626788964787>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 24957/GSS/PFF. Ordem Processual 4, de 22 de abril de 2021. 2021a. Concessionária MS Via e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597106/210422+-+Tribunal+-+Ordem+processual+n%C2%BA+04.pdf/a8ef2bbe-aa08-bdc0-7528-4750b963815c?version=1.1&t=1632494346610>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 24595/2019/PFF. Ordem Processual 15, de 11 de março de 2021. 2021b. Concessionária Concebra e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/210311+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+15.pdf/0097ba7f-4a06-fe46-468a-fcdbc31c06?version=1.0&t=1626469198017>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23932/2018/GSS/PFF. Sentença Arbitral Parcial, de 16 de novembro de 2021. 2021c. Concessionária VIA 040 e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/211117+-+TRIBUNAL+-+Senten%C3%A7a+Parcial.pdf/af3167e7-7f31-b6a9-b218-f09bc128aba0?version=1.0&t=1650456520620>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23932/2018/GSS/PFF. Ordem Procedimental 11, de 23 de abril de 2021. 2021d. Concessionária VIA 040 e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/210423+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+11.pdf/28554b5e-8f6a-5e64-3bf6-f1337e5ffb8e?version=1.0&t=1626788954053>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 25572/2020/PFF. Ordem Processual 6, de 29 de junho de 2022. 2022a. Concessionária BR-040 S.A e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2643773/220629+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+6.pdf/694442b3-f00c-2dc3-5d35-3675bfdf440d?version=1.0&t=1657806072397>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 25572/2020/PFF. Ordem Processual 7, de 14 de julho de 2022. 2022b. Concessionária BR-040 S.A e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2643773/220714+-+Tribunal+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+7.pdf/1cfe5c68-95e7-3824-fa9e-a4085da05fb2?version=1.0&t=1658781176217>

Acesso em 21/8/2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 25572/2020/PFF. Ordem Processual 8, de 19 de julho de 2022. 2022c. Concessionária BR-040 S.A e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2643773/220719+-+Tribunal+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+8.pdf/0e14d7bc-bc18-fd6b-f9d2-d7d67ee5028d?version=1.0&t=1658781205277>

Acesso em 21/8/2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAMCCBC). Procedimento arbitral 64/2019/SEC7. Petição inicial, 3 de setembro de 2019. Concessionária Via Bahia e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597085/190903+-+VIABAHIA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/4a541feb-3bd8-090f-2c70-a8169d4c0863?version=1.0&t=1626788186543>

Acesso em 21/8/2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAMCCBC). Procedimento arbitral 64/2019/SEC7. Ordem Processual 11, 4 de maio de 2021. Concessionária Via Bahia e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597088/210504+-+Tribunal+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+11.pdf/8080a128-919a-61e0-1f51-5f472e97064e?version=1.0&t=1626787966640>

Acesso em 21/8/2022.

COASE, R. H. The Problem of Social Costs. **Journal of Law & Economics**, v. 3, p. 1-44, October 1960.

COELHO DA COSTA, Gabriela; FONSECA, Fábio Queiroz. Modelo de Fiscalização Responsiva da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Foz do Iguaçu, 2021.

COGLIANESE, C.; MENDELSON, E. Meta-Regulation and SelfRegulation. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 146-168.

CROLEY, S. P. **Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DALLARI, S. Direito Sanitário. In: ARANHA, M. I. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, v. I, 2003. p. 39-64.

DEHART-DAVIS, L.; BOZEMAN, B. Regulatory Compliance and Air Quality Permitting: Why do Firms Overcomply? **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 11, n. 4, p. 471-508, 2001.

DILTHEY, W. The Rise of Hermeneutics. In: ORMISTON, G. L.; SCHRIFT, A. D. **The Hermeneutic Tradition: From Ast to Ricouer**. Albany: State University of New York Press, 1990. p. 101-114.

DRAHOS, P. Intellectual Property and Pharmaceutical Markets: A Nodal Governance Approach. **Temple Law Review**, v. 77, p. 401-424, 2004.

DUGUIT, L. **Les Transformations du Droit Public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

FERNANDES, Camila de Andrade Gonçalves. A Reforma do Modelo de Fiscalização do Setor Elétrico Brasileiro. Enap. Brasília, 2018. Disponível em:

<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3376/1/A%20reforma%20do%20modelo%20de%20fiscaliza%20c3%a7%20c3%a3o%20do%20setor%20el%20c3%a9trico%20brasileiro.pdf>

Acesso em 12/8/2022.

FINNIS, J. **Natural Law & Natural Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

- GOETTENAUER, C. Regulação Responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 1, p. 131-146, maio 2019.
- GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy**. New York: Oxford University Press, 1998.
- HAYEK, F. **The Road to Serfdom**. Chicago: University of Chicago, 1944.
- HEALY, J.; BRAITHWAITE, J. Designing Safer Health Care Through Responsive Regulation. **The Medical Journal of Australia**, v. 184, n. 10, p. S56-S59, May 2006.
- HUMBOLDT, W. V. **On Language: On the Diversity of Human Language Construction and its Influence on the Mental Development of the Human Species**. Tradução de Peter Heath. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- KELSEN, H. **Introduction to the Problems of Legal Theory**. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- KELSEN, H. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho** Tradução de Eduardo Vásquez; R. Inés W. de Ortiz, *et al.* Cidade do México: Fontamara, 2003.
- KING, R. **The Regulatory State in an Age of Governance: Soft Words and Big Sticks**. Houndsmills, Basingstoke, Hampshire, UK: Palgrave Macmillan, 2007.
- KOLIEB, J. When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. **Monash University Law Review**, v. 41, n. 1, p. 136-162, 2015.
- LEVI-FAUR, D. (Ed.). **Handbook on the Politics of Regulation**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.
- MASCINI, P. Why was the Enforcement Pyramid so Influential? And what price was paid? **Regulation & Governance**, v. 7, p. 48-60, 2013.
- MCBARNET, D. When Compliance is not the Solution but the Problem: From Changes in Law to Changes in Attitude. In: BRAITHWAITE, V. **Taxing Democracy**. Hants, UK: Ashgate, 2002. p. 229-243.
- MENEGUIN, Fernando Boarato; BIJOS, Paulo Roberto Simão. Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas. Brasília, Senado Federal, Consultoria Legislativa, 22/3/2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/519163> Acesso em 12/8/2022.
- MORAN, M. Review Article: Understanding the Regulatory State. **British Journal of Political Science**, v. 32, p. 391-413, 2002.
- MORGAN, B.; YEUNG, K. **An Introduction to Law and Regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MOREIRA NETO, D. D. F. **Direito regulatório: a alternativa participativa flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OGUS, A. I. Regulatory Law: Some Lessons from the Past. **Legal Studies**, v. 12, n. 1, p. 1-19, 1983.
- OGUS, A. I.; VELJANOVSKI, C. G. **Readings in the Economics of Law and Regulation**. Oxford: Clarendon Press, 1984.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Recomendações do Conselho sobre Política Regulatória e Governança. 2012. Disponível em:

<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>

Acesso em 12/8/2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Indicators of Regulatory Policy and Governance Latin América 2016 Brasil. 2016. Disponível em:

<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Brazil-regulatory-policy-ireg-2016.pdf>

Acesso em 12/8/2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). OCDE Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit. Paris. 2018. Disponível em:

<https://betterregulation.lumsa.it/sites/default/files/betterregulation/Allegato-00447.pdf>

Acesso em 12/8/2022.

OSTROM, E. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press, 1990.

PARKER, C. **The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

PARKER, C.; NIELSEN, V. L. Compliance: 14 Questions. In: DRAHOS, P. **Regulatory Theory: Foundations and Applications**. Acton, AU: Australian National University Press, 2017. p. 217-232.

PATERNOSTER, R.; SIMPSON, S. Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime. **Law & Society Review**, v. 30, n. 3, p. 549-584, 1996.

PEACOCK, MILLER PÉREZ. A Proposed Framework for Evidence-Based Regulation. Washington. Fevereiro de 2018. Disponível em:

<https://regulatorystudies.columbian.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs4751/files/downloads/WorkingPapers/GW%20Reg%20Studies%20-%20Evidence%20Based%20Regulation%20-%20MPeacock%20SMiller%20and%20DPerez.pdf>

Acesso em 12/8/2022.

PEACOCK, A.; RIZZO, I. **The Heritage Game: Economics, Policy, and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

PINTO, Á. V. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, v. I, 2005.

POSNER, E. A. **Law and Social Norms**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

PRAKASH, A. Why do Firms Adopt 'Beyond-Compliance' Environmental Policies? **Business Strategy and the Environment**, v. 10, p. 286-299, 2001.

REINO UNIDO. Strategic Policy Making Team Cabinet Office. Relatório. Professional Policy Making for the Twenty First Century. 1999. Disponível em:

<https://ntouk.files.wordpress.com/2015/06/professional-policy-making-for-the-21st-century-1999.pdf> Acesso em 12/8/2022.

SAMPAIO, P. S. **Capital Social nas Entidades de Garantia Mútua de Crédito na Itália e no Brasil: uma análise jurídico-institucional comparada**. Brasília: Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2019.

SCHELLING, T. C. **The Strategy of Conflict**. 18. ed. Cambridge, MA: Harvard University, 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.

SIGLER, J. A.; MURPHY, J. E. **Interactive Corporate Compliance: An Alternative to Regulatory Compulsion**. New York: Quorum Books, 1988.

STIGLER, G. J. The Optimum Enforcement of Laws. In: BECKER, G. S.; LANDES, W. M. **Essays in the economics of crime and punishment**. [S.l.]: NBER, 1974. p. 1-54. Disponível em: <<https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>, acesso em 29/06/2019>.

SUNSTEIN, C. R. Valuing Life: A Plea for Disaggregation. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 385-445, 2006.

TEUBNER, G. After Legal Instrumentalism: Strategic Models of PostRegulatory Law. In: TEUBNER, G. **Dilemmas of Law in the Welfare State**. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 299-326.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Desestatização. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do lote rodoviário que compreende os segmentos das rodovias BR-364/365/GO/MG entre os municípios de Jataí/GO e Uberlândia/MG. análise dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) e de minutas de documentos técnicos e jurídicos. aprovação do primeiro estágio com ressalvas. Determinações. Recomendações. Continuidade do acompanhamento do segundo estágio. Acórdão 1.096, de 15 de maio de 2019. 2019a. Relator: Ministro Bruno Dantas. Disponível em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1096%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1096%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520)

Acesso em 11/8/2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Auditoria operacional. Avaliar a performance das concessões no âmbito do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Procrofe) e o seu real custo para sociedade. Determinação. Recomendações. Ciência. Acórdão 2.190, de 11 de setembro de 2019. 2019b. Disponível em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2190%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2190%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520)

Acesso em 11/8/2022.

VIEIRA, V. L. R. A atuação do COAF na prevenção à lavagem de dinheiro à luz da Teoria da Regulação Responsiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 4, n.1, p. 263-288, maio de 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19148>

Acesso em 12/8/2022.

VOGEL, D. **The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility**. Washington, DC: Brookings Institution, 2005.

TIMM, Luciana Lauser. Regulação, concentração de mercado e participação externa: o caso das concessões rodoviárias brasileiras. Brasília, 3 de janeiro de 2017. Disponível em:

[Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente: Pesquisando na BDM \(unb.br\)](#)

Acesso em 16/8/2022.

YEUNG, K. **Securing Compliance: A Principled Approach**. Oxford: Hart Publishing, 2004.