

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB  
FACULDADE DE DIREITO**

**EDINAILTON SILVA RODRIGUES**

**REGULAÇÃO RESPONSIVA NO ÂMBITO DO PROCESSO DE CONCESSÃO DA  
BR-153-080-414/GO/TO/2020**

*RESPONSIVE REGULATION IN CONNECTION WITH BR-153-080-414/GO/TO/2020  
CONCESSION PROCESS*

**BRASÍLIA**

**2020**

**EDINAILTON SILVA RODRIGUES**

**REGULAÇÃO RESPONSIVA NO ÂMBITO DO PROCESSO DE CONCESSÃO DA  
BR-153-080-414/GO/TO/2020**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Professor Mestre Sergio Ruy David Polimeno Valente

**BRASÍLIA**

**2020**

EDINAILTON SILVA RODRIGUES

**REGULAÇÃO RESPONSIVA NO ÂMBITO DO PROCESSO DE CONCESSÃO DA  
BR-153-080-414/GO/TO/2020**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professor Mestre Sergio Ruy David Polimeno Valente (Orientador)

---

Professor Doutor Marcelo Jose Barbosa Amorelli

---

Professor Mestre Leopoldo Faiad da Cunha

As teorias existem e são criadas para servir ao homem, e não o contrário; se já não nos servem, devemos substituí-las.

(Paulo de Souza Queiroz)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos amigos e professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB), que tanto me auxiliaram a aprender.

Agradeço aos colegas de trabalho da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por tornarem mais gratificante o dia-a-dia no trabalho.

Quero registrar, ainda, o agradecimento aos meus colegas de graduação: Alexandre Natã Vicente, Ana Cristiane Almeida de Oliveira, Bruno Henrique de Moura, Ivo José de Brito, Giordano Alan Barbosa Sereno e Rodrigo Cunha da Paz pelo apoio, amizade e troca de ideias durante 05 anos de convivência quase diária.

Agradeço ao professor Sérgio Valente pelo compromisso acadêmico e profissionalismo e aos membros da banca examinadora, mestre Leopoldo Faiad da Cunha e doutor Marcelo Jose Barbosa Amorelli, pelas percucientes contribuições que muito enriqueceram o presente trabalho.

Por fim, agradeço aos meus pais, Paulino Barbosa Rodrigues e Maria Leide Pereira Silva, aos meus irmãos e irmãs, a Gleiciane Dias, por ter me suportado durante os últimos 05 anos, e à minha filha Isabella, que me conquistou e tornou-se a razão maior da minha vida.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é identificar práticas de Regulação Responsiva na atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em relação ao processo de concessão da rodovia BR-153/414/080/TO/GO. Nesse sentido, o paradigma adotado na presente monografia é a Teoria da Regulação Responsiva (TRR) proposta por Ayres e Braithwaite (1992) segundo a qual a efetividade da regulação depende não apenas de sanções, mas também de regras que induzam o comportamento dos agentes regulados. Nota-se que o fundamento da TRR é o de que o regulador deve ser responsivo à conduta dos agentes regulados a fim de responder adequadamente ao comportamento desses agentes. Desse modo, a regulação responsiva adota uma postura regulatória flexível e dinâmica para promover a melhoria contínua do comportamento dos regulados. Por fim, conclui-se que a Minuta do Edital e do Contrato de Concessão da BR-153/414/080/TO/GO contém melhorias e inovações em relação aos contratos de concessão anteriores que podem ser consideradas técnicas incipientes de Regulação Responsiva e, portanto, serem relevantes para a confecção de futuros contratos de concessão.

**Palavras-chaves:** Regulação Responsiva. Contrato de Concessão. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); BR-153/414/080/TO/GO.

## ABSTRACT

The objective of the present work is to identify Responsive Regulation practices in the performance of the National Land Transport Agency (ANTT) in relation to the concession process for the BR-153/414/080/TO/GO highway. In this sense, the paradigm adopted in the present monograph is the Responsive Regulation Theory (TRR) proposed by Ayres and Braithwaite (1992) according to which the effectiveness of regulation depends not only on sanctions, but also on rules that induce the behavior of regulated agents . It should be noted that the TRR's foundation is that the regulator must be responsive to the conduct of regulated agents in order to respond adequately to the behavior of these agents. In this way, responsive regulation adopts a flexible and dynamic regulatory stance to promote the continuous improvement of regulated behavior. Finally, it is concluded that the Draft Concession Contract of BR-153/414/080/TO/GO contains improvements and innovations in relation to previous concession contracts that can be considered incipient techniques of Responsive Regulation and, therefore, are relevant for the preparation of future concession contracts.

**Keywords:** Responsive Regulation. Concession contract. National Land Transport Agency (ANTT); BR-153/414/080/TO/GO.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1: PRINCÍPIOS DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA .....</b>	<b>11</b>
1.1 Contextualização.....	11
1.2 Teoria da regulação responsiva.....	13
1.3 A pirâmide da regulação responsiva na sua forma original .....	14
1.4 Pense no contexto: não imponha uma teoria pré-concebida .....	17
1.5 Ouça ativamente: estruture um diálogo que dê voz às partes interessadas, estabeleça resultados a serem alcançados e como monitorá-los .....	18
1.6 Engaje aqueles que resistem: mostre-lhes respeito ao construir sua resistência, encare como uma oportunidade de aprender a melhorar o desenho regulatório. ....	21
1.7 Elogie aqueles que demonstram comprometimento: apoie suas inovações, o motive a melhorar continuamente e ajude os líderes a reduzir os atrasos por meio de novos patamares de excelência.....	22
1.8 Sinalize que você prefere alcançar resultados com educação e suporte para construir habilidades.....	23
1.9 Sinalize, mas não ameace, uma série de sanções às quais você poderá utilizar. ....	24
1.10 Crie uma governança piramidal em rede engajando redes mais amplas de parceiros conforme você suba na pirâmide.....	26
1.11 Extraia responsabilidade ativa e recorra à responsabilidade passiva quando a responsabilidade ativa falhar .....	28
1.12 Aprenda, avalie quão bem e a que custo os resultados foram alcançados, comunique as lições aprendidas .....	28
1.13 Sequenciamento dos instrumentos e do sistema regulatório em rede.....	29
<b>CAPÍTULO 2: O PROCESSO DE CONCESSÃO DA RODOVIA BR-153-080-414/GO/TO .....</b>	<b>31</b>
2.1 Introdução .....	31
2.2 Histórico .....	32
2.3 Evolução dos instrumentos jurídicos - breve histórico .....	33
2.4 Diretrizes para a concessão da BR-153-080-414/GO/TO - regulação por incentivos à luz da teoria da regulação responsiva.....	39
2.5 Critério de julgamento do leilão e pagamento de outorga variável.....	40
2.5.1 Evolução da aplicação dos critérios de leilão no âmbito do governo federal.....	41

2.5.2 Procedimento editalício .....	44
2.5.3 Pagamento de outorga .....	45
<b>2.6 Modelagem tarifária com tarifa diferenciada.....</b>	<b>48</b>
<b>2.7 Adoção de mecanismo de proteção do risco de variação cambial.....</b>	<b>49</b>
<b>2.8 Possibilidade de celebração de acordo tripartite .....</b>	<b>51</b>
2.8.1 Visão Geral.....	51
2.8.2. Experiência internacional .....	52
2.8.3. Legislação aplicável .....	52
2.8.4 Conceito.....	53
2.8.5 Eventos de alerta.....	54
2.8.6 Administração temporária .....	54
2.8.7 Assunção do controle acionário do concessionário.....	55
2.8.8 Conclusão .....	56
<b>2.9 Indicação de priorização dos pagamentos em caso de extinção antecipada da concessão.....</b>	<b>57</b>
2.9.1 Regime de prioridade das indenizações devidas à concessionária em caso de extinção antecipada do contrato de concessão .....	57
<b>2.10 Previsão de inclusão de pontos de parada para os caminhoneiros .....</b>	<b>59</b>
<b>CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA ENCONTRADOS NO PROCESSO DE CONCESSÃO DA BR-153-080-414/GO/TO....</b>	<b>61</b>
<b>3.1 Histórico .....</b>	<b>61</b>
<b>3.2 Inovações da concessão e princípios da regulação responsiva aplicáveis ao contrato. ....</b>	<b>62</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>69</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito pode ser entendido, de uma perspectiva mais objetiva, como a arte de regular o comportamento humano<sup>1</sup>. Nesse sentido, a Regulação Estatal atualmente ocupa lugar central no crescente debate político e acadêmico e várias iniciativas vêm sendo desenvolvidas para conferir maior efetividade e eficácia à Regulação.

Dessa forma, o desenvolvimento da Teoria da Regulação Responsiva (TRR) veio ao encontro de uma necessidade do Estado Regulador: aprimoramento do modelo de comando e controle, cuja filosofia (fiscalizar mais, fiscalizar tudo e punir muitas vezes) provou-se incompatível com as restrições orçamentárias e com a assimetria de informações cada vez mais presentes<sup>2</sup>.

O presente trabalho utiliza o modelo da TRR como alternativa jurídica mais adequada para enfrentar os variados problemas que surgem quando da atuação do Estado Regulador. Nesse modelo, destaque-se, não há respostas universalmente aplicáveis uma vez que a linha de ação que mais contribui para a promoção da melhoria contínua do comportamento dos regulados é a interação de diferentes ferramentas e técnicas regulatórias.

Será abordado como estudo de caso a Minuta do Contrato de Concessão da BR-153/414/080/TO/GO<sup>3</sup>, no trecho da BR-153/TO/GO de 624,1 km, entre o entroncamento com a TO-/070 (Aliança do Tocantins) até o entroncamento com a BR-060 (Anápolis); no trecho da BR-414/GO de 139,6 km, no entroncamento com a BR-080/GO-230(A)/324 (Assunção de Goiás) até o entroncamento com a BR-153/GO-222/330 (Anápolis); no trecho da BR-080/GO de 87 km, no entroncamento com a BR-414/GO-230(B) (Assunção de Goiás) até o entroncamento com a BR-153(A)/GO-342(B), cujo objetivo foi conceder esse Sistema Rodoviário, que trouxe inovações e melhorias em relação aos contratos de concessões anteriores. Nesse sentido, a nova modelagem precisa ser avaliada à luz da TRR para que possa

---

<sup>1</sup> JR, I. T. G. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 1, p. 07, Jan-Jun, 2010. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794/2034>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

<sup>2</sup> Esse aspecto também é estudado no campo da teoria/filosofia do direito, como, por exemplo, por Roberto Mangabeira Unger e os adeptos do experimentalismo constitucional e democrático de tradição norte-americana. Para mais detalhes, vê a *Constitucionalização do Experimentalismo Democrático*, de Roberto Mangabeira Unger, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=397 - Minuta de Contrato - BR-153-080-414.pdf> - Acesso em: 28/04/2020.

servir de referência para futuros editais de concessão de trechos rodoviários concedidos à iniciativa privada.

A base teórica utilizada será a Teoria da Regulação Responsiva desenvolvida por Ayres e Braithwaite (1992)<sup>4</sup> segundo a qual o regulador deve ser responsivo às condutas dos agentes regulados, adotando respostas regulatórias adequadas ao comportamento dos agentes. Essa teoria surgiu como uma resposta à constatação de que o Estado, diante da pluralidade de fatores que determinavam ou não a obediência dos agentes regulados às normas regulatórias, já não conseguia mais regular satisfatoriamente as condutas do regulados somente com um plantel de ferramentas coercitivas.

O trabalho possui o seguinte problema de pesquisa: quais elementos da Teoria da Regulação Responsiva foram incorporados à Minuta do Contrato de Concessão da BR-153/414/080/TO/GO/2020 e em que medida eles podem servir de referência para futuros contratos de concessão de trechos rodoviários concedidos à iniciativa privada?

Por sua vez, a hipótese para o problema de pesquisa acima é que a Minuta do Contrato de Concessão da BR-153/414/080/TO/GO contém melhorias e inovações em relação aos contratos de concessão anteriores que podem ser consideradas técnicas incipientes de regulação responsiva e, portanto, serem relevantes para a confecção de futuros editais de concessão.

Por fim, a limitação do estudo é o fato de o estudo abordar essencialmente uma análise da Minuta do Contrato de Concessão da BR-153/414/080/TO/GO/2020 à luz da Teoria da Regulação Responsiva com o objetivo de encontrar pontos positivos que poderão ser replicados em contratos futuros.

---

<sup>4</sup> AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

## CAPÍTULO 1: PRINCÍPIOS DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

### 1.1 Contextualização

Desde a década de 1980 intensificou-se o movimento pela menor intervenção do Estado na economia. Nesse sentido, o Direito Administrativo incorporou ideias como privatização, parcerias público-privadas, concessões de serviços públicos e Regulação<sup>5</sup>.

A Constituição Federal de 1988, no art. 174, fez a escolha pelo modelo normativo e regulador do Estado Brasileiro, *in verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e **regulador** da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nessa linha, foram criadas as agências reguladoras a partir do ano de 1996<sup>6</sup> e seguintes. Assim, o atual ordenamento jurídico brasileiro possui as seguintes agências reguladoras<sup>7</sup>:

- I - Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);
- II - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);
- III - Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel);
- IV - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);
- V - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);
- VI - Agência Nacional de Águas (ANA);
- VII - Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);
- VIII - Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);
- IX - Agência Nacional do Cinema (Ancine);
- X - Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);
- XI - Agência Nacional de Mineração (ANM).

O presente trabalho foca na Concessão do serviço público de rodovias federais. Conforme Di Pietro:

---

<sup>5</sup> DI PIETRO, M. S. Z. *Direito regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>6</sup> Trata-se da Anatel, primeira agência reguladora a ser instalada no país, foi criada por meio da Lei 9.472/1997, conforme informação obtida no sítio eletrônico da ANATEL, disponível em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/noticias-destaque/2118-primeira-agencia-reguladora-do-brasil-anatel-comemorou-21-anos-de-atuacao#:~:text=A%20Anatel%2C%20primeira%20ag%C3%A2ncia%20reguladora,com%20o%20desenvolvimento%20do%20Brasil%E2%80%9D>. Acesso em: 22 de novembro de 2020.

<sup>7</sup> Conforme Art. 2º da Lei Nº 13.848, de 25 de Junho de 2019, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em: 15 de outubro de 2020

Concessão é o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública, ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo nas condições regulamentares e contratuais. (Di Pietro, 2004. p. 275).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o modelo do Estado Brasileiro no seu art. 175, *in verbis*:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Por sua vez, a regulamentação do art. 175 da CF foi feita através da Lei nº 8.987/1995, chamada de Lei das Concessões, que estabelece as normas gerais sobre a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, *in verbis*:

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

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

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

(...)

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

É preciso citar também a Lei nº 8.666/1993, chamada Lei das Licitações, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, é utilizada, por exemplo, para alguns aspectos do certame licitatório e de garantias (proposta e contratual).

Além disso, as leis de criação das agências reguladoras (1. ANATEL - Lei 9.472, de 16 de julho de 1997; 2. ANEEL - Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; 3. ANCINE – criada pela Medida Provisória n.º 2.228-1, posteriormente regulamentada pela Lei nº 10.454 em 13 de maio de 2002; 4. ANAC - Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005; 5. ANTAQ e 6. ANTT – Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; 7. ANP - Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; 8. ANVISA - Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999; 9. ANS - Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000; 10. ANA – Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000; e 11. ANM - criada por intermédio da Medida Provisória n.º 791, de 25 de julho de 2017 e posteriormente convertida na Lei 13.575, de 26 de dezembro de 2017) e a chamada Nova Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019), definem os regimes jurídicos e consolidam o atual modelo de concessões reguladas pelas agências reguladoras.

Portanto, o papel do Direito é fundamental em um desenho regulatório que possa atender aos interesses e anseios dos diversos atores envolvidos: usuário, concessionária e poder público. Na próxima seção será feita uma rápida análise sobre pirâmide regulatória e, após isso, será explorado os princípios da regulação responsiva, que são a base do presente trabalho.

## 1.2 Teoria da regulação responsiva

Antes de explorar os princípios da Teoria da Regulação<sup>8</sup> Responsiva é preciso conhecer a pirâmide regulatória: ferramenta que ilustra conceitos importantes como à responsividade e a diferenciação por risco regulatório e serve de bússola para a passagem da persuasão para a dissuasão. Hirata et al. (2015) definem os citados conceitos do seguinte modo:

A diferenciação de risco regulatório é um processo utilizado por entidades reguladoras para avaliar sistematicamente os riscos associados às não conformidades dos entes regulados. Dentre os modelos de diferenciação de risco regulatório, o

---

<sup>8</sup> No presente trabalho optou-se por não fazer um estudo comparativo das diversas teorias da regulação existentes, tais como: a) Chang, Ha-Joon (1997): "The Economics and Politics of Regulation". Cambridge Journal of Economics, v.21 n. 6, pp. 703-728; b) Kahn, Alfred E. Kahn (1970): The Economics of Regulation: Principles and Institutions. New York, John Wiley & Sons; c) Peltzman, Sam (1976): "Toward a More General Theory of Regulation". Journal of Law and Economics, 19, pp. 211- 40; d) Peltzman, Sam (1989): "The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation". In Baily, Martin Neil & Winston, Clifford (eds.), Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics. Washington, NBER; e) Stigler, George J. (1971): "The Theory of Economic Regulation". Bell Journal of Economics and Management Science 2 Spring, pp. 3-21. Reimpresso em Stigler, George J. (ed.) (1988): Chicago Studies in Political Economy. Chicago, The University of Chicago Press; f) Viscusi, W. Kip; Vernon, John M. & Harrington Jr., Joseph E. (1995): Economics of Regulation and Antitrust. Cambridge, Mass., The MIT Press.

conceito de fiscalização responsiva, apresentado inicialmente por Ian Ayres e John Braithwaite [1], sugere que ações de fiscalização devem variar de acordo com o risco e, sobretudo, de acordo com o comportamento do agente regulado. Tal conceito normalmente é representado por meio de uma pirâmide da fiscalização (tradução não literal de enforcement pyramid).

Nos extremos da política regulatória, há o conceito de comando e controle e, em oposição, a autorregulação. A regulação fundamentada em comando e controle tem natureza repressiva e binária, fixada ex-ante, ou seja, se o regulado cumprir determinada norma não será punido, se a violar deverá ser punido com as penas positivadas nos normativos. Nesse modelo, o desempenho da regulação é medido pelo desempenho da fiscalização, onde o melhor é fiscalizar mais, fiscalizar tudo e punir muitas vezes. O modelo comando e controle tem um custo regulatório extremamente alto e não tem produzido o resultado desejado, que é a mudança de comportamento dos agentes. Na outra banda, a autorregulação, destina-se a setores mais maduros em que o relacionamento do agente econômico com o setor público permite a criação de seu próprio sistema de regulação, com a incidência de endonormas - que contém o dever de realizar aquela conduta cuja omissão ou contravenção constitui o suposto para a sanção<sup>9</sup> que moldam, limitam e restringem os comportamentos setoriais.

Entre os extremos, encontram-se as teorias de regulação por incentivos, que buscam, através de mecanismos regulatórios, não só a redução de custos como a prática de preços eficientes, melhor qualidade dos serviços prestados e a inovação dos processos produtivos. Dentre as teorias de regulação por incentivos está a Teoria de Regulação Responsiva, cujo princípio é que os reguladores devam ser responsivos à conduta dos agentes regulados, adotando respostas regulatórias adequadas e consentâneas ao comportamento dos agentes.

A seção 1.3 deste trabalho apresenta didaticamente uma versão simplificada do que seria o modelo de regulação responsiva desenvolvido por Ayres e Braithwaite (1992). Após a apresentação da ideia de pirâmide regulatória, as seções 1.4 a 1.12 deste capítulo expõem cada um dos nove princípios ou heurísticas oriundos da experiência que podem ser aplicados pelo regulador responsivo na sua tarefa de regular o comportamento humano. Por fim, a seção 1.13 deste capítulo explora a ideia do sequenciamento dos instrumentos e do sistema regulatório em rede.

### **1.3 A pirâmide da regulação responsiva na sua forma original**

---

<sup>9</sup> Diniz, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. 1974. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1974. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8456>. Acesso em: 22 de novembro de 2020.

Na sua obra inaugural da Teoria da Regulação Responsiva<sup>10</sup>, Ayres e Braithwaite (1992, p.35) apresentam a pirâmide regulatória. A figura abaixo mostra a primeira versão dessa representação:

---

<sup>10</sup> De acordo com Ayres e Baithwaite (1992), a regulação responsiva diferencia-se da regulação tradicional em razão de duas características: i) o que ativa uma resposta regulatória; e ii) qual será a resposta regulatória. A ideia da regulação responsiva é adotar múltiplas estratégias capazes de se adequarem a cada contexto.

Figura 1: Estratégias da Pirâmide da Regulação Responsiva



Fonte: (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p.35)

Segundo os autores, a maioria das ações dos reguladores acontece na base da pirâmide na qual ocorre o processo de persuasão para trazer os regulados para o cumprimento das suas obrigações contratuais. Caso essa medida seja insuficiente parte-se para a alternativa que se encontra um nível acima na pirâmide e que representa um maior grau de intervenção<sup>11</sup>. A lógica de aplicar sempre o nível de sanção ligeiramente acima do nível atual para obter a conformidade do regulado às normas do Estado Regulador deve nortear a atuação do regulador. No último nível, encontra-se a punição mais grave: revogação da licença do ente regulado, que deve ser aplicado somente se todas as outras alternativas falharem. (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p.35-36).

O foco dessa representação, segundo os autores, é a forma da pirâmide que deve ser ajustada para diferentes searas regulatórias, senão vejamos:

*This particular enforcement pyramid might be applicable to occupational health and safety, environment or nursing home regulation, but inapplicable to banking or affirmative action regulation. It is not the content of the enforcement pyramid on which we wish to focus during this discussion, but its form. Different kinds of sanctioning are appropriate to different regulatory arenas. (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p.36).*

<sup>11</sup> Essa abordagem está em sintonia com a função promocional do Direito, pois trata-se de medidas de encorajamento de determinados comportamentos desejáveis e sanções para comportamentos que devem ser desencorajados. Para maiores explicações acerca da função promocional do Direito ver BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.

Portanto, as ações regulatórias devem levar em consideração o ambiente nas quais são elaboradas, o mercado afetado e os diversos atores envolvidos. Dessa forma, a probabilidade de a regulação estatal atingir seus fins - como por exemplo: concretização dos direitos fundamentais, especialmente o direito à igualdade (ARANHA, 2015, p. 6-9) - aumenta consideravelmente. Em suma: por trás de toda política pública, seja ela distributiva, redistributiva ou regulatória,<sup>12</sup> está o objetivo de concretizar um direito, trazer maior eficiência, realizar direitos sociais, que dependem muito mais de condutas positivas do que negativas do Estado e são limitadas pelos recursos econômicos e a eficiência na sua gestão.

Nas seções 1.4 a 1.13 do presente capítulo apresenta-se uma sistematização que servirá como o referencial teórico deste estudo. (BRAITHWAITE, 2011, p. 476).

#### **1.4 Pense no contexto: não imponha uma teoria pré-concebida**

A Regulação Responsiva requer dos reguladores uma postura não dogmática em relação a qualquer teoria, inclusive a própria teoria da regulação responsiva, para se alcançar a melhor solução para determinados problemas que se apresentarem ao regulador. Assim, responsividade está ligada mais a flexibilidade do que a radicalismos. O trecho abaixo elucida esse ponto:

*Responsive regulation asks regulators not to be dogmatic about any theory, including responsive regulation itself. Be persistently attentive to and responsive contextual insight. Responsiveness is about flexibility in a much more radical sense than flexible choice among a range of sanctions arrayed in a pyramid. (BRAITHWAITE, 2011, p. 490).*

Além disso, não se trata de aceitar regras que se aplicam simetricamente a todos como se fosse um ponto de partida de toda a regulação responsiva. Senão vejamos:

*Hence, we did not see accepting a set of rules that applies symmetrically to all as the starting point of responsive regulation, followed by monitoring compliance with those rules as the first stage of a responsive process. By our lights, that involves too strong a theoretical commitment to the idea that regulation is defined by rules. (BRAITHWAITE, 2011, p. 491-492).*

Por fim, a responsividade ao contexto revela que teoria alguma<sup>13</sup> (incluindo a própria teoria da regulação responsiva) deve ser classificada como a correta e seguida fielmente). A

<sup>12</sup> LOWI, Theodore. Distribuição, regulação, redistribuição [1966]. São Paulo.

<sup>13</sup> No presente trabalho optou-se por não fazer uma análise comparativa das distintas teorias que podem ser utilizadas em determinada atuação estatal, mais relacionadas com a prática de crimes (como por exemplo: teoria da vergonha reintegrativa, teoria da justiça processual, etc). Para maiores detalhes ver J. Braithwaite (1979) *Inequality, Crime, and Public Policy*, London and Boston, Routledge & Kegan Paul.

abordagem proposta neste trabalho destaca que é preciso haver primeiro a intervenção baseada na persuasão e, caso fracasse, deve-se impor gradualmente sanções mais severas, até culminar na revogação da licença do ente regulado. O trecho abaixo elucida esse ponto:

*Responsiveness to context means not taking any theory too seriously, including the theory of the pyramid. The pyramid is a useful heuristic. It is a good discipline to be required to consider all lower levels of a pyramid before contemplating a rush to a high level such as nationalization or privatisation of a troubling organization. But the theory simply creates a presumption that less interventionist remedies at the base of pyramids are normally the best place to start. Normatively justified responsiveness to context does at times require us to go straight to the peak of a pyramid. (BRAITHWAITE, 2011, p. 492-493).*

O segundo princípio, ouvir atentamente, será estudado na seção 1.5. Vejamo-lo, portanto.

### **1.5 Ouça ativamente: estruture um diálogo que dê voz às partes interessadas, estabeleça resultados a serem alcançados e como monitorá-los**

Consoante Braithwaite (2011, p. 493), ouvir é a chave não apenas para causar mudança nos atores, mas também para compreender a indústria e o ambiente regulatório nos quais o regulador deve ser responsivo. *In verbis*:

*Listening is the key not only to eliciting change in actors, but also to understanding a regulated industry and the regulatory environment to which regulators must be responsive. (BRAITHWAITE, 2011, p. 493)*

Essa abordagem está em consonância com as atuais abordagens de justiça restaurativa<sup>14</sup>, que também faz usos de pirâmides de incentivos e sanções. Vejamos:

*Restorative and responsive regulatory theory also argues on the basis of growing empirical experience that non-punitive restorative justice at the base of a regulatory pyramid, backed by punitive escalation for non-cooperation with the restorative justice, is the best regulatory design for increasing detection of the most covert forms of law-breaking and thereby eliciting early warning of wider structural problems. (BRAITHWAITE, 2011, p. 494).*

Além disso, o regulador responsivo deve ser um bom ouvinte, preocupado com a busca da solução para o problema que se apresentar a ele, percorrendo a pirâmide de sanções até o topo, se for preciso, mas antes disso tentar resolver os problemas regulatórios que se apresentarem utilizando os instrumentos recomendados na base da pirâmide regulatória. *In verbis*:

---

<sup>14</sup> BRAITHWAITE, J. Restorative Justice And Responsive Regulation. New York: Oxford University, 2002.

*The demeanour of the responsive regulator is to be a listener, but one who listens while communicating resolve that they will persist with this problem until it is no longer a problem. The pyramid (Figures 1-3) communicates that resolve in a very explicit way. We are willing to listen and discuss endlessly, try countless different approaches, yet at the end of the day we will escalate to more and more interventionist strategies until the problem is fixed.(BRAITHWAITE, 2011, p. 494).*

Nesse sentido, o regulador deve ser colaborativo, explorar a ambivalência do regulado, aconselhar, de forma criteriosa, quando for demandado, ouvir atentamente os argumentos, lidar com a resistência via diálogo e evitar o enfrentamento, sem desrespeitar o marco normativo para o setor regulado. Vejamos os conselhos de (BRAITHWAITE, 2011, p. 496-497) em relação ao presente princípio:

- *Regulation should be collaborative, where the regulator assumes the regulatee has what it needs to achieve change, and the regulator draws on the regulatee's values, motivations, abilities, and resources to help the regulatee bring about the desired change.*
- *The regulator seeks to evoke and explore the ambivalence of the regulatee to change in order to help the regulatee resolve its ambivalence and move in the direction of positive change.*
- *The regulator should focus on the statements of the regulatee and emphasize the change talk in those statements to strengthen the regulatee's motivation to bring about change.*
- *The regulatee, rather than the regulator, should voice the arguments for change.*
- *The regulator's role is to elicit and strengthen change talk.*
- *The regulator is to roll with the resistance that emerges from the regulatee and to focus on change talk.*
- *Developing a plan for change is the role of the regulatee, who decides what is needed, and when and how to proceed. The regulator offers advice cautiously when asked by the regulatee.*
- *Commitment for change must come from the regulatee. The role of the regulator is to listen for whether the regulatee is ready to commit to the change plan based on the commitment language of the regulatee.*
- *To effect this change in approach, the regulator should listen with empathy, minimize resistance, and nurture hope and optimism.*

Nesse jogo da regulação os discursos mais dominantes são os de direito e economia. Conforme Braithwaite, (2011, p. 500), os advogados devem se afastar da obsessão de ver a

regulação apenas como conformidade com as regras e os economistas precisam aprender a ouvir narrativas de não conformidade que vão além da escolha racional<sup>15</sup>. *In verbis*:

*This is all pretty basic stuff for social psychologists. But in the regulation game the dominant discourses are those of law and economics. Denizens of these disciplines have infected each other with their dominant myopias. Just as the lawyers need to be weaned off the obsession with regulation being only about rule compliance, economists must learn to listen to narratives of non-compliance that evince motivations beyond self-interest and rational choice. If all responsiveness achieves is to break down the myopias of dominant regulation discourses, then at least it broadens our understanding in a useful way. (BRAITHWAITE, 2011, p. 500).*

Acerca da institucionalização da regulação responsiva no âmbito da ANTT vale a pena mencionar a portaria nº 34, de 12 de fevereiro de 2020<sup>16</sup>. Conforme Art.1º: *Os servidores das unidades organizacionais da ANTT, durante o exercício de suas atividades, **deverão observar as diretrizes de atuação responsiva estabelecidas nesta Portaria.*** Logo em seguida, a referida Portaria define diversos conceitos relevantes para a correta compreensão da regulação responsiva<sup>17</sup>. Por sua vez, o Art.3º afirma que as unidades organizacionais deverão implementar a atuação responsiva e o Att. 4º assevera que essas mesmas unidades têm a atribuição de identificar ações nas quais os princípios de regulação responsiva podem ser aplicados.

Por fim, outro artigo da portaria que merece destaque é o Art. 7º que afirma o seguinte:

<sup>15</sup> A ANTT instituiu um Grupo de Trabalho, do que o autor deste trabalho faz parte, constituído por meio da Portaria DG no 130, de 23 de abril de 2019, para o desenvolvimento de ações relacionadas à concepção e implementação de métodos de trabalho e mecanismos de **atuação responsiva**: (i) Fiscalização Responsiva; (ii) Fiscalização e Regulação por Evidências; (iii) Instrumentos de Regulação por Incentivos. Todas componentes do Projeto Atuação Responsiva – PAR. 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: 20/10/2020.

<sup>16</sup> 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: 20/10/2020.

<sup>17</sup> Art. 2º Para fins desta Portaria, considera-se:

- I - Atuação Responsiva: processo alicerçado no uso contínuo, individual ou em conjunto, de diferenciação por risco regulatório, de evidências e de incentivos a fim de proporcionar maior efetividade e eficiência no ciclo do processo regulatório da ANTT;
- II - Diferenciação por risco regulatório: abordagem utilizada sistematicamente por entidades reguladoras, calçada na gradação de sanções ou medidas regulatórias de forma proporcional às características do mercado e em resposta à conduta dos agentes regulados e usuários e à cultura da sociedade, de forma a maximizar a efetividade da atuação da ANTT.
- III - Evidências: afirmação apoiada tanto por dados quanto por informações que auxiliam na geração de uma conclusão;
- IV - Regulação baseada em evidências: processo planejado de regulação que usa evidências em todo o seu desenvolvimento, visando previsão, avaliação e melhoria dos resultados.
- V - Regulação por incentivos: processo planejado de regulação tendo por objetivo incentivar a conformidade para atingimento dos resultados regulatórios e fomentar o uso de instrumentos adequados para cada situação.

Art. 7º As diretrizes de Atuação Responsiva deverão ser implementadas em consonância com os ditames da Agenda Regulatória, do Processo de Participação Social, da Análise de Impacto Regulatório, da Política de Gestão de Risco e do Política de Redução do Fardo Regulatório.

Isso tudo mostra que houve um aprimoramento institucional, com criação de normas que possuem o objetivo essencial de sofisticar a regulação promovida pela ANTT e isso de forma duradoura, independentemente da equipe técnica que ocupe ou venha a ocupar os cargos da ANTT.

A próxima seção explora o terceiro princípio da regulação responsiva: o engajamento daqueles que resistem.

### **1.6 Engaje aqueles que resistem: mostre-lhes respeito ao construir sua resistência, encare como uma oportunidade de aprender a melhorar o desenho regulatório.**

A capacidade de lidar com aqueles que mostram resistência à regulação deve ser aprimorada constantemente. A maneira como o regulador age diante do regulado que resiste às mudanças deve ser vista como uma oportunidade de melhorar a qualidade do sistema regulatório. Isso acontece porque a resistência, em parte, é sinal de interesse na pauta. Vejamos como essa questão é endereçada na teoria exposta no presente capítulo:

*Valerie Braithwaite's research on motivational postures concludes that resistance is a good thing in a regulatory regime. It is what creates the best opportunities for improving it. The character with which democratic governance responds to resistance is vital to the quality and resilience of a democracy. As discussed in the last section, regulators can learn adaptation through the skill of rolling with resistance. Empirically, in both nursing home and tax compliance, the motivational posture that Valerie Braithwaite labels resistance was comparatively easy to flip into commitment to improvement. The tough nut is disengagement. Regulatees who opt out of the regulatory game are much harder to deal with than those who stay in the game to resist the regulator. As with the problem of underperforming employees in workplaces, a starting point is in being interested in what people are good at. That provides a point of entry to getting them engaged with projects of continuous improvement that regulator and regulatee can begin to see as shared projects. And that is why we seek first to pick strengths and expand them by moving up the pyramid of supports. (BRAITHWAITE, 2011, p. 500-501).*

Ademais, a Teoria da Regulação Responsiva reconhece que, embora haja esforço e aplicação dos princípios, na prática, geralmente a atuação poderá falhar. Porém, isso pode ser encarado como uma oportunidade para aprimorar a aplicação da teoria. Segundo (BRAITHWAITE, 2011, p.501):

*Responsive regulatory theory is also about the idea that all these empathic attempts at engagement will often fail. That failure is an opportunity too. It provides an opportunity to escalate to deterrence and incapacitation at the high reaches of*

*regulatory pyramids. One way of looking at that escalation is that it involves a kind of giving up on collaboration at a particular phase of a history of encounters. The tough, public punishment that occurs then underwrites the whole responsive pyramid. Other regulatees look on at the drama of the slippery slope down which unresponsiveness can lead. They are likely to draw a different lesson from the drama if part of its story is repeated efforts of the regulator to offer an alternative path to resistance or disengagement by the lawbreaker, to try a pyramid of supports first, to give the lawbreaker repeated chances at lower levels of the pyramid of sanctions, and to be procedurally fair in what was done at each rung.*

O quarto princípio da teoria recomenda que se elogie aqueles que demonstrarem comprometimento. É o que veremos na próxima seção deste trabalho.

### **1.7 Elogie aqueles que demonstram comprometimento: apoie suas inovações, o motive a melhorar continuamente e ajude os líderes a reduzir os atrasos por meio de novos patamares de excelência**

Embora a Teoria da Regulação Responsiva diga que não exista uma pirâmide regulatória padrão que possa ser utilizada em todos os contextos que o regulador deve atuar é difícil imaginar o porquê de o regulador deixar de incluir elogios informais de um ato do regulado, uma vez que isso é uma poderosa ferramenta de estímulo. Consoante (BRAITHWAITE, 2011, p.502):

*While responsive regulatory theory says there is no such thing as a standard pyramid that could apply to all the contexts any single regulator must cover, it is hard to imagine why any regulator would neglect to include informal praise among the range of tools they frequently use. No tool is cheaper to implement. The evidence of the effectiveness of informal praise in improving nursing home quality of care outcomes in the two years following an inspection was strong.*

Além disso, a Regulação Responsiva é aquela que espera, incentiva e, às vezes, exige melhoria contínua. Isso significa melhoria na descoberta de maneiras de baixo custo para alcançar resultados regulatórios e na obtenção de melhores resultados. Raramente é um bom caminho para a inovação o Estado dizer aos agentes regulados exatamente como alcançá-la. *In verbis:*

*Responsive regulation is regulation that expects, encourages, and sometimes requires continuous improvement. That means continuous improvement in discovering lower-cost ways to achieve regulatory outcomes and continuous improvement in achieving better outcomes. It is rarely a good path to innovation for states to set standards and tell industry exactly how to achieve them. (BRAITHWAITE, 2011, p.502).*

Nesse sentido, é preciso ajudar os líderes a atravessar os novos limites da excelência e todos os atores regulados são visto como líderes em potencial. Em qualquer organização todos

são capazes de ser líderes em algo. Dessa forma, no melhor desenho regulatório responsivo, as empresas reguladas seriam motivadas a tornarem-se líderes em algo, aumentando os padrões em todos os setores com esse resultado ao estimulá-las em direção ao novo patamar de excelência. (Braithwaite (2011, p. 503)).

O quinto princípio, que veremos na próxima seção, diz que é preciso sinalizar a preferência do regulador por resultados obtidos com educação e suporte a resultados auferidos simplesmente pela aplicação de sanções.

### **1.8 Sinalize que você prefere alcançar resultados com educação e suporte para construir habilidades**

Segundo a pirâmide de estímulos<sup>18</sup> é preciso identificar pontos fortes e expandi-los de maneira colaborativa. O regulador precisa deixar claro a sua preferência pelo uso da pirâmide de estímulos para resolver problemas, escalando-a até o topo para que o regulado identifique o caminho e equacione o assunto pendente de resolução. Porém, caso a iniciativa venha a falhar o regulador não pode hesitar em usar a pirâmide de sanções.

De acordo com Braithwaite (2011, p. 504), quando uma empresa for tão irresponsável ao ponto de o regulador a punir no topo da pirâmide de sanções por uma determinada conduta, não há contradição ao homenagear essa empresa segundo a pirâmide de estímulos, com vistas à resolução de um problema em outro domínio. *In verbis*:

*When an organization has been so irresponsible that a regulator is punishing it at the peak of its regulatory pyramid for a particular form of conduct, there is no inconsistency in lauding the same organization by moving it to the top of the pyramid of supports on some other issue. Indeed, the plaudits in one domain can build confidence that a firm can crack the problems that are landing it in hot water in another domain.*

Ademais, não se pode desejar que o público estigmatize uma organização inteira por atos realizados por uma parte dela. Uma forma eficaz de lidar com esse problema é ajudá-la a resolver o problema pontual, com uma punição para os responsáveis pelo problema.

Vejamos agora o sexto princípio da regulação responsiva: sinalização de uma série de sanções que poderão ser utilizadas em caso de condutas reprováveis do regulado.

---

<sup>18</sup> De acordo com a pirâmide de estímulos o regulador deve partir da educação e persuasão sobre uma habilidade desejável do regulado, passando por prêmios ou garantias para reforçar essas habilidades até chegar ao prêmio nobel, topo da pirâmide de estímulos. No presente trabalho, não fazemos uso desse tipo de pirâmide, pois o foco deste estudo é a aplicação da pirâmide de sanções, estudada no início deste capítulo.

### **1.9 Sinalize, mas não ameace, uma série de sanções às quais você poderá utilizar.**

Conforme mostrado na Figura 1, este é o princípio da pirâmide de sanções: o regulador responsivo quer que os atores regulados entendam que a pirâmide existe e sintam que, se eles rejeitarem as preocupações do regulador, inevitavelmente haverá uma escalada que será cada vez mais punitiva e se aprofundará mais na organização até que não haja outra escolha senão concluir que corrigir o problema é uma resposta menos dolorosa do que persistir com resistência ou desengajamento. Senão vejamos:

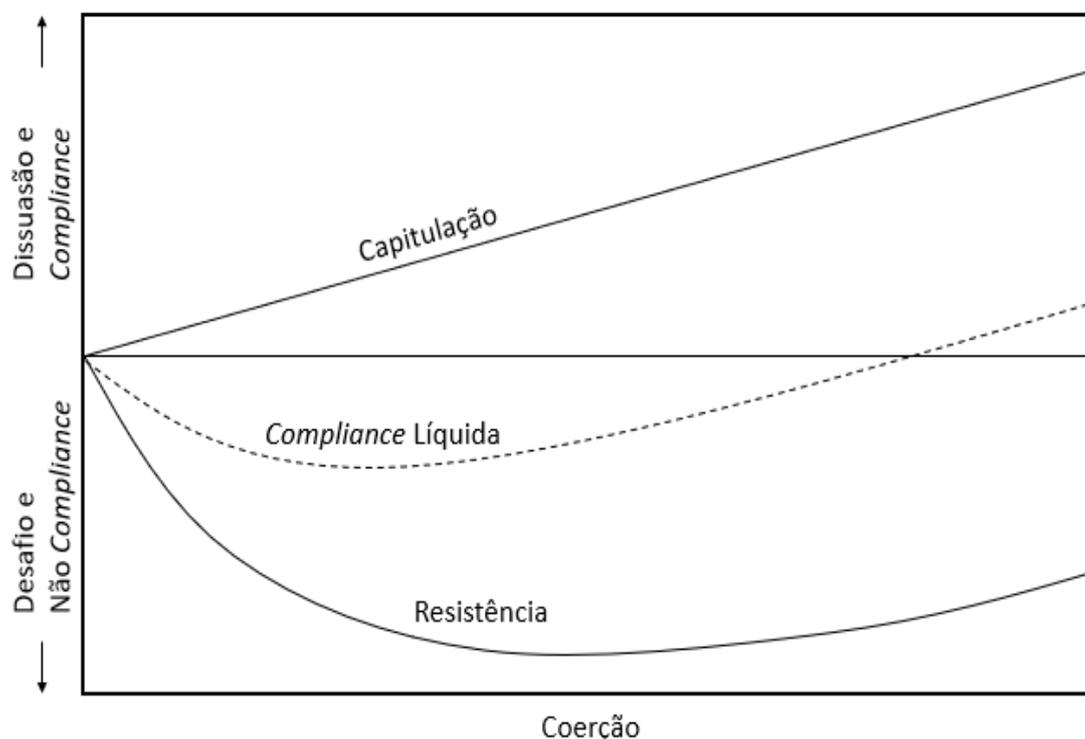
*The responsive regulator wants regulated actors to understand that the pyramid exists, to feel that if they dismiss concerns of the environmental regulator over environmental protection, there will inevitably be escalation that will get increasingly punitive and bite deeper into the organization until there is no choice but to conclude that fixing the problem is a less painful response than persisting with resistance or disengagement. The aim is to secure the attitude of let's avoid all that conflict by fixing it now at the base of the pyramid, but make our case about what would be more and less reasonable ways of fixing it. (BRAITHWAITE, 2011, p.502).*

O paradoxo da pirâmide é que, ao poder escalar realmente para respostas difíceis no pico da pirâmide, mais ações regulatórias podem ser direcionadas para a base deliberativa da pirâmide. A esse respeito, esclarece o autor:

*I have argued why escalating up the pyramid to deterrent sanctions can often make things worse, especially at the middle levels of a pyramid, before they get better. One reason is that punishment, according to responsive regulatory theory, simultaneously increases deterrence and defiance. (BRAITHWAITE, 2011, p.505).*

Em níveis baixos de punição, o desafio provavelmente excederá a dissuasão. A Figura 2 expressa isso como o efeito da resistência que exceda o efeito de capitulação em níveis mais baixos de coerção:

Figura 2: Uma teoria do efeito da coerção sobre o *compliance* como resultado líquido de um efeito de capitulação e um efeito desafiador de resistência.



Fonte: (Baseada na Figura 5 de BRAITHWAITE, 2011, p.506).

A linha pontilhada da Figura 2 é o efeito líquido do *Compliance* representado como uma soma da pontuação de resistência e da pontuação de capitulação. Somente quando a punição morde profundamente no pico da pirâmide, resultando em muitos desistirem da resistência, o efeito de dissuasão excede o efeito de desafio.

No entanto, uma das razões pelas quais a escalada apenas até os níveis mais baixos da pirâmide geralmente provoca *compliance* é que o primeiro passo na escada é um sinal de disposição do regulador de resgatar sua promessa de continuar subindo até que o problema seja resolvido. Em outras palavras, a primeira escalada da pirâmide se torna um alerta aos mais experientes, que começam a refletir sobre uma ladeira escorregadia à frente.

Os riscos do desafio excederem a dissuasão são uma das razões pelas quais o pico da pirâmide sempre deve ser ameaçador em segundo plano, mas não diretamente em primeiro plano. Fazer ameaças aumenta o desafio, girando a curva de desafio na Figura 2 mais acentuadamente para baixo.

Como, então, alguém pode estar ameaçando em segundo plano sem fazer ameaças? Uma maneira é ser transparente: a pirâmide é sua nova política antes de escalar pela primeira

vez. Os reguladores responsivos<sup>19</sup> querem que a indústria seja aberta com eles e querem também convencer a indústria de que a abertura com eles compensa. Os reguladores devem ser a mudança que eles querem ver comunicando-se aberta com o setor. Mais que isso, eles devem fazer o melhor para incluir a indústria em seus processos de desenho de pirâmides. (BRAITHWAITE, 2011, p.507).

A seguir, apresenta-se o sétimo princípio da regulação responsiva: criação de uma governança piramidal em rede.

### **1.10 Crie uma governança piramidal em rede engajando redes mais amplas de parceiros conforme você suba na pirâmide**

O princípio da parceria em rede piramidal reflete a seguinte realidade: os reguladores não são os únicos preocupados em proteger tanto consumidores quanto concessionárias e também em combater a corrupção. Por mais que a Regulação Responsiva seja projetada para tornar a lei reguladora (ou contrato de concessão) eficaz e praticável ainda há o problema dos altos custos de transação conforme o Estado, principalmente os mais pobres, subam na pirâmide. *In verbis*:

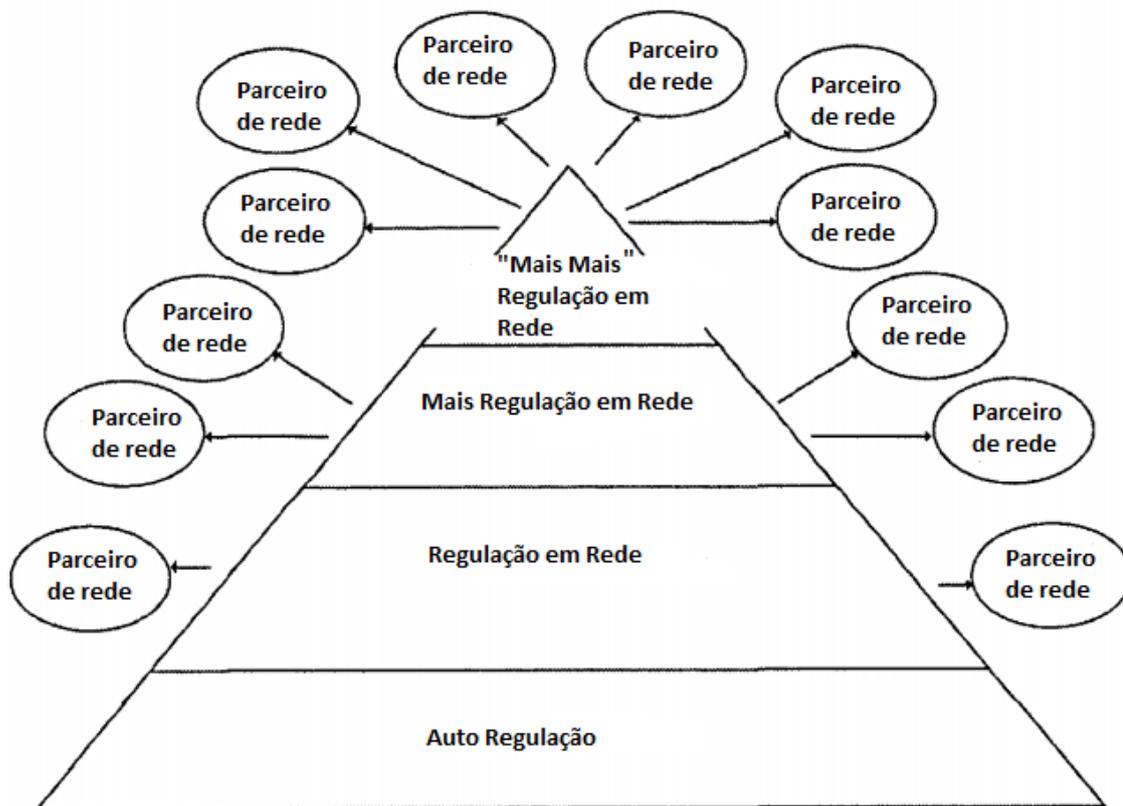
*The partnership principle of pyramidal escalation reflects the reality that regulators do not stand alone in their concerns that consumers be protected, environments preserved, corruption prevented. While responsive regulation is designed to make effective state regulatory law practicably enforceable by allowing most regulation to be transacted cheaply at the base of the pyramid, nevertheless many states, especially poor ones, lack the resources to escalate to more expensive measures. (BRAITHWAITE, 2011, p.507).*

É nesse ponto que à pirâmide de rede escalada inspirada por Peter Drahos, mostrada na Figura 2 abaixo, se destaca.

---

<sup>19</sup> Art. 1º da PORTARIA Nº 34, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2020.

Figura 3: Pirâmide da escalada em rede



Fonte: (Baseada na Figura 6 de BRAITHWAITE, 2011, p.506)

Em vez de um regulador estatal fraco escalar a pirâmide sozinho, ele pode escalar em rede com mais parceiros de rede para pressionar a empresa regulada. Na verdade, mesmo os reguladores com bons recursos descobrem que, em questões específicas, há parceiros de rede melhores posicionados do que eles para chamar um regulado a prestar contas.

Portanto, os reguladores talentosos na arte da regulação responsiva devem recorrer assiduamente à escalada em rede. Em vez de escalar para sanções cada vez mais intervencionistas, o regulador registra um número crescente de parceiros de rede mais potentes para aumentar a pressão sobre a empresa regulada.

O oitavo princípio da regulação responsiva - extrair responsabilidade ativa e recorrer a responsabilidade passiva quando a responsabilidade ativa falhar - é apresentado na seção seguinte.

### **1.11 Extraia responsabilidade ativa e recorra à responsabilidade passiva quando a responsabilidade ativa falhar**

De acordo com Braithwaite (2011, p.510), a responsabilidade passiva significa responsabilizar os atores pelos erros que cometeram no passado enquanto que a responsabilidade ativa significa desafiar os atores a assumirem a responsabilidade de tornarem as coisas certas no futuro. A abordagem da regulação responsiva recomenda que se recorra à responsabilidade passiva somente quando a responsabilidade ativa não puder ser utilizada. Nenhum princípio de regulação responsiva tem implicações mais radicais para o desenho do sistema legal. Tal princípio, ainda segundo o citado autor, é muito utilizado na teoria da justiça restaurativa.

Sobre a prática da justiça restaurativa vale a pena citar a seguinte passagem da obra do autor ora em análise:

*A major strength of the restorative justice tradition in the aftermath of lawbreaking is that it teaches us to practice emotionally intelligent justice, to heal the hurts of conflict and injustice, to forgive the failings of others, to apologize for one's own, to put victims of injustice at the centre of justice processes, to listen to them, and to take justice rituals seriously when they are rituals that can signal an end to victimization. Among the things that can be accomplished by restorative justice rituals with these qualities are the engagement of the disengaged and the consolidation of commitment to the norms that underpin a particular form of regulation. BRAITHWAITE (2011, p.512)*

Em suma, é preciso exercitar a justiça restaurativa para garantir o envolvimento e o compromisso de todos aqueles que buscam se adequar a um sistema regulatório específico.

Na próxima seção, será apresentado o nono e último princípio da teoria da regulação responsiva: aprendizagem e divulgação das lições aprendidas.

### **1.12 Aprenda, avalie quão bem e a que custo os resultados foram alcançados, comunique as lições aprendidas**

A prática regulatória tem uma tendência a aceitar com muita facilidade que os marcos regulatórios já possuem respostas corretas para os problemas enfrentados pelo regulador. Desse modo, as normas são tomadas como adequadas e pressupostos de racionalidade sobre o modo como os atores respondem às normas apontam que a resistência muitas vezes se sobrepõe a prevenção. Senão vejamos:

*Regulatory practice tends to accept far too readily presumptions that extant regulatory frameworks already have the right answers. The law is often taken as*

*self-evidently right; rational choice presumptions about how actors respond to deterrence are ingrained in the face of the evidence we have that defiance often exceeds deterrence effects. BRAITHWAITE (2011, p.512)*

Embora seja trivial dizer que os reguladores devem ser profissionais com capacidade de aprendizagem os discursos dominantes tanto jurídicos quanto econômicos acabam gerando uma propensão a anti-aprendizagem. Porém, aprender o que acontece após uma intervenção regulatória específica é um desafio mais fácil do que entender se algum aspecto da regulação responsiva funciona.

Dessa forma, é improvável que a eficácia da regulamentação melhore sem o aprendizado, e uma abordagem mais sistemática para incorporar as lições aprendidas com a experiência pode ser um dos investimentos mais econômicos que os reguladores podem fazer para melhorar a regulação.

Por fim, após uma intervenção no mercado o regulador precisa monitorar para verificar se os efeitos pretendidos foram alcançados e divulgar as lições aprendidas tanto no âmbito da agência reguladora que fez a intervenção quanto para os demais atores interessados.

### **1.13 Sequenciamento dos instrumentos e do sistema regulatório em rede**

O sequenciamento dos Instrumentos Regulatórios (ou *big gun*) nada mais é do que a sinalização crível de que a medida que o comportamento do regulado escale a pirâmide, mais severa será a sua punição.

Gunningham e Sinclair (1999) afirmam que esse modelo é adotado para evidenciar ao regulado quais medidas regulatórias punitivas serão adotadas de forma sequencial e escalonada, caso ele não haja de modo cooperativo. O sequenciamento, na visão desses autores, evita o uso não planejado e ineficiente de diversos instrumentos regulatórios de forma concomitante. Para tanto, defendem a redução da discricionariedade do regulador na escolha das medidas a serem adotadas (aqui é importante refletir sobre a busca do ponto ótimo nessa redução, sendo preferível que a redução se dê preponderantemente sobre as ações concernentes aos últimos níveis da pirâmide).

O sequenciamento de instrumentos precisa ser observado para garantir o *enforcement* regulatório, de modo que os regulados acreditem que uma medida mais drástica e intervencionista do regulador será fatalmente adotada como resposta ao comportamento desconforme, para que concluam que a cooperação é o melhor caminho. Ou seja, certos

instrumentos seriam mantidos em reserva, apenas para serem aplicados quando outros instrumentos falharem comprovadamente.

Ademais, resta o sistema regulatório em rede que nada mais é que a constatação segundo a qual a dissuasão é mais cara que a persuasão. A utilização de estratégias majoritariamente punitivas enseja o desperdício de recursos que poderiam ser mais bem aplicados em estratégias de educação e persuasão.

Assim sendo, Braithwaite (2006 apud VIEIRA, 2018) afirma que é desejável a constituição de um sistema regulatório em rede, no qual sejam inseridos diversos parceiros, movidos pelo interesse comum de fazer cumprir a regulação. 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.

No capítulo 2, a seguir, será abordado o processo de concessão da rodovia BR-153-080-414/GO/TO, com uma breve introdução, o histórico, a evolução dos instrumentos jurídicos, as diretrizes para a concessão à luz da teoria da regulação responsiva bem como todos os pormenores envolvendo o referido processo de concessão.

## **CAPÍTULO 2: O PROCESSO DE CONCESSÃO DA RODOVIA BR-153-080-414/GO/TO**

### **2.1 Introdução**

O objetivo do presente capítulo é analisar, com base nos princípios da Teoria da Regulação Responsiva (TRR) expostos no capítulo 1 deste trabalho, as principais inovações regulatórias implementadas no processo de concessão da BR BR-153-080-414/GO/TO.

De maneira geral, o que norteia a presente monografia é a tentativa de encontrar um modelo ancorado na TRR e nos incentivos a ela inerentes, em vez de comando e controle, que têm produzidos resultados positivos no setor de telecomunicações<sup>20</sup>, energético<sup>21</sup> e também vem sendo desenvolvido no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria ANTT nº 130/2019.

O presente estudo revisa as diretrizes das políticas públicas setoriais<sup>22</sup> decorrentes do baixo desempenho dos contratos de concessão da chamada 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais e a premente necessidade de revisar os incentivos que o Estado tem oferecido para a seleção das empresas interessadas no mercado, bem como diminuir o fardo regulatório para a ANTT e aproveitar boas práticas aprendidas com o setor energético e de telecomunicações.

Os princípios da Teoria da Regulação Responsiva devem estar refletidos nos contratos de concessão, em especial nas cláusulas de reajuste e reequilíbrio, de modo a gerarem os incentivos corretos para a execução do contrato por parte das concessionárias, bem como associar métodos mais eficientes de fiscalização por parte da ANTT.

Nesse sentido, o objetivo imediato deste estudo é a identificação dos princípios da Teoria da Regulação Responsiva presentes no processo de concessão da BR-153/080/414/GO/TO, trecho de Anápolis/GO a Aliança do Tocantins/TO.

---

<sup>20</sup> MELLO DA SILVA, J. M. A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 3, n. 1, p. 255-280, maio de 2017.

<sup>21</sup> FERNANDES, CAMILA DE ANDRADE GONÇALVES. A Reforma do Modelo de Fiscalização do Setor Elétrico Brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Gestão Pública) - Escola Nacional de Administração Pública, Brasília-DF, 2018.

<sup>22</sup> Diretrizes advindas tanto de escolhas de conveniência e oportunidade como juridicamente institucionalizadas.

## 2.2 Histórico

O Programa de Concessões Rodoviárias Federais (PROCROFE) foi instituído em 1993, no intuito de proporcionar a restauração, manutenção, operação e exploração, por parte da iniciativa privada e mediante cobrança de pedágio dos usuários, de trechos de rodovias federais considerados viáveis para tanto. Até o momento, foram celebrados 21 contratos de concessão no âmbito do programa. A Tabela 1, abaixo, mostra a linha do tempo do PROCROFE:

Ano	Evento
1993	Início do Programa de Concessões de Rodovias Federais, criado pela Portaria Ministerial nº 10/93.
1994	1ª Etapa de Concessões se inicia, sendo concedida a Ponte Rio-Niterói à exploração pela iniciativa privada.
1995	São concedidos à iniciativa privada mais quatro trechos de rodovias federais.
1996	A promulgação da Lei nº 9.277, de maio de 1996 (denominada Lei das Delegações), criou a possibilidade de Estados, Municípios e o Distrito Federal solicitarem a delegação de trechos de rodovias federais para incluí-los em seus Programas de Concessão de Rodovias.
1998	Em consonância com a Lei das Delegações, ocorre a concessão do lote rodoviário BR-116/392/RS pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Em 2000 a concessão seria sub-rogada à União.
2000	Face às dificuldades para implementação dos programas estaduais, através da Resolução n.º 8, de 5 de abril de 2000, o Conselho Nacional de Desestatização - CND recomendou a revisão do Programa de Delegação de Rodovias Federais, de que trata a Lei n.º 9.277/96, e autorizou o Ministério dos Transportes a adotar medidas necessárias à unificação da política de concessões rodoviárias.
2001	Criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, pela Lei nº 10.233, que atribuiu à Agência, entre outras atividades, a exploração da infraestrutura rodoviária federal.
2005	ANTT assume a condução dos estudos necessários para a licitação de concessões de rodovias federais, até então realizados pelo Ministério dos Transportes.
2007	Realizados os leilões de 7 lotes de rodovias federais, integrantes da 2ª Etapa de concessões.
2009	Concessão do trecho BR-116/324/BA e BA-526/528, o primeiro na Região Nordeste (concessionária Via Bahia).

2013	Inaugurada a 3ª Etapa de Concessões, dentro do Programa de Investimento em Logística (PIL), com a concessão de 2 trechos rodoviários.
2014	Em 2014 são assinados os contratos de 5 novas concessões, em rodovias que passam por 6 estados brasileiros, expandindo o número de outorgas efetivadas no escopo da 3ª Etapa.
2015	Após o término do contrato assinado, em 1994, pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, a ANTT promove novo leilão de concessão da Ponte Rio-Niterói, pelo prazo de 30 anos.
2016	O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) foi criado pela Lei nº 13.334, de 2016 com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização. A estrutura criada para o Programa, em conjunto com a ANTT e a Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), tem a missão de executar as atividades previstas.
2017	Publicada a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabeleceu diretrizes para a prorrogação e a relicitação de contratos de parceria especificamente qualificados para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI).
2018	Em 2018 foi inaugurada a 4ª Etapa de concessões rodoviárias, com o leilão da concessão da Rodovia de Integração do Sul (trechos das rodovias BR-101/290/386/448/RS), que incluiu importantes avanços no modelo regulatório. Diversas lacunas foram preenchidas, oferecendo novos instrumentos para que os contratos sejam mais rigorosos mas, ao mesmo tempo, suficientemente dinâmicos para atender às mudanças que ocorrem ao longo dos 30 anos de concessão.
2019	Em 2019 foram assinados contratos com as concessionárias ViaSul (rodovias BR-101/290/386/448/RS) e Ecovias do Cerrado (BR-364/365/GO/MG).

Fonte: ANTT ([http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes\\_Rodoviaras/Historico.html](http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Historico.html))

### 2.3 Evolução dos instrumentos jurídicos - breve histórico

A **Constituição Federal de 1988** autorizou claramente a cobrança de pedágio:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público;

Além disso, ainda consagrou o novo modelo do Estado brasileiro:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado

A regulamentação do art. 175 da Constituição Federal foi feita por intermédio da Lei nº 8.987/1995, chamada de Lei das Concessões, que estabelece as normas gerais sobre a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, *in verbis*:

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

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

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

(...)

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

(...)

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

- I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

- V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
  - VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
  - VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.
- (...)

Não se pode deixar de citar a Lei nº 8.666/1993, chamada Lei das Licitações, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, *in verbis*:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei nº 8.666/1993).

Essa lei é utilizada, por exemplo, para alguns aspectos do certame licitatório e de garantias (proposta e contratual) e é subsidiária à Lei nº 8.987/1995.

A Lei nº 8.987/1995 ainda foi complementada pela Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências:

- (...)
- Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:
- (...)

IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública;

Ademais, é importante citar também a Lei nº 9.277/1996, chamada de Lei das Delegações, que autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. Foi a base legal para a implementação da descentralização da administração das rodovias federais para o nível, principalmente, dos Estados, visando à execução do modelo federal em determinados trechos de rodovias de peculiar interesse regional.

A Lei nº 9.491/1997, que estabeleceu novas regras para o Programa Nacional de Desestatização (PND), atribuindo ao Conselho Nacional de Desestatização (CND) competência para aprovar a modalidade operacional do procedimento licitatório e do contrato de concessão rodoviária:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

O Decreto nº 2.444/1997, que dispõe sobre a inclusão, no PND, das rodovias federais que menciona, e dá outras providências.

A Lei nº 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o DNIT, e dá outras providências:

- Na regulação do transporte terrestre, cabe à ANTT a responsabilidade pelo controle e a fiscalização dos contratos relativos ao transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros bem como à exploração da infraestrutura rodoviária e ferroviária
- Sucedeu ao DNER que, no período de 1995 a 2001, exerceu o papel regulatório das concessões rodoviárias que projetou, licitou, contratou e fiscalizou

A Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da administração pública, criando uma nova estrutura contratual de configuração mista – capital público e privado – para o funcionamento de projetos voltados à implementação de novas concessões no âmbito da infraestrutura viária do país. É importante ressaltar que não teve, até hoje, PPP na área de concessão de rodovia federal.

A Lei nº 12.743/2012, que cria a Empresa de Planejamento e Logística S. A. (EPL)

- Criada inicialmente pela Lei nº 12.404/2011 como a Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S. A. (ETAV).

São objetivos da EPL: Planejar e promover o desenvolvimento do serviço de transporte ferroviário de alta velocidade de forma integrada com as demais modalidades de transporte, por meio de estudos, pesquisas, construção da infraestrutura, operação e

exploração do serviço, administração e gestão de patrimônio, desenvolvimento tecnológico e atividades destinadas à absorção e transferência de tecnologias; e prestar serviços na área de projetos, estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento da logística e dos transportes no País, consideradas as infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário. Vinculada inicialmente ao MT, PPI e agora MINFRA.

O Decreto nº 8.428/2015, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Utilizado pelo Governo Federal nos modos rodoviário e aeroportuário

A Lei nº 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências.

Foi Criado com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização.

Duas estruturas criadas na Administração Federal: o Conselho do PPI e a Secretaria do PPI. São objetivos do PPI:

- Ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;
- Garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas aos usuários;
- Promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
- Assegurar a estabilidade e a segurança jurídica dos contratos, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;
- Fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Uma vez que os empreendimentos forem qualificados no PPI, eles serão tratados como prioridade nacional; os órgãos e entidades envolvidos devem atuar para que os processos e atos necessários à estruturação, liberação e execução do projeto ocorram de forma eficiente e econômica. O CPPI passou a exercer as funções do órgão gestor de PPPs, do CONIT e do CND.

O Decreto nº 10.368/2020, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Infraestrutura e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança

- Estrutura regimental do Ministério da Infraestrutura (Anexo I do Decreto)
- Responsável pela política nacional de transporte e de trânsito
- Quatro modos de transportes: ferroviário, rodoviário, aquaviário, aeroportuário e aeroviário
- Formulação e avaliação da política nacional de transportes : Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias (SFPP)
- Proposta, implementação e monitoramento da política nacional de transportes (...) no que diz respeito aos setores rodoviário e ferroviário, e da política nacional de trânsito: Secretaria Nacional de Transportes Terrestres (SNTT)
- Entidades vinculadas: DNIT, Agências Reguladoras (ANTT, ANTAQ e ANAC), VALEC, INFRAERO, Companhias das Docas (8).

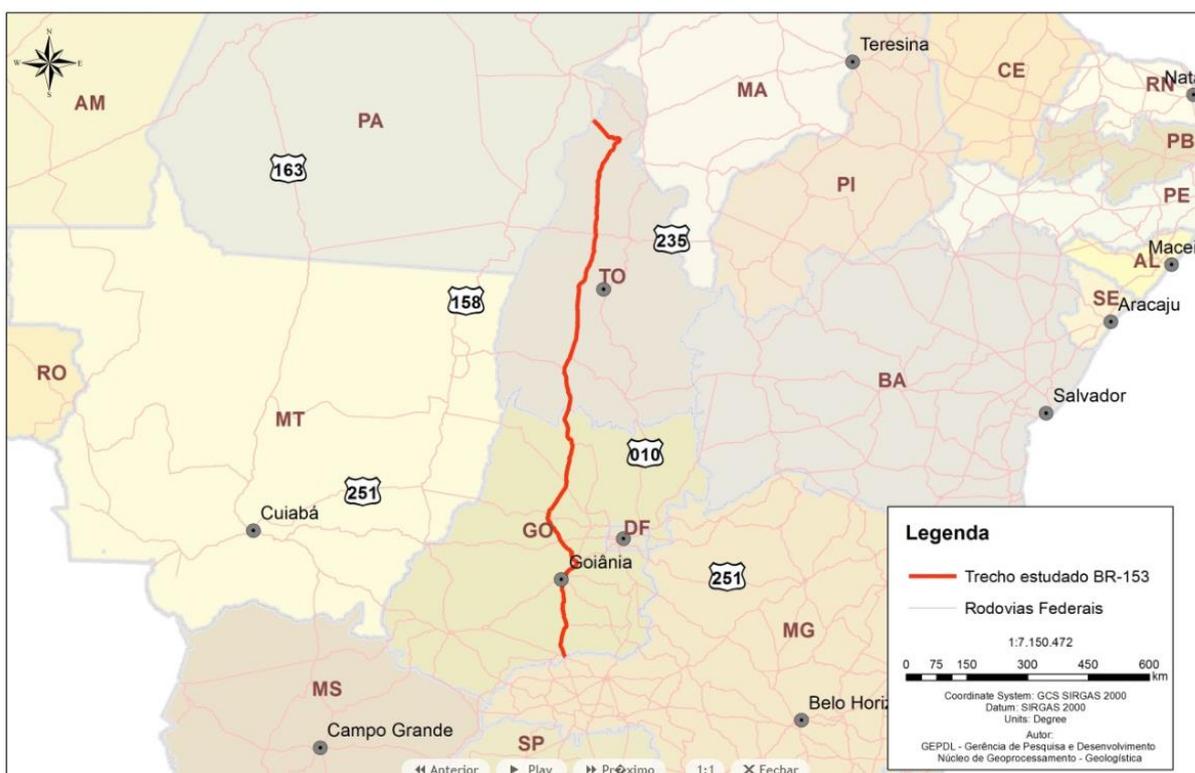
E demais instrumentos normativos no âmbito do MINFRA

- Portaria MTPA nº 961/2017, a qual conceitua a política de outorgas e estabelece procedimentos relativos à estruturação de projetos de parceria, no que se refere à exploração da infraestrutura de transporte rodoviário.
- Portaria MINFRA nº 593/2019, a qual dispõe sobre o ressarcimento pela elaboração e pela análise de estudos técnicos para a estruturação de projetos de parceria para exploração da infraestrutura de transporte rodoviário (...)
- Portaria MINFRA nº 123/2020, que institui o Planejamento Integrado de Transportes, que contempla os subsistemas federais rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroviário, e as ligações viárias e logísticas entre esses subsistemas e desses com os sistemas de viação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

## 2.4 Diretrizes para a concessão da BR-153-080-414/GO/TO - regulação por incentivos à luz da teoria da regulação responsiva

A BR-153 é considerada umas das principais vias de integração nacional, fazendo a ligação do Meio-Norte do Brasil, Tocantins, Maranhão, Pará e Amapá, ao Centro-Sul. O trecho a ser concedido (BR-153/080/414/GO/TO, trecho de Anápolis/GO a Aliança do Tocantins/TO) constitui um dos projetos em andamento no âmbito do Ministério da Infraestrutura, atualmente em fase de consulta pública<sup>23</sup>. A Figura 3 abaixo mostra o trecho a ser concedido:

Figura 3: RODOVIA – BR-153/080/414/GO/TO - Aliança do Tocantins a Anápolis.



Fonte: GEPDL – Gerência de Pesquisa e Desenvolvimento. Núcleo de Geoprocessamento – Geolística.

Tendo em vista o histórico das concessões passadas descrito anteriormente, as lições aprendidas ao longo do processo, o amadurecimento das instituições nele envolvidas, e as análises realizadas pelo *International Finance Corporation (IFC)*, ligado ao Banco Mundial; levando-se em conta especialmente o Acórdão do TCU nº 1.096/2019, de 15 de maio de 2019, que aprovou o primeiro estágio do acompanhamento do processo de outorga de concessão do

<sup>23</sup> Conforme informação constante do sítio Programa de Parceria de Investimentos - <https://www.ppi.gov.br/rodovia-br-153-go-to-alianca-do-tocantins-a-anapolis>.

lote rodoviário que abrange os segmentos das rodovias BR-364/365/GO/MG, a ANTT propõe diretrizes, baseadas na Teoria da Regulação Responsiva, para a concessão da BR-153/080/414/GO/TO.

O aprendizado ao longo do processo mostra que o contexto foi considerado e que não houve a imposição de uma teoria pré-concebida. Além disso, foi criada uma governança em rede com diversos atores, como evidencia o parágrafo anterior, engajando redes mais amplas de parceiros.<sup>24</sup>

Em síntese, os avanços regulatórios propostos no novo modelo são os seguintes: 1) critério de julgamento do leilão e pagamento de outorga variável; 2) modelagem tarifária com tarifa diferenciada; 3) adoção de mecanismo de proteção do risco de variação cambial; 4) possibilidade de celebração de acordo tripartite; 5) indicação de priorização dos pagamentos em caso de extinção antecipada da concessão; e 6) previsão de inclusão de pontos de parada para os caminhoneiros.

## **2.5 Critério de julgamento do leilão e pagamento de outorga variável**

A Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, prevê em seu Art. 15, os seguintes critérios de julgamento:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas

---

<sup>24</sup> Aplicação da primeira heurística (pense no contexto: não imponha uma teoria pré-concebida) e também da sétima heurística (crie uma governança piramidal em rede engajando redes mais amplas de parceiros conforme você suba na pirâmide).

precisas para avaliação econômico-financeira. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Dentre as possibilidades legais de critério de julgamento, o governo federal tem optado historicamente pela adoção do menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado para concessões rodoviárias. Senão vejamos.

### 2.5.1 Evolução da aplicação dos critérios de leilão no âmbito do governo federal

Na 1ª Etapa de Concessões do setor rodoviário, o processo licitatório foi dividido em três fases, não tendo ocorrido leilão, nem tampouco definição de tarifa-teto ou deságio aplicável sobre ela, conforme demonstrado a seguir:

- Primeira fase: destinada a pré-qualificar os concorrentes que poderiam participar da etapa seguinte da licitação;
- Segunda fase: destinada a habilitar tecnicamente os concorrentes, mediante a avaliação de seus recursos materiais e humanos, bem como avaliar a metodologia de execução das obras e dos serviços vinculados à concessão; e
- Terceira fase: destinada a examinar as propostas comerciais dos concorrentes e selecionar a proposta mais vantajosa para o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (sucedido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes).

Nas 2ª e 3ª Etapas de concessões federais do setor rodoviário, assim como no modelo adotado para a Rodovia de Integração do Sul, optou-se como critério para seleção a proposta de menor tarifa básica de pedágio (valor de face ou tarifa quilométrica), sem o pagamento pela outorga da concessão. Essa escolha teve com resultado os seguintes deságios vencedores em relação à tarifa-teto definida pelos estudos de viabilidade técnico-econômica e ambiental (EVTEAs):

- 2ª Etapa de Concessões: entre 21,0 e 65,4 % para os 8 lotes (média de 43,2 %);
- 3ª Etapa de Concessões: entre 36,7 e 61,1 % para os 8 lotes (média de 48,6 %);
- Rodovia de Integração do Sul: deságio de 40,5 %.

Afora a discussão dos incentivos para a prática dos percentuais acima expressos, pode-se afirmar que a modelagem das 2ª e 3ª Etapas de Concessões, na grande maioria dos casos,

levou as empresas concessionárias responsáveis pelos diversos trechos rodoviários a enfrentar sérias dificuldades financeiras, com reflexo direto sobre as obrigações contratuais assumidas e consequente insuficiência de qualidade na prestação dos serviços concedidos. A situação atual sugere que, dentre outros fatores, tais deságios contribuíram para a deterioração do fluxo de caixa dos referidos empreendimentos.

No caso da concessão da Rodovia de Integração do Sul, com o intuito de obter um deságio mais condizente com a expectativa de fluxo de caixa do projeto e garantir ao certame a participação de *players* qualificados e capazes de cumprir as obrigações contratuais, introduziu-se um novo conceito desenvolvido pela Empresa de Planejamento e Logística S.A (EPL), intitulado de aporte de capital social.

Tal mecanismo tinha por objetivo mitigar o efeito deletério que os deságios agressivos poderiam acarretar sobre a sustentabilidade financeira do projeto, sobretudo na visão dos agentes financiadores. Em síntese, o mecanismo buscava desestimular o excesso desarrazoado de deságio ofertado pelos proponentes vinculando-o à obrigação de aportar capital social adicional à medida que tal oferta excedesse patamares previamente estabelecidos no Edital. Todavia, como demonstrado durante o certame licitatório, o referido mecanismo não impediu um deságio elevado.

Por sua vez, o estado de São Paulo, após a experiência em que se adotou o critério de julgamento da menor tarifa, voltou a adotar em seu programa de concessões de rodovias, a maior oferta de pagamento pela outorga da concessão como critério de melhor proposta. Ademais, juntamente com esse critério, introduziu-se a cobrança de outorga variável, a ser tratada adiante.

Trazendo para discussão a experiência de outros setores de infraestrutura, as concessões de ferrovias adotaram, recentemente no caso da concessão da Ferrovia Norte-Sul, como critério de leilão, o maior valor de pagamento pela outorga em parcelas que serão pagas ao longo da concessão.

O mesmo modelo já foi adotado no setor aéreo que, entretanto, enfrenta problemas em relação à quitação das parcelas fixas ao longo do contrato. Por esse motivo, as novas rodadas de concessão do setor aéreo evoluíram para um pagamento fixo inicial pela outorga como critério de julgamento de leilão e o pagamento de uma outorga variável distribuída ao longo do contrato, como mencionado, adotando o modelo utilizado nas concessões de rodovias do estado de São Paulo.

Já no setor de portos, o critério de julgamento do leilão é o de pagamento do maior valor de outorga à União pela cessão onerosa da área de arrendamento<sup>25</sup>. Esse critério histórico é mantido e tem trazido bons resultados nos leilões, não sendo possível avaliar ainda seus efeitos sobre a concessão no longo prazo.

No setor elétrico<sup>26</sup>, a seu turno, o critério usado para a definição de melhor proposta na área de geração é o deságio sobre o preço-teto, tanto para fontes já existentes quanto para as novas, na qual se exige a construção da usina de geração. Para os leilões de transmissão, entretanto, o critério de julgamento é o menor valor de receita anual permitida.

Diante de todas essas experiências levantadas, e tendo ainda como fonte a literatura<sup>27</sup> sobre leilões, entende-se que o modelo a ser proposto para as novas concessões deverá considerar o critério de menor tarifa básica de pedágio, limitada a um deságio máximo definido em Edital combinado com o maior valor de pagamento pela outorga da Concessão, conforme autorizado pelo art. 15, II, da Lei nº 8.987/95.

Como já registrado acima, a fim de não comprometer a higidez financeira do projeto, é necessária a adoção de mecanismos para mitigar tal risco<sup>28</sup>, para tanto, o modelo engendrado considera um limite para o deságio tarifário, com a possibilidade, inclusive, de lances orais dentro desse limite, após o qual a disputa poderia avançar à fase de outorga, a qual também comportaria, preenchidos os requisitos editalícios, disputa em viva-voz.

A combinação das duas variáveis acima tem como objetivo atrair concorrentes mais qualificados, com fôlego financeiro para honrar os compromissos contratualmente assumidos, de acordo com os investimentos previstos no Programa de Exploração da Rodovia. Ao mesmo tempo, ao se permitir um deságio limitado sobre a tarifa cobrada, leva à desoneração do usuário, dentro do limite que garanta a sustentabilidade financeira da Concessão.

---

<sup>25</sup> Conforme Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.

<sup>26</sup> Katia Rocha, Ajax Moreira e Rodrigo Limp. Determinantes dos altos deságios nos leilões de transmissão de energia elétrica no Brasil entre 1999-2010. Rev. Bras. Econ. vol.67 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2013.

<sup>27</sup> KRISHNA, Vijay. Auction Theory. 2nd ed. San Diego: Academic Press, 2010.

<sup>28</sup> Note-se que estamos tratando aqui de hipóteses excepcionais, já que, em geral, prejuízos ordinários que o concessionário cause a essas figuras serão compensados por meio da aplicação dos fatores de correção, a exemplo do descumprimento dos níveis de serviço estabelecidos no contrato, para o qual se prevê a aplicação dos fatores de desempenho.

Importa asseverar que o objetivo é garantir que não ocorra seleção adversa<sup>29</sup> de *players* previamente interessados em celebrar o contrato e buscar mecanismos e justificativas para reiterados pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Experiências passadas demonstraram que a adoção do critério de menor tarifa, isoladamente e sem qualquer limitação, apesar de ter acarretado competições acirradas nos certames, também potencializou uma espécie de seleção adversa. Com raras exceções, a estratégia das concessionárias consistia em obter os ativos licitados amparadas em propostas inexecutáveis, na esperança de que a avença original fosse repactuada.

Dessa forma, o novo modelo proposto busca afastar o incentivo perverso<sup>30</sup> retratado acima e explorar o desconto razoável na tarifa de pedágio em benefício do usuário, dentro de uma margem segura que não prejudique a viabilidade econômico-financeira do projeto no longo prazo, salvaguardando o fluxo de caixa de eventuais oscilações da economia e no setor.

Relevante frisar que o limite definido do deságio tarifário deve estar lastreado em premissas conservadoras hauridas dos estudos; por essa razão, acredita-se que o mercado vislumbrará a possibilidade de avançar além desta etapa, passando a disputa do ativo para a fase de pagamento de maior outorga.

Passemos, assim, ao detalhamento e proposição do procedimento previsto no edital.

### 2.5.2 Procedimento editalício

Para participar do leilão, o proponente deverá apresentar um único envelope fechado contendo sua proposta de valor para a tarifa básica de pedágio<sup>31</sup>, bem como o valor ofertado a título de pagamento pela outorga da Concessão, ainda que seja igual a zero. Assim, o procedimento considera que, para a proposta ser considerada válida, sempre deverá trazer os dois componentes: tarifa e outorga.

A partir daí, as propostas serão classificadas provisoriamente considerando os valores ofertados a título de pagamento pela outorga, ainda que ela seja igual a zero. Após, a disputa se concentrará no deságio sobre a tarifa apenas se não for atingido o limite do desconto

---

<sup>29</sup> No presente caso a seleção adversa ocorre em razão da atração de empresas com risco elevado e expulsão de empresas com risco baixo.

<sup>30</sup> De maneira sucinta, incentivo perverso é um tipo de incentivo que possui um resultado não desejado e não pretendido, contrário aos interesses daqueles que originalmente promoveram o incentivo.

<sup>31</sup> De maneira similar, é possível afirmar que a lei falimentar (Lei nº 11.101/2005) também caminhou no mesmo sentido: ao estabelecer que, na classificação dos créditos na falência, os créditos com garantia real prevalecem sobre os créditos de natureza tributária, o legislador evidencia a maior proteção que pretendeu conferir às operações de empréstimos e financiamento bancárias

autorizado pelo Edital. Nesse caso, preenchidas as condições editalícias<sup>32</sup>, haverá competição por meio de lances orais, observado sempre o limite do deságio tarifário. Em qualquer hipótese, somente haverá disputa com pagamento pela outorga da Concessão caso atingido o desconto máximo.

Assim, a depender do apetite do mercado, será possível extrair o potencial máximo dos dois critérios de seleção de melhor proposta, sem comprometer a higidez financeira da Concessão.

Caso ainda haja margem para continuar a disputa pela Concessão, os descontos adicionais viriam em forma de pagamento de outorga fixa, paga *upfront* ao governo, protegendo, assim, o fluxo de caixa futuro do projeto.

Na hipótese de mais de um proponente dar um lance com o deságio máximo dá-se início à segunda etapa do leilão. Seguindo o mesmo critério da fase de tarifa, ou seja:

- Será aberto lance de viva voz para os proponentes cuja variação da proposta estiver dentro da margem de 10% de diferença da proposta máxima; ou
- Caso não haja propostas com variação dentro dos 10% da proposta máxima, a proposta com maior valor de outorga é declarada vencedora.

Na fase de outorga, não fica definido o valor máximo de outorga fixa *upfront*, ficando a critério das concorrentes o valor que sua eficiência operacional e financeira permita ofertar.

### 2.5.3 Pagamento de outorga

O modelo de pagamento de outorga, ou contribuição ao sistema, é um dos pilares da estruturação das concessões de infraestruturas aeroportuárias. Trata-se do valor financeiro que o poder concedente pretende receber do empreendedor privado em troca da oportunidade do direito concedido a explorar, de maneira regulada e por determinado período de tempo, o serviço público associado a um ativo público.

No Brasil, já foram adotados três modelos de pagamento de outorga pela concessão: (i) a outorga fixa *upfront*, a ser paga em parcela única e como condição prévia à assinatura do contrato de concessão, aplicadas para portos e nas primeiras concessões aeroportuárias e ferroviárias; (ii) a outorga parcelada, em que os valores são pré-definidos e seus pagamentos são realizados ao longo da vigência da concessão, com a possibilidade de fixação de períodos

---

<sup>32</sup> De qualquer forma, caso a administração temporária seja substituída pela assunção do controle, ainda que seja possível realizar adequações no Plano de Reestruturação formalizado para a primeira hipótese, o prazo estabelecido para sua execução deverá ser observado

de carência e (iii) pagamentos baseados em percentuais sobre a receita gerada pela exploração do ativo concedido ao longo da execução do contrato. Para melhor compreensão do instituto, segue a análise de cada modelo mais detidamente.

#### **(i) Outorga fixa inicial**

O pagamento da outorga fixa no início do contrato é a forma clássica de cobrança de outorga. Uma virtude do modelo reside no fato de que o valor a ser pago não integra o fluxo de caixa, não comprometendo, portanto, a sustentabilidade do projeto no longo prazo. O fato de não existir a possibilidade de parcelamento ou mesmo a postergação do pagamento do montante definido no Edital gera incentivos para que os proponentes atuem de maneira responsável, com propostas exequíveis. Ademais, a exigência de que o pagamento seja realizado antes da assinatura do contrato de concessão, gera um incentivo natural para que o montante ofertado seja razoável e compatível com o fôlego financeiro do licitante e da expectativa de retorno do projeto.

A dificuldade desse modelo é como compatibilizar o pagamento da outorga com a necessidade de elevados investimentos, geralmente concentrados no início do projeto. Em razão disso, a futura concessionária precisa alavancar seus recursos tanto para arcar com os investimentos necessários em despesas de capital (CAPEX) quanto para o pagamento da outorga fixa também concentrada no início do empreendimento.

#### **(ii) Outorga fixa parcelada**

O parcelamento do pagamento do valor da outorga em parcelas fixas ao longo do contrato é adotado atualmente para as concessões ferroviárias federais, e já foi adotada nas três primeiras rodadas de leilões de aeroportos. A vantagem desse modelo, seguindo o mesmo argumento apresentado anteriormente, é a oportunidade de lances mais agressivos por parte dos proponentes, pois o pagamento pode ser diluído ao longo do contrato sem a necessidade de uma grande alavancagem inicial.

Entretanto, a experiência demonstra que o modelo possibilita a oferta de lances mais agressivos que tende a gerar uma dificuldade de pagamento das parcelas de outorga *a posteriori* pelas concessionárias. Isso se verificou especialmente no caso das concessões aeroportuárias, o que levou ao aprimoramento do modelo, retirando o pagamento de parcelas fixas ao longo do contrato para os aeroportos (Justus Filho, A. 2018).

#### **(iii) Outorga variável de acordo com a receita**

O pagamento de outorga variável com base em um percentual sobre a receita da concessão é uma opção interessante de cobrança de outorga que vem sendo adotada nas concessões aeroportuárias federais e rodoviárias do estado de São Paulo.

No mecanismo de pagamento de outorga variável, como modelo de compartilhamento de risco da demanda, a cobrança de outorga variável pode ser melhor entendida da seguinte forma: o deságio apresentado nas concessões rodoviárias permite concluir que os projetos já seriam bastante atrativos, mesmo com taxas de financiamento menos subsidiadas, mas não há como prever a diferença das estimativas de demanda e custos projetados pelo governo e pelo mercado.

Além disso, o pagamento de outorga variável, associado a um mecanismo de conta vinculada, poderá atuar também como instrumento de proteção do risco de variação cambial, conforme será acordado mais detidamente em tópico específico desta monografia.

Nessa perspectiva, as contas vinculadas funcionariam como um instrumento fundamental para a operacionalização desse mecanismo. Consistem em contas correntes para as quais se contrata um *trustee* que as administram, ou seja, não fica a cargo do governo nem da concessionária a administração dos recursos arrecadados oriundos da outorga variável. As regras de administração da conta são definidas em contrato específico, de acordo com o previsto no contrato e edital de concessão, e executadas por um terceiro independente, nesse caso, um agente fiduciário.

Outra vantagem da adoção da outorga variável é que, por consistir em uma parcela da receita bruta, permite inovar na política de fomento à geração de receitas extraordinárias, mantendo o incentivo e simplificando o processo de aferição dessas receitas.

Sobre as receitas extraordinárias, cabe lembrar que a previsão legal constante no art. 11 da Lei nº 8.987 de 1995, permite ao poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

No mesmo sentido, a ANTT promulgou a Resolução ANTT nº 2.552/ 2008, que dispõe sobre a captação de receitas extraordinárias nas rodovias federais por ela reguladas. Essa Resolução expõe a metodologia utilizada para permitir que receitas extraordinárias auferidas pelas concessionárias, não oriundas de pedágio e aplicações financeiras, possam ser revertidas à modicidade tarifária.

Pela metodologia vigente, conforme a referida Resolução, as receitas extraordinárias líquidas são revertidas à modicidade tarifária, após a dedução dos custos diretos e 15 % das receitas brutas com vistas a cobrir os custos administrativos para a captação das referidas receitas. A aferição destas receitas pela ANTT se dá por meio de análise de informações contábeis relativas aos Contratos de Receitas Extraordinárias (CRE), de estabelecimento

necessário, entre a concessionária e terceiros, previamente à aferição das receitas extraordinárias.

Em resumo, esse mecanismo permite captar a eficiência da concessionária na saída, evitando um deságio muito elevado na tarifa que possa comprometer o fluxo de caixa. Além disso, o pagamento da outorga variável permite um grau de compartilhamento do risco da demanda, proteção cambial e redução da necessidade de financiamento subsidiado de longo prazo.

## **2.6 Modelagem tarifária com tarifa diferenciada**

A proposta de modelagem tarifária para a nova concessão da BR-153/080/414/GO/TO traz uma inovação no que tange à cobrança de tarifa diferenciada nos trechos de pista simples e pista dupla. Esse conceito também foi inspirado no modelo adotado nas rodovias paulistas e consiste na definição de duas tarifas para a concessão, uma para pista simples e outra para pista dupla. Não se trata aqui de reajuste ou revisão, e sim de reclassificação tarifária.

Nesse modelo, as tarifas são definidas para cada trecho homogêneo (TH). Na prática, a ANTT autorizará a reclassificação, na hipótese das obras de duplicação de determinado trecho, somente depois de terem sido aceitas pela Agência e o trecho aberto ao tráfego. Tal situação poderia ocorrer a qualquer tempo, não havendo limitação para antecipação de obras. Recorde-se que o aceite de um determinado TH pela ANTT deverá obedecer aos critérios de segurança, funcionalidade e operacionalidade, conforme a revisão da Resolução ANTT Nº 1.187/2005.

No valor da tarifa de pedágio a ser cobrado em determinada praça, a extensão total do trecho homogêneo duplicado deverá ser levada em consideração de forma proporcional à extensão total do Trecho de Cobertura da Praça (TCP).

A aplicação da tarifa diferenciada de acordo com o tipo de pista apresenta diversas vantagens. Primeiramente, gera um maior incentivo para a concessionária executar as obras de ampliação de capacidade. No modelo de tarifa única, quando há obrigação contratual para executar obras de ampliação de capacidade (duplicação), essas obras já compõem a tarifa na modelagem, ou seja, a mudança na tarifa não constitui um incentivo para a concessionária executá-las. Tal situação já demonstrou a sua limitação no âmbito de concessões vigentes, com a existência de um percentual elevado de inexecuções de obras.

Outro ponto é que esse modelo traz mais justiça tarifária, pois os usuários de pista dupla se apropriam de mais benefícios e melhor nível de serviço que os usuários de pista

simples, portanto, pagam mais por isso. Dessa forma, os custos desses benefícios não são diluídos na tarifa básica de pedágio de toda a extensão da concessão e pagos subsidiariamente também pelos usuários que trafegam em pista simples e não usufruem do investimento.

Por fim, nesse modelo, a percepção do usuário sobre o aumento da tarifa fica diretamente associada à execução da obra em si. A disposição ao pagamento está diretamente ligada à fruição do serviço pago, assim, a majoração do valor da tarifa praticada em razão de uma experiência de melhoria é benéfica aos usuários e contribui para a consolidação do presente modelo.

Para que isso aconteça, é imprescindível que o prazo entre a execução da referida obra e o impacto na tarifa em consequência seja o menor possível, o que o mecanismo de revisão tarifária nem sempre permite, pois ocorre na data-aniversário de início da cobrança de tarifa, anualmente.

Os valores das tarifas serão definidos para cada projeto; entretanto, o Ministério da Infraestrutura - MINFRA sugere, desde já, que o princípio seja adotado em todas as concessões do Programa de Concessão de Rodovias Federais (PROCROFE) cujos documentos ainda não foram encaminhados para análise do Tribunal de Contas da União.

No caso específico do projeto de concessão da BR-153/080/414/GO/TO, a avaliação feita pelo *International Finance Corporation* (IFC) indicou que uma diferença de 28,57% entre as tarifas de pista simples e de pista dupla leva a uma neutralidade da tarifa em si, no sentido de que nenhuma das duas tarifas leva a subsidiar a outra para pistas simples ou dupla. Por questões de simplificação, tanto técnica quanto de comunicação com os usuários, essa diferença pode ser arredondada para 30% entre as referidas tarifas.

A neutralidade foi observada para o projeto da BR-153/080/414/GO/TO, entretanto, não é regra para a definição da tarifa diferenciada. O MINFRA recomenda a adoção dos 30% como parâmetro de política pública para o cálculo da tarifa diferenciada em todos os projetos de concessão rodoviária federal, por entender ser um valor adequado e justo para a diferenciação dos serviços prestados aos usuários, à exemplo das experiências existentes como no Estado de São Paulo, que adota 40%.

## **2.7 Adoção de mecanismo de proteção do risco de variação cambial**

A discussão em torno da busca por fontes de financiamento para viabilizar projetos de infraestrutura tem dominado os fóruns nacionais e internacionais. O assunto torna-se ainda mais relevante no âmbito dos países emergentes. Nesse sentido, praticamente todos os

projetos de infraestrutura no Brasil contam com o financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que, nos últimos anos, teve que recorrer a aportes do Tesouro Nacional. Numa situação de déficit primário e indicadores macroeconômicos deteriorados, não há muito espaço para capitalização do banco, limitando a disponibilidade de recursos para financiamento.

Os bancos privados, por sua vez, têm um papel pouco expressivo como financiadores de projetos de infraestrutura, concentrando-se basicamente na concessão de créditos de curto prazo e, mais recentemente, na aquisição de debêntures incentivadas.

Outras possíveis fontes de financiamento são o mercado de capitais e os fundos de pensão. O mercado de capitais no Brasil ainda se concentra nos contratos de curto prazo e a maioria dos títulos também é indexada à taxa de juros de curto prazo, tornando oneroso o custo de captação pelas empresas. Os fundos de pensão, por sua vez, têm um grande potencial de crescimento como financiadores de infraestrutura, mas ainda é preciso mais opções.

A política macroeconômica, a deterioração das contas públicas e o esgotamento das fontes oficiais de financiamento demandam novos mecanismos de alocação de riscos a fim de acessar novos mercados e novas fontes de financiamento para esses empreendimentos. Por esse motivo, sugere-se adotar mecanismo que possa funcionar a título de proteção cambial mediante o pagamento de outorga variável, conforme explicado na seção 4.1, para as concessões rodoviárias federais vindouras.

O mecanismo deve ser desenhado para proteger os contratos de financiamento em moeda estrangeira assumidos pela concessionária e somente deverá ser aplicado à parcela de financiamento relativa aos investimentos vinculados aos bens reversíveis e/ou ao valor da outorga fixa, seguindo o modelo do que já é feito nas concessões rodoviárias do estado de São Paulo.

O mecanismo de proteção cambial poderá ser aplicado apenas para o montante de principal de financiamentos em moeda estrangeira, sem incluir os juros ou quaisquer outros valores devidos no âmbito do financiamento. Deverá ter um montante máximo e prazo máximo de vencimento definidos de acordo com o projeto, com limite máximo de 5 anos para ativação do mecanismo, a contar da data de assinatura do contrato e periodicidade de amortização semestral ou anual.

Essas regras delimitam o tipo de financiamento que podem ser protegidos pelo mecanismo; entretanto, tratando-se de recurso público, pago pelos usuários, é necessário garantir que o mecanismo seja usado para fins relacionados à concessão, e não para especulação ou captação de recursos para fins alheios ao do projeto.

Para simplificação da operacionalização e limitação do custo regulatório, sugere-se que o mecanismo seja destinado a proteger contratos de financiamento em dólar americano. Quando o financiamento for tomado em moeda estrangeira distinta do dólar americano, poderá ser utilizado, para a aplicação dos limites máximos de cobertura do mecanismo de proteção cambial, o correspondente em dólar americano da moeda estrangeira adotada, na data de internalização dos recursos pelo concessionário, utilizando-se a mesma taxa indicada para cálculo nos itens subsequentes.

Sugere-se, ainda, que a proteção cambial deve se dar no limite da disponibilidade de recursos da outorga variável, não com o objetivo de onerar a tarifa, nem de repassar eventuais custos ao poder concedente, mas sim, garantir maior facilidade de financiabilidade dos projetos, com reflexos positivos à competição e, por fim, melhor prestação de serviços aos usuários.

O mecanismo de proteção cambial deve estar alinhado com as regras do contrato de administração de contas e do acordo tripartite e estar detalhado no contrato de concessão naquilo que concerne aos limites e prazos do financiamento, as taxas de referência, o cálculo do valor devido, o cálculo das compensações, assim como a operacionalização do mecanismo.

## **2.8 Possibilidade de celebração de acordo tripartite**

### **2.8.1 Visão Geral**

Como visto anteriormente, o Brasil vive um momento marcado pela redução da participação do Estado na oferta de crédito a projetos de infraestrutura, o que afeta decisivamente o papel do setor privado nesse mercado.

Nesse contexto de restrição de crédito, bem como da necessidade de diversificar os perfis dos licitantes, a introdução contratual do acordo tripartite, também chamado de *Direct Agreement*<sup>33</sup>, figura como uma inovação capaz de trazer mais robustez e segurança aos financiadores. Em síntese, o referido acordo consiste em uma iniciativa negocial que amplia as alternativas à disposição dos financiadores para que possam precificar os riscos envolvidos no financiamento de projetos dessa natureza a partir do estabelecimento de uma relação direta

---

<sup>33</sup> Para informações mais detalhadas sobre a importância dos acordos tripartites, vide JORDÃO, Tarcila Reis. *Acordo Tripartite: Enfrentando os Desafios da Financiabilidade de projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas no Brasil. Direito, Instituições e Política Públicas. O Papel do Jusidealista na Formação do Estado* (Coordenação de CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta, ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach). São Paulo: Quartier Latin, 2017.

com o poder concedente, criando um canal direto de comunicação acerca do cumprimento do contrato de concessão, de forma a reduzir a assimetria informacional. O acordo ainda oferece mecanismos efetivos para que os próprios financiadores possam agir e preservar o ativo, garantindo o cumprimento das obrigações contraídas pelo concessionário nos financiamentos, sempre com o viés operacional, procedimental.

### 2.8.2. Experiência internacional

Vale observar que o acordo é implementado com frequência em diversos países nos mais diferentes setores de infraestrutura. Citam-se como exemplos a Índia, onde o Acordo já foi utilizado em projetos de portos e ferrovias; a Austrália, que basicamente incorporou o *Direct Agreement* em todos os seus projetos de setores regulados e os Estados Unidos, que, inclusive, têm modelo-padrão do instrumento elaborado pela *American Bar Association*<sup>34</sup>.

### 2.8.3. Legislação aplicável

A iniciativa de estruturar o Acordo Tripartite decorre da necessidade de criar balizas mais previsíveis e claras para o exercício do *step-in rights* por parte dos financiadores de projetos de infraestrutura, instituído pelo art. 27-A da Lei Federal no 8.987/1995, in verbis:

Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 1º Na hipótese prevista no caput, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do caput deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no caput deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 4º Configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou

---

<sup>34</sup> Para informações mais detalhadas sobre a importância dos acordos tripartites, vide JORDÃO, Tarcila Reis. Acordo Tripartite: Enfrentando os Desafios da Financiabilidade de projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas no Brasil. Direito, Instituições e Política Públicas. O Papel do Jusidealista na Formação do Estado (Coordenação de CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta, ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach). São Paulo: Quartier Latin, 2017.

quotas, forem outorgados os seguintes poderes: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015):

I - indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

II - indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

III - exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

IV - outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 5º A administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

Desse modo, o referido dispositivo prevê as hipóteses em que os financiadores do projeto podem intervir diretamente na concessão, assumindo a administração temporária ou mesmo o controle acionário do concessionário, para a finalidade de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, devolvendo a esse a capacidade de gerar fluxo de caixa e, assim, de adimplir as obrigações contratualmente assumidas perante o poder concedente e nos próprios instrumentos de financiamento.

#### 2.8.4 Conceito

O Acordo Tripartite é de caráter facultativo<sup>35</sup>: apenas será firmado se o concessionário e seus financiadores e garantidores tiverem interesse em fazê-lo, a qualquer tempo. O poder concedente, por propor, desde o leilão, o acordo como anexo facultativo do contrato de concessão, não possuirá discricionariedade em aceitar, ou não, o instrumento, de modo que não haveria pré-concordância a eventual interesse dos demais envolvidos em celebrá-lo e, se necessário, exercê-lo. A aprovação prévia do poder concedente é importante porque confere segurança ao financiador, bem como desburocratiza o procedimento que tradicionalmente condicionaria o exercício desses direitos.

Em síntese, e como melhor exposto adiante, os eixos centrais do Acordo Tripartite consistem em (i) oferecer alternativas para a continuidade da prestação dos serviços públicos

---

<sup>35</sup> O documento anexo ao contrato possui caráter referencial, sendo vinculativo para a ANTT apenas se mantida a sua redação original. Caso sejam necessárias alterações em seu texto, o conteúdo do Acordo deverá ser validado pela Agência.

objeto do contrato de concessão, (ii) reduzir os riscos atribuídos aos financiadores, por meio de um plano de reestruturação, e (iii) criar mecanismos de maximização das receitas.

#### 2.8.5 Eventos de alerta

Uma vez celebrado o Acordo, suas disposições terão aplicabilidade quando ocorrerem os chamados eventos de alerta, os quais se relacionam com determinados descumprimentos do contrato de concessão ou das obrigações previstas nos instrumentos de financiamento. Evidentemente, partindo do pressuposto de que o Acordo se destina a devolver a capacidade de o concessionário gerar fluxo de caixa, os eventos de alerta estão relacionados com inadimplementos graves, que envolvam o pagamento de multas expressivas, caducidade da concessão ou de obrigações que possam resultar em aceleração do pagamento ou vencimento antecipado da dívida. Nesse sentido, o sistema de notificações recíprocas visa a implementar direitos e obrigações decorrentes de interesses compartilhados entre o poder concedente e financiador, de forma a dificultar que eventos coloquem em risco a continuidade do projeto e de seus ativos, que foram dados em garantia no âmbito do financiamento.

Do ponto de vista operacional, há um arranjo que possibilita a troca de informações entre as partes, de modo que o Poder Concedente encaminhará aos financiadores cópias de eventuais notificações enviadas ao concessionário relativas à paralisação das obras ou descumprimentos reiterados do contrato de concessão, enquanto o financiador comunicará ao Poder Concedente eventuais inadimplementos das obrigações financeiras.

A notificação de alerta dá início ao que se convencionou chamar de Período de Cura, cujo prazo deverá ser fixado pelo Poder Concedente. Assim, o concessionário possui a possibilidade de agir com vistas a regularizar o inadimplemento. Na hipótese de as irregularidades não serem sanadas durante o Período de Cura, o poder concedente notificará o financiador para exercer os seguintes direitos: (i) adimplir as obrigações que deram ensejo ao evento de alerta, ainda que mediante a contratação de terceiros; (ii) assumir a administração temporária da concessão, hipótese em que deverá apresentar um Plano de Reestruturação da Concessionária ou (iii) assumir o controle acionário da concessionária.

#### 2.8.6 Administração temporária

Administração Temporária é o exercício por parte dos credores, sem a transferência da propriedade das ações, de poderes próprios para a reorganização da atividade empresarial.

Tem como premissa a isenção de responsabilidade direta dos financiadores por eventuais descumprimentos do contrato de concessão pelo concessionário, bem como outros contratos que esse tenha contraído com terceiros, ou por prejuízos eventualmente causados ao poder concedente ao longo da vigência do regime<sup>36</sup>.

Na Administração Temporária, caberá aos financiadores apresentarem um plano de reestruturação financeira da concessão e dos financiamentos, por meio do qual se pretenderá retomar a capacidade de geração de receita da concessão e, com isso, possibilitar o pagamento de eventuais passivos devidos ao poder concedente. O conceito do referido Plano é semelhante ao aplicável nas recuperações judiciais e extrajudiciais, todavia, não envolve a participação de todos os possíveis credores do concessionário, e demanda apenas a aprovação do Poder Concedente, do concessionário e de seus acionistas.

Privilegia-se, assim, uma abordagem consensual da atuação da Administração Pública, visando à garantia da continuidade da prestação dos serviços previstos no contrato de concessão. Caso o Plano seja cumprido, encerra-se o regime de Administração Temporária e o concessionário retorna à plena operação da concessão, executando as obrigações contratuais correspondentes.

#### 2.8.7 Assunção do controle acionário do concessionário

A Assunção de controle consiste na aquisição do controle societário da concessionária, conforme os requisitos do artigo 116 da Lei nº 6.404/1976, a partir da propriedade resolúvel de ações de concessionárias por parte dos credores ou outra forma de garantia possível. Senão vejamos:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

A operacionalização da hipótese de assunção do controle acionário do concessionário foi tratada de modo muito semelhante à da administração temporária, com algumas

---

<sup>36</sup> Art. 27, §4º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

peculiaridades, todavia. A diferença substancial entre os regimes é que a assunção do controle implica a responsabilidade dos financiadores, na forma dos instrumentos correspondentes e da legislação aplicável, por eventuais descumprimentos do contrato de concessão, contratos com terceiros e prejuízos causados ao poder concedente. O Acordo, entretanto, prevê a ausência de solidariedade entre os financiadores e os antigos controladores da concessionária em função dos eventos ocorridos anteriormente à assunção do controle, estabelecendo um marco temporal para a divisão das responsabilidades. Também, na eventualidade de haver a assunção do controle, os financiadores deverão apresentar um Plano nos mesmos moldes descritos para o regime de administração temporária<sup>37</sup>.

Não obstante essa ferramenta seja prevista no art. 27-A da Lei de Concessões, conforme visto anteriormente, bem como regulamentada pelo Acordo, há inúmeros desincentivos para que os financiadores dela façam uso, sobretudo em função de a administração temporária conferir basicamente as mesmas prerrogativas e oferecer um regime de isenção de responsabilidades pelos descumprimentos do contrato que é muito mais atrativo do que os riscos envolvidos na assunção do controle. Dessa forma, há uma tendência a que o referido mecanismo seja preterido pela administração temporária.

#### 2.8.8 Conclusão

Vale observar que o Acordo é facultativo tanto na sua celebração quanto na sua execução, conforme já explicitado linhas acima. Desse modo, a assinatura do instrumento não representa um risco à instituição financeira, uma vez que essa ainda possuirá a prerrogativa de exercer, ou não, os direitos correspondentes na eventualidade de haver um evento de alerta. Ao contrário, o instrumento oferece um regramento detalhado para o exercício dos *step-in rights*, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica para que os financiadores possam recuperar os créditos que detenham em face do concessionário.

Assim, acredita-se que a adoção do Acordo para as concessões rodoviárias federais é extremamente salutar, sobretudo para que o mercado se torne mais familiarizado com a ferramenta, compreendendo sua forma de funcionamento e os benefícios que sua adoção pode oferecer.

---

<sup>37</sup> A oferta considerará a tarifa quilométrica de pista simples, já que a tarifa definida para a pista dupla consiste em um percentual aplicável sobre a primeira, de modo que tarifa de pista dupla = tarifa de pista simples x (1 + 0,3).

## **2.9 Indicação de priorização dos pagamentos em caso de extinção antecipada da concessão**

No contrato de concessão, estão previstos os seguintes casos de sua extinção: a) Advento do termo contratual; b) Encampação; c) Caducidade; d) Rescisão; e) Anulação; e f) Falência ou extinção da concessionária.

Rege o contrato que na hipótese de extinção antecipada da concessão, haverá imediata assunção dos serviços relacionados à concessão pelo poder concedente ou pela operadora futura. Enquadram-se no conceito de extinção antecipada a encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da concessionária e, nesses casos, a concessionária tem direito à indenização do poder concedente que deverá cobrir, no mínimo, as parcelas, não amortizadas ou depreciadas, dos investimentos realizados vinculados a bens reversíveis que tenham sido realizadas para garantir a continuidade e atualidade do serviço.

### **2.9.1 Regime de prioridade das indenizações devidas à concessionária em caso de extinção antecipada do contrato de concessão**

Além de definir o conteúdo indenizatório aplicável a cada hipótese de extinção antecipada do contrato de concessão, também constitui medida salutar para incrementar a segurança jurídica dos pactos concessórios a fixação da ordem dos pagamentos indenizatórios, ou seja, quais serão as parcelas descontadas do saldo devedor a que faz jus o concessionário.

Se é verdade que ao concessionário é assegurado o direito ao recebimento das parcelas ainda não amortizadas dos investimentos que houver realizado em bens reversíveis caso haja uma ruptura prematura do vínculo concessório, também é verdade que, para se apurar um saldo devedor líquido a lhe ser pago, algumas parcelas devem antes ser deduzidas desse montante, a exemplo das multas ou do saldo devedor dos financiamentos contraídos para realização dos ditos investimentos.

Se é certo, também, que a extinção antecipada do vínculo contratual geralmente não é uma medida desejada pelas partes contratuais envolvidas, isso não significa que o contrato de concessão não deva tratar de maneira adequada da questão, sobretudo no tocante aos efeitos que ela produz sobre terceiros que possuem um papel de destaque no processo de concessão.

Nesse aspecto, vale destacar a figura do financiador, responsável normalmente por uma parcela significativa (60-70%) do esforço financeiro necessário para o cumprimento das obrigações de investimento contratualmente previstas.

Assim, considerando o papel relevante dos financiamentos para a fiel execução dos contratos de concessão, medidas que dificultem o recebimento dos créditos dos financiadores em caso de extinção abrupta da concessão, por afetarem o risco de crédito, impactam diretamente o custo daquelas operações.

Por outras palavras, se não houver uma regra bem definida a respeito do que será devido ao concessionário e de que parcelas serão deduzidas desse montante, as incertezas daí decorrentes serão precificadas nas propostas dos licitantes, a depender da estrutura de capital concebida para o projeto.

Como a parcela de dívida possui um peso maior na estrutura de capital citada, o preço da incerteza repercutirá negativamente sobre as propostas dos licitantes, em razão da majoração do custo dos financiamentos. Ao final, essa conta será inegavelmente paga pelo usuário.

Como se nota, a concepção que inspira a nova rodada de concessões rodoviárias tem, como um dos seus pilares, a criação de mecanismos que gerem incentivos para a redução do custo dos financiamentos necessários à realização dos investimentos previstos no contrato de concessão.

Nesse sentido, vale destacar a definição da metodologia para cômputo da indenização dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, a especificação do conteúdo indenizatório de cada uma das modalidades de extinção antecipada do contrato e o próprio Acordo Tripartite, que cria mecanismos que viabilizam a gestão da concessão pelo financiador, a fim de evitar a ruptura abrupta do pacto concessório.

Note-se, portanto, que há uma série de instrumentos que atuam de modo sinérgico em prol do incremento da segurança jurídica das operações de financiamento atreladas ao contrato de concessão. A definição da ordem de pagamento das indenizações seria apenas mais um mecanismo a atuar em benefício da redução do custo do financiamento para projetos de infraestrutura e, conseqüentemente, do projeto como um todo.

Como base nessas premissas, o contrato de concessão pensado para esta nova rodada de concessões prevê que, após o pagamento das multas contratuais, devam ser priorizadas as parcelas em aberto devidas pela concessionária aos financiadores relativas a financiamentos destinados a investimentos vinculados a bens reversíveis, acrescida dos juros contratuais

pactuados nos respectivos instrumentos contratuais, facultando-se ao poder concedente o pagamento dos valores devidos diretamente aos financiadores.

Ao final, após a consideração das parcelas supracitadas, deve ser dada preferência ao pagamento dos montantes referentes aos danos eventualmente causados pela concessionária à ANTT, ao poder concedente e aos usuários.

A lógica que justifica essa ordem permite preterir os saldos de financiamento apenas por parcelas que sejam quantificáveis, a exemplo das multas contratuais. Isso porque, como a forma do cômputo das multas tem previsão contratual, seu potencial montante se torna gerenciável pelo financiador, que consegue precificar o risco de crédito atrelado a tais eventos.

Diferentemente, a previsão de indenizações genéricas por prejuízos à ANTT, poder concedente e usuários, apesar de necessárias, são de difícil precificação por parte dos financiadores, havendo elevada incerteza quanto aos limites que podem atingir. Diante disso, para que o contrato de concessão possa incentivar a redução do custo dos financiamentos, é recomendável conceder preferência ao pagamento dos saldos daqueles sobre parcelas de difícil quantificação por parte do financiador.

Ademais, do ponto de vista legal, a Lei no 8.987/1995 não trouxe qualquer vedação específica a uma eventual priorização no momento do pagamento de indenização pelo poder concedente, de maneira que a ordem concebida estaria em linha com a experiência internacional de mercados maduros, necessária ao fomento do mercado de financiamento de infraestrutura brasileira e que vai ao encontro de diversos pleitos formulados no âmbito do *market sounding* conduzido pelo IFC.

## **2.10 Previsão de inclusão de pontos de parada para os caminhoneiros**

Em consonância com os art. 9º e 10 da Lei no 13.103/2015, transcritos a seguir, está prevista na modelagem da concessão da Rodovia BR-153/080/414/GO/TO a provisão de dois pontos de parada para descanso de caminhoneiros (um em cada direção da via), a serem implantados até o 12º mês da contratação, de forma a proporcionar segurança e conforto aos trabalhadores.

Art. 9º As condições de segurança, sanitárias e de conforto nos locais de espera, de repouso e de descanso dos motoristas profissionais de transporte rodoviário de passageiros e rodoviário de cargas terão que obedecer ao disposto em normas regulamentadoras pelo ente competente. (Regulamento)

§ 1º É vedada a cobrança ao motorista ou ao seu empregador pelo uso ou permanência em locais de espera sob a responsabilidade de:

I - transportador, embarcador ou consignatário de cargas;

II - operador de terminais de cargas;

III - aduanas;

IV - portos marítimos, lacustres, fluviais e secos;

V - terminais ferroviários, hidroviários e aeroportuários.

§ 2º Os locais de repouso e descanso dos motoristas profissionais serão, entre outros, em:

I - estações rodoviárias;

II - pontos de parada e de apoio;

III - alojamentos, hotéis ou pousadas;

IV - refeitórios das empresas ou de terceiros;

V - postos de combustíveis.

§ 3º Será de livre iniciativa a implantação de locais de repouso e descanso de que trata este artigo.

§ 4º A estrita observância às Normas Reguladoras do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere aos incisos II, III, IV e V do § 2º, será considerada apenas quando o local for de propriedade do transportador, do embarcador ou do consignatário de cargas, bem como nos casos em que esses mantiverem com os proprietários destes locais contratos que os obriguem a disponibilizar locais de espera e repouso aos motoristas profissionais.

Art. 10. O poder público adotará medidas, no prazo de até 5 (cinco) anos a contar da vigência desta Lei, para ampliar a disponibilidade dos espaços previstos no art. 9º, especialmente: (Regulamento)

I - a inclusão obrigatória de cláusulas específicas em contratos de concessão de exploração de rodovias, para concessões futuras ou renovação;

II - a revisão das concessões de exploração das rodovias em vigor, de modo a adequá-las à previsão de construção de pontos de parada de espera e descanso, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

III - a identificação e o cadastramento de pontos de paradas e locais para espera, repouso e descanso que atendam aos requisitos previstos no art. 9º desta Lei;

IV - a permissão do uso de bem público nas faixas de domínio das rodovias sob sua jurisdição, vinculadas à implementação de locais de espera, repouso e descanso e pontos de paradas, de trevos ou acessos a esses locais;

V - a criação de linha de crédito para apoio à implantação dos pontos de paradas.

Parágrafo único. O poder público apoiará ou incentivará, em caráter permanente, a implantação pela iniciativa privada de locais de espera, pontos de parada e de descanso.

Trata-se de incorporação na minuta do contrato de concessão de uma das demandas dos caminhoneiros, que não consta nos contratos de concessão de rodovias anteriores. Desse modo, pode-se dizer que tal previsão é uma novidade no modelo de concessão da BR 153-080-414/GO/TO.

No próximo capítulo será feito o cotejo entre os princípios da teoria da regulação responsiva e as novidades trazidas pela minuta do contrato de concessão da BR 153-080-414/GO/TO. Em primeiro lugar, será feito um breve histórico do andamento da concessão, as inovações presentes na minuta do contrato e os princípios da regulação responsiva aplicáveis a cada uma dessas inovações.

### CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA ENCONTRADOS NO PROCESSO DE CONCESSÃO DA BR-153-080-414/GO/TO

#### 3.1 Histórico

O Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019<sup>38</sup> qualificou o projeto de concessão da BR-153/080/414/GO/TO como empreendimento a ser executado pelo setor privado, mediante remuneração tarifária. Senão vejamos:

Art. 2º Ficam qualificados no âmbito do PPI os seguintes empreendimentos do setor rodoviário:

(...)

III - Rodovia Federal BR-153, no trecho entre os Estados de Goiás e do Tocantins;

(...)

Porém, a rodovia BR-153/080/414/GO/TO já foi concedida no passado recente e teve a caducidade declarada pelo poder concedente em 15 de agosto de 2017<sup>39</sup>. A então Concessionária responsável pela rodovia, Galvão BR-153 SPE S.A, descumpriu o contrato de concessão e, conforme art. 38, §4º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, foi declarada a sua caducidade.

A presente concessão liga estados do norte e nordeste do país (Tocantins, Maranhão, Pará e Amapá) com o Centro-Sul do Brasil. Trata-se de uma concessão com 850,7 km formada pelas seguintes rodovias: BR-153/TO/GO, BR-080/GO, BR-414/GO. Portanto, será uma concessão de integração de diversos estados brasileiros.

O esquema abaixo mostra o andamento da concessão da BR-153/080/414/GO/TO:

<b>Andamento da concessão da BR-153/080/414/GO/TO</b>	
<b>Etapa</b>	<b>Situação Atual</b>
Estudos	Concluído em 31/07/2019
Consulta Pública	Concluído 14/04/2020
Acórdão TCU	Em andamento (protocolo em 14/04/2020)
Edital	A realizar (4º trimestre de 2020)

<sup>38</sup> Disponível aqui: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9972.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9972.htm)

<sup>39</sup> Conforme Decreto de 15 de Agosto de 2017, disponível aqui: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/dsn/Dsn14487.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/dsn/Dsn14487.htm)

Leilão	A realizar (1º trimestre de 2021)
Contrato	A realizar (2º trimestre de 2021)

Fonte: elaboração própria a partir de informações obtidas no sítio eletrônico do Programa de Parcerias de Investimentos - <https://www.ppi.gov.br/rodovia-br-153-go-to-alianca-do-tocantins-a-anapolis>

Nas próximas seções do presente trabalho serão analisadas, à luz dos princípios da regulação responsiva detalhados no capítulo 1, as principais inovações da concessão do sistema rodoviário da concessão da BR-153/080/414/GO/TO

### **3.2 Inovações da concessão e princípios da regulação responsiva aplicáveis ao contrato.**

Conforme a minuta do Edital<sup>40</sup>, haverá um critério híbrido de julgamento no leilão: combinação de menor tarifa básica de pedágio (com deságio limitado a 12%) e o maior valor de outorga:

O critério de julgamento da melhor proposta econômica será o da maior oferta pela outorga da Concessão, consistente no maior Valor de Outorga Fixa, combinado com o critério de menor Valor de Tarifa de Pedágio, nos termos do art. 15, inciso III, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, pelo artigo 34-A, § 2º, IV, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, da Resolução do Conselho do Programa de Parceria de Investimentos – PPI mencionada e do Decreto nº 2.444, de 30 de Dezembro de 1997. (MINUTA DO EDITAL DE CONCESSÃO, p. 05).

Trata-se da aplicação do primeiro princípio da teoria da regulação responsiva: considere o contexto e não imponha uma teoria pré-concebida. Ao adotar um critério híbrido de julgamento no leilão o Poder Concedente levou em consideração as distorções<sup>41</sup> geradas com a adoção de um critério único, menor tarifa básica de pedágio, e, com isso, procurou atacar essa falha regulatório que esteve presente nas concessões anteriores.

Ainda segundo a minuta do Edital de Concessão haverá a simplificação dos atestados de qualificação técnica: apenas será obrigatória a apresentação de atestado de qualificação técnica para operação de rodovias, não sendo mais prevista a entrega de atestado de manutenção e construção em empreendimentos semelhantes (conforme anexo 5 da MINUTA

<sup>40</sup> Minuta do Edital, disponível aqui:

<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=397>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

<sup>41</sup> A experiência com leilões de rodovias mostrou que as empresas ofertaram lances agressivos com o intuito de ganhar o leilão e, durante a execução do contrato de concessão, elas demandam reequilíbrios tarifários como forma de compensar o alto deságio do leilão.

DO EDITAL DE CONCESSÃO, p. 44-53). Esse aspecto está relacionado ao nono princípio da regulação responsiva: aprender e avaliar o quão bem e a que custos os resultados foram alcançados. A retirada da entrega do atestado de manutenção e construção contribuiu para reduzir uma burocracia que onerava a qualificação dos postulantes e não apresentava benefícios que compensassem os altos custos. Desse modo, apenas o atestado de qualificação técnica é suficiente para qualificar os *players* interessados na concessão.

De acordo com a minuta do Contrato de Concessão<sup>42</sup>, haverá a instituição de tarifa diferenciada para pista simples e pista dupla, trazendo maior justiça tarifária ao usuário e servindo de incentivo para a concessionária executar as obras de ampliação de capacidade. Esse desenho foi fruto de um processo de aprendizagem, pois tanto concessionária quanto usuário ganham com o sistema de tarifação diferenciada. Desse modo, esse aspecto da minuta do contrato de concessão está relacionado com o segundo princípio da regulação responsiva: ouvir atentamente e estabelecer diálogo com as partes afetadas pela regulação da ANTT.

Outra inovação trazida na minuta do contrato de concessão (p.33) do projeto de concessão da BR-153/080/414/GO/TO é a implementação do Índice de Desempenho (ID), que provocará impacto direto na taxa interna de retorno, simplificação regulatória e critério objetivo para abertura de processo de caducidade. Esse índice terá que ser comprovado através de auditoria independente. Nesse ponto, pode-se citar uma aderência ao quarto princípio da regulação responsiva: melhoria contínua para buscar novos patamares de excelência. Embora sofra críticas dos órgãos de controle, notadamente o Tribunal de Contas da União (que alega uma suposta usurpação de competência quando da contratação de uma auditoria independente por parte da empresa regulada<sup>43</sup>), a auditoria independente é essencial para avaliar se o Índice de Desempenho está de acordo com os parâmetros definidos no Programa de Exploração da Rodovia (PER)<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Minuta do Contrato de Concessão (p. 44-47), disponível aqui:

<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=397>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

<sup>43</sup> Conforme Peça TC 016.936/2020-5, Relatório de Acompanhamento Concessão da BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO, do Tribunal de Contas da União (TCU): item 850. Entende-se, também, que a contratação de relator independente é medida que não se amolda ao permissivo legal existente (art. 67 c/c o art. 124, da Lei 8.666/1993; art. 25, § 2º e art. 30, parágrafo único, da Lei 8.987/1995; art. 26, inciso VII, da Lei 10.233/2001), não atende ao princípio da eficiência (art. 37, da CF/88), usurpa competências da Agência (art. 24, incisos VII e VIII, da Lei 10.233/2001) e vai de encontro ao disposto da Portaria ANTT 127/2019 e ao teor do plano da ação da SUINF de “não depender de informações produzidas pelas concessionárias”.

<sup>44</sup> O Programa de Exploração da Rodovia (PER) especifica todas as condições para execução do Contrato, caracterizando todos os serviços e obras previstos para realização pela Concessionária ao longo do prazo da Concessão, bem como: a) Diretrizes técnicas, normas, características geométricas, escopo, parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos; b) Os prazos de execução que devem ser observados para todas as obras e serviços previstos (PER da BR-153/414/080/TO/GO, p. 05, disponível aqui:

Por sua vez, uma inovação fundamental para o êxito de uma concessão é a estabilidade tarifária e regulatória, com foco na revisão quinquenal e utilização do índice de desempenho (ID) no processo da revisão. Esse aspecto está previsto na minuta do contrato de concessão da BR-153/080/414/GO/TO (p. 50). Essa parte da minuta do contrato tem relação direta com o oitavo princípio da regulação responsiva: busca de resultados melhores no futuro. Além disso, é possível perceber que determinadas inovações guardam relação não apenas com um, mas com vários princípios responsivos. Embora o autor busque encaixar determinada inovação ao princípio mais intimamente relacionado é preciso destacar que uma inovação, às vezes, é o resultado de diversos princípios, examinados separadamente neste trabalho tão somente para fins didáticos.

Uma outra inovação prevista na minuta do contrato de concessão (p. 66) é o acordo tripartite facultativo. O objetivo desse acordo é conferir maior segurança para o financiador, provendo maiores informações sobre o *status* da concessão e permitindo-lhe assumir a concessão. O quinto princípio da regulação responsiva, preferência por alcançar resultados pelo apoio, está presente no acordo tripartite facultativo, pois a assinatura desse acordo é obrigatória para o Poder Concedente depois que tanto a concessionária quanto o agente financiador optam por assiná-lo.

A previsão de regras gerais para o cálculo da indenização em casos de extinção antecipada, considerando prioridade de pagamento aos financiadores logo após o pagamento dos valores devidos ao poder concedente, é mais uma inovação prevista na minuta do contrato de concessão do trecho em análise no presente trabalho. Tal inovação guarda relação com o sexto princípio da teoria ora estudada: sinalização da sanção a ser aplicada (extinção antecipada) e a prioridade dada ao poder concedente e agentes financiadores, nessa ordem, para receberem os valores devidos pela concessionária, caso ela não consiga executar a contento o contrato de concessão.

Mais uma inovação da concessão em estudo é a previsão de outorga variável<sup>45</sup> que corresponderá ao percentual de 6% da receita bruta total, inclusive da receita extraordinária. Uma grande vantagem desse modelo é a formação de colchão para proteção do fluxo de caixa do projeto e utilização na revisão quinquenal. Trata-se de uma quebra de paradigma e tem relação direta com o terceiro princípio da regulação responsiva: encarar as dificuldades

---

<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=397>.

<sup>45</sup> Quando a outorga é fixa o seu valor já vem previamente estipulado no edital do leilão. Por sua vez, quando a outorga é variável é porque o seu valor vai depender da receita bruta total da concessionária.

provocadas pelo modelo de outorga fixa e aprender com isso, buscando alternativa (outorga variável) no sentido de melhorar o desenho regulatório.

A proteção cambial é ou uma inovação que vale a pena ser mencionada (p. 60-61 do anexo 11, da minuta do contrato de concessão). Isso porque a outorga variável poderá ser usada para a proteção cambial e a concessionária deverá fazer adesão a esse mecanismo nos primeiros 5 (cinco) anos do contrato de concessão. Desse modo, se o concessionário fizer a opção pela proteção cambial, quando da obtenção de algum financiamento em moeda estrangeira, o valor devido da outorga vai variar de tal modo a compensar as perdas ou ganhos da flutuação cambial. Tal inovação é aderente ao quarto princípio responsivo: estímulo à melhoria para atingir novos patamares de excelência. Além disso, tem íntima relação também com o primeiro princípio: considerar o contexto. Buscou-se reduzir riscos que possuem o potencial de prejudicar sobremaneira os investimentos necessários na concessão.

A greve dos caminhoneiros, que teve início no primeiro semestre de 2018<sup>46</sup>, teve impacto no desenho dos novos contratos de contratos. Em relação ao contrato objeto do presente estudo houve a previsão de pontos de parada para caminhoneiros, local adequado para que os caminhoneiros possam parar e descansar, com segurança, antes de seguir viagem. Essa inovação está relacionada com o segundo princípio responsivo: ouvir atentamente e estabelecer um diálogo com as partes interessadas no sentido de resolver o problema apresentado.

Na concessão da BR-153/414/080/TO/GO há previsão de um estoque de melhorias: a ANTT poderá solicitar a execução de diversas melhorias (vias laterais, interconexões, passarelas) ao longo da execução contratual, além daquelas já previstas no Programa de Exploração da Rodovia (PER). Nota-se uma relação direta com o oitavo princípio da regulação responsiva: responsabilidade ativa para alcançar resultados melhores no futuro. Caso seja necessário, a ANTT também poderá recorrer à responsabilidade passiva (exemplo: multa) para manter os agentes regulados obedientes ao contrato de concessão, quando a responsabilidade ativa falhar.

Por fim, há previsão de construção de contornos rodoviários em trechos urbanos, desde que a concessionária demonstre a vantajosidade da execução do contorno, que será analisada pela ANTT. Somente a diferença de custos entre a solução original e a solução do contorno impactará a tarifa. Esse ponto, mais uma vez, guarda relação direta com o segundo

---

<sup>46</sup> Esse acontecimento foi amplamente divulgado pela imprensa e afetou, principalmente, os grandes centros urbanos. Uma rápida cronologia pode ser obtida neste link: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

princípio responsivo: o estabelecimento de resultados acordados e a forma de monitorá-lo. Tal resultado só será possível com diálogo com as partes envolvidas de modo que fique claro as vantagens dos contornos em trechos urbanos para os usuários afetados pela medida.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho mostrou que há princípios da Teoria da Regulação Responsiva no processo de concessão da BR-153/414/080/TO/GO, consoante o modelo descrito Ayres e Braithwaite (1992), sob responsabilidade da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Ficou demonstrado que a Teoria da Regulação Responsiva (TRR) vai ao encontro de uma necessidade do Estado Regulador, que é o aprimoramento do modelo de comando e controle, cuja filosofia (fiscalizar mais, fiscalizar tudo e punir muitas vezes) provou-se incompatível com as restrições orçamentárias e com a assimetria de informações cada vez mais presentes.

Além disso, este estudo de caso apresentou o modelo da TRR como alternativa jurídica mais adequada para enfrentar os variados problemas que surgem quando da atuação do Estado Regulador. Ficou demonstrado também que nesse modelo não há respostas universalmente aplicáveis uma vez que a linha de ação que mais contribui para a promoção da melhoria contínua do comportamento dos regulados é a interação de diferentes ferramentas e técnicas regulatórias.

O quadro abaixo consolida os elementos da Teoria da Regulação Responsiva que foram incorporados à Minuta do Contrato de Concessão da BR-153/414/080/TO/GO/2020:

<b>Princípio da Teoria da Regulação Responsiva</b>	<b>Melhorias e inovações em relação aos contratos de concessão anteriores que podem ser consideradas técnicas incipientes de regulação responsiva</b>
Considere o Contexto. Não imponha uma teoria pré-concebida.	A Regulação Responsiva requer dos reguladores uma postura não dogmática em relação a qualquer teoria, inclusive a própria teoria da regulação responsiva, para se alcançar a melhor solução para determinados problemas que se apresentarem ao regulador. Isso foi observado ao longo do processo de concessão da BR-153/414/080/TO/GO, ainda em andamento.
Ouçã ativamente. Estabeleça um diálogo com as partes interessadas.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Previsão de pontos de parada para caminhoneiros, local adequado para que os caminhoneiros possam parar e descansar, com segurança, antes de seguir viagem.</li> <li>● Previsão de construção de contornos rodoviários em trechos urbanos</li> </ul>
Demonstre respeito e encare a resistência como oportunidade	Previsão de outorga variável que corresponderá ao percentual de 6% da receita bruta total, inclusive da

para aprender a melhorar o desenho regulatório.	receita extraordinária.
Estimule a inovação e a melhoria contínua, auxiliando no atingimento de novos patamares de excelência.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Implementação do Índice de Desempenho (ID), que provocará impacto direto na taxa interna de retorno, simplificação regulatória e critério objetivo para abertura de processo de caducidade.</li> <li>● Proteção cambial</li> </ul>
Sinalize a preferência por alcançar resultados pelo apoio e capacitação para reforçar habilidades.	Acordo tripartite facultativo. O objetivo desse acordo é conferir maior segurança para o financiador, provendo maiores informações sobre o status da concessão e permitindo-lhe assumir a concessão.
Sinalize, mas não ameace, o rol de de sanções até onde você pode escalar, incluída à sanção capital como último recurso.	Previsão de regras gerais para o cálculo da indenização em casos de extinção antecipada, considerando prioridade de pagamento aos financiadores logo após o pagamento dos valores devidos ao poder concedente.
Crie governança em rede, envolvendo redes mais amplas de parceiros à medida em escale a pirâmide.	Atuação dos órgãos de controle (especialmente o Tribunal de Contas da União - TCU), Empresa de Planejamento e Logística, Ministério da Infraestrutura, Audiência Pública. Não chega a ser uma inovação, mas certamente cria um mecanismo de governança em rede.
Extraia responsabilidade ativa e recorra à responsabilidade passiva quando a positiva falhar.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Estabilidade tarifária e regulatória, com foco na revisão quinquenal e utilização do índice de desempenho (ID) no processo da revisão.</li> <li>● Previsão de um estoque de melhorias: a ANTT poderá solicitar a execução de diversas melhorias (vias laterais, interconexões, passarelas) ao longo da execução contratual</li> </ul>
Aprenda. Avalie quão bem e a que custo os resultados foram alcançados. Divulgue as lições aprendidas.	Não se aplica, pois o estudo de caso pioneiro é justamente o processo de Concessão da BR-153/414/080/TO/GO.

Esses elementos podem servir de referência para futuros contratos de concessão de rodovias na medida em que constituem, como foi mostrado ao longo do trabalho, boas práticas regulatórias e contribuem, em última instância para o cumprimento da missão da Agência Nacional de Transportes Terrestres: *Assegurar aos usuários adequada infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre, com transparência e regulação efetiva, proporcionando melhoria contínua dos serviços.*<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Conforme planejamento estratégico da ANTT 2020-2030. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/pt-br/planejamento-estrategico>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

## BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Audiência Pública. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=397>. Acesso em: 30 abr. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. PORTARIA Nº 130, DE 23 DE ABRIL DE 2019. 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](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). Acesso em: 30 mar. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. RESOLUÇÃO Nº 2.552, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2008. Disponível em: [https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00002552&seqAto=000&valorAno=2008&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod\\_menu=5408&cod\\_modulo=161](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00002552&seqAto=000&valorAno=2008&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161). Acesso em: 15 abr. 2020.

APRESENTAÇÕES IFC: Projeto Aliança do Tocantins (TO)/Anápolis (GO) de maio de 2019.

ARTESP, Edital e Contrato do Lote Rodovias dos Calçados/SP. Agência de Transportes do Estado de São Paulo. Assinado em 2017.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.

BRAITHWAITE, J. Crime, Shame And Reintegration. New York: Cambridge University, 1999.

BRAITHWAITE, J. Inequality, Crime, and Public Policy, London and Boston, Routledge & Kegan Paul. (1979)

BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. World Development, Camberra, v.34, n. 5, p. 884-898, mai. 2006.

BRAITHWAITE, J. Restorative Justice And Responsive Regulation. New York: Oxford University, 2002.

BRAITHWAITE, J. Rewards and Regulation. Journal of Law and Society, Oxford, v. 29, n. 1, p. 12-26, mar.2002.

BRAITHWAITE, J. The Essence of Responsive Regulation (Fasken Lecture). UBC Law Review, Vancouver, v. 44, n. 3, p. 475-520, mar. 2011.

BRAITHWAITE, J.; AYRES, I. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York:Oxford University Press, 1992. 216 p.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; Moreira, Servulo Vicente e Motta, Lucas Varjão. *Modelos de Concessão de Rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: Evolução histórica e avanços regulatórios*. Texto para Discussão nº 2378, IPEA, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório - Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 27/60. A mesma autora estuda o tema da regulação em seu *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Diniz, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 1974. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1974.

FERNANDES, C. A. G. *A reforma do modelo de fiscalização do setor elétrico brasileiro*. Brasília: ENAP, 2018.

HIRATA, I. et al. *Fiscalização em 3 níveis – aplicando o conceito de diferenciação de risco regulatório na fiscalização de empreendimentos de geração de energia*. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO – 3ª EXPOABAR, 2015. Anais. Brasília: ABAR, 2015.

JESUS, C. M. D. *TEORIA RESPONSIVA NA REGULAÇÃO PELA ANATEL SOBRE O SERVIÇO MÓVEL PESSOAL 4G*. 2015. 66f. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. 2015.

JORDÃO, Tarcila Reis. *Acordo Tripartite: Enfrentando os Desafios da Financiabilidade de projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas no Brasil*. *Direito, Instituições e Política Públicas. O Papel do Jus Idealista na Formação do Estado* (Coordenação de CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta, ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach). São Paulo: Quartier Latin, 2017.

JR, I. T. G. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794/2034>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. (Em especial, ver o Capítulo I - A Concepção de um Estado Regulador).

KOLIEB, J. *When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond*. *Monash University Law Review*, Vol. 41(1), pp. 136-162, 2015.

KRISHNA, Vijay. Auction Theory. 2nd ed. San Diego: Academic Press, 2010.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.  
Regulatory Enforcement and Inspections. Best Practice Principles for Regulatory Policy.  
Paris: OECD, 2014.

POMPERMAYER, Fabiano Mezadre, Silva Filho, Edison Benedito da. Concessões no setor de infraestrutura: propostas para um novo modelo de financiamento e compartilhamento de riscos. Texto para Discussão nº 2177, IPEA, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17/38.

TENBRUNSEL, A.; MESSICK, D. Ethical Fading: The Role of Self-Deception in Unethical Behavior. Social Justice Research, v. 17(2), pp. 223–236, 2004.

VARIAN, H. R. Microeconomic Analysis - 3a. Ed. Norton. New York. 1992.