Análise de Impacto Regulatório – Fase Preliminar

Tema: Regulamentação do processo de aplicação de caducidade

Versão 2.0

Eixo Temático 1

Esta Análise de Impacto Regulatório é um instrumento de análise técnica preliminar, cujas informações e conclusões são fundamentadas em análises promovidas pelas pessoas responsáveis pelo desenvolvimento do tema, não refletindo necessariamente a posição final e oficial da Agência, que somente se firma pela deliberação da Diretoria Colegiada da ANTT.



SECÃO 1 - IDENTIFICAÇÃO DA ANÁLISE

1. Quais as palavras-chave para facilitar pesquisas sobre esta AIR?

Palavra-chave 1: Caducidade

Palavra-chave 2: Extinção

Palavra-chave 3: Termo Contratual

Palavra-chave 4: Renovação

2. Quais são os processos relacionados ao tema?

Processo nº 50500.252312/2016-18. Processo Administrativo Ordinário – Concessionária de rodovias Galvão BR 153;

Processo nº 50500.215568/2016-36. Processo Administrativo Ordinário – Concessionária de rodovias Galvão BR 153;

Processo nº 50500.089103/2014-51. Grupo de Trabalho da Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A.

3. Quais são as AIRs relacionadas?

Não há.

4. Em qual etapa está sendo concluída apresente versão da AIR? Antes do início, no início, no meio ou no final do Projeto?

Já foi realizada a primeira versão da AIR nível 1, na etapa 2 do Projeto, antes da elaboração da minuta do documento. Agora, atendendo às boas práticas regulatórias, a AIR foi revisitada e atualizada, após os debates do GT de Caducidade e a confecção da minuta final da resolução.

SEÇÃO 2 - DIAGNÓSTICO E MAPEAMENTO DA SITUAÇÃO-PROBLEMA

1. Qual o problema a ser solucionado ou a oportunidade a ser explorada?

A Lei nº 8.987/1995 elenca os casos possíveis de extinção da concessão, em especial as espécies advento do termo contratual, caducidade, encampação e intervenção. De forma semelhante, a Lei nº 13.448/2017 disciplina os casos de prorrogação antecipada e relicitação. Para o caso específico de caducidade, a Lei nº 8.987/1995 estabelece em seu art. 38, § 1º:



- "§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:
- I o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- II a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;
- III a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- IV a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;
- V a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
- VI a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e
- VII a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)"

Todas essas modalidades representam pontos de inflexão contratual, uma vez que as condições às quais a concessão está submetida sofrem significativas alterações (seja de forma mais ou menos abrupta).

Para praticamente todos os casos, há exemplos recentes, e a Agência, por meio deles, vem adquirindo as primeiras experiências, notadamente nos setores rodoviário e ferroviário. A abertura de Processos Administrativos Ordinários com vistas à aplicação da penalidade de caducidade tem sido a forma adotada pela ANTT para tratamentos dos casos em que tem se deparado com problemas frequentes e prejudiciais à sua atuação, sobretudo a constatação de reiterados descumprimentos contratuais, visando ao encerramento antecipado de contratos de concessão.

Com base nessa experiência acumulada até então, foi possível a identificação de alguns pontos sensíveis de cada processo, em especial a ausência de regulamentação dos respectivos processos.

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



2. A ação regulatória visa a minorar falha(s) de mercado? Quais?

Uma das premissas básicas da microeconomia é a de que as forças de oferta e demanda, em mercados livres, produzem uma alocação eficiente de recursos. Ou seja, essas forças são guiadas por uma "mão invisível" em direção a um equilíbrio de mercado que maximiza os benefícios totais para ofertantes e demandantes.

Esse mercado livre também é chamado de mercado de concorrência perfeita, segundo Mankiw (2006)¹. Sendo que aqui cabe uma advertência: essa eficiência econômica somente é atingida mediante um conjunto básico de hipóteses simplificadoras da realidade, quais sejam:

- Preços dados: Em mercados perfeitamente competitivos, tanto as empresas quanto os consumidores são tomadores de preços. As decisões individuais dos agentes (empresas e consumidores) não são suficientes para influenciar o preço de mercado. As empresas, individualmente, produzem uma quantidade muito pequena da produção total, e os consumidores, individualmente, consomem uma quantidade muito pequena da produção total. Essa incapacidade de influenciar, individualmente, o mercado é também chamada de "atomicidade", pois os agentes são pequenos como átomos.
- Produtos homogêneos: os produtos são homogêneos quando são considerados substitutos perfeitos entre si. Geralmente, os produtos mais próximos de possuírem tal qualidade são as chamadas "commodities".
- Inexistência de barreiras à entrada ou saída: supõe-se não existirem custos elevados ou limitações legais (como direitos de patentes) que inviabilizem a entrada ou saída de empresas em um setor específico, consequentemente, não há reserva de mercado para empresas já estabelecidas anteriormente. Mercados como o de energia elétrica, telecomunicações, ferrovias, saneamento básico urbano e petróleo, que exigem grandes investimentos iniciais, possuem barreiras à entrada.
- Informação completa ou perfeita: há perfeita transparência de informações entre consumidores e ofertantes, ou seja, as empresas estão totalmente conscientes de suas possibilidades de

¹ MANKIW, N.G. Introdução à economia: Tradução da 3º edição norte-americana. São Paulo: Thomson, 2006.



produção e os consumidores de suas alternativas de consumo. Para Melo (2013, p.3)², "isso pressupõe uma racionalidade plena na tomada de decisão pelo agente, conhecedor em última instância de todas as oportunidades presentes no mercado, qualquer que este seja."

Dadas as características citadas, não é difícil concluir que os mercados de concorrência perfeita são ficções econômicas, meros modelos idealizados. Qualquer infringência a essas suposições simplificadoras impossibilita o atingimento da eficiência econômica.

A essas situações os economistas chamam de falhas de mercado e, segundo a Teoria do Interesse Público, são essas mesmas falhas que legitimam a intervenção do Estado via regulação do mercado. Além das falhas de mercado geradas pela infringência das hipóteses do modelo de concorrência perfeita, há outros tipos de falhas de mercado, como, por exemplo, as externalidades³, mas, mesmo dentro desse conjunto mais amplo de falhas de mercado, para o contexto do projeto em questão, a única falha que adquire relevância é a assimetria de informações.

Para Fiani⁴ (2002, *apud* Rodrigues 2011, p.4), a assimetria de informações é consequência direta da racionalidade limitada, complexidade e incerteza. Dado o papel estratégico da informação nas relações econômicas, os agentes econômicos (aí incluído o concessionário) tendem a ocultar informações relativas à sua estrutura de custos, pesquisas e desenvolvimento, capacidade financeira e demais informações estratégicas.

A assimetria informacional tem o condão de estimular comportamentos oportunistas, cujos efeitos são potencializados pelo contexto de contratos incompletos inerentes à regulação. Os principais tipos de problemas decorrentes da assimetria podem ser resumidos em dois tipos, a saber: seleção adversa e risco moral. Para os propósitos da presente análise, destaca-se o problema do risco moral.

O risco moral é um problema pós-contratual, ou seja, ocorre após o estabelecimento de acordo entre as partes devido a um comportamento imprevisto durante a sua execução. Um exemplo seria o surgimento de problemas na execução de obras relacionadas à infraestrutura de uma rodovia, decorrentes de uma má execução e dissimulação dessa qualidade, a fim de reduzir custos de operação.

² MELO, L.M. Modelos Tradicionais de Concorrência. In: KUPFER, D.;HANSENCLEVER, L. (Org). **Economia Industrial:** Fundamentos teóricos e práticos no Brasil. São Paulo: Elsevier, 2013.

³ Para Stiglitz (1988) as externalidades dizem respeito às ações de indivíduos ou firmas que geram sobre outros algum efeito indireto que não é captado pelo mecanismo de preços do mercado. Externalidades positivas acontecem quando uma ação individual ou de uma firma gera um benefício para outros; já a negativa acontece quando uma ação gera um custo para outros indivíduos ou agentes

⁴ RODRIGUES, A. S. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora. Revista ANTT, v. 3, n. 1, 2011.



Por fim, cabe destacar dois pontos relacionados à informação assimétrica, uma consequência direta dela e o outro agravado por ela, respectivamente a questão do principal-agente e a questão dos custos transacionais.

O problema do principal-agente é fruto da interação entre informação incompleta e relações hierárquicas entre indivíduos envolvidos na relação econômica.

Mueller (1999, p. 21) assim explica essa relação:

"Em uma relação principal-agente, o principal, que delega a tarefa ao agente, não tem informação sobre a capacidade (tipo) do agente ou o esforço colocado pelo agente na consecução da tarefa. Sendo assim, o principal não tem como avaliar o desempenho do agente dado que o resultado obtido por este, que é observável pelo principal, não é perfeitamente correlacionado com o esforço colocado pelo agente, que não é observável e é o parâmetro no qual a remuneração do agente deveria estar baseada. O agente, sabendo disto, terá incentivos para oferecer uma quantidade sub-ótima de esforço (moral hazard) e a mentir sobre seu tipo ou capacidade (seleção adversa). O principal, por sua vez, também terá ciência desta situação e poderá optar por evitar a relação ou incorrer em monitoração custosa, em que os custos representam perdas de bem-estar social comparados com à situação em que a relação pudesse ser estruturada para funcionar sem os incentivos perversos."

Já no tocante aos custos transacionais, a informação assimétrica, *per si*, não os gera, mas os agrava dentro das organizações, conforme explica Peres (2007)⁵:

"[...] sempre que houver custos em negociar, monitorar e coordenar o comportamento dos indivíduos, as transações tornam-se custosas e os mercados falharão em alcançar um equilíbrio eficiente. Para Fagundes (1997), os custos de transação corresponderiam ao dispêndio de recursos econômicos com a finalidade de planejamento, adaptação e monitoramento das interações entre os agentes para que o cumprimento dos termos contratuais seja satisfatório para as partes e compatível com a sua funcionalidade econômica. Em função da existência e importância desses custos de transação, há a necessidade de construção de estruturas de governança que permitam lidar com a incerteza e a variabilidade, reduzindo o comportamento oportunista e atenuando os custos de transação.

A coordenação é uma construção dos agentes econômicos para reduzir os custos de transação. Segundo Williamson (1985), os agentes criam determinados mecanismos, chamados de estrutura de governança, para lidar com os custos de transação. Não existe a priori uma estrutura de governança superior às demais. O conceito de eficiência apoia-se na adequação da estrutura de governança em questão às características da transação específica."

Diante do exposto, resta claro que a relação regulador/concessionário se enquadra nesse contexto, cabendo à Agência o papel de principal e à concessionária o papel de agente. E mais, o concessionário tem

⁵ PERES, Ursula D. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, v. 9, n. 24, p. 15-30, 2007.



o incentivo de incorrer no comportamento de risco moral por meio do ocultamento de informações e indolência de ações à medida que se aproxima o término da concessão (seja de maneira mais ou menos abrupta). Ainda, os custos transacionais (em especial os relacionados à realização do encontro de contas) gerados com esse comportamento são, sobremaneira, agravados pela ausência de uma regulamentação (mecanismo de estrutura de governança) que positive quais as providências e ritos a serem adotados para a eficácia dessas medidas.

3. A ANTT tem competência para regulamentar o assunto? Se sim, quais são os dispositivos legais que dispõem sobre essa competência?

A competência legal da ANTT encontra-se prevista na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, no Decreto nº 2.521/98, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e na Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, conforme se transcreve abaixo:

Lei nº 8.987/1995

"Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida."

(...)

" Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão:

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual."



Igualmente, também há previsão legal na Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação antecipada e relicitação dos contratos de parceria definidos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, conforme pode ser visto abaixo:

"Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995."

"Art. 14.

 (\ldots)

§ 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado:

(...)

II - da renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no § 3° do art. 38 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de **caducidade**;

(...)

§ 3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de **caducidade** eventualmente em curso contra o contratado." (grifamos)

Dessa forma, com suporte nos dispositivos normativos mencionados, conclui-se que a Agência tem competência para editar regulamento sobre o tema.

4. Quais os objetivos da ação regulatória?

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

5. Foram identificados atos normativos, pareceres da PRG ou notas técnicas relevantes para o estudo do tema? Quais?

O Parecer Técnico nº 109/2018/COINF/URRJ/SUINF (Processo nº 50500.089103/2014-51) e a Portaria ANTT nº 480/2018, atualizada pela Portaria ANTT nº 136/2019.



6. Foram identificadas recomendações ou determinações de órgãos externos? Se sim, quais?

Não há recomendações ou determinações específicas de órgãos externos de controle sobre o tema. O tema é salientado, por exemplo, no processo do TCU referente à concessão rodoviária BR-153 Galvão Engenharia (TC 006.621/2017-1), em que foi aplicada a penalidade de caducidade.

7. Existem diretrizes da Diretoria Colegiada sobre o tema? Se sim, quais?

Sim, por meio da Portaria ANTT nº 480/2018, atualizada pela Portaria ANTT nº 136/2019. conforme transcrição abaixo:

Portaria ANTT nº 480/2018

Art. 1º Constituir Grupo de Trabalho com o objetivo de elaborar a do processo de aplicação da penalidade de caducidade no âmbito da ANTT.

Art. 2º Compete ao Grupo de Trabalho elaborar minuta de resolução acerca do tema em tela e proceder a seus trâmites para aprovação.

Art. 3º Os trabalhos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho orientarão as Unidades Organizacionais responsáveis sobre as ações a serem adotadas.

8. Quais as premissas utilizadas na ação regulatória? Essas premissas foram validadas pela Diretoria Colegiada?

A presente ação regulatória tem como premissas o conteúdo exposto na pergunta 1 da seção 2 da presente AIR.

Referidas premissas não foram validadas pela Diretoria Colegiada até o momento.

9. Foram identificados estudos, pesquisas, teses, relatórios ou informações relevantes da Agência ou de fontes externas que podem contribuir para a análise? Quais?

Sim. Encontram-se citados ao longo do presente documento.

10. Os atores internos e externos já foram consultados? Qual foi ou será a estratégia de consulta?

Sim. Ao longo do processo foram realizadas reuniões com a Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária (SUINF), Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas (SUFER), Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros (SUPAS) e Procuradoria Federal (PF/ANTT), detalhadas por meio de e-mails e listas de presença.



SEÇÃO 3 ANÁLISE DAS ALTERNATIVAS

Foi realizada a identificação dos seguintes atores, como os mais afetados pela ação regulatória proposta:

- Agência Nacional de Transportes (ANTT);
- Delegatários do serviço público (concessionárias e permissionárias);
- Usuários do serviço público; e
- Sociedade (pessoa física ou jurídica não enquadrada nas categorias anteriores);.

Quanto às opções regulatórias consideradas nesta AIR, são as seguintes:

Alternativa 1: Não atuar (manter o status quo).

Resolveria o problema da seguinte forma:

Não resolveria o problema.

<u>Alternativa 2</u>: Publicação de ato normativo que defina, estabeleça, organize e racionalize os procedimentos relativos à eficácia da penalidade de <u>caducidade</u>, ao <u>termo contratual</u>, à <u>relicitação contratual</u> e à <u>prorrogação antecipada</u>.

Resolveria o problema da seguinte forma:

Termo contratual, Caducidade, Relicitação Contratual e Prorrogação Contratual são todos institutos que guardam entre si diversas similaridades de propósito e ritos processuais, consequentemente, também guardam problemas em comum. Dentre esses problemas, destacam-se os seguintes: (i) baixos níveis de transparência, previsibilidade (inclusive temporal) e celeridade no tocante à operacionalização da eficácia dos respectivos institutos, sobretudo no encontro de contas e eventuais indenizações; (ii) ausência de mecanismos que identifiquem, definam e padronizem quais os procedimentos e informações necessários à operacionalização da eficácia dos respectivos institutos; (iii) baixa efetividade dos mecanismos já existentes para desincentivar a concessionária a omitir informações e postergar ações salutares à eficácia dos institutos, notadamente àquelas relacionadas ao inventário de bens, regularização de pendências e demais necessárias ao encontro de contas.



Tais problemas se manifestam em maior ou menor medida, com maior ou menor previsibilidade a depender de qual é o instituto em questão. No advento do termo contratual, eles se manifestam de maneira mais previsível sempre nos últimos anos da concessão, por exemplo, o caso da CCR Ponte, que envolveu um problema na fiscalização da execução de obras nas juntas de dilatação, nos últimos meses da concessão, e as consequências de eventual indenização. Na situação de renovação (caso de cinco concessionárias ferroviárias), manifestam-se os mesmos problemas do termo, porém, de maneira mais branda, haja vista não ocorrer substituição de atores. Já para os casos de caducidade e relicitação, os problemas são majorados pelos elementos de incerteza e imprevisibilidade inerentes a tais institutos.

A ação regulatória proposta para esse contexto consistiria, resumidamente, na proposição e detalhamento de dois mecanismos de estrutura de governança: (i) comissão responsável por levantamento e avaliações relacionadas à operacionalização dos respectivos institutos, dividida em núcleo temáticos, a saber: núcleo jurídico, núcleo econômico-financeiro, núcleo operacional e demais núcleos que se fizerem necessários; (ii) obrigatoriedade de a concessionária elaborar Programa de Desmobilização Operacional – PDO a ser analisado, em prazo certo, pela ANTT. Para os casos de termo e renovação, o envio teria de ocorrer, obrigatoriamente, no último triênio da concessão; para os casos de caducidade e relicitação, o envio seria, de modo prudencial, a partir da instauração do Processo Administrativo Sancionador - PAS ou processo análogo.

Tais mecanismos teriam o condão de, por meio do incremento da estrutura de governança da Agência, reduzir a incerteza e a variabilidade (e, consequentemente, seus custos transacionais) relativos à eficácia dos respectivos institutos.

Por fim, cabe ressalvar a detecção de um risco relativo ao instituto da relicitação contratual. A Lei nº 13.448/2017 prevê que ato do Poder Executivo definirá os termos e prazos em que ela ocorrerá. Tal ato já está sendo confeccionado pela Administração Direta e, dessa forma, há a possibilidade de a ação regulatória em tela se mostrar, futuramente, redundante ou contraditório com esse ato. O mesmo raciocínio se aplica ao instituto de prorrogação antecipada.

Alternativa 3: Publicação de ato normativo que defina, estabeleça, organize e racionalize os procedimentos relativos à eficácia da penalidade de <u>caducidade</u>, ao <u>termo contratual</u>, à <u>relicitação</u> contratual, à <u>prorrogação antecipada</u> e à penalidade de <u>intervenção</u>.



Resolveria o problema da seguinte forma:

Em acréscimo ao exposto na alternativa anterior, o instituto da intervenção também poderia ser facilitado com uma solução semelhante de mecanismos de comissão e PDO, apesar de suas peculiaridades em relação aos demais institutos. Tais peculiaridades se concentram, principalmente, no fato de que a intervenção é um instituto destinado a assegurar a adequação na prestação do serviço com possível devolução da administração ao concessionário, e não uma forma propriamente dita de extinção contratual como os demais casos.

Consequentemente, aos problemas encontrados na alternativa nº 2 seriam acrescentados problemas de ritos processuais relacionados a questões como a gestão dos negócios da concessionária durante a intervenção.

<u>Alternativa 4</u>: Publicação de ato normativo que defina, estabeleça, organize e racionalize os procedimentos relativos à eficácia da penalidade de <u>caducidade</u>, ao <u>termo contratual</u> e à <u>prorrogação</u> <u>antecipada</u>.

Resolveria o problema da seguinte forma:

A resolução seria a mesma da alternativa nº 2, no entanto, sem os riscos relativos ao instituto da relicitação, mas seriam mantidos os relativos ao da prorrogação antecipada.

<u>Alternativa 5</u>: Publicação de ato normativo que defina, estabeleça, organize e racionalize os procedimentos relativos à eficácia da penalidade de <u>caducidade</u>.

Resolveria o problema da seguinte forma:

.A resolução seria a mesma da alternativa nº 2, no entanto, sem os riscos relativos aos institutos da relicitação e prorrogação antecipada e aos ônus específicos do instituto da Intervenção.



\bullet ANTT

- Não incorrência em custos regulatórios, que segundo Nascimento (2006)⁶ podem ser divididos em *ex-ante* e *ex-post*. Custos *ex-ante*: ocorrem antes de criar uma norma os indivíduos devem coletar informações a respeito do que vai ser normatizado, negociar os termos da norma, redigi-la e salvaguardar, por meio de seus itens, o desenrolar eficiente da norma. Os custos *ex-post* englobam: a ação legal formal com respeito a divergências, e o estabelecimento e a operacionalização de procedimentos formais de controle; reavaliação do grau de adaptação dos termos e das condições correntes da norma, incluindo a possibilidade de revisão da norma; monitoramento do cumprimento das cláusulas normativas, e do comprometimento dos agentes a permanecerem aderidos aos termos da norma. (BENEFÍCIO);
- Manutenção dos altos custos transacionais gerados pela ausência ou insuficiência de mecanismos que desincentivem o concessionário a incorrer no risco moral via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. (MALEFÍCIO)

• CONCESSIONÁRIAS

- A manutenção da atual estrutura de governança regulatória preservaria a vantagem informacional da concessionária induzindo-a à continuidade do ocultamento de informações e indolência de ações. (BENEFÍCIO);
- Possibilidade de tratamento não isonômico, por parte das UORG, dispensado à concessionária distintas em situações idênticas, haja vista a ausência de normativo que padronize os procedimentos. (MALEFÍCIO)

• USUÁRIOS

• A ausência de mecanismos que desincentivem o concessionário a incorrer no risco moral via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão pode gerar externalidade negativas ao usuário, como por exemplo, os custos econômicos decorrentes na maior demora nas renovações e relicitações (MALEFÍCIO)

• SOCIEDADE

• A ausência de mecanismos que desincentivem o concessionário a incorrer no risco moral via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão pode gerar externalidade negativas à sociedade, como por exemplo, os custos econômicos decorrentes na maior demora nas renovações e relicitações (MALEFÍCIO)

⁶ Renata Leite Pinto do Nascimento. *Risco regulatório e os impactos nas decisões de investimento em gás natural no Cone Sul:* Argentina, Brasil, Bolívia e Chile. Rio de Janeiro: UFRJ. 2006.



$\bullet ANTT$

- Incorrência em custos regulatórios, que segundo Nascimento (2006)⁷ podem ser divididos em *ex-ante* e *ex-post*. Custos *ex-ante*: ocorrem antes de criar uma norma os indivíduos devem coletar informações a respeito do que vai ser normatizado, negociar os termos da norma, redigi-la e salvaguardar, por meio de seus itens, o desenrolar eficiente da norma. Os custos *ex-post* englobam: a ação legal formal com respeito a divergências, e o estabelecimento e a operacionalização de procedimentos formais de controle; reavaliação do grau de adaptação dos termos e das condições correntes da norma, incluindo a possibilidade de revisão da norma; monitoramento do cumprimento das cláusulas normativas, e do comprometimento dos agentes a permanecerem aderidos aos termos da norma. (MALEFÍCIO);
- Redução dos altos custos transacionais gerados pela ausência ou insuficiência de mecanismos que desincentivem o concessionário a incorrer no risco moral via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. A institucionalização da Comissão e do PDO cumpririam esse papel (BENEFÍCIO);
- Risco jurídico de a ação regulatória da Agência se mostrar desnecessária ou contraditório em relação ao ato do Poder Executivo que disciplinará os termos e prazos relativos aos institutos da relicitação e da Prorrogação Antecipada (MALEFÍCIO).

• CONCESSIONÁRIAS

- A melhoria da estrutura de governança regulatória, via institucionalização da Comissão e do PDO, reduziria a vantagem informacional da concessionária desestimulando-a, consequentemente, ao ocultamento de informações e indolência de ações. (MALEFÍCIO);
- Uniformização de tratamento, por parte das UORG, dispensado à concessionária distintas em situações idênticas. (BENEFÍCIO)
- Risco jurídico de a ação regulatória da Agência se mostrar desnecessária ou contraditório em relação ao ato do Poder Executivo que disciplinará os termos e prazos relativos ao instituto da relicitação (MALEFÍCIO).

• USUÁRIOS

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. (BENEFÍCIO)

SOCIEDADE

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. (BENEFÍCIO)

⁷ Idem.



\bullet ANTT

- Incorrência em custos regulatórios, que segundo Nascimento (2006)⁸ podem ser divididos em *ex-ante* e *ex-post*. Custos *ex-ante*: ocorrem antes de criar uma norma os indivíduos devem coletar informações a respeito do que vai ser normatizado, negociar os termos da norma, redigi-la e salvaguardar, por meio de seus itens, o desenrolar eficiente da norma. Os custos *ex-post* englobam: a ação legal formal com respeito a divergências, e o estabelecimento e a operacionalização de procedimentos formais de controle; reavaliação do grau de adaptação dos termos e das condições correntes da norma, incluindo a possibilidade de revisão da norma; monitoramento do cumprimento das cláusulas normativas, e do comprometimento dos agentes a permanecerem aderidos aos termos da norma. (MALEFÍCIO);
- Redução dos altos custos transacionais gerados pela ausência ou insuficiência de mecanismos que desincentivem o concessionário a incorrer no risco moral via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. A institucionalização da Comissão e do PDO cumpririam esse papel (BENEFÍCIO)
- Risco jurídico de a ação regulatória da Agência se mostrar desnecessária ou contraditório em relação ao ato do Poder Executivo que disciplinará os termos e prazos relativos aos institutos da relicitação e da Prorrogação Antecipada (MALEFÍCIO).
- Ônus de trazer encargos relativos aos custos de regulamentação de aspectos atinentes à gestão dos negócios da concessionária, durante o período de intervenção. Aspectos esses que não fazem parte da regulação do contrato (*expertise* da Agência), mas sim da gestão empresarial (*expertise* do concessionário).

• CONCESSIONÁRIAS

- A melhoria da estrutura de governança regulatória, via institucionalização da Comissão e do PDO, reduziria a vantagem informacional da concessionária desestimulando-a, consequentemente, ao ocultamento de informações e indolência de ações. (MALEFÍCIO);
- Uniformização de tratamento, por parte das UORG, dispensado à concessionária distintas em situações idênticas. (BENEFÍCIO)

• USUÁRIOS

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. (BENEFÍCIO)

• SOCIEDADE

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. (BENEFÍCIO)

⁸ Idem.



• ANTT

- Incorrência em custos regulatórios, que segundo Nascimento (2006)⁹ podem ser divididos em *ex-ante* e *ex-post*. Custos *ex-ante*: ocorrem antes de criar uma norma os indivíduos devem coletar informações a respeito do que vai ser normatizado, negociar os termos da norma, redigi-la e salvaguardar, por meio de seus itens, o desenrolar eficiente da norma. Os custos *ex-post* englobam: a ação legal formal com respeito a divergências, e o estabelecimento e a operacionalização de procedimentos formais de controle; reavaliação do grau de adaptação dos termos e das condições correntes da norma, incluindo a possibilidade de revisão da norma; monitoramento do cumprimento das cláusulas normativas, e do comprometimento dos agentes a permanecerem aderidos aos termos da norma. É válido ressaltar que a dimensão dessa incorrência de custos seria menor do que na alternativa 3, haja vista a menor complexidade do conjunto de institutos tratados, uma vez que todos guardam similaridade de ritos processuais e finalidades (MALEFÍCIO);
- Redução dos altos custos transacionais gerados pela ausência ou insuficiência de mecanismos que desincentivem o concessionário a incorrer no risco moral via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. A institucionalização da Comissão e do PDO cumpririam esse papel (BENEFÍCIO);
- Risco jurídico de a ação regulatória da Agência se mostrar desnecessária ou contraditório em relação ao ato do Poder Executivo que disciplinará os termos e prazos relativos ao instituto da Prorrogação Antecipada (MALEFÍCIO).

CONCESSIONÁRIAS

- A melhoria da estrutura de governança regulatória, via institucionalização da Comissão e do PDO, reduziria a vantagem informacional da concessionária desestimulando-a, consequentemente, ao ocultamento de informações e indolência de ações. (MALEFÍCIO);
- Uniformização de tratamento, por parte das UORG, dispensado à concessionária distintas em situações idênticas. (BENEFÍCIO)

USUÁRIOS

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. (BENEFÍCIO)

• SOCIEDADE

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. (BENEFÍCIO)

⁹ Idem.



\bullet ANTT

- Incorrência em custos regulatórios, que segundo Nascimento (2006)¹º podem ser divididos em *ex-ante* e *ex-post*. Custos *ex-ante*: ocorrem antes de criar uma norma os indivíduos devem coletar informações a respeito do que vai ser normatizado, negociar os termos da norma, redigi-la e salvaguardar, por meio de seus itens, o desenrolar eficiente da norma. Os custos *ex-post* englobam: a ação legal formal com respeito a divergências, e o estabelecimento e a operacionalização de procedimentos formais de controle; reavaliação do grau de adaptação dos termos e das condições correntes da norma, incluindo a possibilidade de revisão da norma; monitoramento do cumprimento das cláusulas normativas, e do comprometimento dos agentes a permanecerem aderidos aos termos da norma. É válido ressaltar que a dimensão dessa incorrência de custos seria menor do que na alternativa 3, haja vista a menor complexidade do conjunto de institutos tratados, uma vez que esta opção somente trata da caducidade (MALEFÍCIO);
- Redução dos altos custos transacionais gerados pela ausência ou insuficiência de mecanismos que desincentivem o concessionário a incorrer no risco moral via ocultamento de informações e indolência de ações próximo ao término da concessão. A institucionalização da Comissão e do PDO cumpririam esse papel (BENEFÍCIO);
- Relação custo-benefício vantajosa ao decidir não regulamentar opções que contenham riscos de inconsistências diretivas entre a Administração Pública Direta e a Agência, caso da Relicitação e Prorrogação Antecipada, decorrentes de atos normativos complementares posteriores à norma da Agência;

CONCESSIONÁRIAS

- A melhoria da estrutura de governança regulatória, via institucionalização da Comissão e do PDO, reduziria a vantagem informacional da concessionária desestimulando-a, consequentemente, ao ocultamento de informações e indolência de ações. (MALEFÍCIO);
- Uniformização de tratamento, por parte das UORG, dispensado à concessionária distintas em situações idênticas. (BENEFÍCIO)

• USUÁRIOS

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário por meio de infrações ao contrato. (BENEFÍCIO)

• SOCIEDADE

• Redução da possibilidade de sofrerem externalidades negativas decorrentes do comportamento de risco moral do concessionário por meio de infrações ao contrato. (BENEFÍCIO)

¹⁰ Idem.



SEÇÃO 4 - CONCLUSÃO

1. A Análise preliminar de Impacto Regulatório realizada é suficiente para embasar uma tomada de decisão? Caso negativo, justificar.

Sim.

2. Caso esta Análise de Impacto seja suficiente para tomada de decisão, é recomendada uma das alternativas? Se sim, qual a opção escolhida e como seria feita a implantação da ação regulatória?

Sim. A alternativa 5 se mostra melhor em decorrência do menor nível de complexidade, ausência de riscos jurídicos e maior probabilidade de ocorrência.

A implantação seria realizada por meio de uma resolução que disciplinasse, via criação de mecanismos de estruturas de governança, o processo de aplicação de <u>caducidade</u> no âmbito da Agência, de modo a deixar o rito e as fases do processo bem mais claros, com prazos pré-estabelecidos e com maior segurança jurídica tanto para os gestores quanto para os regulados.

3. Considerações finais.

Faz-se mister destacar que, atendendo às boas práticas regulatórias e a fim de se afastar o risco jurídico de *bis in idem*, a minuta de resolução que estabelecerá as diretrizes e regras para o procedimento preparatório e para o processo sancionador de caducidade não se deve confundir com a matéria de avaliação de desempenho dos serviços prestados pelos delegatários (inc. I, § 10 do art. 38, da Lei no 8.987/1995), a qual, atualmente, possui regras próprias estabelecidas em contratos pelas áreas finalísticas (SUINF, SUFER e SUPAS) e/ou podem ser disciplinadas mediante resoluções específicas, definindo, inclusive, parâmetros de desempenho individuais, grupais e globais, interstícios temporais de avaliação e penalidades em caso de descumprimentos.

SEÇÃO 5 - ASSINATURAS

LISON TEIXETRA DE OLIVEIRAEspecialista em Regulação

GEART/SUEXE

MARNÉ L. JÚNIOR Especialista em Regulação GEART/SUEXE



De acordo.

Brasília (DF), 26 de junho de 2019.

CRISTIANO DELLA GIUSTINA Gerente de Articulação Institucional

De acordo.

Brasília (DF), 26 de junho de 2019.

MURSHED MENEZES ALI
Superintendente Executivo

SEÇÃO 6 - SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

Este documento é de acesso restrito? Não.

