

Organizadores

Natasha Schmitt Caccia Salinas

Péricles Gonçalves Filho

Leonardo Novaes Izidorio



TEMAS ATUAIS EM REGULAÇÃO E GOVERNANÇA

TEMAS ATUAIS EM REGULAÇÃO E GOVERNANÇA

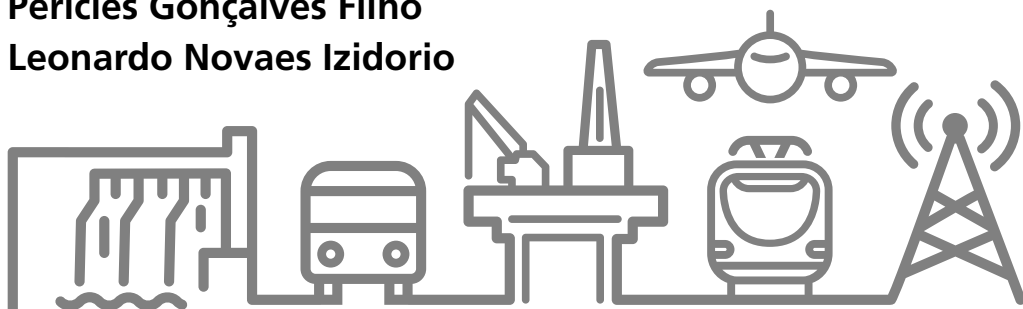
Edição produzida pela FGV Direito Rio
Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22.250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

Organizadores

Natasha Schmitt Caccia Salinas

Péricles Gonçalves Filho

Leonardo Novaes Izidorio



TEMAS ATUAIS EM REGULAÇÃO E GOVERNANÇA

EDIÇÃO FGV Direito Rio
Obra licenciada em Creative Commons
Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil.
Fechamento da 1ª edição em julho de 2025.

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.
Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas/FGV Direito Rio.

Coordenação: Luis Lopes Martins
Produção editorial: Christian Danniel
Estagiária: Mariana Oliveira
Capa e diagramação: Tangente Design
Tradução: Index Traduções
1ª revisão: Marcia Glenadel
2ª revisão: Fernanda Barreto

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Temas atuais em regulação e governança / Organização: Natasha Schmitt Caccia Salinas, Péricles Gonçalves Filho e Leonardo Novaes Izidorio, – Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2025.
516 p.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-86060-71-3.

1. Direito regulatório – Brasil. I. Regulação. II. Direito. III. Regulamentação regulatória. IV. Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 341.3221

Elaborada por Márcia Nunes Bacha – CRB-7/4403

Apresentação

Caras leitoras e caros leitores,

É com muita satisfação que apresentamos o primeiro volume da coletânea *Temas atuais em regulação e governança*, uma iniciativa da FGV Direito Rio que nasce com a missão de promover um espaço qualificado de análise crítica, construção colaborativa e engajamento institucional sobre os principais dilemas enfrentados pelas políticas regulatórias no Brasil. Mais do que um livro, esta obra inaugura um projeto que convida acadêmicos, reguladores, gestores públicos e representantes dos setores econômicos a refletirem, em conjunto, sobre soluções possíveis e necessárias para a melhoria da regulação em suas múltiplas dimensões.

A coletânea reúne 18 artigos organizados em cinco grandes eixos temáticos, estruturados para proporcionar ao leitor uma jornada fluida e articulada pelos diferentes campos da atuação regulatória contemporânea.

Abrimos com o eixo **Fundamentos e Melhoria da Regulação**, dedicado à base institucional e teórica da regulação. O artigo *Os três pilares da melhoria regulatória*, de Lucas Thevenard Gomes e Natasha Schmitt Caccia Salinas, analisa como instrumentos de melhoria regulatória como mecanismos de participação social, agenda regulatória e estudos de análise e avaliação de impactos articulam-se na construção das políticas regulatórias. Em seguida, *Gestão de análise regulatória na Administração Biden*, de Richard L. Revesz, apresenta a experiência americana recente na condução da supervisão estratégica da regulação, com foco no papel do OIRA. Por fim, o artigo *A implementação do marco jurídico-institucional da política regulatória precede a instituição do Órgão de Supervisão Regulatória (OSR)*, assinado por Verônica Sanchez da Cruz Rios, Ana Carolina N. Argolo e Nazareno Araújo, reforça a importância de um ambiente normativo sólido como pré-condição para o funcionamento de órgãos de supervisão.

No eixo **Concessões, Contratos e Infraestrutura**, o leitor encontrará reflexões sobre equilíbrio econômico-financeiro, renegociação e modernização de contratos públicos. O texto *A reforma da tributação sobre o consumo no Brasil e os desequilíbrios econômico-financeiros nas concessões de serviços*

públicos, de Ana María Rovai e Marcio Roberto Alabarce, analisa os efeitos da reforma tributária sobre contratos de concessão já celebrados. Em *Soluções consensuais nas concessões de serviço público: o estado da arte no direito comparado e uma proposta de framework*, André Luiz de Albuquerque Farias, Fernando Villela de Andrade Vianna e Rafael Lapa Santos Bezerra propõem um modelo de renegociação contratual inspirado em experiências internacionais. *Modernização das cláusulas econômico-financeiras do contrato de arrendamento portuário como incentivo à renovação dos ativos*, de Flávia Morais Lopes Takafashi e Patrícia Póvoa Gravina, sugere ajustes contratuais para fomentar investimentos no setor portuário. Já o trabalho *Medidas mitigadoras de desequilíbrios econômico-financeiros em contratos de concessão*, de Marcela Ciccotti Hernandez, trata da adoção de mecanismos céleres de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão em cenários de crise. Encerrando a seção, o artigo *Reequilíbrio cautelar de contratos de longo prazo e a necessidade de regulamentação em âmbito federal*, de Raquel de Britto Sobral dos Santos Carvalho e Fábio Rogério Teixeira Dias de Almeida Carvalho, defende a criação de diretrizes federais para lidar com incertezas futuras em concessões duradouras.

O eixo **Previdência, Fundos e Seguros** trata de instrumentos financeiros e securitários sob a ótica regulatória. Em *Investimentos e precificação de ativos financeiros nos fundos de pensão*, Alcinei Rodrigues e Ricardo Pena analisam os impactos da Resolução CNPC nº 61/2024 na estabilidade desses fundos. O artigo *Propostas legislativas para o fomento da previdência complementar*, de Devanir Silva, propõe medidas para impulsionar a adesão de trabalhadores ao regime complementar. Já *Inteligência artificial e discriminação indireta no mercado de seguros: problemas e estratégias regulatórias*, de Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli e Péricles Gonçalves Filho, discute riscos algorítmicos e estratégias para evitar práticas de precificação discriminatória indevida. Complementando, *O cooperativismo como opção de atuação em seguros no Brasil*, de Walter A. Polido e Sidney Dias da Silva, sugere o fortalecimento de modelos cooperativos como forma de ampliar o acesso à proteção securitária.

No eixo **Regulação Responsiva, Setorial e Jurisprudência**, o foco recai sobre práticas institucionais, participação social e decisões judiciais com repercussão regulatória. O artigo *Mensuração da efetividade dos*

eventos de participação social: metodologia e indicadores, de Flávia Morais Lopes Takafashi, José Renato Ribas Fialho, José Gonçalves Moreira Neto e Diego Rafael Barboza Amorim, propõe instrumentos para avaliação da participação em processos decisórios. Em *Reflexões sobre THC2 à luz dos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP*, Paulo Renato Jucá e Amilcar Vianna analisam a jurisprudência relevante do STJ no setor portuário. Por fim, *Regulação responsiva: uma análise sobre o atual modelo e projeto de regulação responsiva da Anac*, de Renata de Abreu Martins e Francisco Cesar Lucas de Oliveira Filho, explora a transição da Anac para um modelo mais cooperativo de regulação.

Encerramos com o eixo **Saneamento, Recursos Hídricos e Mudanças Climáticas**, voltado à integração entre regulação ambiental, infraestrutura e segurança hídrica. O artigo *Eventos climáticos extremos, o papel do Estado e a matriz de riscos nos contratos de concessão*, de Ana María Rovai, Daniel Noronha e João Matheus Rossi, discute como eventos extremos exigem revisão das matrizes de risco. Em *Projeto Regulações Transversais: interface entre saneamento e recursos hídricos*, Itamar Aparecido de Oliveira, Alessandro Silva de Oliveira e Edigleisson Bessa Pereira apresentam programas regulatórios voltados à preservação dos mananciais. Finalizando a coletânea, *Mudanças climáticas e modelagem contratual nas concessões*, de Mariana Caroline Ferreira de Souza e Leonardo Antonacci Barone Santos, propõe adaptações contratuais frente à realidade climática emergente.

Este primeiro volume inaugura uma proposta de contribuição contínua ao aprimoramento das instituições regulatórias no Brasil, reunindo olhares diversos, experiências práticas e rigor teórico. Esperamos que esta obra inspire, provoque e alimente o debate sobre caminhos mais justos, eficientes e sustentáveis para a regulação pública.

Boa leitura!

Os organizadores

Sumário

Parte I - FUNDAMENTOS E MELHORIA DA REGULAÇÃO	13

Os três pilares da melhoria regulatória	15

Lucas Thevenard Gomes

Natasha Schmitt Caccia Salinas

Gestão de análise regulatória na Administração Biden	55

Richard L. Revesz

A implementação do marco jurídico-institucional da política regulatória precede a instituição do Órgão de Supervisão Regulatória (OSR)	69

Veronica Sanchez da Cruz Rios

Ana Carolina N. Argolo

Nazareno Araújo

Parte II - CONCESSÕES, CONTRATOS E INFRAESTRUTURA	77

A reforma da tributação sobre o consumo no Brasil e os desequilíbrios econômico-financeiros nas concessões de serviços públicos	79

Ana Maria Rovai

Marcio Roberto Alabarce

Soluções consensuais nas concessões de serviço público: o estado da arte no direito comparado e uma proposta de framework para viabilizar renegociações no setor de infraestrutura	111

André Luiz de Albuquerque Farias

Fernando Villela de Andrade Vianna

Rafael Lapa Santos Bezerra

Modernização das cláusulas econômico-financeiras do contrato de arrendamento portuário como incentivo à renovação dos ativos	195

Flávia Moraes Lopes Takafashi

Patrícia Póvoa Gravina

Medidas mitigadoras de desequilíbrios econômicos-financeiros em contratos de concessão..... 215

Marcela Ciccotti Hernandez

Reequilíbrio cautelar de contratos de longo prazo e a necessidade de regulamentação em âmbito federal 235

Raquel de Britto Sobral dos Santos Carvalho

Fábio Rogério Teixeira Dias de Almeida Carvalho

Parte III - PREVIDÊNCIA, FUNDOS E SEGUROS 261

Investimentos e precificação de ativos financeiros nos fundos de pensão..... 263

Alcinei Rodrigues

Ricardo Pena

Propostas legislativas para o fomento da previdência complementar..... 283

Devanir Silva

Inteligência artificial e discriminação indireta no mercado de seguros: problemas e estratégias regulatórias 313

Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli

Péricles Gonçalves Filho

O cooperativismo como opção de atuação em seguros no Brasil..... 345

Walter A. Polido

Sidney Dias da Silva

Parte IV - REGULAÇÃO RESPONSIVA, SETORIAL E JURISPRUDÊNCIA 365

Mensuração da efetividade dos eventos de participação social: metodologia e indicadores 367

Flávia Moraes Lopes Takafashi

José Renato Ribas Fialho

José Gonçalves Moreira Neto

Diego Rafael Barboza Amorim

Reflexões sobre THC2 à luz dos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP 387

Paulo Renato Jucá

Amílcar Vianna

Regulação responsiva: uma análise sobre o atual modelo e projeto de regulação responsiva da Anac, bem como seus impactos no setor aeroportuário	425
<i>Renata de Abreu Martins</i>	
<i>Francisco Cesar Lucas de Oliveira Filho</i>	
Parte V - SANEAMENTO, RECURSOS HÍDRICOS E MUDANÇAS CLIMÁTICAS	447
Eventos climáticos extremos, o papel do Estado e a matriz de riscos nos contratos de concessão.....	449
<i>Ana María Rovai</i>	
<i>Daniel Noronha</i>	
<i>João Matheus Rossi</i>	
Projeto Regulações Transversais: interface entre saneamento e recursos hídricos.....	475
<i>Itamar Aparecido de Oliveira</i>	
<i>Alessandro Silva de Oliveira</i>	
<i>Edigleisson Bessa Pereira</i>	
Mudanças climáticas e modelagem contratual nas concessões.....	501
<i>Mariana Caroline Ferreira de Souza</i>	
<i>Leonardo Antonacci Barone Santos</i>	

Parte I

FUNDAMENTOS E MELHORIA DA REGULAÇÃO

Os três pilares da melhoria regulatória

Lucas Thevenard Gomes¹
Natasha Schmitt Caccia Salinas²

Introdução

Nas últimas décadas, o debate econômico a respeito do papel do Estado na economia tem deslocado a ênfase da questão da necessidade ou não da intervenção estatal para o problema de como tornar essa intervenção econômica mais eficiente e eficaz. Com efeito, o foco das políticas econômicas contemporâneas reside na formulação de estratégias regulatórias que promovam o desenvolvimento econômico, garantindo que a ação do Estado não comprometa a competição e a inovação (Vartiainen, 2019; Yahaya, 1991).

Essa nova ênfase no papel da regulação tem raízes na transformação dos modelos econômicos de diversas democracias, nas quais atividades essenciais, anteriormente desempenhadas por empresas estatais ou mediante participação direta do Estado na economia, passaram a ser executadas por agentes privados. A privatização e a abertura de mercados criaram novos desafios regulatórios (Bresser Pereira, 1993), exigindo a construção de arcabouços normativos capazes de assegurar a prestação adequada de serviços essenciais, sem impor barreiras desnecessárias ao dinamismo econômico (Kessides, 2004).

-
- 1 Professor da FGV Direito Rio, onde atua como pesquisador permanente do Projeto Regulação em Números. Doutorando e mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. MBA em Relações Internacionais pela FGV CPDOC.
 - 2 Professora do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Regulação e do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Doutora e mestra em Direito pela USP e Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Coordenadora científica do projeto Regulação em Números da FGV Direito Rio.

Nesse contexto, a regulação se tornou um dos principais instrumentos de atuação do Estado na economia (Majone, 1994), impondo-se a necessidade de desenvolver metodologias que garantam sua qualidade e legitimidade. O desafio de “como regular bem?” tornou-se uma questão fundamental para governos, acadêmicos e organismos internacionais (Nicoletti; Scarpetta, 2003). Dentre esses, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem desempenhado um papel particularmente relevante na consolidação de uma agenda de melhoria regulatória, pautada pela busca por transparência, previsibilidade e eficiência no processo regulatório (OCDE, 2012; OCDE, 2008). A OCDE incentiva seus Estados-membros a adotarem instrumentos que aprimorem a governança regulatória, como a participação social e a avaliação de impactos regulatórios, enfatizando que a boa regulação deve ser baseada em evidências, previsibilidade e engajamento social.

A melhoria regulatória se apresenta, assim, como um campo de estudo e ação voltado à qualificação das decisões regulatórias, buscando mitigar riscos de captura regulatória, reduzir encargos desnecessários à atividade econômica e fortalecer a legitimidade das normas regulatórias. Neste texto, argumentamos que três pilares fundamentais devem atuar em conjunto para promover esse objetivo: o planejamento por meio da agenda regulatória, a participação social no processo decisório e a avaliação de impactos, tanto *ex ante* (Análise de Impacto Regulatório, AIR) como *ex post* (Avaliação de Resultado Regulatório, ARR). Esses instrumentos não apenas auxiliam na construção de regulações mais efetivas, mas também reforçam a prestação de contas (*accountability*) dos órgãos reguladores à sociedade, promovendo previsibilidade e transparência na tomada de decisão.

O presente artigo tem por objetivo aprofundar a análise desses três pilares da melhoria regulatória, destacando sua importância para a construção de um arcabouço normativo mais eficiente e legítimo. Para isso, o texto se estrutura da seguinte forma: no primeiro momento, será apresentada a discussão acerca do caráter essencialmente procedimental da agenda contemporânea de melhoria regulatória e como, por meio do ciclo regulatório, espera-se que essas ferramentas levem a um aprimoramento geral dos processos de tomada de decisão dos órgãos reguladores. Em seguida, a análise se concentrará nos três pilares da melhoria regulatória

já identificados, detalhando as funções e os desafios da implementação de ferramentas como a agenda regulatória, mecanismos de participação social e avaliações de impactos regulatórios (AIR e ARR). Além disso, será examinada a complementaridade entre esses instrumentos, demonstrando como sua integração é crucial para maximizar seus benefícios à regulação. Por fim, a conclusão retomará os principais achados do estudo e discutirá as perspectivas futuras para o aprimoramento da regulação no Brasil.

Com isso, este artigo busca contribuir para o debate sobre a governança regulatória, destacando como a adoção de boas práticas pode melhorar a qualidade das normas, reduzir custos desnecessários e fortalecer a legitimidade das decisões regulatórias. A construção de um arcabouço normativo eficiente exige um esforço contínuo de aprimoramento, e a análise dos três pilares da melhoria regulatória permite compreender melhor os desafios e as oportunidades que se apresentam nesse campo.

Por fim, cabe destacar que, neste artigo, estamos interessados sobretudo na melhoria da qualidade das normas aprovadas por órgãos e entidades reguladoras. Por essa razão, ao tratarmos do planejamento regulatório, por exemplo, damos ênfase à agenda regulatória, que é o instrumento de planejamento da atividade normativa dos reguladores. Outros instrumentos de planejamento não são menos importantes para o bom funcionamento da governança regulatória, assim como outras atividades não normativas (como a fiscalização) têm também um papel essencial para a regulação em sentido amplo. A ênfase deste artigo na atividade normativa não deve ser entendida como evidência de que seus autores adotam uma visão reducionista do fenômeno regulatório. Trata-se apenas da opção por um recorte analítico que visa garantir a coerência do estudo empreendido, diante das variadas facetas que compõem a função regulatória do Estado.

1. O papel da procedimentalização das decisões regulatórias e do ciclo regulatório para o aprimoramento da regulação

A agenda de melhoria regulatória apresentada neste artigo fundamenta-se, em grande medida, na procedimentalização do processo de formulação e aprovação de novas normas regulatórias. Os instrumentos de melhoria regulatória propostos por essa agenda podem ser caracterizados como

controles procedimentais que visam garantir que os processos decisórios dos órgãos reguladores atendam a condições desejáveis de transparência, legitimidade e racionalidade.

É importante notar, a esse respeito, que nenhuma dessas dimensões garante que a regulação resultante terá, efetivamente, uma qualidade melhor, se entendemos como “qualidade” a produção dos melhores resultados concretos para a sociedade. Com efeito, uma escolha regulatória pode ser transparente, legítima e racional e, ainda assim, não ser a escolha “certa” ou a “melhor” em termos de promoção do bem-estar social. Baldwin, Cave e Lodge (2012) comentam esse fato distinguindo entre quatro dimensões de análise dos processos regulatórios: os insumos (*inputs*), os processos, os produtos (*outputs*) e os resultados:

Outra forma de desmembrar os diferentes aspectos da regulação a serem medidos é utilizar uma divisão em quatro partes: insumos, processos, produtos e resultados. A avaliação de desempenho com base em insumos é comum e considera aspectos como o número de inspetores e inspeções, bem como os recursos destinados à fiscalização. A avaliação baseada em processos ou em conformidade também é frequentemente realizada, medindo a aderência a requisitos procedimentais e a outras leis, políticas ou diretrizes. Menos comuns são as avaliações baseadas em produtos — que medem em que medida os objetivos de um programa específico são alcançados — e as avaliações baseadas em resultados, que avaliam o impacto do sistema regulatório em relação aos objetivos gerais da agência (e não apenas aos de um programa específico). (tradução própria de Baldwin; Cave; Lodge, 2012, p. 35-36).

Assim, uma crítica bastante frequente à agenda de melhoria regulatória consiste, precisamente, em identificar uma contradição entre o objetivo declarado de melhorar a regulação e os instrumentos propostos para tanto: ao estabelecer controles procedimentais muitas vezes é possível tornar o processo decisório dos órgãos reguladores mais oneroso, inflexível e, assim, potencialmente levar ao engessamento e à piora dos resultados efetivamente obtidos por esses órgãos, os quais quase sempre possuem

capacidades e recursos limitados (Baldwin, 2006). Em última análise, os instrumentos de melhoria regulatórios propostos não passariam de um checklist de procedimentos que, na prática, podem não trazer nenhum ganho substancial para a regulação.

Aprofundando essa crítica, Hertin *et al* (2009) analisam o uso de Análises de Impactos Regulatórios no contexto da União Europeia e identificam um viés racionalista, caracterizado pelos autores como “positivista”, o qual, além de tomar como pressuposto uma relação não necessária entre o uso de ferramentas procedimentais e a qualidade regulatória, também propaga a ideia possivelmente ingênua de que essas ferramentas serão sempre empregadas de forma politicamente neutra:

Surpreendentemente, os documentos de políticas que fundamentam os procedimentos de AIR (Análise de Impacto Regulatório) nos diferentes países da União Europeia muitas vezes não declaram um objetivo explícito. Parece tomar-se como certo que melhores informações conduzem diretamente a decisões “melhores”, sem que se perceba uma dimensão normativa. Esse conceito presumidamente neutro em termos de valores indica a prevalência de uma concepção racionalista. [...] De modo geral, o conceito de AIR segue uma lógica racionalista: a avaliação é percebida como um esforço neutro em valores, sendo os objetivos fornecidos pela própria política ou situando-se fora do escopo da AIR. (tradução própria de Hertin *et al*, 2009, p. 415).

A despeito da validade das críticas formuladas por essa literatura, é ainda possível justificar os esforços contemporâneos com a procedimentalização das decisões regulatórias tanto a partir de um argumento normativo como de um argumento descritivo/metodológico. O argumento normativo consiste em reconhecer que transparência, legitimidade e racionalidade são dimensões valorativas que devem ser consideradas por si mesmas quando analisamos uma decisão de um órgão regulador, independentemente de conduzirem ou não a decisões de políticas públicas com melhores resultados sociais. Sendo assim, tudo mais constante, uma decisão mais legítima, mais transparente ou mais racional seria “melhor” do que outra decisão que

não atende de forma adequada a padrões mínimos de qualidade baseados nessas dimensões.

Essas dimensões podem ser consideradas particularmente relevantes quando tratamos de decisões regulatórias, ou seja, decisões que são tomadas por burocratas não eleitos e podem gerar efeitos substanciais para o desempenho econômico de uma sociedade, incluindo efeitos redistributivos e impactos adversos para grupos sociais específicos. Nesse caso, pode ser desejável exigir, como ferramenta de prestação de contas, que o órgão regulador dê oportunidade para os agentes sociais interessados se manifestarem sobre a medida, e também que a fundamentação técnica da decisão tomada seja apresentada de forma detalhada, completa e transparente.

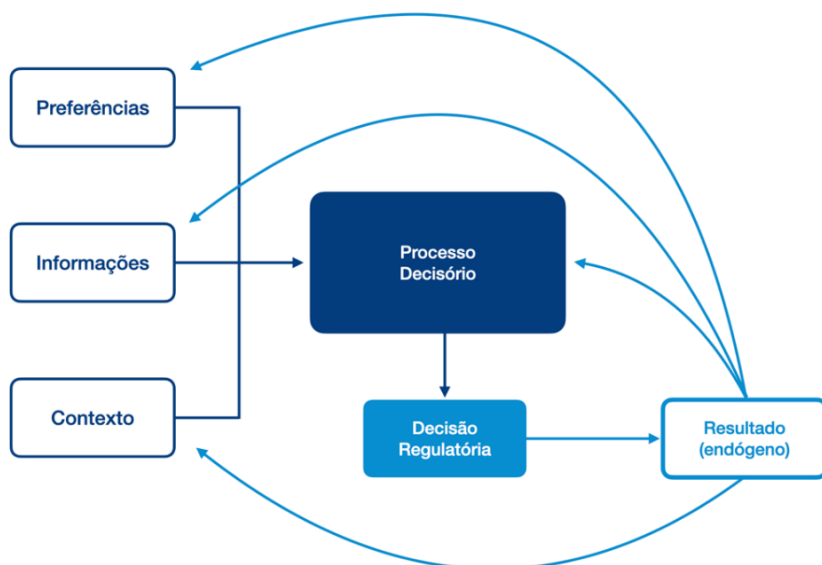
Por fim, ainda que não seja possível afirmar categoricamente que decisões fundamentadas na razão produzirão melhores resultados, é razoável esperar que, na maior parte dos casos, decisões mais bem fundamentadas tenham mais chances de produzir resultados melhores e que, de qualquer forma, decisões públicas devem pautar-se por fundamentos de ordem pública claramente apresentados, não pela intuição, vontade ou preferência dos burocratas encarregados de tomá-las. Assim, segundo esse argumento normativo, o aumento da racionalidade, da legitimidade e da transparência de uma decisão regulatória, por todos os motivos apresentados, representaria sim um aumento da qualidade de uma decisão regulatória.

Adicionalmente, um argumento descritivo/metodológico se contrapõe de forma mais direta à crítica formulada por autores como Baldwin, Cave e Ladge à agenda de melhoria regulatória. Esse argumento parte de uma rejeição à divisão conceitual proposta por esses autores, que separa insumos, processos, produtos e resultados como dimensões autônomas de análise. Aqui o ponto crítico consiste em sugerir que essa divisão do processo regulatório em quatro dimensões parece basear-se em um modelo analítico estático da regulação, que entende o processo de tomada de decisão regulatória como um evento único, e não como um ciclo regulatório contínuo.

Caso a tomada de decisão seja considerada como um processo estático, por meio do qual reguladores processam suas preferências, as informações disponíveis e o contexto decisório para produzir uma única decisão (mais ou menos racional), o resultado do processo de tomada de decisão será sempre uma variável exógena, uma vez que o aumento da racionalidade

decisória não garante resultados melhores. No entanto, se entendemos que, em um segundo momento, o resultado regulatório será interpretado pelo regulador e integrado no seu quadro de preferências, no seu conjunto de informações e na sua análise do contexto decisório para a tomada de uma decisão subsequente, o resultado da regulação torna-se uma variável endógena do modelo. A Figura 1, a seguir, mostra um quadro que busca representar o que seria um modelo dinâmico dos processos de tomada de decisão regulatória.

Figura 1



Ou seja, nesse caso já não seria mais possível diferenciar com clareza o que são insumos, processos, produtos e resultados, uma vez que o resultado passa a servir também como insumo para o processo de tomada de decisão regulatória. A própria mensuração dos resultados passa a ser procedimentalizada por meio de ferramentas como a AARR. Em outras palavras, pode-se considerar que a procedimentalização da tomada de decisão gera informações sobre o processo decisório que contribuem para um ciclo contínuo de aprimoramento da regulação (Renda, 2016), baseado na ideia de aprendizagem institucional.

É por essa razão que os proponentes de instrumentos de melhoria regulatória têm enfatizado a integração dessas ferramentas ao que se chama de “ciclo regulatório”, um fluxo contínuo de decisões regulatórias. A literatura traz diversas divisões das etapas que comporiam esse ciclo, um pouco distintas uma da outra, todas baseadas em conceituações bastante similares e essencialmente convergentes. Buscando simplificar ao máximo essa divisão, podemos considerar que existem ao menos quatro etapas para o ciclo regulatório: planejamento; formulação e adoção; implementação e monitoramento; avaliação e revisão. A Figura 2, a seguir, mostra essas etapas.

Figura 2



Na etapa de planejamento, o regulador prepara as atividades que irá analisar em um determinado período, formando-se assim a chamada “agenda regulatória” daquela etapa. A formação da agenda depende da identificação dos problemas mais relevantes que demandam a intervenção do órgão regulador. Nesta fase, a agência utiliza seu capital técnico para avaliar

falhas de mercado, assimetrias de informação, externalidades negativas ou riscos a bens públicos como saúde e segurança pública. Esse diagnóstico é inevitavelmente mediado pelas prioridades internas da agência, pela capacidade técnica disponível e, com frequência, por pressões externas de atores regulados ou do Poder Executivo.

Uma vez identificado o problema e designado o momento em que a agência irá analisá-lo, inicia-se a etapa de formulação e eventual adoção de uma medida regulatória pertinente. Cabe destacar, no entanto, que mesmo tendo-se identificado um problema, é possível que a melhor solução seja “não regular”, ou ainda que haja uma solução não normativa para o problema sob análise, de forma que ainda nessa fase não é necessário que o processo resulte, efetivamente, na redação e adoção de um texto normativo pelo órgão regulador.

Caso haja a aprovação de uma nova regulação, passa-se então a uma fase de implementação daquela norma e monitoramento dos seus resultados. A implementação pode exigir ações concretas e contínuas tanto de reguladores como de agentes regulados. Por parte dos reguladores, é comum ser necessário adaptar mecanismos vigentes de fiscalização das atividades dos regulados para garantir que a nova norma será cumprida por seus destinatários. Além disso, a coleta de informações sobre o desempenho da nova regulação (monitoramento) é um fator de essencial importância para viabilizar a etapa seguinte, na qual tais informações serão utilizadas para avaliar se a regulação foi bem-sucedida, cumprindo seus propósitos.

A etapa de avaliação e revisão é o elemento que conecta o ciclo regulatório, criando interdependências entre todas as suas etapas. Como dito, a avaliação depende essencialmente das informações coletadas na etapa de implementação e monitoramento, refletindo, portanto, a experiência do órgão regulador com a aplicação concreta da norma analisada. A avaliação periódica das decisões regulatórias informa a seleção das novas prioridades que irão compor a agenda regulatória do período subsequente, afetando assim de modo direto o planejamento regulatório. Na medida em que as regulações aprovadas anteriormente não atinjam seus objetivos declarados, a avaliação regulatória permite que o regulador analise criticamente seus próprios processos de formulação e adoção de normas, não apenas revisando aquela norma em particular, mas também identificando falhas

em seus processos de tomada de decisão, o que pode levar a um relevante aprendizado institucional.

Essas conexões entre as etapas do ciclo regulatório se refletem, como veremos, em uma subseção própria, em relevantes interdependências entre as ferramentas de melhoria regulatória que analisaremos a seguir.

2. Os três pilares da melhoria regulatória: planejamento, participação e avaliação de impactos

Nesta seção, analisamos os três pilares que hoje consubstanciam a agenda de melhoria regulatória: (i) o pilar do planejamento e da agenda regulatória; (ii) o pilar da participação social; e (iii) o pilar da avaliação de impactos. A apresentação desses pilares e de suas ferramentas é acompanhada por uma breve exposição dos objetivos básicos de cada pilar e seus principais desafios. Em seguida, destacamos algumas das inúmeras interdependências que tornam esses pilares complementares, sugerindo que os instrumentos de melhoria regulatória têm mais chances de produzir os resultados desejados quando todos os três pilares são implementados em conjunto.

2.1 Planejamento e agenda regulatória

2.1.1 A importância do planejamento

O planejamento é uma função essencial para a atuação eficaz das agências reguladoras, pois permite que essas instituições alinhem suas ações às prioridades setoriais e aos seus próprios interesses institucionais e objetivos de interesse público. Em contextos marcados por crescente complexidade técnica e pressões políticas, o planejamento é a atividade regulatória que orienta a tomada de decisão e a alocação de recursos. Apenas por meio de um planejamento adequado, o órgão regulador poderá desempenhar suas funções de forma proativa, ao invés de meramente reativa, antecipando riscos, identificando tendências e definindo estratégias de regulação baseadas em evidências. Assim, o planejamento não é apenas uma exigência formal, mas uma condição estratégica para que as agências reguladoras possam cumprir seu papel com autonomia, eficiência e foco no interesse público.

Além disso, o planejamento confere maior previsibilidade e transparência à atuação regulatória. Por meio de seus instrumentos de planejamento, as agências comunicam à sociedade e aos regulados quais temas serão priorizados (Cintra de Oliveira, 2022). Esse tipo de organização busca aumentar a legitimidade da ação estatal, fortalecer a confiança dos agentes econômicos e reduzir a incerteza jurídica, aspectos fundamentais para o bom funcionamento dos mercados regulados.

Conforme estabelece a Lei Geral das Agências Reguladoras (LGA),³ o planejamento das atividades regulatórias se estrutura a partir de três instrumentos principais: o plano estratégico, o plano de gestão anual e a agenda regulatória. De acordo com o artigo 18, §1º, a agenda regulatória deve compor o plano de gestão anual referente ao ano de sua vigência. A legislação define a agenda regulatória como o instrumento específico de planejamento da atividade normativa, devendo conter os temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante o período. Sua elaboração deve estar alinhada aos objetivos definidos no plano estratégico e sua aprovação é sempre de competência da diretoria colegiada. A agenda, uma vez aprovada, deve ser amplamente divulgada, tanto na sede da agência quanto em seu site institucional.

A agenda regulatória cumpre importante papel como ferramenta de gestão, ao permitir que a Administração Pública organize, prepare e conduza de maneira mais eficiente as etapas do processo normativo. Isso resulta em um uso mais racional dos recursos disponíveis e na maior efetividade das ações planejadas (Coglianese; Walters, 2016). A transparência decorrente da divulgação pública das agendas possibilita à sociedade identificar, de forma acessível e concentrada em um único documento, quais temas a agência pretende regular, bem como compreender os procedimentos que serão adotados ao longo do processo regulatório — desde a identificação do problema até a tomada de decisão. Essa acessibilidade, um dos pilares do conceito de transparência, contribui para reduzir os custos de obtenção de informação e mitigar assimetrias entre os reguladores e os diversos segmentos da sociedade, beneficiando sobretudo os grupos menos organizados ou com menor capacidade de mobilização (Cintra de Oliveira, 2022).

3 Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm.

No plano acadêmico, há diversas linhas de pesquisa voltadas ao estudo das agendas regulatórias. Uma vertente busca compreender por que determinados temas são incluídos nas agendas e outros, igualmente relevantes, não são priorizados. O foco dessa abordagem é investigar se certos grupos de interesse exercem influência desproporcional na definição das prioridades ou se as escolhas são feitas com base em critérios próprios dos reguladores (Yackee, 2012; West; Raso, 2013; Coglianese; Walters, 2016; Walters, 2018).

Outra linha analisa o comportamento das agendas à luz dos ciclos de políticas públicas e das transições presidenciais, especialmente quando envolvem alternância de partidos, buscando identificar padrões nas prioridades regulatórias nos períodos de transição (O'Connell, 2008).

Uma terceira abordagem examina o impacto da participação precoce de partes interessadas, por meio de mecanismos como o *advance notice of proposed rulemaking*, sobre a definição das agendas regulatórias (Naughton *et al.*, 2009; Cook, 2018). Segundo Jones-Young (2019), quanto mais precocemente os grupos interagem com os reguladores, maior tende a ser sua influência sobre o conteúdo final da regulação.

Por fim, uma quarta linha de pesquisa realiza estudos empíricos voltados a verificar se as normas efetivamente editadas constavam nas agendas, avaliando assim o grau de previsibilidade e transparência da produção normativa (Copeland, 2009; Nou; Stiglitz, 2016). Este trabalho, em particular, dialoga diretamente com essa última abordagem. No Brasil, a produção acadêmica sobre o tema ainda é limitada, mas há contribuições relevantes, como o estudo de Cintra de Oliveira (2022), que destaca o papel das agendas como instrumentos de comunicação do planejamento regulatório e sua correlação com atributos de transparência e abertura à participação social.

2.1.2 A agenda regulatória na experiência estrangeira e nacional

A utilização e divulgação de agendas regulatórias como instrumentos de planejamento e comunicação da atividade normativa da Administração Pública já são práticas consolidadas em diversas jurisdições ao redor do mundo. Nos Estados Unidos, por exemplo, as agências federais são obrigadas a elaborar e divulgar suas agendas regulatórias desde 1978. Posteriormente, a Executive Order 12.866, de 1993 — editada durante o governo Clinton e intitulada *Regulatory Planning and Review* — buscou aperfeiçoar esses instrumentos, ao estabelecer, entre outras diretrizes, a criação de agendas regulatórias unificadas.

Essas agendas unificadas consistem em um sistema coordenado que reúne, em um só ambiente, as iniciativas regulatórias prioritárias de todas as agências federais, tanto executivas quanto independentes. A administração desse sistema está a cargo do *Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios* (*Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA*), órgão vinculado à Presidência dos EUA. Atualmente, mais de 60 departamentos, agências e comissões federais compõem a agenda unificada, cujas informações são divulgadas de forma integrada tanto por meio do *Federal Register* (diário oficial norte-americano) quanto no portal eletrônico *regulations.gov*. Esse site foi criado para aprimorar a interação entre governo e sociedade, promovendo maior transparência, participação e eficiência no processo regulatório. Antes da digitalização, cidadãos interessados em participar de consultas públicas precisavam localizar a agência responsável, consultar fisicamente os documentos em salas de leitura e seguir trâmites específicos de cada órgão. O portal centralizou essas etapas, oferecendo acesso digital a minutas, documentos técnicos, fases dos processos, comentários públicos e demais informações, abertas a qualquer interessado, inclusive estrangeiros.

Na União Europeia, a política regulatória denominada *Better Regulation* busca garantir que as propostas legislativas da UE sejam desenvolvidas de forma transparente, com base em evidências sólidas e ampla participação social (Wiener, 2006). Golberg (2018) destaca que o planejamento estratégico é um dos pilares da política de *Better Regulation*. O planejamento anual da Comissão Europeia é formalizado no Programa de Trabalho Anual, que expressa os compromissos políticos da Comissão em matéria normativa para o respectivo ano. Como parte dessa política, o portal *Have-Your-Say* funciona como uma agenda digital aberta ao público — semelhante ao *regulations.gov* — e permite que cidadãos, empresas e demais partes interessadas acompanhem, em 24 idiomas, o ciclo completo de produção normativa, participem de consultas públicas, acessem minutas e verifiquem estatísticas sobre os perfis dos participantes, promovendo assim transparência e engajamento social.

No contexto brasileiro, a adoção de agendas regulatórias pelas agências reguladoras é uma prática mais recente. Embora a criação das primeiras agências tenha ocorrido no final dos anos 1990, foi apenas na década de 2010 que se observaram as primeiras iniciativas formais de divulgação de agendas.

Segundo Palma (2014), esse movimento decorreu das recomendações contidas no Relatório sobre a Reforma Regulatória Brasileira, elaborado pela OCDE em 2008. À época, o país carecia de mecanismos consolidados de planejamento normativo, seja no âmbito do governo central, seja no das agências. Desde então, a prática se expandiu de forma gradativa, sendo posteriormente consolidada pela LGA, que passou a exigir a elaboração e a publicação obrigatória das agendas por todas as agências federais.

A LGA incorporou as agendas regulatórias a um arcabouço mais amplo de planejamento institucional e de prestação de contas. Esse sistema exige que cada agência elabore um plano estratégico de quatro anos, um plano de gestão anual e um relatório anual de atividades. Este último deve contemplar a execução das metas de planejamento e a aderência às políticas setoriais, sendo encaminhado ao respectivo ministro de Estado, às duas Casas do Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, além de ser divulgado nos sites institucionais das agências (§2º do art. 15 da LGA). Com isso, as agendas deixam de ser apenas um instrumento técnico e passam a integrar um sistema formal de *accountability* e transparência da Administração Pública.

Um dos principais ganhos trazidos por esse modelo é o aumento da previsibilidade das ações normativas. As agendas tornam pública, com antecedência, a lista de temas prioritários que serão abordados pelas agências em cada ciclo regulatório, permitindo que agentes econômicos e demais interessados se preparem e participem do processo decisório. Esse sistema de comunicação antecipada busca ampliar o acesso de diversos *stakeholders* às informações regulatórias em fase de planejamento, evitando surpresas e promovendo um ambiente mais estável e confiável (Cintra; Oliveira, 2022).

Os resultados preliminares de pesquisas empíricas do Projeto Regulação em Números da FGV Direito Rio indicam que uma porcentagem relativamente alta das normas gerais aprovadas pelas agências reguladoras independentes em nível federal não havia sido prevista na agenda regulatória dessas agências. Usualmente, as agências divulgam o percentual de itens da agenda que foram concluídos no período de vigência de cada agenda, mas a maior parte dos órgãos reguladores não divulga o dado em sentido inverso: qual parcela das normas gerais aprovadas pela agência estava em sua agenda?

Esse dado, que poderíamos entender como um indicador de previsibilidade da atuação normativa da agência, é um objeto interessante de

estudo e mostra um relevante desafio da função de planejamento. Em que medida os órgãos reguladores devem se ater ao que foi planejado em sua respectiva agenda e em que medida eles devem responder de forma ágil a novas informações? Por exemplo, quando uma decisão judicial indica uma falha nos processos da agência, o órgão deve responder de imediato a esse fator externo e alterar suas práticas sem submeter essa decisão a todo o ciclo regulatório, que envolve uma etapa de planejamento, o uso de ferramentas de auxílio à decisão e outros elementos que tornam a tomada de decisão mais lenta, ou deve o órgão regulador, nesses casos, reagir de forma célere e direta ao que foi demandado?

O equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade é, possivelmente, o principal desafio do pilar do planejamento e do uso de agendas regulatórias como ferramentas de melhoria da qualidade da regulação. Sobre esse equilíbrio ainda faltam, no Brasil, estudos aprofundados que permitam identificar as melhores práticas a serem seguidas pelos órgãos reguladores, com regras claras para identificar quais casos excepcionariam a necessidade de incluir um item na agenda e como lidar com esses casos de forma a integrá-los posteriormente ao ciclo regulatório e às demais ferramentas de melhoria regulatória.

2.2 Participação social

2.2.1 Para que serve a participação social?

Quando o modelo de agências reguladoras foi implantado no Brasil, muitos estudiosos nacionais apontaram a participação social como mecanismo para mitigar um suposto “déficit democrático” gerado pela delegação de poderes decisórios a órgãos compostos por dirigentes não eleitos e dotados de significativa autonomia. Nessa perspectiva, a participação social surgiria como via alternativa de controle democrático, ao permitir que a sociedade influencie diretamente os rumos da regulação. Nesse sentido, afirmou Mariana Batista da Silva:

Tendo por principal característica a autonomia que apresentam diante dos poderes políticos constituídos, esses novos órgãos regulatórios ganham grande visibilidade devido à complexidade de suas funções, que envolvem imposição de regras, instituição de normas, punição e arbitragem, assumindo papéis executivos, legislativos e judiciários. A

conjunção desses dois fatores — ausência de controle político direto e amplitude de funções e poderes, que têm impacto direto sobre a imposição de custos e benefícios à atividade econômica — tem por resultado um debate acerca da legitimidade da ação de tais órgãos. O questionamento gira em torno do fato de que, mesmo inseridas numa estrutura de accountability horizontal, as agências reguladoras não são controladas diretamente por nenhum representante político ou têm seus diretores eleitos através do voto popular.

Tendo isto em mente, de modo a suprir esse *gap* de legitimidade, o desenho institucional dessas agências foi formulado de modo a propiciar mecanismos de participação da sociedade diretamente na agência, como uma forma de possibilitar a expressão por parte da sociedade de suas demandas específicas à agência reguladora, e também de disseminar informação acerca das ações da agência. (Silva, 2012, p. 970-971).

Rossi (2004), no entanto, amplia essa visão ao identificar cinco fundamentos distintos para a participação social na atuação das agências reguladoras: (i) facilitar a prestação de contas (*accountability*) e a supervisão pública das decisões; (ii) conter a concentração excessiva de poder, decorrente da reunião de funções executivas, normativas e sancionatórias no mesmo órgão; (iii) promover a produção e a circulação de informações qualificadas, tanto para o regulador quanto para os participantes do processo; (iv) fortalecer valores procedimentais, como o direito de ser ouvido; e (v) fomentar práticas de cidadania ativa.

Cooper, Bryer e Meek (2006), por sua vez, destacam ainda benefícios adicionais, como o aumento da confiança mútua entre sociedade e Estado e a ampliação da chamada “eficácia cidadã” — a sensação de que é possível influenciar os rumos das políticas públicas.

Uma parte da literatura sobre teoria da regulação enfatiza o papel da participação social como instrumento estratégico para superar limitações informacionais do Estado. A teoria econômica da regulação aponta que os órgãos reguladores nem sempre dispõem de conhecimento suficiente sobre os mercados que supervisionam. Joseph Stiglitz (2000), por exemplo, enumera quatro obstáculos centrais à ação estatal eficiente: informações

incompletas, incertezas quanto ao comportamento dos agentes regulados, dificuldades de coordenação interna e restrições político-institucionais.

Diante disso, o engajamento direto com a sociedade por meio de instrumentos de participação social poderia ajudar a preencher essas lacunas, oferecendo dados, percepções e argumentos que não seriam obtidos apenas por meios institucionais tradicionais. A participação social, nesse contexto, amplia as fontes de informação disponíveis ao regulador, ao incorporar contribuições vindas de universidades, entidades da sociedade civil, associações profissionais, atores estatais e cidadãos comuns. Em vez de depender exclusivamente de exigências legais de transparência ou de relatórios técnicos, o processo participativo diversifica os insumos informacionais e permite identificar potenciais efeitos adversos das políticas ainda em fase de formulação.

Outro aspecto relevante é que a efetividade da regulação depende, muitas vezes, da cooperação dos próprios agentes regulados. Selznick (1985) já havia destacado que a regulação busca governar atividades valorizadas pela sociedade, o que exige uma relação dialógica entre o Estado e os agentes econômicos envolvidos nas atividades reguladas. Como destaca o autor:

Porque a atividade é valorizada, há uma pressão inerente pela cooperação entre reguladores e regulados. Em contraste com o controle, que é indiferente (ou hostil) à atividade em questão, a regulação pressupõe o respeito e a deferência pelo sistema de ordenação privada. Essa ordenação é, afinal, a fonte de qualquer que seja o valor gerado, quer se trate de assistência de saúde, quer se trate de produtividade econômica. Certamente, cooperação, respeito e deferência são vetores variáveis de acordo com a necessidade de controle, de um lado, e com o comprometimento com a atividade empresarial, do outro lado. Mas a regulação é um fenômeno intrinsecamente derivativo, parasítico de uma atividade substantiva. Consequentemente, o problema da cooperação não pode ser evitado. (Tradução própria de Selznick, 1985, p. 1-2).

Sob tal perspectiva, a participação social pode desempenhar um papel estratégico para os órgãos reguladores. Pode servir como um “termômetro”

para as respostas do setor regulado às iniciativas do regulador. Com isso, o regulador poderia antecipar os pontos mais sensíveis de determinado regime regulatório com mais precisão, eventualmente adaptando suas escolhas para atingir seus objetivos de forma mais eficaz, enfrentando menor resistência dos atores regulados. Sempre que reguladores lograrem, sem comprometer objetivos regulatórios, obter a adesão voluntária dos atores regulados, a eficiência de suas ações será favorecida e os custos de fiscalização reduzidos. Por outro lado, nos casos em que determinada medida regulatória vista como necessária pelo regulador suscitar a oposição de atores do setor, é útil para o regulador entender quais são os pontos mais sensíveis do problema para que seja possível delinear uma estratégia eficaz de implementação.

Por fim, vale ainda destacar que a participação social pode beneficiar o funcionamento do sistema de freios e contrapesos que fundamenta o aparato regulatório do estado. Embora frequentemente se enfatize a relação entre a participação social e modelos de engajamento direto da sociedade na atividade regulatória, os processos participativos também podem contribuir para o funcionamento da democracia representativa, na medida em que aumentam a transparência dos processos decisórios dos reguladores e assim podem auxiliar também o controle parlamentar da atividade regulatória.

2.2.2 O problema da qualidade da participação

Embora a participação social seja com frequência apontada como fonte de benefícios à atuação das agências reguladoras, como vimos anteriormente, parte da literatura também destaca suas limitações e potenciais efeitos adversos, sobretudo quando instrumentos participativos suscitam um grande volume de contribuições de baixa qualidade.

Há evidências empíricas que colocam em dúvida a efetividade desses mecanismos, sobretudo quando as contribuições não dialogam com os objetivos regulatórios ou são descoladas de fundamentos técnicos. Thevenard Gomes (2022) apresenta dois estudos de caso que ilustram esse cenário: duas consultas públicas realizadas pela Anvisa em 2019 sobre *Cannabis spp.* e uma audiência pública realizada pela Aneel em 2008 sobre a revisão tarifária da Cemig. Nesses instrumentos de participação social, podemos observar o envio de um grande volume de manifestações que extrapolaram o escopo

da consulta, contrariaram diretrizes legais ou careceram de argumentos tecnicamente válidos, impossibilitando seu aproveitamento pelos reguladores.

É questionável se os benefícios frequentemente atribuídos à participação social — como o fortalecimento da confiança mútua, a ampliação da legitimidade e a produção de informações úteis — de fato se concretizam quando a qualidade da participação é muito baixa. Uma pesquisa conduzida por Thomas Bryer (2013), sobre consultas realizadas via *regulations.gov* nos EUA em 2009, reforça essa preocupação. O autor analisou contribuições submetidas a normas de alto apelo midiático e constatou que muitas não guardavam relação com o tema da consulta, não apresentavam fundamentação lógica ou técnica e assumiam tom emotivo e voluntarista. Como resultado, essas manifestações não foram aproveitadas no processo decisório, frustrando expectativas dos participantes e gerando desgaste na relação entre cidadãos e Estado. Afirma, assim, o autor:

Digamos, por exemplo, que os quase 20.000 cidadãos que participaram da consulta pública referente à regra do Departamento de Saúde e Serviço Social (HHS) acreditassem que poderiam fazer a diferença com suas submissões e ativismo. A qualidade dos seus comentários, contudo, foi tal que eles não foram úteis para os agentes decisores, o que levou, portanto, os agentes públicos da Administração e dos órgãos reguladores a tomarem suas decisões com base em outras evidências mais relevantes para o problema colocado. Quando isso acontece, cidadãos que participaram, mas cujas palavras não foram significativas para os tomadores de decisão, podem experimentar confiança reduzida, eficácia reduzida, e percepção reduzida da legitimidade governamental. Além disso, suas contribuições não serviram para melhorar as políticas públicas. (Bryer, 2013, p. 276).

Nesse sentido, a participação massiva, quando desqualificada, pode não apenas deixar de contribuir, mas até prejudicar a atuação regulatória. Bryer observa que, ao perceberem que suas contribuições não foram consideradas, cidadãos podem perder confiança nas instituições e sentir-se impotentes diante do processo decisório. Além disso, como aponta Rossi, o excesso de contribuições irrelevantes pode gerar sobrecarga informacional, dificultar a deliberação colegiada e comprometer a autonomia técnica

dos reguladores. Ele destaca ainda que, em certos casos, a pressão social pode conduzir a políticas inconsistentes com os objetivos regulatórios, ou mesmo à paralisação decisória.

Essas críticas também alcançam o argumento segundo o qual os mecanismos participativos compensariam o suposto “déficit democrático” das agências reguladoras. Lennertz (2019) sustenta que, no contexto brasileiro, essa justificativa foi, em parte, uma estratégia jurídica construída para legitimar o modelo das agências independentes frente às críticas da doutrina administrativista brasileira tradicional, especialmente no momento de sua criação. A participação social, portanto, teria sido instrumentalizada como fundamento externo ao ordenamento jurídico, utilizado para mitigar tensões com os princípios tradicionais da separação de Poderes e da legalidade.

Por fim, é preciso reconhecer os limites estruturais da participação social. A natureza técnica e especializada das normas regulatórias tende a restringir o engajamento a grupos com alto interesse e capacidade de mobilização. A literatura sobre políticas públicas indica que apenas uma parcela reduzida da sociedade possui os recursos, o conhecimento e os incentivos necessários para participar efetivamente. Assim, se o primeiro desafio dos processos participativos é garantir contribuições pertinentes e de boa qualidade, verificamos que o segundo, e talvez mais importante, desafio é atrair a participação dos diferentes grupos afetados pelas decisões regulatórias. Dessa forma, o processo participativo pode ser mais equilibrado e representativo dos interesses sociais envolvidos.

2.2.3 Quem participa das consultas públicas?

Estudos empíricos indicam uma disparidade significativa no engajamento e na influência de diferentes grupos de interesse nos mecanismos de participação social das agências reguladoras. Jason Yackee e Susan Yackee (2006), ao analisarem o sistema de consultas públicas nos Estados Unidos, identificaram um viés em favor de atores empresariais, que exerceriam influência desproporcional nas decisões das agências. Em uma amostra de 1.693 contribuições, 57% foram enviadas por empresas, 19% por órgãos governamentais e apenas 22% pelos demais segmentos da sociedade — destes, somente 6% por organizações sem fins lucrativos ou grupos de interesse público. Além disso, os autores constataram que

apenas as contribuições de empresas e de órgãos públicos tiveram impacto estatisticamente significativo nas decisões finais das agências.

No Brasil, resultados semelhantes foram encontrados. Em um estudo sobre audiências públicas da Aneel entre 1998 e 2006, Silva (2012) identificou que 47,3% dos participantes eram produtores, enquanto consumidores representaram 22,5% e o poder público, 11,4%. Além de apresentarem maior volume de contribuições, os produtores também obtiveram maiores taxas de aceitação: 26,7% das propostas foram integralmente aceitas, e 13,4%, aceitas apenas em parte. No mesmo período, consumidores tiveram apenas 19,9% de suas propostas aceitas, e 15,7% aceitas parcialmente. No total, 3.900 contribuições de produtores foram acolhidas, contra apenas 225 de consumidores. Para a autora, esse desequilíbrio compromete a efetividade democrática da participação social e pode facilitar a captura regulatória.

O projeto Regulação em Números obteve resultados convergentes com essas pesquisas. Em uma amostra de 400 audiências públicas da Aneel entre 1998 e 2019, agentes econômicos regulados participaram em 62% dos casos, enquanto agentes não regulados representaram 13,5%, e os demais, 24,4% (Salinas *et al.*, 2020a). Estudos semelhantes na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (Salinas *et al.*, 2020b) e na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (Salinas *et al.*, 2020c) apontaram padrão similar, com alta presença de regulados nos processos participativos. Em muitos casos, a identificação do grupo de interesse sequer era possível, sendo os participantes classificados genericamente como “indivíduos interessados”.

Esse padrão de engajamento é compreensível, dado o interesse direto dos agentes regulados nas decisões das agências. Por outro lado, ele revela os limites dos mecanismos participativos como instrumentos de diálogo democrático ampliado. A baixa participação de alguns segmentos sociais relevantes sugere que o modelo atual de participação tende a refletir interesses concentrados, reproduzindo relações já estabelecidas entre reguladores e atores habituados à arena regulatória. Como observa Rossi:

A nova participação pode, na verdade, estar criando uma nova estrutura de influência na qual interesses selecionados, já ativos

na Administração, exploraram na busca de maior sucesso; pode-se muito bem esperar que as relações entre agência e tais grupos se estabilize ao longo do tempo sem necessariamente produzir fortes pressões por maior heterogeneidade de representação (tradução própria de Rossi, 2004, p. 174).

Importa notar que esse desequilíbrio não decorre apenas da falta de acesso, mas também de fatores motivacionais, como a dispersão de incentivos e a ausência de conhecimento técnico necessário para participar. Nos Estados Unidos, esperava-se que a digitalização aumentasse o engajamento popular nas decisões regulatórias. O lançamento da já citada plataforma *regulations.gov* em 2003, por exemplo, foi cercado de expectativas quanto à democratização dos procedimentos de regulamentação (*rulemaking*).

No entanto, estudos empíricos (Balla; Daniels, 2007) que compararam a participação social antes e depois da criação da plataforma evidenciaram que o volume e os padrões de participação não se alteraram. Segundo Coglianese (2006), casos esparsos de massiva participação de cidadãos comuns continuam ocorrendo ocasionalmente, mas isso já acontecia antes. Talvez nesses casos de fato haja uma diferença do volume de indivíduos que se manifestam, dado que é menos custoso participar online. No entanto, o autor destaca que esses casos são bastante raros. Na maior parte das ocorrências, a participação social continua adstrita a um grupo limitado de atores, sobretudo empresas e atores do setor regulado, que se engajam habitualmente com os procedimentos das agências e possuem alto nível de interesse nos resultados dos processos regulatórios.

2.3 Avaliação de impactos

2.3.1 Objetivos dos instrumentos de avaliação de impactos

A adoção de avaliações dos impactos regulatórios, tanto em sua modalidade *ex ante* (AIR) quanto em sua modalidade *ex post* (ARR), desempenham papel estratégico na atual agenda de reformas regulatórias. Trata-se, possivelmente, da ferramenta que traz os maiores desafios práticos de implementação para órgãos reguladores, mas ao mesmo tempo caracteriza-se

como um terceiro pilar indispensável da agenda de melhoria regulatória, na medida em que permite a avaliação contínua das decisões regulatórias, consolidando o chamado ciclo regulatório e favorecendo um processo dinâmico de aprendizagem institucional em bases transparentes.

A literatura especializada identifica seis objetivos principais para essas ferramentas: (i) conferir maior racionalidade às decisões; (ii) aumentar a transparência e reforçar a *accountability* das decisões regulatórias; (iii) promover participação social informada; (iv) vincular as escolhas regulatórias a argumentos técnicos e evidências empíricas; (v) reduzir o risco regulatório; e (vi) fomentar aprendizado institucional contínuo. Esses objetivos apontam para potenciais benefícios da implementação adequada e rigorosa de instrumentos de avaliação de impactos por órgãos reguladores, embora na prática muitos órgãos públicos ainda enfrentem dificuldades práticas com a integração dessas ferramentas aos seus processos decisórios, como será abordado em seguida.

O aumento da racionalidade das decisões é possivelmente o mais claro objetivo do uso de ferramentas de avaliação de impactos. A AIR organiza a decisão regulatória em etapas analíticas estruturadas — como definição do problema, mapeamento de alternativas e análise de impactos — o que favorece decisões mais fundamentadas e consistentes (Casa Civil, 2018). Essa estrutura obriga o regulador a explicitar objetivos, limites legais e alternativas disponíveis, inclusive a opção de não regular, o que reduz o risco de escolhas apressadas ou enviesadas. A etapa final da AIR, voltada à implementação, fiscalização e monitoramento, estabelece a base para a posterior ARR, que avalia os efeitos reais da norma com base em dados concretos. Assim, AIR e ARR se complementam no ciclo regulatório com o objetivo de promover decisões mais bem embasadas.

Outro benefício essencial é o fortalecimento da transparência e da prestação de contas (*accountability*). A AIR exige que o regulador registre e publique as etapas de sua análise, promovendo maior clareza sobre como e por que determinada norma foi escolhida (Coglianese, 2020). Essa publicidade qualifica a prestação de contas tanto na dimensão vertical — perante a sociedade — quanto na horizontal — perante outras instituições estatais, como o Legislativo, o Judiciário e órgãos de controle (O'Donnell, 1994). Como destacam McCubbins, Noll e Weingast (1987), o conjunto

de obrigações formais das agências, como relatórios e ritos decisórios, constitui um importante instrumento de controle democrático sobre instituições técnicas.

A AIR e a ARR também qualificam o engajamento social. A OCDE recomenda que *stakeholders* sejam ouvidos desde o início do processo regulatório, antes mesmo da elaboração da AIR, e que o relatório da AIR acompanhe a proposta normativa nas consultas públicas (OCDE, 2008b). Como vimos na seção anterior, um dos principais problemas dos instrumentos de participação social é a qualidade das contribuições. Para que instrumentos de participação social se tornem mais úteis aos órgãos reguladores, é necessário que o debate com atores sociais inclua uma análise crítica e informada das razões que levaram o regulador a identificar o problema regulatório e optar por uma solução em detrimento de outras possíveis. Assim, a integração de ferramentas de participação social aos processos de avaliação de resultados (tanto a AIR como a ARR) não apenas pode aprimorar substancialmente o uso dessas ferramentas, como favorecer um diálogo participativo mais profundo e profícuo para os atores envolvidos.

As avaliações de impacto também promovem o uso de evidências empíricas na regulação, vinculando decisões a dados objetivos sobre custos e benefícios das alternativas disponíveis. A ARR, em particular, baseia-se não em estimativas de impacto, mas em dados reais, permitindo verificar se os resultados regulatórios de fato atenderam aos objetivos propostos. No entanto, essa dimensão empírica enfrenta obstáculos, pois conectar a formulação de políticas a evidências científicas continua sendo um desafio em muitos países (OCDE, 2020). Como argumenta Majone (1989), mesmo decisões técnicas envolvem valores, julgamentos e disputas políticas, razão pela qual é essencial garantir que os dados utilizados nas AIRs sejam transparentes, replicáveis e acessíveis.

A previsibilidade regulatória é outro ganho importante decorrente do uso de ferramentas de avaliação de impactos. AIRs e ARRs bem conduzidas evitam medidas arbitrárias ou excessivamente onerosas, reduzindo o risco de mudanças súbitas nas regras que possam comprometer a sustentabilidade de investimentos (Williamson, 1996; Levy; Spiller, 1996). A literatura da Nova Economia Institucional destaca que a confiança nas instituições é um fator determinante para o investimento de longo prazo, sobretudo

em setores intensivos em ativos específicos. Reduzindo as chances de que essa literatura classifique como “comportamento oportunista” por parte do Estado, as avaliações de impacto funcionam como mecanismos que aumentam a previsibilidade e reduzem o risco regulatório para os agentes econômicos cujas decisões são afetadas pela regulação (Williamson, 1979; Ostrom; Walker, 2003).

Por fim, AIRs e ARRr, como já identificado anteriormente, têm um papel especialmente relevante para conectar o ciclo regulatório, potencializando os processos de aprendizagem institucional do órgão regulador. Ao documentar expectativas e avaliar seus resultados reais, essas ferramentas promovem ciclos de feedback que permitem a revisão e o aprimoramento contínuo das práticas regulatórias. Com isso, é possível estabelecer uma forma de governança mais aberta e democrática, na qual o regulador reavalia suas próprias preferências e práticas à luz de experiências concretas e críticas externas (Lenoble; Maesschalck, 2010).

Em síntese, ao estruturar racionalmente a tomada de decisão, promover transparência, qualificar o debate público, incorporar evidências e gerar aprendizado institucional, o uso de ferramentas de avaliação de impactos busca fortalecer a qualidade, a legitimidade e a estabilidade da regulação pública.

2.3.2 Desafios metodológicos dos instrumentos de avaliação de impactos

As avaliações de impacto regulatório, tanto prospectivas (AIR) quanto retrospectivas (ARR), têm como objetivo central examinar, de forma rigorosa e empiricamente fundamentada, os efeitos econômicos de diferentes alternativas regulatórias, identificando aquelas que maximizam os benefícios sociais em relação aos custos impostos ao Estado e aos agentes privados. Enquanto as AIRs visam estimar os efeitos esperados de normas ainda não implementadas, as ARRr analisam os impactos reais das políticas regulatórias em vigor. Ambos os instrumentos, no entanto, enfrentam significativos desafios metodológicos.

Nas AIRs, o desafio está na construção de modelos preditivos capazes de anteciper custos e benefícios com base em informações limitadas e sob condições de incerteza. É necessário lidar com dados incompletos, projetar prazos realistas e considerar diferentes cenários, o que exige escolhas

metodológicas que, muitas vezes, podem ser arbitrárias. Já as ARR, ao utilizarem dados empíricos, oferecem maior segurança para a avaliação da efetividade das normas, mas também enfrentam obstáculos. Setores econômicos são dinâmicos e sofrem influência de fatores externos, o que dificulta isolar os efeitos causados exclusivamente pela norma regulatória. Ferramentas econométricas, como regressões, ajudam nesse esforço, mas não garantem respostas conclusivas.

Adicionalmente, as políticas públicas frequentemente demandam tempo para maturação, e seus efeitos podem ser múltiplos, ambíguos ou contraditórios. Uma norma pode resolver um problema, mas gerar efeitos negativos para outras áreas. A avaliação de políticas desse tipo exige métricas de avaliação adequadas e um bom planejamento desde a concepção da política, com vistas a garantir que a avaliação futura seja efetiva. A complementaridade entre AIR e ARR, portanto, deve ser estrategicamente considerada desde o início do ciclo regulatório.

Outro problema recorrente refere-se à natureza qualitativa de certos valores sociais envolvidos nas decisões regulatórias, como dignidade humana, igualdade ou combate à discriminação. Esses aspectos não são facilmente quantificáveis e impõem limites à análise econômica tradicional. Garoupa (2006) aponta dois problemas centrais nesse contexto: o da comensurabilidade, que diz respeito à impossibilidade de mensurar todos os valores protegidos por uma política; e o da comoditização, que se refere à inadequação de converter determinadas atividades humanas em bens ou serviços monetizáveis. A solução adotada com frequência é integrar variáveis não mensuráveis à análise quantitativa. Contudo, isso torna o resultado mais aberto a interpretações subjetivas, podendo ser manipulado por reguladores que empregam as avaliações apenas como uma formalidade.

Também se destacam os desafios relacionados aos efeitos distributivos das políticas. Diferentes grupos sociais são afetados de forma desigual pelas regulações. O critério de eficiência de Pareto raramente se aplica, pois quase sempre há perdedores e ganhadores. Nesse contexto, decisões regulatórias exigem uma ponderação entre eficiência e equidade. Pode ser socialmente preferível adotar soluções que, embora menos eficientes no agregado, protejam os grupos mais vulneráveis da sociedade. No entanto,

isso exige definições claras de critérios distributivos e um esforço metodológico adicional para mapear os efeitos reais da norma sobre diferentes segmentos. De fato, a própria mensuração dos efeitos distributivos apresenta dificuldades relevantes. Como mostram os modelos da teoria econômica, encargos regulatórios não são absorvidos de forma linear pelos agentes inicialmente atingidos. Muitas vezes, esses custos são repassados ao longo da cadeia produtiva, atingindo consumidores finais ou outros elos do mercado. Esse fenômeno dificulta a atribuição exata de responsabilidade e a avaliação de quem, de fato, “paga” pela regulação.

Diante de tantas variáveis, realizar análises de impacto objetivas e rigorosas exige lidar com decisões metodológicas difíceis que, muitas vezes, podem ser tomadas de forma arbitrária. Além das limitações cognitivas e operacionais dos reguladores, a escassez de recursos, de dados confiáveis e de tempo afeta a profundidade e a qualidade das análises. Assim, embora as AIRs e ARRr sejam ferramentas valiosas, sua eficácia depende fortemente de sua implementação concreta e da superação de desafios metodológicos complexos.

2.3.3 Desafios institucionais dos instrumentos de avaliação de impactos

Além dos desafios metodológicos, as avaliações de impacto regulatório (AIRs e ARRr) enfrentam obstáculos de ordem institucional e política que afetam sua implementação efetiva. Tais desafios dizem respeito tanto à capacidade operacional dos órgãos reguladores quanto à existência (ou ausência) de mecanismos adequados de supervisão e controle. Essas duas dimensões são objeto de distintas linhas de pesquisa na literatura acadêmica, que buscam explicar por que avaliações de impacto frequentemente não alcançam seus objetivos declarados.

Uma primeira explicação é apresentada pela chamada tese da ossificação, segundo a qual as AIRs e ARRr impõem exigências técnicas e procedimentais tão elevadas que podem travar a atuação dos reguladores, tornando o processo regulatório lento e ineficiente (McGarity, 1992). Essa tese teve bastante importância no debate acadêmico acerca das ferramentas de melhoria regulatória quando proposta inicialmente por autores como McGarity. No entanto, estudos empíricos posteriores nos Estados Unidos geraram resultados inconclusivos sobre a validade dessa tese (Yackee e

Yackee, 2012), deixando em aberto sua aplicabilidade para explicar os desafios operacionais colocados por ferramentas como a AIR e a ARR.

Outra abordagem, mais recente, enfatiza o comportamento estratégico dos reguladores, sugerindo que as agências, diante de assimetrias informacionais e alta especialização técnica, podem utilizar as avaliações de impacto de forma instrumental, adaptando os procedimentos para proteger suas preferências institucionais e limitar pressões externas (Potter, 2019). Nesse cenário, AIRs e ARRs são moldadas pelos reguladores para justificar escolhas já tomadas, em vez de influenciar genuinamente o processo decisório.

Essas duas explicações apontam para problemas complementares: de um lado, a baixa capacidade institucional dos reguladores; de outro, a falta de supervisão efetiva das ferramentas de avaliação. A OCDE já reconheceu ambos os pontos em suas recomendações, destacando a necessidade de fortalecer competências técnicas e de criar estruturas de governança adequadas (OCDE, 2008a; OCDE, 2012; OCDE, 2020). Avaliações de impacto demandam habilidades complexas, como análise econômica, uso de evidências empíricas e modelagem preditiva — competências raramente disponíveis em agências públicas, sobretudo em países em desenvolvimento.

Mesmo em países desenvolvidos de renda alta, como o Reino Unido, há lacunas. Sedley (2016) observou que, embora o governo britânico investisse anualmente bilhões de libras em pesquisas para embasar políticas públicas, poucos departamentos registravam essas informações de modo sistemático. Na Austrália, servidores públicos tinham acesso a estudos acadêmicos, mas pouco os aplicavam em análises e decisões políticas (Newman *et al*, 2017). No Brasil, a escassez de recursos técnicos, humanos e organizacionais representa um obstáculo significativo à consolidação das AIRs e ARRs.

Diante disso, é fundamental a existência de órgãos de supervisão da política regulatória, como recomenda a OCDE (2012, p. 12). Tais instituições funcionam como núcleos de expertise, padronizando procedimentos e auxiliando tecnicamente os reguladores. De fato, segundo a OCDE, cerca de 75% dos países-membros já contam com esse tipo de órgão (OECD, 2021). Nos EUA, essa função é exercida pelo OIRA, enquanto na União Europeia cabe ao Conselho de Fiscalização Regulatória (Regulatory Scrutiny Board, RSB). No Brasil, entretanto, ainda não há uma entidade formalmente responsável por essa supervisão.

Embora não se possa esperar que os desafios institucionais e políticos sejam integralmente superados, sua compreensão é vital para o sucesso da política de reforma regulatória. Ao contrário dos desafios metodológicos, que dependem de condições específicas de cada caso, as respostas institucionais podem ser padronizadas por meio de boas práticas de governança. Por isso, a OCDE tem promovido o mapeamento e a sistematização de experiências nacionais, a fim de apoiar a adoção de práticas mais eficazes e sustentáveis na implementação de avaliações de impacto em diferentes jurisdições (OCDE, 2012; OCDE, 2020).

2.4 A complementariedade entre os pilares e a necessidade do uso conjunto das ferramentas de melhoria regulatória

Após a apresentação individual objetivos e desafios práticos dos três pilares centrais da política de melhoria regulatória — planejamento regulatório (por meio da agenda regulatória), participação social e avaliações de impacto regulatório (*ex ante* e *ex post*) — esta seção tem por objetivo analisar como tais instrumentos se inter-relacionam e se reforçam mutuamente. Trata-se de avaliar em que medida a eficácia de cada uma dessas ferramentas tende a ser ampliada quando elas operam de forma articulada e coordenada, dentro de um ecossistema institucional. O reconhecimento da complementariedade entre os pilares é essencial para que os processos de reforma regulatória não se convertam em iniciativas fragmentadas ou meramente formais.

2.4.1 O papel do planejamento regulatório como base para os demais pilares

O planejamento regulatório, expresso pela construção de uma agenda regulatória clara e publicamente divulgada, constitui a espinha dorsal da atuação normativa das agências reguladoras. Uma agenda regulatória bem elaborada não apenas organiza temporalmente as iniciativas normativas prioritárias, mas também estabelece diretrizes que orientam os recursos técnicos e administrativos da agência. Nesse sentido, ela serve como um ponto de partida indispensável para o funcionamento efetivo dos demais pilares da melhoria regulatória.

No que se refere à participação social, a agenda regulatória cumpre um papel estruturante ao conferir previsibilidade e transparência às intenções normativas da agência. Ao apresentar de forma antecipada os temas

que serão objeto de regulação, a agenda permite que os diversos grupos sociais — empresas, consumidores, entidades da sociedade civil, especialistas e outros stakeholders — se preparem para participar ativamente dos processos decisórios. A previsibilidade reduz assimetrias de informação, incentiva a mobilização de grupos menos organizados e democratiza o acesso às arenas deliberativas. Além disso, ao indicar o cronograma e os objetivos preliminares de cada iniciativa, a agenda permite uma alocação mais racional dos esforços de participação e facilita o engajamento qualificado, pautado por evidências e argumentos consistentes.

No que tange às avaliações de impacto regulatório, o planejamento regulatório também exerce uma função fundamental. A clareza sobre os problemas a serem enfrentados, os objetivos da regulação e os prazos previstos para sua implementação permite que a AIR seja conduzida de forma mais estruturada, com tempo hábil para a coleta de dados, a realização de estudos técnicos e a avaliação de um conjunto adequado de alternativas regulatórias relevantes. A própria elaboração da agenda pode incorporar critérios oriundos da lógica da AIR, como a formulação preliminar do problema regulatório, a base legal de atuação e os atores potencialmente afetados. Nesse sentido, a agenda regulatória pode funcionar como um elo de articulação entre a fase política de definição de prioridades e a fase técnico-analítica de formulação da política regulatória.

2.4.2 A participação social como vetor de qualificação do planejamento e das avaliações de impacto

A participação social, por sua vez, desempenha papel complementar essencial tanto para o planejamento quanto para as avaliações de impacto. Quando integrada desde o início do ciclo regulatório, a participação dos interessados permite identificar com maior precisão os problemas regulatórios relevantes e as expectativas sociais em relação à atuação do Estado. Isso contribui diretamente para a construção de agendas regulatórias mais sensíveis aos contextos concretos e às demandas reais dos diversos segmentos sociais.

Além de orientar a definição dos temas prioritários da agenda, a participação também pode contribuir com a sua constante atualização e revisão. Em um ambiente dinâmico, no qual os desafios regulatórios se transformam com rapidez, o diálogo contínuo com os stakeholders sociais permite detectar novas demandas, descontinuar iniciativas superadas e

ajustar cronogramas de acordo com a capacidade institucional da agência. Assim, a participação social favorece o aperfeiçoamento contínuo do planejamento regulatório, conferindo-lhe maior aderência ao interesse público.

Nas avaliações de impacto, a complementaridade é ainda mais evidente. A AIR e a ARR ganham em legitimidade, precisão e utilidade quando alimentadas por contribuições vindas da sociedade. Os dados empíricos, as percepções sobre os efeitos esperados ou reais das regulações, e as críticas aos critérios de avaliação empregados pelas agências são insumos valiosos para a robustez técnica e para a legitimidade política dessas análises. Como indicam os relatórios da OCDE (2012), a participação informada é uma condição necessária para a transparência e a *accountability* das decisões regulatórias. Por essa razão, a OCDE aconselha os Estados a utilizarem ferramentas participativas desde o início da formulação regulatória, o que inclui a submissão do relatório de AIR ou ARR à participação pública. A interação com os stakeholders é crucial porque ajuda a mitigar os riscos de viés decisório, como a tendência à confirmação ou a resistência ao abandono do *status quo*. A participação social, nesse sentido, funciona como um contrapeso cognitivo às limitações da racionalidade dos decisores públicos.

2.4.3 A avaliação de impactos como ferramenta de suporte ao planejamento e à participação

Por fim, as avaliações de impacto regulatório, tanto *ex ante* quanto *ex post*, também oferecem importantes contribuições para o aprimoramento dos outros dois pilares. Em relação ao planejamento, as AIRs funcionam como filtros de racionalidade e viabilidade, permitindo que as propostas normativas incluídas na agenda sejam previamente analisadas quanto à sua relevância, eficácia potencial, riscos e impactos econômicos e sociais. Isso permite que os gestores priorizem iniciativas mais promissoras, alocando recursos escassos de forma mais eficiente.

Além disso, como enfatizado anteriormente, as ARRs, ao analisarem os resultados reais de regulações já implementadas, geram conhecimento institucional que pode retroalimentar a construção de novas agendas. Ao identificar o que funcionou, o que falhou e o que pode ser aprimorado, a ARR contribui para o aprendizado institucional e para a melhoria contínua das práticas de planejamento. O ciclo regulatório, assim, se fecha em uma

lógica de planejamento baseado em evidências e em resultados concretos, o que fortalece a governança pública e reduz o risco de decisões arbitrárias.

No que diz respeito à participação social, as avaliações de impacto também exercem papel indutor e qualificante, como visto. Quando a AIR é elaborada de forma clara, transparente e bem estruturada, ela oferece à sociedade um ponto de partida qualificado para o debate. O relatório de AIR serve como documento técnico que explicita os critérios de decisão, as alternativas consideradas, os dados utilizados e os objetivos perseguidos. Isso melhora substancialmente o nível do diálogo entre reguladores e regulados, permitindo que os participantes das consultas e audiências públicas concentrem seus esforços em aspectos centrais da proposta normativa.

De forma semelhante, a ARR pode ser um instrumento de prestação de contas e de fortalecimento da confiança social. Ao divulgar os resultados concretos de uma política regulatória, o órgão público demonstra comprometimento com a transparência, com a efetividade de suas ações e com a disposição de corrigir eventuais erros de percurso. Isso fortalece o vínculo entre a sociedade e os reguladores e estimula um ciclo virtuoso de engajamento, aprendizado e legitimidade.

Sendo assim, a análise integrada dos pilares da melhoria regulatória revela que sua eficácia depende sobretudo de sua articulação. O planejamento fornece direção e previsibilidade; a participação social aporta legitimidade e conhecimento contextual; e as avaliações de impacto introduzem racionalidade, evidência e *accountability*. Quando utilizados em conjunto, esses instrumentos se potencializam mutuamente, formando um sistema regulatório mais transparente, eficiente e democrático. Em vez de enxergar essas ferramentas como soluções isoladas ou meras exigências formais, é preciso compreendê-las como componentes interdependentes de uma arquitetura institucional voltada à boa governança e ao interesse público.

Considerações finais

Este artigo teve como objetivo aprofundar a análise de três pilares fundamentais da política de melhoria regulatória — planejamento regulatório (agenda regulatória), participação social e avaliações de impacto regulatório (*ex ante* e *ex post*) — destacando sua importância para o

fortalecimento institucional dos órgãos reguladores e para a construção de uma regulação mais eficiente, transparente e legitimada socialmente.

Partindo da premissa de que a agenda contemporânea de melhoria regulatória está bastante ancorada em mecanismos de natureza procedimental, discutiu-se como o ciclo regulatório pode ser instrumentalizado por esses três pilares para promover decisões públicas mais informadas, justificadas e coerentes com o interesse público. A análise concentrou-se inicialmente na descrição individual de cada instrumento, com ênfase em suas finalidades normativas e nos principais desafios enfrentados em sua implementação prática.

Em seguida, o artigo examinou como esses três pilares se complementam e se reforçam de forma mútua. Mostrou-se que o planejamento regulatório é indispensável para estruturar e orientar tanto a participação social quanto a elaboração de avaliações de impacto; que a participação qualifica e legitima o planejamento e a análise de impactos; e que a AIR e a ARR, por sua vez, oferecem suporte técnico e evidencial tanto à construção das agendas quanto ao diálogo com os atores sociais. A integração entre esses instrumentos não apenas potencializa seus efeitos individuais, como constitui o ponto de partida para a construção de uma base mais sólida para a governança regulatória moderna.

A análise realizada, no entanto, teve caráter predominante normativo e institucional, amparando-se na literatura especializada e nas diretrizes formuladas por organismos internacionais como a OCDE. Embora esse enfoque seja necessário para mapear os fundamentos conceituais das ferramentas e suas promessas de melhoria da regulação, também é fundamental que se avance no desenvolvimento de estudos empíricos que investiguem a aplicação concreta dessas ferramentas no contexto brasileiro e em outras jurisdições. A efetividade dos instrumentos aqui discutidos depende, em última instância, de sua implementação prática — e os obstáculos enfrentados nesse processo nem sempre são captados pelas formulações teóricas ou pelas boas práticas internacionais.

Pesquisas empíricas podem contribuir para a identificação de gargalos institucionais, limitações de capacidade técnica, distorções procedimentais e resistências políticas que dificultam a consolidação desses pilares nos órgãos reguladores. Também podem revelar usos simbólicos ou estratégicos das

ferramentas, indicando situações em que a AIR, a ARR, a agenda regulatória ou os mecanismos de participação social são implementados apenas formalmente, sem efeitos reais sobre as decisões regulatórias. Além disso, estudos de caso comparativos e análises longitudinais podem contribuir para compreender os efeitos interativos entre os pilares: por exemplo, em que medida uma participação social robusta melhora a qualidade das AIRs, ou como a consolidação de uma agenda regulatória transparente e estável influencia o engajamento da sociedade e o desempenho das avaliações *ex post*.

Outro ponto que merece investigação empírica diz respeito à qualidade das informações produzidas e mobilizadas por essas ferramentas. O modo como os dados são utilizados para embasar diagnósticos, definir objetivos e mensurar resultados precisa ser avaliado com rigor metodológico. Nesse sentido, investigações empíricas podem ajudar a compreender se a lógica da regulação baseada em evidências, defendida pela OCDE e por grande parte da literatura, está de fato sendo implementada — e com quais limitações — nas agências reguladoras brasileiras.

Por fim, há um campo fértil para pesquisas que explorem o impacto real dessas ferramentas sobre a qualidade da regulação. Ainda que os pilares da melhoria regulatória sejam amplamente recomendados e tenham sido institucionalizados em diversas jurisdições, há pouca evidência sistemática sobre sua efetividade em alcançar os objetivos que lhes são atribuídos. Investigações empíricas podem verificar se a adoção combinada de agenda regulatória, participação social e avaliação de impactos contribui, na prática, para uma regulação mais eficaz, menos capturada, mais responsiva e mais legítima.

Portanto, a consolidação da agenda de melhoria regulatória no Brasil requer não apenas o avanço normativo e institucional, mas também o fortalecimento de uma agenda de pesquisa empírica que permita avaliar de forma crítica como esses pilares operam no mundo real, quais resultados produzem e como podem ser aprimorados. Só assim será possível alinhar as promessas da boa governança regulatória com sua efetiva realização no cotidiano das agências e no relacionamento do Estado com a sociedade.

Referências

- BALDWIN, R. Better regulation in troubled times. *Health Economics, Policy and Law*, v. 1, n. 3, p. 203–207, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S174413310600404X>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BRESSER PEREIRA, L. C. Economic reforms and cycles of state intervention. *World Development*, v. 21, n. 8, p. 1337–1353, 1993. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0305-750X\(93\)90047-D](https://doi.org/10.1016/0305-750X(93)90047-D). Acesso em: 10 abr. 2025.
- BRASIL. Casa Civil. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR*. Brasília: Governo Federal, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf. Acesso em: 10 abr. 2025.
- CINTRA DE OLIVEIRA, L. *Planejamento regulatório: as agendas regulatórias e o planejamento da atividade normativa das agências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- COGLIANESE, C. *The challenge of regulatory excellence*. SSRN Scholarly Paper 3639512, 2020. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3639512>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- COGLIANESE, C.; WALTERS, D. *Agenda-setting in the regulatory state: theory and evidence*. Faculty Scholarship at Penn Law, 2016. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1703. Acesso em: 10 abr. 2025.
- COOK, J. J. Crossing the influence gap: clarifying the benefits of earlier interest group involvement in shaping regulatory policy. *Interest Groups & Advocacy*, v. 7, n. 3, p. 289–311, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/s41309-018-0044-3>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- COOPER, T. L.; BRYER, T. A.; MEEK, J. W. Citizen-centered collaborative public management. *Public Administration Review*, v. 66, Special Issue, p. 76–88, 2006.
- COPELAND, C. W. *The Unified Agenda: implications for rulemaking transparency and participation*. *Congressional Research Service*, n. R40713, p. 1–18, 2009.
- GAROUPA, N. Limites ideológicos e morais à avaliação econômica da legislação. *Cadernos de Ciência de Legislação*, n. 42/43, p. 83–102, 2006.

- GELLHORN, E. Public participation in administrative proceedings. *Yale Law Journal*, 1972. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/15459>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- GOLBERG, E. 'Better regulation': European Union style. *M-RCBG, Associate Working Paper Series*, n. 98, p. 1–107, 2018.
- HERTIN, J. et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – An empirical analysis. *Forest Policy and Economics*, v. 11, n. 5–6, p. 413–421, 2009. <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>.
- JONES-YOUNG, S. M. Reading between the lines: Rulemaking discretion in the Federal Railroad Administration. In: HAEFFELE, S.; HOBSON, A. (ed.). *The need for humility in policymaking: Lessons from regulatory policy*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2019. p. 19–42. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/343614535>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- KESSIDES, I. N. *Reforming infrastructure: Privatization, regulation, and competition*. Washington, DC: World Bank Publications, 2004.
- LENNERTZ, M. R. *A legitimidade democrática das agências reguladoras: Uma questão mal colocada*. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/2604>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- LENOBLE, J.; MAESSCHALCK, M. Renewing the theory of public interest: The quest for a reflexive and learning-based approach to governance. In: DE SCHUTTER, O.; LENOBLE, J. (ed.). *Reflexive governance: Redefining the public interest in a pluralistic world*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 3–21. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/282849936>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- LEVY, B.; SPILLER, P. T. The institutional foundations of regulatory commitment: A comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 10, n. 2, p. 201–246, 1994.
- MAJONE, G. *Evidence, argument, and persuasion in the policy process*. New Haven: Yale Univ. Press, 1989.
- MAJONE, G. The rise of the regulatory state in Europe. In: _____. *The state in Western Europe*. London: Routledge, 1994.
- MAJONE, G. From the positive to the regulatory state: Causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of Public Policy*, v. 17, n. 2, p. 139–167, 1997. <https://doi.org/10.1017/S0143814X00003524>.

- MCCUBBINS, M. D.; NOLL, R. G.; WEINGAST, B. R. *Administrative procedures as instruments of political control*. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 3, n. 2, p. 243–277, 1987.
- MCGARITY, T. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process. *Duke Law Journal*, v. 41, n. 6, p. 1385–1462, 1992.
- NAUGHTON, K. et al. Understanding commenter influence during agency rule development. *Journal of Policy Analysis and Management*, v. 28, n. 2, p. 258–277, 2009.
- NICOLETTI, G.; SCARPETTA, S. Regulation, productivity and growth: OECD evidence. *Economic Policy*, v. 18, n. 36, p. 9–72, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1468-0327.00102>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- NOU, J.; STIGLITZ, E. Strategic rulemaking disclosure. *Cornell Law Faculty Publications*, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1459>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA): Guidance for policy makers*. Paris: OECD Publishing, 2008a. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- OCDE. *Regulatory reform: Efficient markets, effective government*. Paris: OECD Publishing, 2008b. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42203181.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- OCDE. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Paris: OECD Publishing, 2012. <https://doi.org/10.1787/9789264209022-en>.
- OCDE. *Building capacity for evidence-informed policy-making: Lessons from country experiences*. Paris: OECD Publishing, 2020. <https://doi.org/10.1787/86331250-en>.
- OCDE. *Regulatory policy outlook 2021*. Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/30401951.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- OCDE. *Regulatory reform in Brazil*. Paris: OECD Publishing, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/d81c15d7-en>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- O’CONNELL, A. J. Political cycles of rulemaking: An empirical portrait of the modern administrative state. *Virginia Law Review*, v. 94, n. 4, p. 889–986, 2008.

- O'DONELL, G. A. *Delegative democracy*. *Journal of Democracy*, v. 5, n. 1, p. 55–69, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.1353/jod.1994.0010>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- OSTROM, E.; WALKER, J. *Trust and reciprocity: Interdisciplinary lessons for experimental research*. New York: Russell Sage Foundation, 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.7758/9781610444347>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- PALMA, J. *Atividade normativa da administração pública: Estudo do processo administrativo normativo*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- POTTER, R. A. *Bending the rules: Procedural politicking in the bureaucracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2019.
- RENDA, A. From impact assessment to the policy cycle: Drawing lessons from the EU's better-regulation agenda SSRN. *SPP Technical Paper*, v. 8, n. 33, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2871591. Acesso em: 10 abr. 2025.
- ROSSI, J. Participation run amok: The costs of mass participation for deliberative agency decisionmaking. *Social Science Research Network*, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=571127>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- SALINAS, N. S. C. et al. *Mecanismos de participação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020a. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/30293>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- SALINAS, N. S. C. et al. *Mecanismos de participação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/30291>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- SALINAS, N. S. C. et al. *Mecanismos de participação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020c. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/30292>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- SELZNICK, P. Focusing organisational research on regulation. In: NOLL, R. (ed.). *Regulatory policy and the social sciences*. Berkeley: University of California Press, 1985.

- SILVA, M. B. da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: O caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 969–992, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122012000400004>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- STIGLITZ, J. E. *Economics of the public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton, 2000.
- THEVENARD GOMES, L. *Participação, linguagem e impacto dos grupos de interesse*: Análise quantitativa das contribuições recebidas pela Anatel. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/33068>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- VARTIAINEN, J. The economics of successful state intervention in industrial transformation. In: WOO-CUMINGS, M. (ed.). *The developmental state*. Ithaca: Cornell University Press, 2019. p. 200–234. Disponível em: <https://doi.org/10.7591/9781501720383-009>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- WALTERS, D. Capturing regulatory agendas? An empirical study of industry use of rulemaking petitions. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2018. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1969. Acesso em: 10 abr. 2025.
- WEST, W. F.; RASO, C. Who shapes the rulemaking agenda? Implications for bureaucratic responsiveness and bureaucratic control. *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART*, v. 23, n. 3, p. 495–519, 2013.
- WIENER, J. B. Better regulation in Europe. *Social Science Research Network*, 2006. (SSRN Scholarly Paper ID 937927). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=937927>. Acesso em: 10 abr. 2025.
- WILLIAMSON, O. E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. *The Journal of Law & Economics*, v. 22, n. 2, p. 233–261, 1979.
- WILLIAMSON, O. E. Opportunism and its critics. *Managerial and Decision Economics*, v. 14, p. 97–107, 1993.
- WILLIAMSON, O. E. Calculativeness, trust and organization. In: _____. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 250–270.
- YACKEE, J. W.; YACKEE, S. W. A bias towards business? Assessing interest group influence on the U.S. bureaucracy. *Journal of Politics*, v. 68, n. 1, p. 128–139, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2508.2006.00375.x>. Acesso em: 10 abr. 2025.

YACKEE, J. W.; YACKEE, S. W. Testing the ossification thesis: An empirical examination of federal regulatory volume and speed, 1950–1990. *The George Washington Law Review*, v. 80, n. 5, p. 1414–1492, 2012.

YACKEE, S. W. The politics of ex parte lobbying: Pre-proposal agenda building and blocking during agency rulemaking. *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART*, v. 22, n. 2, p. 373–393, 2012.

YAHAYA, S. State intervention versus the market: A review of the debate. *Africa and Development / Afrique et Développement*, v. 16, n. 3/4, p. 55–74, 1991.

Gestão de análise regulatória na Administração Biden¹

Richard L. Revesz²

É uma honra participar da Palestra Magna sobre Regulação de 2024, realizada na University of Pennsylvania Law School. Como diretor do Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios (Office of Information and Regulatory Affairs — OIRA), lidero a unidade do Gabinete Executivo do Presidente dos Estados Unidos responsável por coordenar a revisão e a análise de normas federais relevantes.

As discussões sobre o OIRA tendem a se concentrar, muitas vezes de forma crítica, em seu papel, previsto no Decreto Presidencial nº 12.866, de garantir que os benefícios de uma regulação justifiquem seus custos. Esse foco costuma vir acompanhado de propostas para eliminar o uso da análise de custo-benefício na análise regulatória e, em alguns casos, para extinguir o próprio OIRA.

Mas a atuação do OIRA vai além da revisão de atos normativos no âmbito do Decreto Presidencial nº 12.866. Ela abrange outras funções relevantes no campo regulatório, como a definição de agendas, a qualidade das informações, a coleta de dados e a participação pública. Diante de

1 Este texto é uma tradução do artigo de Richard L. Revesz, intitulado “Managing Regulatory Review in the Biden Administration”, publicado em *The Regulatory Review* em 25 de novembro de 2024. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2024/11/25/revesz-managing-regulatory-review-in-the-biden-administration/>. Este ensaio é uma versão editada da Palestra Magna sobre Regulação proferida pelo autor em 2024 na University of Pennsylvania Law School. A palestra se baseia em um artigo mais amplo, intitulado *The Evolution of Regulatory Review*, que será publicado em 2025 na revista *Administrative Law Review* (vol. 77).

2 Diretor do Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios (Office of Information and Regulatory Affairs — OIRA), vinculado ao Escritório de Gestão e Orçamento (Office of Management and Budget — OMB) da Presidência dos Estados Unidos.

mudanças recentes, tornou-se ainda mais essencial que o Poder Executivo conte com uma gestão eficaz do processo regulatório.

O papel do OIRA como coordenador desse processo apresenta algumas características centrais. Em primeiro lugar, sua atuação não se limita a reagir quando os regulamentos chegam para revisão; ela inclui também uma abordagem proativa, voltada a antecipar possíveis problemas e moldar o processo regulatório para lidar com eles de forma mais eficaz. Em segundo lugar, uma gestão eficiente busca aprimorar a formulação de políticas públicas por meio da identificação e da produção de informações mais úteis e de maior qualidade. Por fim, o OIRA tem a função de assegurar que as decisões regulatórias incorporem, de forma adequada, o conhecimento produzido fora do governo, contribuindo assim para políticas públicas mais bem fundamentadas.

1. Gestão ativa e análise centralizada da regulação

Embora a gestão ativa do OIRA sobre o processo regulatório vá muito além da análise centralizada,³ é útil começar pelos fundamentos desse processo.

O processo de análise centralizada de regulações tem alguns elementos essenciais. Para começar, as agências submetem as normas ao OIRA, que determina se cada uma delas atende aos critérios para revisão centralizada, incluindo se requer uma análise de custo-benefício mais rigorosa.⁴ Caso o regulamento atenda a qualquer desses critérios, o OIRA assegura que todas as agências relevantes do Poder Executivo e os componentes do Gabinete Executivo do Presidente possam revisar a norma.⁵ O OIRA analisa o regulamento diretamente, como parte do processo, mas também facilita uma troca produtiva de sugestões e comentários entre a agência proponente e os revisores.⁶ Se surgirem desacordos que não possam ser resolvidos em nível técnico, o OIRA garante que essas divergências sejam encaminhadas a autoridades superiores (inclusive ao presidente, se necessário) por

3 Consulte Sunstein, Cass R. *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, 126 HARV. L. REV. 1838 (2013).

4 Decreto Presidencial nº 12.866, 58 Reg. Fed. 51735 (4 out. 1993).

5 *Id.* §6.

6 *Id.*

meio de um processo ordenado, até que se tome uma decisão final.⁷ Uma vez resolvidas todas as questões, o OIRA conclui sua análise e a agência publica o regulamento.

A análise centralizada já foi considerada, por alguns, como de natureza antirregulatória. Especificamente, as narrativas sobre o OIRA frequentemente afirmam que a análise centralizada foi introduzida de forma abrupta como uma iniciativa antirregulatória da Administração Reagan. Essa narrativa padrão está equivocada por três motivos principais.

Primeiro, a análise centralizada de ações das agências tem raízes muito mais profundas, remontando ao New Deal. A necessidade de coordenação estatística aumentou significativamente com a promulgação dos primeiros programas do New Deal, “já que envolviam não apenas estatísticas, mas também os dados administrativos necessários para estabelecer e aplicar [...] regulações às empresas individuais”.⁸ Para suprir essa demanda, o presidente Franklin D. Roosevelt criou o Conselho Central de Estatística (Chemical Safety Board — CSB), em julho de 1933, para gerenciar a análise e coordenar essas coletas de informações.⁹ Eventualmente, Roosevelt transferiu as funções e o pessoal do CSB para o Gabinete de Orçamento (Bureau of the Budget, mais tarde reestruturado como o Escritório de Gestão e Orçamento, onde hoje está situado o OIRA), então abrigado no recém-criado Gabinete Executivo do Presidente (Executive Office of the President — EOP).¹⁰

Segundo, a análise centralizada interessou presidentes de ambos os partidos ao longo de nove décadas. Já em 1942, o Gabinete de Orçamento foi incumbido de revisar centralizadamente todas as propostas legislativas, recomendações de veto e ordens executivas.¹¹ Nas décadas de 1950

7 *Id.* §7.

8 W. Duncan, Joseph; Shelton, William C. *Revolution in the United States: GOVERNMENT STATISTICS*, 1926–1976, em 25 (Escritório de Normas e Políticas Federais do Estado, Departamento do Comércio dos EUA, 1978).

9 *The Central Statistical Board*, 192 J. ASSOCIAÇÃO STAT. AMERICANA 714 (1935). Na prática, “[...] a maioria das estatísticas econômicas foi incluída no âmbito [do CSB]” quase imediatamente, não apenas “[...] as estatísticas relacionadas com a [Lei de Recuperação Industrial Nacional]”. Duncan; Shelton; *supra* nota 6, em 29.

10 Plano de Reestruturação nº 1 de 1939, 4 Reg. Fed. 2727 (1 jul. 1939).

11 Berman, Larry, *The Office of Management and Budget and the Presidency*, 1921–1979, em 10, 14 (1979).

e 1960, os presidentes Harry S. Truman, Dwight D. Eisenhower e John F. Kennedy ampliaram as atribuições do Gabinete de Orçamento para incluir a mediação de disputas entre agências.¹² As preocupações do presidente Lyndon B. Johnson com a implementação ineficaz dos programas da Grande Sociedade o levaram a incumbir o Gabinete de Orçamento de coordenar tanto os subsídios quanto as regulações.¹³ Após reestruturar o Gabinete de Orçamento para integrá-lo ao Escritório de Gestão e Orçamento (Office of Management and Budget — OMB), a Administração Nixon passou a exigir que todas as agências executivas submetessem suas propostas regulatórias ao OMB sempre que elas pudessem afetar programas de outras agências, impor custos significativos ao setor privado ou aumentar os gastos federais.¹⁴ Essas propostas precisavam vir acompanhadas de uma comparação dos custos e dos benefícios esperados de cada alternativa considerada e “[...] das razões para selecionar a alternativa” escolhida.¹⁵ O presidente Jimmy Carter, por sua vez, consolidou essa prática ao emitir o Decreto Presidencial nº 12.044.

Terceiro, como demonstra esse histórico, a análise centralizada resultou de um processo gradual de acúmulo institucional, e não de uma mudança brusca. O período entre o Decreto Presidencial nº 12.291, de Ronald Reagan (1981) e o Decreto Presidencial nº 12.866, de Bill Clinton (1993) foi amplamente discutido e analisado. Embora haja uma vasta literatura sobre o Decreto Presidencial nº 12.291 de Reagan, muito de seu conteúdo refletia diretamente o Decreto Presidencial nº 12.044 de Carter. Além disso, o Decreto Presidencial nº 12.866 manteve essencialmente intacta a estrutura existente de análise regulatória.

O presidente Joseph R. Biden deu continuidade a essa trajetória ao reafirmar os princípios do Decreto Presidencial nº 12.866 em um memorando

12 *Id.* em 71.

13 *Id.* em 80–81.

14 Memorando de George P. Shultz, dir., Escritório de Gestão e Orçamento, aos chefes de Departamentos e Agências, *Agency Regulations, Standards, and Guidelines Pertaining to Environmental Quality, Consumer Protection, and Occupational and Public Health and Safety* (5 de outubro de 1971); consulte também Tozzi, Jim. *OIRA's Formative Years: The Historical Record of Centralized Regulatory Review Preceding OIRA's Founding*, 63 ADMIN. L. REV. 37, 41 (2011).

15 Memorando de George P. Shultz, *supra* nota 12.

publicado já no primeiro dia de seu mandato.¹⁶ Contudo, esse memorando também solicitava ao OIRA que “[...] avaliasse os processos e princípios que regem a análise regulatória a fim de garantir uma ação federal ágil e eficaz”, por meio da reforma do processo regulatório.¹⁷ O Decreto Presidencial nº 14.094, publicado em abril de 2023, reafirmou, de forma semelhante, o Decreto Presidencial nº 12.866, ao mesmo tempo que implementou reformas importantes no processo regulatório.

Uma dessas reformas foi a atualização do critério de valor que exige análise de custo-benefício mais rigorosa. Desde o Decreto Presidencial nº 12.044 de Carter, esse valor estava fixado em “[...] um impacto anual sobre a economia de US\$ 100 milhões ou mais”.¹⁸ Com o tempo, e sem reajuste em termos nominais, esse limite passou a abranger muito mais regulações do que o originalmente previsto. Em termos simples: US\$ 100 milhões hoje não têm o mesmo peso que em 1977. O Decreto Presidencial nº 14.094 elevou esse patamar para US\$ 200 milhões e vinculou o valor ao PIB ao longo do tempo.¹⁹ Embora uma análise rigorosa traga benefícios, ela também impõe custos às agências. Essa mudança reconhece esse equilíbrio, permitindo que o OIRA e as agências dediquem mais recursos a regras cujo impacto justifique esse tipo de avaliação mais aprofundada.

A análise centralizada sempre teve um papel importante para tornar qualquer governo mais eficaz. Mas, em diversos aspectos, a necessidade e os benefícios dessa análise aumentaram significativamente nas últimas décadas. Destaco quatro desafios recentes e como o OIRA tem respondido com uma atuação mais ativa:

Primeiro, o Gabinete Executivo da Presidência (EOP) tornou-se mais complexo. Em 1981, o EOP tinha sete departamentos responsáveis por

16 Memorando sobre a Modernização da Análise Regulatória, 86 Reg. Fed. 7223 (20 jan. 2021).

17 *Id.* §1.

18 Decreto Presidencial nº 12.044 §3(a)(1), 43 Reg. Fed. 12661, 12663 (24 mar. 1978); consulte também Decreto Presidencial nº 12.291 §1(b)(1), 46 Reg. Fed. 13193, 13193 (17 fev. 1981) (“[u]m efeito anual sobre a economia de US\$ 100 milhões ou mais”); Decreto Presidencial nº 12.866 §3(f)(1), *supra* nota 2, em 51738 (“[...] um efeito anual sobre a economia de US\$ 100 milhões ou mais”).

19 Decreto Presidencial nº 14.094 §1(b), 88 Reg. Fed. 21879, 21879 (6 abr. 2023).

política pública.²⁰ Hoje, são quinze,²¹ isso sem contar os assessores especiais do presidente Biden encarregados de implementar leis prioritárias como o Plano de Resgate Americano (American Rescue Plan), a Lei de Investimento em Infraestrutura e Empregos (Infrastructure Investment and Jobs Act) e a Lei de Redução da Inflação (Inflation Reduction Act). Esses escritórios garantem atenção a temas críticos, mas, sem o OIRA coordenando o envolvimento do EOP com a regulação, essa multiplicidade de estruturas dificultaria a definição de uma direção única e coerente.

Em segundo lugar, novas leis e iniciativas do Executivo demandam ação coordenada entre várias agências. Quando atuam isoladamente, essas agências podem se contrapor. Iniciativas da Administração Biden sobre concorrência, experiência do usuário, produção nacional (“*Made in America*”), inteligência artificial e justiça ambiental (por exemplo, Justice40) exigiram coordenação e colaboração entre as agências. O sucesso dessas abordagens integradas depende, em grande parte, da capacidade do OIRA de coordenar o processo regulatório.

Terceiro, as agências enfrentam hoje um cenário judicial mais hostil. Decisões recentes e pendentes relacionadas à doutrina das “grandes questões”²² à deferência judicial quanto às interpretações das agências sobre as leis que aplicam²³ e sobre seus próprios regulamentos²⁴ têm abalado os limites da autoridade regulatória das agências. Litígios movidos por

20 Relyea, Harold C. Serv. de Pesquisa do Cong., 98-606, The Executive Office of the President: An Historical Overview (2008).

21 *Id.*; Decreto Presidencial nº 13.803, 82 Reg. Fed. 31429 (7 jul. 2017); William M. (Mac) Thornberry, Lei de Autorização da Defesa Nacional para o Exercício Fiscal de 2021, Lei Pública 116–283, 134 Lei 4144 (2021) (codificado no 6 U.S.C. (Código dos Estados Unidos) §1500); Decreto Presidencial nº 14.008, 86 Reg. Fed. 7619 (1 fev. 2021); Decreto Presidencial nº 14.020, 86 Reg. Fed. 13797 (11 mar. 2021); Lei de Dotações Consolidadas de 2023, Lei Pública 117–328, 136 Lei 5715 (2022) (codificado em 42 USC §300hh-3); Comunicado à Imprensa, Casa Branca, presidente Joe Biden estabelecerá o primeiro gabinete de prevenção à violência armada da Casa Branca, a ser supervisionado pela vice-presidente Kamala Harris (21 set. 2023), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/09/21/president-joe-biden-to-establish-first-ever-white-house-office-of-gun-violence-prevention-to-be-overseen-by-vice-president-kamala-harris/> [https://perma.cc/V6G7-J8VN] (estabelecendo novas estruturas políticas dentro do EOP).

22 Consulte *Virgínia Ocidental vs. Agência de Proteção Ambiental*, 597 U.S. 697 (2022).

23 Consulte *Chevron U.S.A., Inc. vs. Nat’l Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), reformado por *Loper Bright Enterprises vs. Raimondo*, 144 Suprema Corte 2444 (2024). Esta palestra foi proferida antes da decisão da Suprema Corte em *Loper Bright*.

24 Consulte *Auer vs. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997); *Kisor vs. Wilkie*, 588 U.S. 558 (2019).

estados têm prosperado em instâncias inferiores e obtido liminares de abrangência nacional. Em geral, litígios oportunistas estão encontrando brechas para contestar atos que antes seriam considerados claramente legais. Nesse contexto, o papel do OIRA tornou-se ainda mais crucial. A análise do OIRA ajuda a garantir que as regulações tenham base legal sólida e sejam bem justificadas.

Em suma, ao contrário dos receios de alguns setores progressistas e das expectativas de certos grupos conservadores, a análise centralizada da regulamentação não tem como função atrasar nem enfraquecer a atuação regulatória das agências. Pelo contrário: o papel do OIRA como gestor ativo do processo regulatório contribui para economizar tempo e aumentar a eficácia da administração ao resolver conflitos e impedir que as agências ajam de maneira descoordenada.

2. Aumento da qualidade da informação e melhoria da análise de custo-benefício

Outra forma importante pela qual o OIRA gerencia o processo regulatório é oferecendo diretrizes às agências sobre como avaliar as consequências das regulamentações. Assim como ocorre com a análise centralizada, os relatos tradicionais sobre a análise de custo-benefício na formulação de políticas do Governo Federal tendem a focar nas últimas décadas.

No entanto, o Governo Federal já lida com essas questões desde, pelo menos, o período do New Deal. Por exemplo, em 1934, foi criado o Conselho Nacional de Recursos (National Resources Board), com a missão de elaborar um plano para avaliar aspectos relevantes de políticas públicas voltadas aos recursos naturais.²⁵

Em 1943, o presidente Roosevelt concedeu ao Gabinete de Orçamento autoridade para exigir “[...] dados, relatórios e informações” sobre projetos de obras públicas em planejamento, com o objetivo de coordenar sua análise.²⁶ Em 1950, um comitê interagências elaborou a primeira diretriz

25 Consulte Conselho de Recursos Nacionais, Um Relatório sobre Planejamento Nacional e Obras Públicas em Relação aos Recursos Naturais e Incluindo Uso da Terra e Recursos Hídricos com Conclusões e Recomendações (1934).

26 Decreto Presidencial nº 9384 §5, 8 Reg. Fed. 13782, 13783 (4 out. 1943).

abrangente de análise de custo-benefício,²⁷ que o Gabinete de Orçamento adotaria como base para suas próprias orientações.

Esse interesse de longa data na análise de custo-benefício, desde o New Deal, ilustra bem uma visão que já expressei anteriormente: a análise de custo-benefício “[...] é inevitável, mas também... desejável”, pois, quando o governo adota medidas relevantes, é natural que queira compreender suas consequências. Além disso, “[...] a natureza complexa das decisões governamentais” significa que não há “[...] outra escolha senão implementar ferramentas analíticas complexas para tomar as melhores decisões possíveis”.²⁸

Mais recentemente, em 2003, o OMB publicou, pela primeira vez, a Circular A-4, a primeira circular com diretrizes específicas para a análise regulatória de custo-benefício.²⁹ Ela foi descrita como um esforço para reunir as “[...] melhores práticas de vinte anos de aplicação da análise de custo-benefício no Governo Federal”.³⁰

Contudo, a Circular A-4 permaneceu inalterada desde 2003 e, quando o presidente Biden assumiu o cargo, já demonstrava sinais de obsolescência. Diante das mudanças nos conhecimentos econômicos e científicos, e no funcionamento dos mercados, o memorando presidencial do primeiro dia do mandato de Biden encarregou o OIRA de revisar a Circular A-4.³¹ O OIRA conduziu esse processo com rigor e cautela, em diálogo com todos os componentes e agências interessados do Gabinete Executivo do Presidente (EOP), submetendo um rascunho à consulta pública e à revisão por pares independentes. A versão revisada foi concluída em 9 de novembro de 2023³²

27 Subcomitê sobre Benefícios e Custos, Comitê Interagências Federais de Bacias Hidrográficas, *Práticas Propostas para Análises Econômicas de Projetos de Bacias Hidrográficas* (1950).

28 Revesz, Richard L.; Livermore, Michael A. *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health* 3, 12 (2008).

29 Escritório de Gestão e Orçamento, Circular Nº A-4: Análise Regulatória (2003), https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/legacy_drupal_files/omb/circulars/A4/a-4.pdf [<https://perma.cc/XN8M-XLWP>].

30 Livermore, Michael A. *Regulatory Rationality for the 21st Century*, 48 ADMIN. & REGUL. L. NEWS 5 (2023).

31 Memorando de 20 de janeiro de 2021, *supra* nota 14.

32 Escritório de Gestão e Orçamento, Circular Nº A-4: Análise Regulatória (2023), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2023/11/CircularA-4.pdf> [<https://perma.cc/D6JL-WS8Z>].

e incluiu atualizações importantes sobre descontos de fluxos futuros, análise distributiva, análise de efeitos não monetizados e vieses comportamentais.

A nova Circular A-4 foi, em grande parte, bem recebida. O ganhador do Prêmio Nobel Richard Thaler, por exemplo, a descreveu como “[...] muito bem pensada”, e um exemplo de “[...] como o governo deveria funcionar”.³³

Ainda assim, após sua publicação, alguns críticos alegaram que a revisão da Circular teria sido politizada.³⁴ Essas críticas são equivocadas. Atualizar orientações analíticas com base em avanços científicos e econômicos, e em mudanças nos mercados relevantes, não constitui politização. Na verdade, deixar de fazer isso por conveniência política seria, sim, uma forma de politização por omissão. Um exemplo disso seria barrar regulamentações apenas por discordância ideológica, independentemente do que a análise técnica e bem fundamentada sobre os benefícios da norma venha a indicar.

Além da Circular A-4, uma das principais iniciativas do OIRA tem sido aproveitar os avanços na ciência e na economia que permitem a monetização de efeitos regulatórios importantes. A iniciativa Fronteiras da Análise de Custo-Benefício (Frontiers of Benefit-Cost Analysis) visa melhorar a formulação de políticas públicas, catalisando a colaboração entre o Governo Federal e a comunidade acadêmica.³⁵ Além dessa iniciativa, o OIRA também elaborou novas diretrizes sobre serviços ecossistêmicos e concorrência, para ajudar as agências a mensurar melhor esses impactos.³⁶

33 @R_Thaler, TWITTER (9 de novembro de 2023, 12h17min), https://twitter.com/R_Thaler/status/1722664709273378962 [<https://perma.cc/44TN-DBK7>].

34 Consulte, por exemplo, Dudley, Susan; Viscusi, W. Kip. *Biden's OMB Politicizes Cost-Benefit Analysis*, WALL ST. J. (28 ago. 2023), <https://www.wsj.com/articles/bidens-omb-politicizes-cost-benefit-analysis-regulation-social-justice-2534e819> [<https://perma.cc/CRJ9-WK54>].

35 Consulte, por exemplo, Subcomitê sobre Fronteiras da Análise de Custo-Benefício, Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia, *Advancing the Frontiers of Benefit-Cost Analysis: FEDERAL PRIORITIES AND DIRECTIONS FOR FUTURE RESEARCH* (2023), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2023/12/FINAL-SFBCA-Annual-Report-2023.pdf> [<https://perma.cc/YH6Y-8BEC>].

36 ESCRITÓRIO DE INFORMAÇÃO E ASSUNTOS REGULATÓRIOS, ESCRITÓRIO DE GESTÃO E ORÇAMENTO, DIRETRIZ PARA AVALIAR MUDANÇAS NOS SERVIÇOS AMBIENTAIS E ECOSISTÊMICOS NA ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO (2024), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/02/ESGuidance.pdf> [<https://perma.cc/E29A-U583>]; ESCRITÓRIO DE INFORMAÇÕES E ASSUNTOS REGULATÓRIOS, ESCRITÓRIO DE GESTÃO E ORÇAMENTO, DIRETRIZ SOBRE A CONTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA CONCORRÊNCIA AO DESENVOLVER E ANALISAR MEDIDAS REGULATÓRIAS (2023), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2023/10/RegulatoryCompetitionGuidance.pdf> [<https://perma.cc/U5G4-JYNS>].

Assim como a literatura jurídica frequentemente trata a gestão do processo regulatório como uma atividade essencialmente conservadora, é comum interpretar a análise de custo-benefício como inerentemente antirregulatória. Isso não é verdade. A análise de custo-benefício oferece uma estrutura útil para lidar com problemas regulatórios complexos. O OIRA, ao defender uma análise de custo-benefício de alta qualidade, ajuda a evitar regulamentações demasiada ou insuficientemente rigorosas. O OIRA também tem um importante papel de gestão proativa ao emitir diretrizes gerais sobre análises de custo-benefício de alta qualidade, permitindo que as agências se concentrem em suas questões específicas.

3. Organizando a redução dos encargos no processo regulatório

Reduzir encargos administrativos desnecessários tem sido uma prioridade do OIRA durante a Administração Biden. Encargos administrativos — o tempo, o dinheiro e os custos psicológicos envolvidos na interação com o governo — são uma parte inevitável da governança. A própria Constituição exige que o Governo Federal imponha encargos administrativos aos indivíduos a cada dez anos, por meio do Censo.

Além disso, regulamentos que regem programas e gastos públicos geralmente estão intrinsecamente ligados a coletas de informações que acarretam encargos administrativos. Coordenar as atividades do Governo Federal para reduzir encargos administrativos desnecessários — e tornar mais eficazes os programas que dependem dessas informações — é um aspecto central do papel do OIRA como gestor do processo regulatório federal.

Embora essa questão já tenha recebido alguma atenção em administrações anteriores, em especial durante a Administração Obama, a Administração Biden tem demonstrado um foco especial nela. Esse esforço tem se concentrado, em conformidade com a Lei de Redução de Papelada (Paperwork Reduction Act), na minimização de encargos administrativos, com ênfase especial em indivíduos de comunidades historicamente desfavorecidas que são beneficiários de programas públicos. Esse foco é particularmente importante diante do fato de que, em muitos programas federais de benefícios, há uma lacuna significativa entre o número de pessoas elegíveis e o número de beneficiários efetivos.

Por exemplo, estudos recentes indicam que pouco menos da metade dos adultos elegíveis a benefícios de seguro de saúde via Medicaid de fato os recebem.³⁷

A nova iniciativa do OIRA para a redução de encargos tem três frentes principais: ajudar as agências a analisar com mais precisão os encargos enfrentados pelo público ao acessar programas de benefícios; oferecer diretrizes sobre como reduzir esses encargos; e manter interações regulares com as agências para garantir a implementação efetiva das diretrizes.

O OIRA tem integrado a redução de encargos tanto no processo de solicitação de coleta de informações quanto no processo de análise regulatória. De fato, ao reunir dados sobre o primeiro ano de implementação dessa nova iniciativa, as agências relataram mais de 100 ações já realizadas para reduzir encargos. Além disso, o OIRA tem atuado de forma proativa para fomentar a redução de encargos — sem esperar o recebimento formal de uma solicitação de coleta de informações — ao participar de diversos fóruns interagências para incentivar as agências a priorizar esse tema, e também entrando em contato diretamente com elas para discutir propostas de redução de encargos identificadas por meio de consultas públicas.

4. Promovendo uma melhor participação pública no processo regulatório

O processo de notificação e comentários — por meio do qual a agência informa o público sobre uma proposta de regulamentação e recebe e considera comentários públicos — tem sido o principal mecanismo de participação da sociedade na elaboração normativa. Decretos presidenciais anteriores, embora reconhecessem que a escuta pública é um princípio fundamental da regulação eficaz, não exigiam que o OIRA examinasse a efetividade do engajamento das agências com o público, nem que apoiasse seus esforços de participação social.

37 Decker, Sandra L.; Abdus, Salam; Lipton, Brandy J. *Eligibility for and Enrollment in Medicaid Among Nonelderly Adults After Implementation of the Affordable Care Act*, 79 MED. CARE RSCH. & REV. 125 (2022).

No entanto, como parte do esforço da Administração Biden para modernizar a análise regulatória, o OIRA assumiu um papel mais amplo e ativo, com o objetivo de tornar a participação pública mais oportuna, transparente e inclusiva.³⁸ Para implementar esses objetivos, o OIRA emitiu diretrizes que identificam boas práticas de engajamento público por parte das agências, criam uma oportunidade regular para que elas avaliem e discutam seus esforços de participação, e tornam as reuniões previstas no Decreto Presidencial nº 12.866 mais acessíveis a uma gama mais ampla de vozes.³⁹

A participação pública pode contribuir significativamente para a boa governança e para decisões regulatórias mais bem fundamentadas. Ela fornece informações relevantes, amplia a responsabilização pública e reforça a legitimidade democrática das ações das agências — fatores que tendem a gerar regulamentações mais eficazes, responsivas e resilientes.

Ainda assim, quando mal estruturada, a participação pública pode ter efeitos adversos. Pode ser dominada por atores mais sofisticados, excluir grupos diretamente afetados, ocorrer tarde demais no processo para influenciar decisões e, às vezes, não ser devidamente considerada pela agência. Esses desafios ampliam o risco de que os custos e atrasos gerados pela participação superem seus benefícios.⁴⁰

A abordagem adotada pela Administração Biden busca extrair os benefícios da participação pública ao mesmo tempo em que evita esses riscos. O OIRA conduziu três ações principais nesse sentido. Ao incorporar a

38 Consulte Memorando de 20 de janeiro de 2021, *supra* nota 14, §2(b).

39 Consulte Memorando de Richard L. Revesz, Administrador, Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios, aos Chefes de Departamentos e Agências Executivos, *Broadening Public Participation and Community Engagement in the Regulatory Process* (19 jul. 2023); ESCRITÓRIO DE INFORMAÇÃO E ASSUNTOS REGULATÓRIOS, ESCRITÓRIO DE GESTÃO E ORÇAMENTO, DIRETRIZ DE IMPLEMENTAÇÃO DA SEÇÃO 2(E) DO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 14.094 (MODERNIZANDO A ANÁLISE REGULATÓRIA) (2023), https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2023/12/Modernizing-EO-Section-2e-Guidance_FINAL.pdf [<https://perma.cc/DB2S-CGWC>].

40 Consulte, por exemplo, Bagley, Nicholas. *The Procedure Fetish*, 118 MICH. L. REV. 345, 385–91 (2019); Demsas, Jerusalem. *Community Input Is Bad, Actually*, THE ATLANTIC (22 de abril de 2022), <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/04/local-government-community-input-housing-public-transportation/629625/> [<https://perma.cc/3NKA-3R47>].

participação pública em seus próprios processos decisórios, buscou escuta ativa durante a formulação de cada uma dessas estratégias.

Primeiro, emitiu diretrizes sobre como as agências devem interagir com o público.⁴¹ Essas diretrizes não prescrevem práticas padronizadas para todos os órgãos. Regras rígidas poderiam gerar custos de implementação que nem todas as agências estariam aptas a suportar, além de criar obstáculos desnecessários que atrasariam o processo regulatório. Em vez disso, as diretrizes estabelecem princípios gerais e boas práticas que cada agência pode adaptar às suas necessidades e implementar conforme sua realidade institucional.

Em segundo lugar, para auxiliar na identificação e divulgação de oportunidades de engajamento antecipado, o OIRA passou a utilizar sua agenda regulatória semestral como instrumento de estímulo à participação. A partir do segundo semestre de 2023, essas agendas passaram a incluir descrições dos esforços de participação pública de cada agência.

Em terceiro lugar, para fortalecer a transparência e a inclusão nas suas próprias interações com o público, o OIRA reformulou o processo de reuniões com cidadãos a respeito das normas em análise. Conforme o Decreto Presidencial nº 12.866, o OIRA já mantinha uma política de “portas abertas”, permitindo que qualquer pessoa solicitasse reunião sobre um ato regulatório sob sua análise.⁴² No entanto, essa política, por si só, não garantia a participação efetiva de diferentes grupos e perfis. Por isso, o OIRA passou a ampliar a divulgação pública de informações sobre essas reuniões — especialmente para atores menos experientes — e a facilitar o processo de agendamento.

Considerações finais

O OIRA, por vezes, é criticado por impor exigências excessivas que engessariam ou enfraqueceriam o processo regulatório. Na realidade, o OIRA o fortalece. Ele o faz ao antecipar e resolver problemas, eliminar gargalos e mediar divergências dentro do governo antes que causem entraves; ao garantir que as decisões sejam fundamentadas na melhor ciência e

41 Revesz, *supra* nota 37.

42 Decreto Presidencial nº 12.866 §6, *supra* nota 2, em 51740.

nos melhores dados econômicos disponíveis; ao coordenar a redução de encargos administrativos desnecessários para o público; e ao incentivar as agências a promoverem formas de participação social que maximizem os benefícios e minimizem os custos.

Esses são aspectos distintos, mas complementares, do papel do OIRA como gestor do processo regulatório. Um olhar estreito sobre apenas um desses elementos deixa de reconhecer sua função mais ampla de garantir que os processos decisórios, em todas as agências, sejam projetados para produzir os melhores resultados regulatórios possíveis.

A Administração Biden está reformando esse processo para garantir regulações mais eficazes e equitativas. Essas reformas permitem ao OIRA exercer plenamente seu papel gerencial, assegurando que a regulação concretize, de forma mais efetiva, esses valores.

A implementação do marco jurídico-institucional da política regulatória precede a instituição do Órgão de Supervisão Regulatória (OSR)

Veronica Sanchez da Cruz Rios¹

Ana Carolina N. Argolo²

Nazareno Araújo³

O Órgão de Supervisão Regulatória (OSR) é a entidade responsável por promover a gestão da qualidade regulatória, seja em relação aos processos e aos procedimentos utilizados pelos reguladores, seja em relação aos resultados da regulação. A efetiva atuação do OSR pode aumentar a organização e a coerência da atuação governamental com vistas a alcançar os objetivos da política regulatória. Trata-se de um órgão de supervisão que

-
- 1 Graduada em Relações Internacionais e mestra em Administração pela Universidade de Brasília (UnB). Servidora pública federal da carreira de especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Diretora-presidenta da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).
 - 2 Diretora da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Geóloga formada pela Universidade de Brasília (UnB), pós-graduada em Gestão e Tecnologias Ambientais pela Universidade de São Paulo (USP) e em Geoprocessamento Ambiental pela UnB. Atuou no setor privado como consultora ambiental e foi diretora do Departamento de Desenvolvimento Sustentável na Mineração, no Ministério de Minas e Energia.
 - 3 Administrador de empresas, com MBA em Planejamento, Orçamento e Gestão pela Fundação Getulio Vargas (FGV) e Mestrado em Administração pela Universidade de Brasília (UnB). Servidor de carreira da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) desde 2007, onde atualmente exerce o cargo de diretor interino. Entre 2018 e 2023, atuou como secretário-geral e gerente-geral de Estratégia. Coordenou projetos e programas voltados à gestão estratégica, qualidade regulatória, aperfeiçoamento da governança corporativa, diálogos políticos com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e alternativas para o fortalecimento institucional, com foco na integração interna e na articulação com os demais entes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH).

normalmente não tem funções sancionatórias e cuja atuação não deve se confundir com as funções dos reguladores setoriais.

As principais funções desse órgão são:

- I. **controlar a qualidade:** das análises de impacto regulatório (AIR), *ex-ante*; das avaliações de resultados regulatórios (ARR), *ex-post*; e dos processos de participação da sociedade – tomada de subsídios, consultas e audiências públicas;
- II. **identificar áreas nas quais a política regulatória pode ser mais efetiva:** coordenar a programação e a execução de revisões de toda a política regulatória em áreas em todo o governo; supervisionar a introdução e a aplicação de cláusulas de revisão e caducidade; coordenar as medições de base dos encargos administrativos; monitorar e fazer cumprir as metas de redução de custos regulatórios;
- III. **melhorar sistematicamente a política regulatória:** monitoramento e relatórios, incluindo relatórios de progresso ao parlamento e ao governo para ajudar a acompanhar o sucesso da implementação da política regulatória e do funcionamento da sua governança; coordenar medidas regulatórias com outros órgãos de supervisão (se houver);
- IV. **coordenar de ferramentas regulatórias:** promover uma abordagem coordenada de todo o governo para a qualidade regulatória; incentivar a adoção harmoniosa dos diferentes aspectos da política regulatória em todas as fases do ciclo político; facilitar e assegurar a coordenação interna entre os ministérios/os departamentos na aplicação de ferramentas de gestão regulatória; e
- V. **oferecer diretrizes, orientações e apoio aos reguladores:** fornecer assistência e treinamento aos reguladores e administradores para gerenciar instrumentos de política regulatória (AIR, ARR, participação social).

As características a serem observadas por um país ao criar um OSR foram detalhadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2012. Os países-membros devem:

[...] estabelecer mecanismos e instituições para supervisionar ativamente os procedimentos da política regulatória e seus objetivos, apoiar e implementar a política regulatória, e, assim, promover a qualidade regulatória. (OCDE, 2012, p. 7).

Esse órgão deve ser estabelecido perto do centro do governo para garantir que a regulação sirva às políticas do governo como um todo. Seu mandato deve ser estabelecido em lei ou decreto, no desempenho das suas funções técnicas de avaliação e orientação; o órgão deve ser independente de influências políticas; sua tomada de decisões deve ser baseada em evidências; e sua performance deve ser avaliada periodicamente.

A criação de um OSR no Brasil ganhou força em 2012 e, posteriormente, em 2022, quando o governo brasileiro e a Organização realizaram revisão de pares sobre a Reforma Regulatória no Brasil, na qual foram identificadas áreas de reforma para tornar a regulação e os arranjos institucionais do país mais alinhados às melhores práticas internacionais. Assim, o debate foi retomado.

Nesse relatório foram identificados avanços na adoção e na implementação de práticas e ferramentas de melhoria da regulação: houve difusão de instrumentos de melhoria da qualidade regulatória, mas não o suficiente para que o país adote um marco jurídico-institucional completo e abrangente para a política regulatória. A principal recomendação do relatório foi para que o Brasil defina e consolide a maioria (se não todas) das funções de supervisão regulatória em um único órgão, com apoio político do mais alto escalão e arranjos de governança adequados.

Diante disso, no senso comum, a criação de um órgão dessa natureza no ordenamento brasileiro pode trazer maior organização, coerência e transparência para a regulação no país. Contudo, há outras variáveis que colocam em risco o alcance desses objetivos na instalação do OSR ou ainda podem comprometer o adequado funcionamento dessa instituição. Essas variáveis são apontadas também em recomendações do Conselho da OCDE sobre Política e Governança Regulatória e em outras análises da própria Organização, as quais trazem evidências das fragilidades que podem conduzir ao aumento do risco regulatório e à captura da regulação.

A primeira sugestão diz respeito ao não cumprimento da recomendação inicial da OCDE em 2012, para o membro:

[A]ssumir o compromisso no mais alto nível político com uma política explícita de qualidade regulatória para o governo como um todo. A política deve ter objetivos claros e estruturas para a implementação que assegurem que, se a regulação for usada, os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos, os efeitos distributivos sejam considerados e os benefícios líquidos maximizados. (OCDE, 2012, p. 4).

Nessa perspectiva, o quadro institucional da política regulatória no Brasil apresenta uma diversidade de instituições que estão voltadas a implementar as ferramentas de gestão regulatória, sobretudo a Agenda Regulatória, a AIR e a ARR. Nas últimas décadas, os esforços concentram-se em promover a utilização dessas ferramentas, por meio de imposições na Lei Geral da Agências Reguladoras (Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019), na Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) e em decretos, além da realização de treinamentos.

Embora tenham sido constatados avanços significativos na implementação das boas práticas regulatórias, estes estão concentrados especificamente nas Agências Reguladoras Federais e não há, como recomenda a OCDE, um marco jurídico-institucional claro (nem lei, nem decreto) que estabeleça quais são os objetivos da política regulatória a serem perseguidos, quais são as metas, qual estratégia será adotada ao longo do tempo, como se dará a conformidade entre a agenda regulatória e a agenda das políticas públicas. Como haverá um OSR, que é um gestor da política regulatória, se não há política definida?

Outro ponto a ser destacado é a qual órgão ou estrutura estará vinculado o OSR e qual o seu poder de veto. Inicialmente, a recomendação da OCDE é clara de que esse órgão esteja próximo do centro de governo e distante de influência política. Entre os países-membros, foi levantado que a grande maioria dos OSR estão vinculados ao centro de governo ou aos ministérios ligados a planejamento, finanças e economia. São admitidos, ainda, outros espaços, como ministérios responsáveis pela concorrência ou pela justiça.

Atualmente, o ministério responsável pela qualidade regulatória no Brasil é o Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (MDIC), que tem realizado um trabalho de coordenação regulatória. A Secretaria de Competitividade e Política Regulatória (SCPR), do MDIC, tem

focado a atuação nas funções de controle de qualidade e em dar diretrizes, orientações, estabelecer manuais e promover treinamentos. Observa-se que, desde a implementação do Estado regulador, a qualidade regulatória ficou a cargo da Casa Civil da Presidência da República (CC/PR), do Ministério do Planejamento e Orçamento, retornou à CC/PR, ficou a cargo do Ministério da Economia e agora é executada pelo MDIC, restando demonstrada a instabilidade na condução da qualidade regulatória no país.

Em relação ao centro de governo, a OCDE publicou o relatório *Revisão do Centro de Governo do Brasil*, que avaliou a capacidade do centro de governo do Brasil (CDG) para gerir a concepção de prioridades estratégicas integradas, bem como para liderar a coordenação de todo o governo para implementar prioridades transversais.

Segundo o Relatório, a capacidade do CDG de coordenar e orientar a máquina do governo para objetivos comuns é prejudicada pela ausência de um conjunto claro de metas prioritárias compartilhadas e pela fragmentação institucional e as frequentes mudanças institucionais. Dessa forma, a ação do governo tende a ser desarticulada e menos eficiente, além de gerar sobreposições entre as funções das diferentes entidades, limitando o desempenho do CDG como gestor da ação governamental.

Os principais instrumentos utilizados pelas diferentes instituições de CDG para garantir a coordenação horizontal de políticas com ministérios atuantes e agências reguladoras são as reuniões de gabinete, os comitês permanentes e as reuniões de coordenação entre departamentos do próprio CDG.

O documento apontou, ainda, que há significativa rotatividade de servidores efetivos, em particular de recursos humanos em áreas-chave, o que conduz a perdas importantes de conhecimento de processos institucionais, métodos e informações, além de comprometer a continuidade da política regulatória.

Já a discussão sobre qual o poder de veto do OSRs começa desde a concepção das agências reguladoras. Naquele momento, o país optou por um modelo de autonomia e independência dessas instituições com o objetivo de alcançar maior segurança jurídica. No outro modelo, no qual há supervisão com eventual poder de veto, os objetivos dizem respeito, predominantemente, à organização e à coesão das intervenções regulatórias.

A experiência internacional mostra que os OSRs não têm, formalmente, poder de veto. De maneira geral, os processos regulatórios seguem as diretrizes e os objetivos da política regulatória, e as agências reguladoras submetem suas AIRs ao crivo dos OSR, que podem, a partir de critérios bem definidos, realizar a revisão das análises de impacto ou de novas normas, ou, ainda, fazer recomendações ou propor mudanças para melhorar a qualidade do instrumento e a estimativa dos seus impactos. Esse modelo é bastante difundido nos Estados Unidos (US Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA); no Reino Unido (Better Regulation Executive, BRE); e na União Europeia, no Conselho de Avaliação de Impacto da UE (Impact Assessment Board – IAB). No Brasil, têm sido respeitadas a autonomia e a independência das Agências Reguladoras, nas quais se esgota o processo regulador.

Nesse sentido, o centro de governo apresenta fragilidades que podem impedir uma articulação efetiva que conduza à harmonização regulatória. Não há metas claras e compartilhadas; há fragmentação e frequentes mudanças das estruturas organizacionais, e a manutenção da memória técnica das políticas públicas é reduzida. Uma das desvantagens apontadas pela OCDE sobre o OSR estar vinculado ao centro de governo é o risco de captura que, aparentemente, fica ampliado com o ambiente diagnosticado pela própria organização no Brasil.

Além disso, a mudança do processo regulatório com a inclusão de uma etapa de supervisão implica uma mudança de diretriz e objetivo daquilo que o país precisa na melhoria da qualidade regulatória, podendo significar a redução da segurança jurídica em detrimento da organização e da coerência da Administração.

Diante do cenário atual, caracterizado pela dispersão da política regulatória, pela falta de clareza do centro de governo em relação aos papéis da regulação e à qualidade regulatória, além da incipiência das propostas sobre OSR, a definição de um marco jurídico-institucional para a Política Regulatória no país torna-se fundamental.

Um marco bem estruturado pode servir como uma ponte entre a boa coordenação regulatória já existente e a implementação efetiva do OSR. Ele proporcionaria clareza nas responsabilidades de diferentes órgãos governamentais e estabeleceria diretrizes que garantam a qualidade da regulação.

Além disso, um ambiente normativo coeso incentivaria a colaboração entre as agências reguladoras, reduzindo a dispersão e aumentando a transparência nas ações regulatórias. Em suma, a criação de um marco jurídico claro é um passo essencial para fortalecer a governança regulatória e assegurar que a política regulatória atenda, de modo eficiente, às demandas contemporâneas.

Referências

- OCDE. *Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança*. Paris: Éditions OCDE, 2012.
- OCDE. *Reforma regulatória no Brasil*. Paris: Publishing OCDE, 2022.
- OCDE. *Revisão do centro de governo do Brasil: rumo a um centro de governo integrado e estruturado*. Paris: Publishing OCDE, 2022.
- RENDA, A. R.; CASTRO, R.; HERNANDEZ, G. *Defining and contextualising regulatory oversight and co-ordination*. Paris: OECD Publishing, 2022.

Parte II

CONCESSÕES, CONTRATOS E INFRAESTRUTURA

A reforma da tributação sobre o consumo no Brasil e os desequilíbrios econômico-financeiros nas concessões de serviços públicos

Ana María Roval¹
Marcio Roberto Alabarce²

1. Do velho ao novo: a reforma do sistema de tributação sobre o consumo no Brasil

A noite da virada, em 31 de dezembro de 2026, há de ser histórica. Além das tradicionais comemorações, esse dia marcará o início efetivo da primeira — e, talvez, principal — fase de transição do velho para o novo sistema tributário nacional.

Nessa noite, os mais sensíveis sentirão o vigor do art. 126, I, “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023 (EC 132), irradiando seus efeitos em todo o território nacional. Com a vigência dessa disposição transitória, os que se recolherem à meia-noite o farão como contribuintes das contribuições destinadas ao custeio do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), e acordarão o novo ano

-
- 1 Advogada e pós-graduada em Direito da Economia da Empresa pela FGV/Business Institute e em Contratos Empresariais pela GVLaw. Advogada de empresa em São Paulo, presidenta do Comitê Jurídico-Regulatório da Aeroportos do Brasil (ABR) e membra da Comissão de Direito Aeronáutico da OAB/SP.
 - 2 Advogado e mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). MBA Executivo pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Advogado de empresa em São Paulo e coordenador do Comitê Legal e Tributário da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib).

devedores da Contribuição Sobre Bens Serviços (CBS), criada pelo art. 195, V, da Constituição Federal.

Para simbolizar essa mudança histórica, o consumidor mais ansioso a arcar com a CBS — criada pela Reforma Tributária implementada pela EC 132 — beneficiando-se na primeira hora das virtudes de neutralidade, transparência e demais características ínsitas aos novos tributos poderá se dirigir, talvez, a uma rodovia administrada por concessionária de serviços públicos contratada no regime da Lei nº 8.987, de 20 de dezembro de 2023, com o objetivo de alcançar alguma praça de pedágio poucos minutos antes da meia-noite deste 31 de dezembro de 2026.

No crepúsculo de 2026, esse usuário deve presenciar o fechamento da praça de pedágio poucos minutos antes da meia-noite. É o procedimento que, provavelmente, deverá ser adotado pelo respectivo concessionário para que possa proceder com a atualização dos sistemas daquela praça de pedágio e, de resto, de todo o seu sistema de arrecadação. Suas equipes funcionais, abrangendo jurídico, controladoria, contábil, regulatório, tecnologia da informação (TI) e diversos consultores, terão trabalhado por meses para que, em tal data, a empresa esteja completamente preparada para esse primeiro e importante marco da reforma tributária.

Esse consumidor — bem informado — está ciente de que, no alvorecer de 2027, esta concessionária de rodovias, há pouco contribuinte do PIS e da Cofins, calculados no regime cumulativo, com alíquota total e composta de 3,65%, em um cálculo “por dentro”³, passa a estar sujeita à CBS. Tal alíquota, segundo se estima, deverá ser estabelecida em um intervalo entre 8% e 10% e será aplicada sobre a respectiva base de cálculo de acordo com a metodologia de cálculo “por fora” e, ainda, regido por um princípio de não cumulatividade, com poucas exceções e amesquinhamentos típicos para esse regime. Uma digressão histórica e pontual é apropriada.

3 Ao tempo em que este artigo foi elaborado, ainda não fora concluído o julgamento do Tema 118 de Repercussão Geral, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), referente ao Recurso Extraordinário nº 592.616. O julgamento foi iniciado em 28 de agosto de 2024, tendo sido suspenso após o voto-vista do ministro Dias Toffoli. Espera-se que, até o início da transição para o novo regime, já se tenha definido se o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) há de ser, ou não, computado na base de cálculo de PIS e de Cofins.

Como um filme, surge a estória breve e apressada do sistema tributário que começa a ficar apenas na história. No sistema tributário que ainda vigora, os tributos que oneram diretamente o consumo são o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) — imposto estadual sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação —, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) — imposto federal sobre produtos industrializados —, o Imposto sobre Serviços (ISS) — imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza —, o PIS — contribuição social destinada ao custeio do Programa de Integração Social —, e a Cofins — contribuição social destinada ao custeio da Seguridade Social.

Poderiam também ser inseridas neste rol algumas contribuições de intervenção no domínio econômico (Cide); a exemplo do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust); do Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Funntel); da Cide-Combustíveis, criada pela Lei nº 10.336/2001; e também o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).⁴

Afirma-se que tais tributos oneram o consumo por características que lhes são inerentes e que permitem o repasse aos consumidores do ônus financeiro a eles correspondentes quando da formação dos preços de venda de bens, serviços e outras utilidades.⁵ Que característica é essa? É o fato de recaírem sobre o valor das operações, o preço dos serviços ou o montante das receitas auferidas pela venda ou pela prestação de serviço. Por isso, permitimo-nos incluir, em uma mesma classificação, tributos que possuem hipóteses (fatos geradores) e bases de cálculo bastante

4 A nota técnica anexa à Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib) manifestava apoio às iniciativas de reforma tributária e defendia que “[...] o IOF deve ser mantido restrito às funções extrafiscais atinentes ao mercado de câmbio, excluindo-se a incidência sobre operações crédito e seguro, e rogamos a que sejam também inseridos no IBS a totalidade dos tributos e contribuições sobre receitas, tais como o Fust e o FUNTELL” (Ofício ABD-979, de 28.09.2020, dirigido pelo deputado federal Aguinaldo Ribeiro, relator da Comissão Mista de Reforma Tributária).

5 De acordo com o art. 13, §1º, do Decreto nº 11.004/2022, que regulamenta o Fust, tais contribuições não deveriam ensejar a revisão de tarifas e preços, e deveriam ser encargos assumidos pela própria operadora, sendo análoga à disposição aplicável ao Funntel, estabelecida no art. 6º, §3º do Decreto nº 3.737/01.

diferenciadas. Trata-se, naturalmente, de classificação que leva em conta aspectos econômicos — o repasse aos preços⁶ — decorrentes de características normativas de cada um desses tributos.⁷

Esse sistema constitucional tributário criado pelo constituinte de 1988 e que vem sendo modificado a passos lentos, conquanto contínuos, aproveitou largamente a experiência acumulada nas décadas anteriores à Constituinte.⁸ Trata-se de um sistema tributário cuja raiz é a Emenda Constitucional nº 18, de 1965 (EC nº 18/65), que, à época, promoveu ampla reforma tributária no país, trazendo uma ruptura equivalente à promovida pela EC nº 132.

A reforma de outrora criou o imposto federal **sobre produtos industrializados**, com perfil não cumulativo, introduzindo, no plano constitucional, um novo conceito na tributação do consumo.⁹ Trata-se da emenda que também criou o imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias (com adicional devido aos municípios), também não cumulativo¹⁰; o imposto federal sobre serviços de transporte e comunicações,

6 O repasse a que aludimos pode não se verificar em um ou em outro caso concreto em particular. Tome-se o exemplo de preços controlados ou de *commodities*, cujo preço é fixado em bolsa, independente dos tributos que recairão sobre a operação praticada pelo respectivo vendedor. Em tais hipóteses, os tributos incidentes sobre a atividade não são, efetivamente, repassados ao preço, o que, não obstante, não afeta a categorização em tela.

7 Geraldo Ataliba criticava a classificação dos impostos em diretos e indiretos porque, em seu entender, tratar-se-ia de “[...] classificação que nada tem de jurídica; seu critério é puramente econômico. Foi elaborada pela ciência das finanças, a partir da observação do fenômeno econômico da translação ou repercussão dos tributos” (Ataliba, 1998, p. 126). O mesmo é aplicável à classificação dos tributos como oneradores do consumo, que parte de critério econômico e reúne, em um só grupo, tributos com características tão díspares como o ICMS, o IPI, o ISS, o PIS e a Cofins.

8 No que se refere a esses tributos, vale lembrar que, em 1946, cabia à União a cobrança de imposto sobre o “consumo de mercadorias” (CF/1946, art. 15, II) além dos impostos únicos. Os estados e o Distrito Federal eram competentes para cobrar o imposto sobre “vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais...” (CF/1946, art. 19, IV) e sobre a “exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro...” (CF/1946, art. 19, V). Aos municípios, por sua vez, competia a cobrança do imposto “de indústrias e profissões” (CF/1946, art. 29, III) e do imposto “sobre diversões públicas” (CF/1946, art. 29, IV). Não havia, na época, tributação sobre o valor agregado ou tributação não cumulativa.

9 Como informa Aliomar Baleeiro, a técnica de tributação não cumulativa foi introduzida no país em 1958, com o imposto de consumo (Baleeiro, 2005, p. 353).

10 Muito embora o antigo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) tenha sido criado sob a influência da *taxe sur la valeur ajoutée*, concebido por financistas franceses para evitar a cumulatividade dos impostos de vendas, isso não significa, em absoluto,

salvo os estritamente municipais; e o imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza.¹¹ Sob sua égide, foi editado o Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei nº 5.172/66.

A introdução da não cumulatividade no sistema tributário nacional teve como objetivo declarado evitar os efeitos perniciosos dos impostos plurifásicos cumulativos, tal como o antigo imposto de vendas. Em sua origem, tal imposto era multifásico, pois incidia em todas as operações realizadas por industriais, ainda quando vendessem seus produtos a outros industriais para que estes os utilizassem como insumo em sua linha de produção, e cumulativo, porque o imposto pago sobre os insumos empregados na produção não era considerado no cálculo do imposto incidente sobre o produto a que se integravam. Ocorria o tal “imposto sobre imposto”, que dá azo ao **resíduo tributário** a que tanto se alude modernamente.

Os tributos não cumulativos não deveriam ser suportados (financeiramente) pelos agentes econômicos da produção ou da circulação, mas haveriam de onerar quem as consome. Outra característica que se acreditava marcar aqueles impostos criados em 1965 era a neutralidade. O ICM — após, ICMS — era considerado ideal por sua neutralidade, sendo indiferente tanto na competitividade quanto na concorrência e na formação de preços de mercado, além de ostentar vantagens contra o risco de insolvência. Foram essas as razões pelas quais a CF/1988, nas palavras de Misabel Abreu Derzi, insistiu

que o ICM, atual ICMS, é um imposto sobre o valor agregado. Tal figura caracteriza-se por incidir sobre a parcela acrescida, ou seja, sobre a diferença positiva do valor que se verifica entre duas operações sequenciais, onerando o contribuinte apenas na proporção do que foi adicionado à primeira operação. Pode o ser sob a ótica econômica, mas não sob a ótica jurídica, eis que a técnica desde sempre adotada no Brasil foi a da não cumulatividade.

- 11 Como comentou Rubens Gomes de Souza, a Emenda Constitucional nº 18/65 avançou só até certo ponto na técnica de discriminação das rendas tributárias que acolheu, à medida que procurou atribuir a cada ente tributante “[...] não figuras tributárias específicas, mas sim campos de atividade econômica suscetíveis de tributação. Todavia, logo em seguida se desdisse, porque depois de feita esta atribuição de campos (comércio exterior, patrimônio e renda e produção e circulação), ao invés de parar aí, para ficar coerente com a sua linha, a Emenda n. 18, por força de contingências que se impuseram aos pretensos legisladores (e digo pretensos, porque eu era um deles) se contradisse e passou a enumerar os tributos supostamente incluídos dentro de cada um destes campos” (Souza, 1975, p. 21).

[...] em um complicado imposto plurifásico, não-cumulativo, sobre a circulação de mercadorias. Essas as razões pelas quais a Europa adotou e mantém o mesmo tributo, em lugar de um simples imposto monofásico sobre o consumo, que não pode oferecer as mesmas conseqüências positivas”¹²

O sistema tributário instituído em 1965 foi pouco alterado até a Constituinte de 1988, que se limitou a ajustar a competência tributária dos entes políticos. Fortalecidos na redemocratização, as competências para se instituir e cobrar impostos sobre os serviços de transporte intermunicipal e interestadual, e de comunicações (antes federal) foi transferida aos estados e ao Distrito Federal. A União foi destinatária de competências para a criação das contribuições que, depois, foi considerada a melhor das competências arrecadatórias dentre todas. Ainda hoje, representam parcela significativa da arrecadação tributária federal.

Os movimentos posteriores pouco modificaram essa estrutura. Focou-se, sobretudo, a mitigação de problemas que foram surgindo ao longo do tempo. Exemplo disso é a guerra fiscal entre os estados; fruto da opção por um sistema descentralizado de cobrança do ICMS na origem, e também entre os municípios, no tocante ao ISSQN.

Abstraindo o fator tempo, a exposição de motivos à proposta encaminhada ao Congresso Nacional e que, ao final, converteu-se na EC nº 19/65, no que aludia às distorções provocadas pelo sistema pretérito, poderia ser perfeitamente invocada como justificativa para a EC nº 132/23:

A multiplicidade e a acumulação das incidências tributárias, a despeito da separação formal dos impostos, dificultam e oneram a produção. Os empecilhos ao progresso estão se tornando alarmantes.¹³

Nota-se que esta mensagem, de cuja elaboração participaram, entre outros, Rubens Gomes de Souza e Gilberto de Ulhôa Canto, seria válida e

12 *Direito tributário brasileiro*, 2005, p. 419. Notas de atualização à obra de Aliomar Baleeiro.

13 *A reforma essencial: uma análise, sob a ótica empresarial, das propostas e dos bastidores da reforma tributária*, 2002, p. 56.

atual a subsidiar as discussões que resultaram na aprovação e na promulgação da EC nº 132/2023.

Esse brevíssimo flash da história constitucional-tributária brasileira poderia assomar à mente daquele consumidor que, às margens de uma rodovia com pedágio, poucos segundos antes da reabertura da praça de pedágio — com todos os seus sistemas atualizados e prontos para fazer o destaque da CBS não cumulativo —, perfilou seu veículo almejando se tornar o primeiro a passar por aquele posto de cobrança, realizando já uma das primeiras transações tributadas pela CBS.

Em sua intuição, a diferença do PIS e de Cofins calculados a 3,65% por dentro, sem créditos, para uma CBS em torno de 8% a 10% por fora, com créditos ainda a serem apurados, haveria de justificar algum repasse desse novo tributo à tarifa. Afinal, é da natureza dos tributos sobre o consumo o repasse aos preços; justamente a característica de neutralidade que se espera desses tributos. Enquanto perdurou a espera, em sua mente, em vão, tentou calcular o impacto dessa nova regra tributária sobre a tarifa que, em breve, haveria de arcar.

No que aguardava a reabertura da praça de pedágio, esse usuário, mirando em seu retrovisor, vê um caminhão de carga de conhecida empresa transportadora. Sabia que, para este, a virada teria um significado adicional, pois passaria a ser um contribuinte regular da CBS. Assumindo que tal empresa transportadora estivesse sujeita ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) pelo regime do lucro real, ponderou para si que o aumento de tarifa que se espera pelo repasse da CBS deveria ser neutro ou até benéfico. Sim, pois a empresa teria o direito de crédito.

Melhor refletindo sobre a situação, o usuário ponderou que esse transportador, hoje sujeito ao regime não cumulativo de PIS e de Cofins já aproveita um crédito calculado com base na alíquota de 9,25% sobre o valor total da tarifa de pedágio, que é insumo em sua prestação de serviços e, portanto, creditável. Esse crédito é calculado com base na alíquota de 9,25%, mesmo sendo a tarifa do pedágio tributada a 3,65%. Essa assimetria tributária é válida e normal pelo regime de não cumulatividade estabelecido nas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, e por toda a legislação que lhe sucedeu nessas últimas duas décadas.

Com o novo regime, o concessionário pagará (e destacará) a CBS, e o transportador apropriará o crédito pelo mesmo valor da CBS destacado pelo seu fornecedor. Na matemática, porém, tão só a mudança desse conceito representará potencial aumento do custo do pedágio para o transportador. Sim, porque de uma tarifa hipotética de R\$100,00, o transportador já se apropria do crédito de PIS e de Cofins de R\$9,25, de modo que o custo (contábil e econômico) dessa transação é R\$90,75. No eventual e hipotético cenário de a tarifa permanecer exatamente no mesmo valor de R\$100,00, com a CBS hipoteticamente estabelecida em 9% (no cálculo “por fora”, a tarifa líquida seria de R\$91,74, e a CBS seria de R\$8,26), o custo (contábil e econômico) para esse transportador, com essa tarifa de pedágio sendo cobrada a partir das 00:01:00 do dia 1º de janeiro de 2027, passa a ser R\$91,75. Seu crédito que, antes, era de R\$9,25 passa a ser — para essa transação — de R\$8,26. Parece confuso, e é.

Isso implica que, mantida a mesmíssima tarifa — em um cenário hipotético como o vivenciado por aquele usuário de nossa alegoria, e focalizando exclusivamente essa transação —, o transportador experimentará redução no crédito de 10,73% (redução de R\$9,25 para R\$8,25) e aumento do custo para esse insumo de 1,1% (aumento de R\$90,75 para R\$91,74). Pela matemática, precisa, pura e simples, a manutenção do mesmo patamar tarifário já representa, para esse transportador, o encarecimento dessa transação.

O cenário em que a tarifa de pedágio vigente em 2026 permanece em 2027 — com a substituição do PIS e da Cofins — é apenas hipotético, para efeito dessa alegoria, e evidentemente simplificado, reduzindo-se ao universo dessa transação em especial.

Entretanto, é possível que uma tarifa cobrada até 31 de dezembro de 2026 possa vir a ser a mesma após 1º de janeiro de 2027 e além? É, sim, possível, mas não deveria ser.

De acordo com o cronograma de transição estabelecida pela EC nº 132/23, em 2027 passa a ser cobrado a CBS em substituição ao PIS e Cofins. A partir de 2029, com uma fase de transição que compreende os anos de 2029, 2030, 2031 e 2032, o imposto sobre bens e serviços (IBS), de competência compartilhada entre estados, Distrito Federal e municípios, substitui os atuais ICMS, IPI e ISSQN, conforme o estabelecido no art. 128, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Para

os contribuintes, apenas em 2033 que há de vigorar a totalidade do novo sistema tributário erigido pela EC nº 132.

As alterações tributárias são relevantes. Bem por isso, sábio foi o constituinte derivado ao estabelecer uma regra de transição que, conquanto longa, suaviza as modificações fiscais em cada uma de suas etapas ou marcos temporais, protraindo no tempo os choques nos preços relativos e efeitos que se irradiam por toda a economia.

O que haveria de se esperar — e deveria ser considerado normal — seria o recálculo dos preços em todas as áreas da economia a partir de cada um desses marcos, e ajustes de acomodação pontuais, em aproximações sucessivas e marcadas pelas regras do livre mercado. Quando e como isso se dará, contudo, é uma questão ligada a cada segmento.

Tome-se por exemplo a “virada para 2027”. Alguns segmentos terão a capacidade de repassar, de uma só vez, o diferencial tributário derivado da substituição do PIS da Cofins para a CBS. Outros, talvez, possam fazer de modo escalonado, seja por força de contrato, seja por outras questões relativas ao próprio segmento em que estejam inseridos (oferta, demanda, e outros aspectos ligados à microeconomia). Há quem, inclusive, pode não ter a capacidade real e concreta de repassar a totalidade do ônus fiscal que possa vir a sofrer com o novo tributo. A realidade do mercado não se reduz a uma planilha de Excel, alguém poderia arriscar.¹⁴

Em qualquer caso, contudo, espera-se alguma espécie de mudança nos preços e tarifas. A reforma tributária modificou a matriz de tributos para

14 Não se ignorem casos de potencial redução de carga tributária líquida. Isso pode ocorrer para muitas empresas que, hoje, estão sujeitas ao regime não cumulativo do PIS e da Cofins, e que já estão sujeitas à alíquota composta de 9,25%, por dentro. O estabelecimento de uma alíquota da CBS em torno de 9%, por fora, representaria redução de carga tributária. Mesmo quem esteja sujeito ao atual regime cumulativo, sujeito aos 3,65%, por dentro, sem créditos, pode, eventualmente, e em casos muito particulares, vir a ser beneficiado. Com efeito, por contraintuitivo que possa parecer, em exercícios matemáticos baseados em perspectivas de longo prazo de algumas empresas sujeitas ao regime cumulativo do PIS e de Cofins com déficit operacional estrutural — receitas brutas em volume equivalente ou inferior a seus custos e despesas operacionais totais — o que pode ocorrer, na prática, é uma economia fiscal líquida. Tome-se de novo como exemplo o segmento das concessões rodoviárias, no qual existem empresas em notável dificuldade e que operam no limiar do ou em prejuízo operacional. São contribuintes líquidas do PIS e da Cofins, não obstante a completa ausência de agregação de valor econômico. Contudo, ao passarem a estar sujeitas à CBS não cumulativa, tornar-se-ão credoras líquidas da CBS, *ceteris paribus*. Evidentemente, é o que se espera de uma pequena quantidade de casos.

todos os segmentos da economia. É improvável, portanto, que, ao alvorecer de 2026, preços e tarifas permaneçam, dada a profundidade das incisões tributárias provocadas pela EC nº 132. Isso já era algo que se antevia desde o princípio. Com efeito, embora a reforma tributária tenha sido aprovada apenas em 2023, o debate em torno de si é de muito antes.

Um marco relevante para as recentes discussões sobre a reforma tributária pode se situar precisamente no dia 22 de agosto de 2017, data em que o então deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB/PR) apresentou, em reunião da comissão Especial da Câmara dos Deputados, criada para análise, estudo e formulação de proposições da reforma tributária, o texto preliminar de proposta à emenda à Constituição com características similares àquelas que, ao final, acabaram sendo encartadas nas propostas de emenda à Constituição que resultaram na EC nº 132. No exercício de seu sacerdócio, o deputado Hauly percorreu um sem-número de entidades das mais variadas matizes no país, evangelizando a todos sobre a importância da reforma para o país. O trabalho não se interrompeu naquela legislatura, como se sabe, e não se resumiu apenas aos seus esforços argumentativos.

Em 2019, foram enfim elaboradas e apresentadas as Propostas de Emenda à Constituição nº 45 e 110, que, tramitando em conjunto, e conforme modificadas, resultaram na EC nº 132. Nesse ínterim, foi concebido e apresentado o Projeto de Lei (PL) nº 3.887, de 2020, que criaria a CBS diretamente por via ordinária.

Com a concretude daquele PL e uma tramitação que poderia vir a ser mais célere, os segmentos, em geral, passaram a antever os inevitáveis impactos em suas equações econômico-financeiras. Dessa época, datam importantes manifestações de algumas das principais entidades empresariais dirigidas a representantes do Congresso Nacional, externando preocupações com relação ao impacto das alterações tributárias que estavam, então, em discussão no equilíbrio econômico-financeiro e, por consequência¹⁵,

15 Em ofício dirigido ao deputado federal Aguinaldo Ribeiro, relator da Comissão Mista de Reforma Tributária, a Abdib assim se pronunciou a respeito do tema: “Enfatizamos que uma característica do segmento de infraestrutura é estar pautado por contratos administrativos, inclusive os de concessão de serviços públicos, precedidos ou não de obras públicas, celebrados entre União, Estados e Municípios; tais contratos estão marcados pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro, que se faz presente em todos os contratos administrativos. Dado o dever de equilíbrio econômico-financeiro de tais parcerias, os entes públicos, em determinados casos, podem vir a ter de assumir diretamente eventuais ônus que as alterações nas regras fiscais possam representar para

das tarifas, das empresas que operavam concessões e parcerias público-privadas no país.¹⁶

os respectivos contratados, com os impactos orçamentários a isto associados. Nesse tocante, salientamos que as potenciais mudanças nas matrizes tributárias decorrentes das propostas encartadas na PEC 45 ou 110 — especialmente no que envolverem a extinção de regimes de desoneração, tais como o REIDI, a mudança de tributação sobre serviços de construção civil, entre outros, poderão impactar a composição das tarifas públicas atualmente praticadas no país nos diferentes segmentos. Bem por isso, tomamos a liberdade de sugerir avaliação quanto à conveniência de se conduzir, em caráter extraordinário, a correspondente análise de impacto regulatório para a estimação de tais impactos na consecução de tais programas e políticas públicas afetadas bem como das medidas de reequilíbrio que deverão ser avaliadas como decorrência de tal alteração na matriz tributária. O quanto antes tais medidas forem identificadas e definidas, mais apropriada poderá vir a ser a transição de um para outro modelo (Ofício ABD-979, de 28.09.2020). Esta Abdib roga a que tal análise de impactos seja apropriadamente considerada nos debates da reforma tributária, com o objetivo de que a importante pauta de investimentos em infraestrutura não seja prejudicada. Bem por isso, reforçamos a importância do diálogo entre o Parlamento, o Ministério da Economia em conjunto com os representantes dos diferentes Ministérios e Órgãos setoriais (Ministério de Infraestrutura, Ministério de Minas e Energia, Ministério do Desenvolvimento Regional, PPI, Agências Reguladoras, e seus pares no âmbito dos Estados e Municípios), tendo em consideração os potenciais impactos positivos ou negativos decorrentes da implementação de um tributo nos moldes da CBS — o mesmo em relação ao IBS, no contexto das PEC 45 e 110 — no âmbito de cada um dos contratos celebrados por estes entes governamentais, impactos esses que hão de ser objeto do correspondente *reequilíbrio econômico-financeiro*, afetando também as políticas públicas e tarifárias no âmbito de cada setor” (Of. ABD-908, de 08.09.2020).

- 16 À então assessora do Ministério da Economia para a reforma tributária, Vanessa Canado, a Abdib assim se manifestou a propósito do Projeto de Lei nº 3.887, de 2020: “De acordo com o entendimento desta Abdib, o PL nº 3.887 representa uma importante medida tendente à racionalização do sistema tributário nacional, objetivo final esse que conta com nosso apoio irrestrito. Maior apoio por parte desta Abdib repousa nas propostas de reforma tributária ampla, sobretudo as que contemplem prazos de transição razoáveis, tais como os estabelecidos nas PEC nº 45 e 110, prazos nos quais os contratos em geral — sobretudo os administrativos — poderão ser revistos, atenuando-se os impactos imediatos de nova tributação. Neste contexto, temos a considerar que o encaminhamento segmentado dos diferentes eixos da reforma tributária constitui **fator de preocupação** para o setor de infraestrutura, especialmente nas concessões governamentais, em função dos impactos que as diferentes alterações na legislação tributária hão de acarretar nas equações econômico-financeiras dos projetos já contratados — em fase de implantação e/ou operação — bem como naqueles em fase de modelagem econômico-financeira. É sabido que nas concessões governamentais, o Poder Concedente detém o controle sobre as tarifas praticadas pelos serviços públicos prestados, de um lado, porém, de outro lado, tem o dever de assegurar o **equilíbrio econômico-financeiro** dos respectivos contratos de parceria. Em determinados casos (nas PPPs, por exemplo) os próprios entes governamentais podem vir a ter de assumir diretamente ônus derivados das alterações nas regras fiscais aplicáveis, com os impactos orçamentários associados. Nesse tocante, e

Portanto, diante dessa ordem de ideias, qual não seria a surpresa vivenciada por aquele usuário — e também por aquele transportador — que, ao alvorecer de 2027, é surpreendido ao verificar que a tarifa de pedágio cobrada àquela 00:01:00 do dia 1º de janeiro de 2027, já sob o vigor e a força da CBS, corresponde ao mesmíssimo valor que minutos antes era praticado, ainda sob o regime do PIS e da Cofins. Aquele usuário, pessoa física não contribuinte da CBS, consumidor final, obteve o Documento Fiscal Eletrônico (DEF), confirmou a atualização de informações nele estampados e conferiu o destaque com os valores do novo tributo, e não compreendeu em absoluto o que, de fato, ocorreu.

2. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro

Nos contratos administrativos, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro não é um privilégio. Trata-se de um direito constitucional inquestionável e que existe como um contrapeso às prerrogativas que são deferidas à Administração Pública e às restrições impostas àquele que com a Administração Pública contrata. Além de insculpido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, é desdobramento da isonomia, assegurando a alguém que contrata com a Administração uma divisão clara e comutativa

no que antevemos alterações significativas na estrutura de custos e tributos aplicáveis aos parceiros privados (concessionários) e às diferentes categorias de usuários dos serviços públicos concedidos, tomamos a liberdade de sugerir avaliação quanto à conveniência de se conduzir, em caráter extraordinário, a correspondente análise de impacto regulatório para a avaliação de tais impactos na consecução de tais programas e políticas públicas afetadas bem como das medidas de reequilíbrio que deverão ser avaliadas como decorrência de tal alteração na matriz tributária. Esta Abdib roga a que tal análise de impactos seja apropriadamente considerada nos debates da reforma tributária, com o objetivo de que a importante pauta de investimentos em infraestrutura não seja prejudicada. Bem por isso, reforçamos a importância do diálogo entre o Parlamento, o Ministério da Economia em conjunto com os representantes dos diferentes Ministérios e Órgãos setoriais (Ministério de Infraestrutura, Ministério de Minas e Energia, Ministério do Desenvolvimento Regional, PPI, Agências Reguladoras, e seus pares no âmbito dos Estados e Municípios), tendo em consideração os potenciais impactos positivos ou negativos decorrentes da implementação de um tributo nos moldes da CBS — o mesmo em relação ao IBS, no contexto das PEC 45 e 110 — no âmbito de cada um dos contratos celebrados por estes entes governamentais, impactos esses que hão de ser objeto do correspondente *reequilíbrio econômico-financeiro*, afetando também as políticas públicas e tarifárias no âmbito de cada setor.” (Of. ABD-908, de 08.09.2020).

de encargos e riscos relativos ao objeto desse negócio jurídico que, ao fim e ao cabo, tem como contraparte a coletividade.¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro vem também cristalizado em disposições legais e contratuais. Assomam-se disposições legais que preservam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Da Lei nº 8.666/93 citem-se os arts. 65, II, “d”, e seu §5º²⁰, este no que trata especificamente de questões tributárias. Da Lei nº 14.133/21, cabe a referência aos arts. 103, §5º²¹, e ao art.

17 Diretamente ao deputado Luiz Carlos Motta (PL/SP), relator do Projeto de Lei nº 3.887/2020, a Abdib, em ofício, também externou preocupação acerca dos impactos desse novo tributo no equilíbrio econômico-financeiro de diversos projetos relacionados às concessões governamentais, reproduzindo ao Parlamento as preocupações que foram também endereçadas diretamente ao Ministério da Economia.

18 Preocupações similares foram levadas, em 2019, à Comissão Especial que apreciou o Projeto de Lei nº 3.453, de 2008, que pretendia promover uma revisão profunda na Lei de Concessões. Entre outras, foi suscitada em ofícios e também nas audiências públicas realizadas a preocupação com as incertezas surgidas pelas alterações propostas no âmbito da PEC nº 45/2019 e nº 110/2019 envolvendo os novos tributos. Sugeriu-se, entre outras medidas, (i) a obrigatoriedade de tempestivo reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos vigentes, bem como que se (ii) considerassem os potenciais impactos da reforma tributária nos estudos de viabilidade para os projetos então em avaliação. Também se ponderou o (iii) impacto que poderia advir na estrutura das garantias de contratos em vigor que estivessem garantidos por recursos dos atuais fundos de participação dos estados e municípios.

19 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 e, também, ao seguinte: [...] XXI — ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

20 Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [...] § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

21 Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado,

134.²² Da Lei nº 8.987/95, invocam-se os arts. 9º, §2º e 3º.²³ Tão reconhecido como inerente às contratações com a Administração Pública é o direito ao equilíbrio econômico financeiro. A Orientação Normativa nº 22, de 2009, da Advocacia-Geral da União (AGU), assevera que, diante do fato do desequilíbrio, “[...] o reequilíbrio pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra ‘d’ do inc. II do art. 65”. Contratos administrativos, em geral, disciplinam regras específicas sobre o tema, estabelecendo o equilíbrio em sentido estrito para cada contratação individualmente considerada.

Quando contrata com a Administração, o administrado o faz à luz de seus **direitos** — por exemplo, o direito à cobrança de preços ou tarifas pactuados —, de suas **obrigações** — por exemplo, o nível de serviços a que se compromete e a reversibilidade dos bens que adquirir ao término do contrato —, e de uma variedade de **restrições** — notadamente, a inexistência de liberdade para, unilateralmente, alterar tarifas ou interromper os serviços mesmo em face de prejuízos recorrentes²⁴ — tudo balizado pela alocação

mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados. [...] §5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: I — às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei; II — ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

22 Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

23 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. §3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

24 A impossibilidade de interromper os serviços, independentemente do motivo, é uma das características marcantes de uma concessão governamental e que, não raro, é pouco compreendida por quem não se engaje com maior profundidade nesse segmento. O art. 39, da Lei nº 8.987/95, prevê a possibilidade de rescisão do contrato de concessão por iniciativa da concessionária, no caso específico de descumprimento de normas contratuais, mediante ação especialmente intentada para esse fim. Contudo, segue estabelecendo que os serviços prestados não poderão ser interrompidos ou paralisados

de **riscos** de parte a parte e também pela prerrogativa última deferida à Administração de retomada do serviço mediante encampação, observadas as regras atinentes à indenização. Determinar o exato grau de rigidez ou flexibilidade (e dinamismo) dessa alocação de riscos é matéria que invoca os esforços dos melhores operadores do Direito Administrativo no país, bem como dos representantes da Administração Pública e dos órgãos de controle.

Seja como for, conceito presente nos contratos administrativos é o de que os valores nominais e demais encargos pactuados não podem ser alterados sem um prévio processo administrativo de revisão tarifária. Por evidente e vultoso que possa ser o agravo sofrido por um fato que desequilibre o contrato — e um aumento de tributos, de PIS e Cofins calculados por dentro, pela alíquota de 3,65%, sem créditos, para a CBS calculada por fora, com créditos, por uma alíquota situada no patamar de 8% a 10% o é — não é deferida a prerrogativa de, unilateralmente, efetivar os cálculos necessários e aplicar quaisquer novas regras fiscais.

Cabe, pois, — e de modo geral — conduzir um processo revisional com os meios, os modos e os tempos que lhe são peculiares. Dado o vulto, para as alterações tributárias que se avizinham, o “tempo” no processamento e na conclusão de tais processos revisionais passa a ser da mais extrema relevância.

Via de regra, as leis trazem regras de direito material estabelecendo o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Apenas ocasionalmente avançam na disciplina formal alusiva ao exercício desse direito e, invariavelmente, não atribuem um sentido jurídico ao descumprimento de prazos processuais pela Administração no processamento de pleitos revisionais.

até decisão judicial transitada em julgado. À dureza de tal previsão legal — que, inclusive, não abre espaço à rescisão pela pura e simples obtenção de “prejuízos” financeiros pelo concessionário —, significativa evolução normativa e nas práticas adotadas por diversos Poderes Concedentes e agências regulatórias têm se verificado. A Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, chamada Lei da Relicitação, trouxe diretrizes gerais para o encerramento antecipado dos contratos de parceria e respectiva relicitação. A prática, porém, não se mostrou exitosa e, mais recentemente, outras alternativas têm sido adotadas, como a repactuação, a readaptação e a otimização dos contratos estabelecida em caráter original pela Portaria nº 848, de 2023, do Ministério dos Transportes, e, mais recentemente ainda, contando com a participação do Tribunal de Contas da União (TCU). A implementação de tais medidas aponta para um revigoramento da política de Estado voltada à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e operacional das concessões.

Especificamente acerca do prazo em que deva ser apreciado e efetivado qualquer processo relativo ao reequilíbrio, o §4º do art. 9º da Lei nº 8.987/95 prevê que, havendo alteração unilateral do contrato a afetar o seu equilíbrio inicial, seu restabelecimento deve se dar de forma concomitante à alteração. Tal disposição, presente na Lei de Concessões, foi encampada pela Lei nº 14.133/21, em seu art. 130. Silencia-se a legislação no mais. Contudo, a despeito do silêncio da legislação para os demais casos, não parece correta a interpretação de que é discricionário ao Poder Público definir quando o reequilíbrio há de ser promovido.

A esse lapso temporal compreendido entre o fato do desequilíbrio e a sua recomposição, é possível aludir a **hiato de desequilíbrio**, sobre o qual André Luiz Freire, invocando a lição de Joel de Menezes Niebuhr, defende que “[...] a Constituição não admite espasmos ou hiatos de desequilíbrio. ‘Quer dizer que não se tolera que durante dado período o contrato seja desequilibrado’”.²⁵ Contudo, acrescenta, em tom crítico: “Infelizmente, isso é muito comum na prática, mas se trata de prática violadora da Constituição e que, não raro, é indevidamente tolerada por órgãos de controle”.²⁶

Esse reequilíbrio posterior é uma preocupação, porém é uma quase constante. A demora nos processos de reequilíbrio é prejudicial ao Erário, aos usuários e aos contratados pela Administração.

- a) Ao **contratado**, pois afeta a geração de caixa do negócio, demanda recursos adicionais de investidores, e compromete sua capacidade de endividamento. Ademais, significa risco de quebra de *covenants* financeiros e pode pôr em risco o cumprimento de suas obrigações operacionais ou de investimento. Tal situação pode gerar um efeito cascata de violação de parâmetros contratuais e penalidades.
- b) Aos **usuários**, porque o saldo a ser reequilibrado é atualizado pelos parâmetros de remuneração do contrato, que geralmente são a Taxa Interna de Retorno (TIR) contratual ou alguma taxa de juros + *spread*. O montante a ser reequilibrado evolui em progressão geométrica. Os usuários também são penalizados por uma queda na qualidade de serviços.

25 *Direito dos contratos administrativos*, 2023, p. 250.

26 *Direito dos contratos administrativos*, 2023, p. 250.

- c) Ao **Poder Público**, pois, além de reduzir a atratividade para o investimento em novos projetos, pode representar ônus financeiro expressivo para o orçamento no caso em que reequilíbrio deva ser assumido mediante obrigações pecuniárias do Poder Público. A demora também estimula a litigiosidade e reduz a percepção de segurança dos empreendedores, financiadores e investidores. O atraso no reequilíbrio econômico-financeiro é também prejudicial ao Erário e aos usuários do serviço público, dada a fórmula matemático-financeira pela qual se calcula o valor que deve ser recomposto em favor do concessionário para se alcançar uma nova situação de equilíbrio.

Na ausência de um prazo legal ou contratual estabelecido prévia ou especificamente, poder-se-ia cogitar a aplicação das disposições de lei adjetiva constantes da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a determinar que, concluída a instrução, a Administração teria o prazo de até 30 dias para decidir, salvo prorrogação por igual período. A esta solução, porém, rememore-se que revisões de preços e demais condições de contratação não estarão limitadas àquele “salto” da CBS em 1º de janeiro de 2027, e também não se limitam aos contratos celebrados com a União Federal.

Com efeito, durante toda a transição, de 2027 até 2033 — e, eventualmente, após —, mudanças na CBS e no IBS implicarão alterações no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos nos âmbitos da União, estados, Distrito Federal e municípios. Cada qual com o dever de recompor os equilíbrios econômico-financeiros de seus próprios contratos administrativos em função de alterações tanto na CBS quanto no IBS.

E se, mesmo no âmbito federal aquele prazo não vem sendo observado, quanto mais nos estados, Distrito Federal e municípios, muitos dos quais sequer possuem normas adjetivas a impor um prazo máximo para que decisões administrativas sejam proferidas. O risco de paralisia é real.

O enfrentamento de tais complexidades temporais tem exigido um esforço adicional de alguns poderes concedentes no sentido de erigir instrumentos que possam auxiliar no enfrentamento de tal complexidade. No estado de São Paulo, foi editada, em 2023, a Resolução nº 19, da Secretaria de Parcerias em Investimentos, criando um mecanismo cautelar para o reequilíbrio que visa mitigar o desequilíbrio financeiro das concessionárias.

Tal iniciativa pode ser entendida como uma resposta do estado de São Paulo às críticas que lhe foram lançadas pelo atraso com que conduziu dezenas de pleitos revisionais de concessionários em variados setores. No caso concreto, o estado de São Paulo buscou estruturar uma forma de dar resposta ao desequilíbrios econômico-financeiros derivados da pandemia da covid-19; uma situação emergencial e de grande repercussão. Foram estabelecidos prazos, critério de relevância e materialidade, e um princípio de conservadorismo para a medida cautelar, permitindo que o reequilíbrio cautelar cubra até 80% do desequilíbrio estimado.

Em paralelo à iniciativa paulista, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) passou a realizar estudos voltados ao estabelecimento de instrução normativa que a apoie na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro cautelar em contratos de concessão rodoviária, que foi enfim criada com a edição da Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024, claramente inspirada em seu paradigma bandeirante.

A sensibilidade quanto aos riscos da demora nos processos de reequilíbrio econômico financeiro se espraia por diversos outros setores. Em decorrência da pandemia da covid-2019, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) foi uma das primeiras a deliberar os desequilíbrios econômico-financeiros para os respectivos concessionários. Adotou como prática a apreciação dos prejuízos verificados no curto prazo, isto é, ano a ano. De forma similar, e ainda sem norma geral a respeito, a Anac novamente se notabilizou por endereçar, de forma ágil, vultoso desequilíbrio, verificado pelo concessionário, do Aeroporto Internacional de Porto Alegre em razão das chuvas ocorridas no mês de maio de 2024. Sendo assim, a Anac deliberou o reequilíbrio cautelar em favor da concessionária (Decisão nº 683/2024), fundando-se no poder de cautela que lhe defere o art. 45 da Lei nº 9.784/1999 e, subsidiariamente, nas regras do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) acerca do tema.

A sensibilidade para todos esses casos repousa no entendimento de que o setor depende da rápida atuação do Poder Público para endereçar as medidas de reequilíbrio correspondentes. A pena para o não cumprimento seria inviabilização de investimentos, interrupção de serviços, quebra de compromissos financeiros, entre outros efeitos danosos à economia e à sociedade em geral.

Nesse quadro de ideias, o que se percebe, a essa altura, é que aquele usuário ainda confuso por não compreender o que ocorrera com a tarifa de pedágio que — segundo esperava — haveria de ser praticada já a partir de 2027 acabou por se dirigir a uma praça de pedágio operada por uma concessionária em benefício da qual, por certo, não se deferiu desde logo o reequilíbrio econômico-financeiro concomitante, ainda que preliminar ou cautelar, pelo respectivo poder concedente. Não obstante, a partir daquela data a empresa concessionária passou a estar sujeita aa CBS. Seus fornecedores — pautando-se nas regras relativas ao regime de direito privado que caracteriza suas relações (Lei nº 8.987/95. Art. 25, §2º) — não necessariamente se mostrarão inibidos a pleitear o repasse do novo tributo a seus preços, em uma repactuação global de preços relativos que há de ocorrer em toda a sociedade brasileira.

Aqueles que contratam com a Administração Pública — tão somente estes — são os que, sem poder livremente se engajar em renegociação de preços com seus clientes ou repassar diretamente aos preços o maior ônus tributário porventura verificado, hão de arcar com os prejuízos financeiros que se verificarem durante esse hiato de desequilíbrio, até que lhes sejam deferidas as homologações necessárias à revisão tarifária, ainda que em caráter cautelar e na justa dimensão do impacto tributário verificado. O desafio, porém, é de proporções jamais enfrentadas.

3. Os instrumentos de ajuste estabelecidos pela EC nº 132

Desequilíbrios econômico-financeiros de vulto podem decorrer de fatos de natureza diversa. A alteração na Lei dos Caminhoneiros, que provocou o aumento na tolerância de peso de caminhões que trafegam nas rodovias, é um exemplo do que causa o desequilíbrio econômico-financeiro, porém com efeito protraído ao longo do tempo. No curto prazo, dir-se-ia vulgarmente: “sangra, mas não mata”. A pandemia da covid-19 foi diferente. Sem prévio aviso, alterou-se por completo a relação existente entre receitas e encargos dos concessionários. Os efeitos são relevantes e demandam atuação urgente. Não fosse a diligente atuação da Anac, os concessionários dos aeroportos no país não teriam sobrevivido à pandemia.

Muitos são os fatos que afetaram e continuam afetando o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos que, no decorrer de

sua jornada, demandam cálculos bastante complexos e potencialmente controvertidos, mas que, ao mesmo tempo, exigem medidas urgentes e impostergáveis. Todos esses elementos estão presentes. O original do desequilíbrio que sucede à reforma tributária é que se trata de um desequilíbrio anunciado com suficiente antecedência.

Por ser um desequilíbrio causado por nova legislação, decorrente, pois, de fato do príncipe, é inequívoco o direito material ao reequilíbrio econômico-financeiro, nesse caso. A base legal do direito ao reequilíbrio é nítida e fora de dúvida.

Original, realmente, é se tratar de fato conhecido em sua antevéspera. “Nunca antes na história desse país”, dir-se-á, um desequilíbrio de tamanho vulto — há de ser o maior evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro coletivo em toda a história passada, presente e, quiçá, futura — foi anunciado com tamanha antecedência. Quedar-se inerte quanto aos impactos que tal medida traz no equilíbrio contratual seria o mote de uma nova *Crônica de uma morte anunciada*, para fazer alusão ao clássico romance de Gabriel García Márquez. Felizmente, outra foi a decisão política do Congresso Nacional.

A PEC nº 45/2019 e a PEC nº 110/2019 não trataram do tema. Foi durante a tramitação no Congresso Nacional que, sensível às preocupações externadas pelos segmentos empresariais, foi introduzida a disposição constante de seu art. 21 prevendo ao final que:

Lei complementar poderá estabelecer instrumentos de ajustes nos contratos firmados anteriormente à entrada em vigor das leis instituidoras dos tributos de que tratam o art. 156-A e o art. 195, V, da Constituição Federal, inclusive concessões públicas. (BRASIL, Emenda Constitucional nº 132/2023).

Na gênese de tal disposição, a Emenda nº 552, apresentada durante a tramitação parlamentar pelo senador Carlos Portinho (PL/RJ), e a Emenda nº 645, de autoria do senador Zequinha Marinho (Podemos/PA). No contexto do enunciado, a ênfase às concessões públicas no dispositivo — de resto, abrangente tanto aos contratos públicos quanto aos privados, em sua totalidade — se deve à especial preocupação manifestada durante a tramitação da EC nº 132 pelo segmento de concessões públicas.

Por evidente, o dispositivo não está a se limitar apenas aos contratos administrativos — de concessão, ou não —, mas sim a afirmar, em caráter redundante e didático, que tais instrumentos se aplicam a essas avenças. Inclusive, permite o estabelecimento de **instrumentos de ajuste** aos instrumentos regidos pelo direito privado.²⁷

Do que tratam os instrumentos de ajuste aos quais se refere o art. 21 da EC nº 132? Não há uma definição clara a respeito do tema. O contexto em que foi instituída essa disposição na EC nº 132 permite, porém, que se antevêja uma dimensão formal, isto é, procedimental, e uma dimensão material. É competência do legislador complementar dotar as partes contratantes de direitos e obrigações que viabilizem o ajuste, ou seja, a neutralidade e o equilíbrio da relação contratual afetada pelo evento extraordinário consistente na reforma tributária.

Deferir ao legislador complementar tal competência deriva do reconhecimento de que a legislação e os próprios contratos não foram pactuados sob a sombra de tamanha ameaça ao equilíbrio econômico-financeiro nas relações públicas no país como o é a reforma tributária. À parte, já se discutiram alterações pontuais e isoladas na legislação tributária quando, por exemplo, foi introduzido o ISSQN sobre as concessões rodoviárias em 1999 (Lei Complementar nº 100/1999) ou quando o PIS e a Cofins passaram do regime cumulativo para o não cumulativo (Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003). Também há massa crítica suficiente para que se compreendam, no âmbito dos reequilíbrios contratuais, modificações de jurisprudência que impliquem novos encargos não previstos à época das contratações, como é o caso da eventual incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) sobre os bens afetados à prestação dos serviços, ainda em debate no STF. São casos isolados e perfeitamente enquadrados no que pode ser a alteração ordinária e comum da legislação tributária. Contudo, jamais foi enfrentada uma cisão tão profunda e disruptiva como a reforma tributária estabelecida pela EC nº 132 e, por isso, novos e especiais instrumentos de ajuste se tornam convenientes e necessários.

27 Trata-se de uma exceção criada pelo constituinte derivado ao *pacta sunt servanda* e à alocação convencional de riscos que, no direito privado, foi revigorada nos arts. 421 e 421-A, do Código Civil, na redação que lhes foi dada pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019). Apesar da possibilidade, até o momento não houve iniciativa de o legislador constituinte se imiscuir na seara privada.

Uma leitura autêntica pode nos apontar a exposição de motivos anexa ao Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 33/2004, no âmbito do qual se menciona que:

[...] o instrumento de ajuste previsto no art. 2º, é, justamente, o ferramental necessário para que, com segurança, previsibilidade e objetividade, possam-se conduzir os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro até o início da transição para o novo modelo tributário. Imperioso, com efeito, que se traga efetividade ao princípio do equilíbrio econômico financeiro [nas] relações de direito público face à Reforma Tributária. (BRASIL, Projeto de Lei Complementar nº 33/2004).

Tratou-se do primeiro PLP voltado ao tema, com preocupações que abrangem: o início do prazo para o procedimento revisional; a independência da análise quanto aos impactos derivados da reforma diante de quaisquer outros eventos que possam estar em discussão entre o mesmo concessionário e o mesmo poder concedente; a determinação de prazo para o término do processo; e a outorga expressa da competência cautelar às Administrações Públicas. Além disso, à guisa de dotar esses instrumentos de verdadeira efetividade, a prerrogativa de o particular fazer uso de instrumentos cautelares, independentemente da eventual inércia da Administração Pública quanto ao cumprimento de seus deveres.²⁸

Deferida, contudo, ao Poder Executivo a iniciativa de lei complementar para a regulamentação da reforma tributária²⁹, tal PLP não foi adiante. Em vez dele, prevaleceram os debates em torno do PLP nº 68/2024, de iniciativa do Poder Executivo Federal e para cuja elaboração concorreram técnicos reunidos em torno do Programa de Assessoramento Técnico à Implementação da Reforma da Tributação sobre o Consumo — PAT-RTC

28 “Esta prerrogativa é o cerne da proposta. Sem que haja este direito incontestável de o particular fazer o ajuste cautelar caso a Administração descumpra seus deveres, não se terá a efetividade do direito ao equilíbrio, restando ao particular recorrer aos meios tradicionais de solução de controvérsias, que, na experiência concreta, não têm se mostrado eficazes em dar a resposta no tempo necessário à preservação de investimentos, empregos e renda.” (PLP nº 33/2024, Exposição de Motivos).

29 Art. 18, II da EC nº 132/23.

—, em especial no âmbito do Grupo de Trabalho 08 — Reequilíbrio de Contratos de Longo Prazo.

Sobreveio, nesse sentido, o PLP nº 68/2024, que, à data em que se conclui o presente artigo, ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional. Conforme redação aprovada pela Câmara dos Deputados, e nesta data ainda tramitando no Senado Federal, são instituídos instrumentos de ajuste aos contratos firmados anteriormente à entrada em vigor da lei complementar em seus arts. 373 a 378. Os principais aspectos — e algumas críticas — a respeito dessas disposições são detalhados a seguir.

- a) **Data de corte** (art. 373, caput e §1º): as disposições de ajuste focam os contratos assinados anteriormente à lei, porém, no que couber, aplica-se também àqueles contratos para os quais a respectiva proposta tenha sido apresentada antes.
- b) **Inaplicabilidade aos contratos regidos pelo direito privado** (art. 373, §2º): o estabelecimento dos “instrumentos de ajuste” pelo legislador complementar é uma faculdade que lhe foi deferida pelo constituinte derivado e, ao não avançar sobre a alocação de riscos estabelecida nas relações privadas, andou bem o legislador complementar.
- c) **O ajuste é da “carga tributária efetiva”** (art. 374, caput): a redação proposta no caput do art. 374 é precisa ao estabelecer que o ajuste há de assegurar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro em razão da alteração da carga tributária efetiva, isto é, real e concreta, suportada pela contratada da Administração.
- d) **A carga tributária efetiva inclui a variação sobre os custos** (art. 374, §1º, a): há contratos de concessão que, de forma inapropriada, excluem do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro a variação de tributos sobre os custos. Tais restrições podem eventualmente ser as aplicáveis nos casos ordinários. Porém, o impacto da reforma tributária é de natureza extraordinária, a justificar a preocupação do legislador complementar em incluir, em específico, quaisquer variações nos custos, inclusive em relação à modificação das regras de crédito e modificações na base de cálculo dos tributos.
- e) **O desequilíbrio é o comprovado e, portanto, o real** (art. 374, caput, *fine*): um ponto é concordar que há um desequilíbrio quanto

à variação de preços sobre os custos operacionais ou investimentos de responsabilidade das empresas contratadas; outro, completamente distinto, é quantificar tal desequilíbrio. Assim, divergências inúmeras podem ser verificadas.

A principal delas: qual há de ser a referência de equilíbrio? Será a da estrutura de custos e valores ou quantitativos constantes do Estudo de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental (Evtea), que, além de desatualizado, não é vinculante para nenhuma das partes? E quanto aos valores? Serão os constantes das tabelas referenciais, a exemplo do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro)? Parece que não.

O desequilíbrio há de ser o comprovado, e não o teórico. Inclusive, ao se referir especificamente a esse tema, a alínea “a” do §1º do art. 374 faz alusão aos efeitos dos créditos nas “aquisições e custos incorridos” pela contratada, reafirmando que o ajuste há de ser feito sobre um cálculo real e efetivo derivado de uma carga tributária anterior e os novos preços e tributos decorrentes da reforma.

Essa consideração, porém, não vem sem o reconhecimento de sua complexidade. É que um desequilíbrio — e seu reequilíbrio — baseado em dados reais abre espaço para outras inúmeras controvérsias (como tratar, por exemplo, os contratos entre partes relacionadas) e, no mínimo, estabelece que um reequilíbrio efetivo só poderá ser feito *ex post*. Contudo, a opção do legislador complementar foi a de utilizar o dado real, concreto e empiricamente verificável.

- f) Na aferição da carga tributária, deve ser considerada, também, a possibilidade de repasse a terceiro** (art. 374, §1º, “b”): esta disposição reforça o caráter amplo e geral do ajuste que há de ser implementado. Não só os custos efetivos tributários suportados devem ser levados em consideração como também a capacidade de recuperação de quaisquer tributos pelos terceiros que arcam com as tarifas e as demais receitas auferidas pelo contratado. Sabe-se que, de uma forma ou de outra, as receitas tarifárias e não tarifárias estão sujeitas a algum grau de elasticidade. Isso afeta a demanda pelos serviços ofertados pelo concessionário. Em alguma medida, o repasse integral dos novos tributos às tarifas pode

vir a representar redução da demanda esperada cujo risco, no ordinário, é geralmente do contratado da Administração, mas, no extraordinário cenário da reforma tributária, não pode a ele ser alocado integralmente.

g) Os instrumentos de ajuste se aplicam àqueles contratos com matriz de risco relativa às questões tributárias (art. 374, §2º, c/c art. 377): muitos contratos, conforme referido anteriormente, trazem restrições de diversas ordens ao reequilíbrio por questões tributárias. Alguns, por exemplo, limitam o reequilíbrio na linha de custos. Outros, por sua vez, afastam o reequilíbrio sobre perdas de receita baseadas na assunção do risco de demanda pelas receitas principais ou pelas extraordinárias. O legislador complementar assume o caráter extraordinário dos impactos derivados da reforma tributária e estabelece, em disposição clara e direta, que todas essas suas disposições se aplicam mesmo àqueles contratos nos quais haja alguma matriz de risco sobre questões tributárias. Nos casos de omissão dos instrumentos de ajuste de que trata a lei complementar, aplicam-se as disposições de legislação de regência do contrato e, por evidente, dele próprio no que não contrariar tais novas disposições que a ele se sobrepõem.

h) A revisão que beneficie a Administração Pública é de ofício (art. 375): não se formula, aqui, qualquer afirmação categórica de que a totalidade dos contratos administrativos deva sofrer aumento de carga tributária, absoluta ou relativa. É o que se espera, porém, na maior parte dos segmentos (rodoviário, aeroportuário, saneamento, parques públicos, entre outros). O legislador foi cuidadoso ao estabelecer que, assegurada a manifestação do particular, a revisão contratual que represente eventual redução de carga tributária deve ser feita, como não poderia deixar de ser, de ofício.

i) O pleito revisional do administrado pode ser formulado durante a fase de transição (art. 376): o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pode ser instaurado pelo administrado, já a partir de 1º de janeiro de 2026, dada a referência ao art. 125, do ADCT. Já em 2026, inicia-se, timidamente, e em uma fase de testes, a cobrança residual da CBS e, a partir de então, será possível formular

o pleito revisional. Entende-se que não seja necessário que o contribuinte, efetivamente, pague a “alíquota-teste” da CBS para que possa formular o pleito. O objetivo, ao contrário, é justamente permitir a tramitação e a instrução antecipada sobre o tema.

- j) **O desequilíbrio causado pela reforma tributária deve ser apreciado, isoladamente, de quaisquer outros** (art. 376, caput, *fine*): essa é uma premissa relevante, pois um contrato pode estar eivado por outros desequilíbrios econômico-financeiros, e a apreciação aqui deve ser isolada, inclusive como uma medida de praticabilidade para a atuação administrativa. Incluir outros temas e suas controvérsias e complexidades não representa, aqui, uma medida de otimização da atividade administrativa, e sim impede ou prejudica que a solução seja obtida no tempo certo e necessário.
- k) **A revisão pode ser escalonada para cada fase da transição** (art. 376, I, “a”): essa disposição é coerente e induz a que toda fase da transição tributária, a se iniciar em 2027 (com a CBS) e em 2029~2032 (com o IBS), há de ensejar um pleito e uma tramitação revisional distintos. Essa técnica — que foi muito bem adotada pela Anac na apreciação dos pleitos relativos à pandemia da covid-2019 — também tem a virtude de permitir, em conjunto com a técnica cautelar, a adoção de critérios de desequilíbrios mediante sucessivas aproximações e ajustes ao longo do tempo.
- l) **A revisão também pode abranger todas as fases da transição** (art. 376, I, “b”): a par da possibilidade de um reequilíbrio escalonado e consistente com as sucessivas fases da reforma tributária, o administrado pode pleitear que o restabelecimento de seu equilíbrio econômico-financeiro abranja, a um só tempo, todas as alterações estabelecidas no cronograma de transição. É evidente que se trata de uma possibilidade que poderá, ou não, ser acolhida pela Administração e que há de estar restrita àqueles casos em que, justificadamente, possa haver maior previsibilidade quanto às variações de custos e receitas futuras para a concessionária.
- m) **O reequilíbrio pode ser implementado de diversas formas** (art. 376, V c/c §2º): o legislador não está restringindo ou priorizando qualquer das formas possíveis de reequilíbrio. A liberdade deferida

é ampla. Contudo, a preferência é pelo ajuste mediante alteração nas tarifas pactuadas.

n) A decisão do pleito revisional deve ser proferida em 90+90 dias (art. 376, §1º): a fixação de um prazo para que a Administração se pronuncie é essencial. Porém, não basta estabelecer um prazo; é necessário que se atribua uma consequência concreta à hipótese em que esse prazo é descumprido e, nesse particular, o PLP não avançou.

o) Cada ente poderá estabelecer normas adjetivas para a efetividade dos instrumentos de ajuste (art. 376, §3º): a competência para o estabelecimento destes instrumentos de ajuste é exclusiva do legislador complementar e se sobrepõe a qualquer das normas — e eventuais restrições — que constem dos contratos já celebrados. O que se permite à Administração Pública é o estabelecimento de fixar a forma de apresentação do pedido ou as metodologias de cálculo recomendadas para a apresentação do desequilíbrio. A expressão utilizada pelo legislador complementar, aqui, parece ser precisa: **metodologias de cálculo recomendadas para a demonstração**. Em outras palavras, a forma para apresentação do cálculo à Administração, visando agilizar o processamento do pleito, e não para limitar ou, de qualquer forma, restringir o direito ao ajuste. O que pode ser feito é estabelecer um modelo de planilha, quadros ou tabelas para que se demonstre o desequilíbrio, e não a determinação de metodologia do próprio cálculo de desequilíbrio ou reequilíbrio. Aqui, a referência àquela parte final do caput do art. 374 é de todo apropriada, o que se ajusta é o desequilíbrio real e comprovado.

p) O reequilíbrio pode ser efetivado de forma provisória (art. 375, §§4º e 5º): condicionado à regulamentação por parte de cada ente, defere-se a todos, a critério da Administração, a implementação provisória do equilíbrio quando demonstrado relevante impacto econômico. Nesse aspecto, o legislador poderia ter sido mais ousado ao atribuir, diretamente ao particular, a competência para implementar medidas cautelares ou provisórias de reequilíbrio diante da omissão ou da inércia da Administração em fazê-lo. Todavia,

trata-se de inegável avanço, à vista que, além da ANTT, da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp) e de alguns outros poucos que já adotam tais critérios, todos os órgãos da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal poderão fazê-lo, com segurança jurídica e preservando a continuidade e a exequibilidade dos contratos de concessão.

Afora prever a possibilidade do reequilíbrio provisório, estabeleceu que os valores pagos (isto é, recebidos ou pagos pela concessionária em virtude da medida provisória e cautelar), a maior ou a menor durante o período de vigência do ajuste provisório, devem ser recompostos. É como se referiu anteriormente: uma regra que permite o estabelecimento de múltiplas aproximações e ajustes visando à determinação final e definitiva do reequilíbrio.

Deverá constar na decisão definitiva de que trata o §4º a forma e os instrumentos de cobrança ou devolução dos valores pagos a menor ou a maior durante a aplicação da medida de ajuste provisório.

- q) Estabelece requisitos formais para a recepção e o processamento dos pedidos** (art. 376, §§6º e 7º): o legislador está a condicionar, sob pena de indeferimento sumário, o recebimento dos pedidos à apresentação de determinados documentos relativos à regularidade tributária e na Seguridade Social.³⁰ É meritória a preocupação, embora o direito ao equilíbrio econômico-financeiro não possa ser — e nunca foi — condicionado à qualquer espécie de regularidade nas Fazendas de qualquer espécie (manter a regularidade tributária, nos contratos de concessão, é obrigação geral sujeita a outras sanções e consequências diversas). Porém, cabe a reflexão de que eventual irregularidade tributária futura pode vir a decorrer justamente da incapacidade de o concessionário arcar com suas (novas) obrigações tributárias decorrentes da reforma tributária e ainda não reequilibradas; de onde se evidencia a falta de razoabilidade — além de se criar nova instância formal — nessa exigência.

30 No substitutivo apresentado pelo senador Eduardo Braga, em 9 de dezembro de 2024, esta exigência foi acertadamente excluída. O comentário crítico se mantém, contudo, na medida em que o texto final ainda não foi aprovado.

O PLP nº 68/2024, no estágio em que se encontra, aperfeiçoa as regras que, em geral, são encontradas nos contratos de concessão. Sobrepor-se a estes que, apenas na omissão daquele, podem ser utilizados. É uma legislação nacional, aplicada a todos os casos, e que se pauta no caráter extraordinário dos impactos causados pela reforma tributária. Restrições normalmente presentes nesses contratos e que são válidas e aceitáveis para alterações ordinárias da legislação tributária — exemplo típico é a assunção de risco, pelo concessionário, de variação ordinária de tributos sobre atividades que constituem receitas acessórias — não podem prevalecer para o ajuste derivado da reforma tributária.

Não se olvide, por demais, que o PLP nº 68/2024 não abandona outros conceitos quase sempre presentes nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro. O PLP nº 68/2024 não estabeleceu — e poderia — modificação nas regras para a fixação das taxas de desconto dos fluxos de caixa relevantes derivados do desequilíbrio. Também não se imiscuiu na estrutura de custos adotada por todo contratado e não pautou o cálculo do desequilíbrio aos critérios referenciais estabelecidos nas tabelas de custos-padrão dos entes públicos, tais como o Sicro. O desequilíbrio a ser apurado não é teórico; é o real e comprovado, apesar da complexidade — e alta controvérsia — que possa residir na definição da exata determinação desse impacto.

Retomando a alegoria inicial, acaso aprovado o PLP nº 68/2024, poderia prever-se que aquela concessionária, para cuja praça de pedágio se dirigira o personagem dessa alegoria, já tivesse instaurado o pleito de reequilíbrio relativo ao primeiro relevante de alteração nas regras fiscais já a partir de 2026. Assim, apreciado no interregno legal, teria, em seu favor, ao menos a determinação de um critério provisório de ajuste válido já a partir de 2027. Aquele usuário arcou financeiramente com a CBS, porém, para esse usuário em particular, a tarifa líquida do serviço público acabou por ser reduzida — porquanto mantida nominalmente inalterada. A coletividade de usuários, ou o Erário, há de recompor essa diferença em favor do concessionário. Quando? O “quando” é relevante, inclusive porque o impacto derivado dessas novas regras será percebido depressa pelo contribuinte já nos primeiros dias de 2027 e, com maior ênfase, à medida que preços praticados por seus fornecedores forem

sendo revistos, e o risco do atraso no reequilíbrio é a inviabilização dos serviços pelos concessionários e demais contratados afetados.

À luz das reflexões de Eurico Marcos Diniz de Santi,³¹ que invoca a figura mitológica de Cronos como o senhor inexorável do tempo no Direito tributário, a reforma tributária, ao romper de modo tão drástico a estrutura vigente, trouxe consigo o desafio do tempo no reequilíbrio econômico-financeiro. O tempo adquire um papel determinante: a demora na implementação dos instrumentos de ajuste, assim como a morosidade nos processos revisionais, pode resultar em prejuízos irreversíveis.

Assim como Cronos consome tudo o que encontra, o decurso temporal, quando desassistido de respostas adequadas, devora a estabilidade dos contratos, a confiança dos agentes econômicos e, em última análise, a própria continuidade dos serviços públicos. Por isso, ao cair das luzes das discussões acerca do PLP nº 68/2024, não é possível deixar de atribuir uma consequência real e concreta à inércia ou à demora da Administração Pública no acerto do equilíbrio daqueles contratos pela reforma tributária afetados, preservando, sim, as prerrogativas da Administração Pública, mas dotando o particular de delas fazer uso ante a inércia da Administração Pública.

Considerações finais

A análise desenvolvida ao longo deste estudo permitiu identificar os principais desafios e impactos decorrentes da implementação da reforma tributária instituída pela EC nº 132/2023, em especial no que diz respeito aos contratos administrativos de concessão e aos direitos ao reequilíbrio econômico-financeiro.

Fazendo uso de uma alegoria associada ao marco de transição representado pela substituição do PIS e da Cofins pela CBS, em 1º de janeiro de 2027, verificou-se que a reforma representa a mais profunda alteração na matriz tributária nacional desde a EC nº 18/1965. Tal mudança, embora promissora em termos de neutralidade e transparência, provoca uma ruptura significativa no equilíbrio financeiro dos contratos firmados

31 Decadência e prescrição no Direito tributário.

com a Administração Pública, sobretudo em setores regulados, como o de infraestrutura.

Ademais, verificou-se que se trata da mais vultosa modificação no equilíbrio econômico-financeiro a afetar, a qualquer tempo, o conjunto dos contratos administrativos celebrados no país por União, estados, Distrito Federal e municípios.

O estudo ainda destacou que os impactos da reforma tributária foram antevistos com larga antecedência, o que configura um fato inédito em comparação a outros eventos de álea econômica extraordinária. Essa antecipação, embora possa permitir algum planejamento preliminar, trouxe à tona a necessidade de instrumentos jurídicos claros e eficazes para neutralizar os desequilíbrios econômicos gerados pela nova tributação.

Nesse contexto, a inclusão do art. 21 da EC nº 132 foi fundamental, ao autorizar a criação, por meio de lei complementar, de instrumentos de ajuste para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e privados impactados pela reforma. O PLP nº 68/2024, ainda em tramitação, ao regular a matéria, trouxe avanços significativos, como:

- o ajuste sobre a **carga tributária efetiva** suportada pelo contratado, considerando variações nos custos e na base de cálculo;
- a ênfase nos **ganhos ou perdas reais**, efetivamente verificados e comprovados;
- a possibilidade de **recomposição provisória** do equilíbrio financeiro, mitigando os efeitos imediatos do desequilíbrio; e
- a determinação de **prazos objetivos** para a conclusão dos processos revisionais, minimizando o risco de hiatos prolongados de desequilíbrio.

Por outro lado, o estudo evidenciou que desafios permanecem, notadamente no que diz respeito à **quantificação dos impactos reais**, que demandam cálculos complexos e *ex post*, e à capacidade dos entes públicos de processar, tempestivamente, os pleitos revisionais. A demora na recomposição do equilíbrio, conforme demonstrado, pode gerar prejuízos irreparáveis aos concessionários, aos usuários e ao próprio Poder Público.

Conclui-se, portanto, que a **reforma tributária**, embora necessária e benéfica para o sistema tributário brasileiro em longo prazo, requer uma

atuação célere e coordenada dos entes públicos e privados na implementação dos instrumentos de ajuste. Somente com a observância do direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro e com processos revisionais eficientes, será possível assegurar a **sustentabilidade dos contratos administrativos**, a continuidade dos serviços públicos e a confiança dos investidores no ambiente econômico-regulatório nacional. Insta-se, ainda, que o Congresso Nacional, ao avaliar em definitivo o PLP nº 68/2024, não deixe de atribuir uma consequência real e concreta à inércia ou à demora da Administração Pública no acerto do equilíbrio daqueles contratos afetados pela reforma tributária.

Referências

- ATALIBA, G. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- ATALIBA, G. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BALEEIRO, A. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARVALHO, R. E. de. *Tributação sobre o consumo de bens e serviços no Brasil: evolução e perspectivas*. 2005. 104 f. Monografia (TCC em “Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal”) — ESAF, Brasília, 2005. Disponível em <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/centrais-de-contenido/publicacoes/trabalhos-academicos/tributacao-sobre-o-consumo-de-bens-e-servicos>. Acesso em: 11 fev. 2025.
- FERREIRA, R. N. *A reforma essencial: uma análise, sob a ótica empresarial, das propostas e dos bastidores da reforma tributária*. São Paulo: Geração Editorial, 2002.
- FREIRE, A. L. *Direito dos contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- SANTI, E. M. D. de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2020.
- SOUZA, R. G. et al. *Comentários ao Código Tributário Nacional: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Soluções consensuais nas concessões de serviço público: o estado da arte no direito comparado e uma proposta de framework para viabilizar renegociações no setor de infraestrutura¹

André Luiz de Albuquerque Farias²
Fernando Villela de Andrade Vianna³
Rafael Lapa Santos Bezerra⁴

O presente trabalho investiga a possibilidade de adoção de práticas internacionais sobre modificações de contratos de concessão no marco jurídico-regulatório vigente, baseando-se em normas experimentadas da União Europeia. Parte-se da hipótese de que a existência de uma miríade de soluções alternativas previstas em leis esparsas é colocada atualmente como solução para problemas contratuais graves que demandam alterações

-
- 1 Este trabalho foi submetido ao I Prêmio Ministro Guilherme Palmeira, organizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), tendo se sagrado vencedor no final de 2023. Em razão disso, o texto foi mantido em sua redação original de forma proposital pelos autores. Cf. <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/conheca-os-vencedores-do-premio-ministro-guilherme-palmeira.htm>.
 - 2 Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU). Especialista em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Membro-titular do Comitê de Regulação de Infraestrutura Aeroportuária da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Diretor de Infraestrutura Aeroportuária e Aviação Civil no TCU.
 - 3 Advogado. Mestre (LL.M.) em Regulação do Comércio pela New York University (NYU). Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Coordenador do Comitê de Regulação de Infraestrutura Aeroportuária da FGV Direito Rio. Árbitro do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).
 - 4 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduado em Direito Administrativo e em Controle da Regulação de Infraestrutura. Mediador com certificação internacional pelo ICFML. Auditor integrante da Secex Consenso do Tribunal de Contas da União (TCU). Advogado.

materiais significativas nos contratos de concessão. Entretanto, na verdade, os instrumentos e os institutos que deveriam ser complementares, tais como relicitação, termo de ajustamento de conduta, solução consensual via Tribunal de Contas da União (TCU), entre outros, acabam por se tornar a primeira escolha das partes contratantes por ausência de diretrizes claras na legislação de referência.

Nesse sentido, a introdução de regras mais claras na legislação geral que trata o tema permitiria, a um só tempo, a redução de distorções no ambiente de negócios e a diminuição de ineficiências geradas pela ausência de maior detalhamento legal sobre modificações contratuais em nível federal. A comparação com as regras europeias e a análise de casos concretos no Brasil permitiram concluir que o legislador brasileiro deve considerar rever as normas gerais de concessões e Perfis Profissiográficos Previdenciários (PPP), provendo contornos mais refinados ao tema, e, em alguns casos, definir, de forma mais objetiva, os limites para a mutabilidade dos contratos, em especial para os casos em que não haja necessidade de um novo processo competitivo. Propõe-se, ao final, um *framework* para endereçar, na legislação brasileira, os principais aspectos sobre modificações contratuais, com fundamento nas oportunidades de melhoria identificadas.

Palavras-chave: Contratos de concessão. Modificações contratuais. Infraestrutura. Mutabilidade. Consensualidade.

1. Introdução

1.1 Contextualização

Nos últimos dez anos, vivenciou-se no Brasil um considerável aumento do número de projetos de parceria do Poder Público com o setor privado para a exploração de serviços públicos mediante contratos de concessão. Isso levou o Governo Federal, inclusive, a criar o Programa de Parcerias de Investimento (PPI), em 2016, para ampliar e fortalecer a relação e, principalmente, o diálogo construtivo entre Estado e iniciativa privada nos mais variados setores da infraestrutura brasileira.

Atualmente, no entanto, vários dos projetos concebidos e aperfeiçoados nessa última década entraram em colapso. Esse cenário é observado nos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário. No caso deste último destacam-se os

Aeroportos de Viracopos/SP e do Galeão/RJ, que optaram, inicialmente, por aderir ao instituto da relicitação em razão da impossibilidade econômico-financeira de adimplir com as obrigações originalmente pactuadas em seus respectivos contratos. É, também, o caso das rodovias concedidas, em 2014, BR-153 e BR-040, além da ferrovia Malha Oeste. Não é por outro motivo, inclusive, que o marco legal da relicitação foi moldado⁵ em torno desses três setores mais críticos.

Entretanto, o fato é que esse problema não é atual. Na verdade, a partir de meados da década de 1980, verificou-se uma tendência crescente na desestatização de alguns serviços públicos e a provisão da infraestrutura por meio de PPPs (Abdeldayem; Dulaimi, 2019). Isso decorre, entre outras razões, do reconhecimento da falência do Estado-empresendedor, que centralizava os investimentos em serviços públicos, e a importância de se fortalecer o Estado-regulador, permitindo-se, assim, concentrar os escassos recursos financeiros naquelas áreas mais sensíveis para a sociedade, a exemplo de saúde, educação e segurança. Foi essa, inclusive, a opção do constituinte originário brasileiro em 1988, que passou a estruturar o Estado brasileiro no sentido de reduzir seu papel na economia, tornando-o subsidiário, fortalecendo suas funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento (art. 174, CRFB). Desde então, apesar do número expressivo de experiências exitosas, alguns desses projetos sofreram reveses e precisaram ser encerrados antes do prazo inicialmente previsto.

Dados do Banco Mundial para países em desenvolvimento demonstram que 334 dos 4.874 (6,85%) projetos de infraestrutura na modalidade de parceria entre entes públicos e privados foram extintos prematuramente entre 1984 e 2010 (Zhang; Xiong, 2015). No caso de concessões rodoviárias, esse percentual ficou em 6,76% de um total de 695 empreendimentos financiados no período. Geograficamente, as parcerias na América Latina e Caribe fracassaram em 8,95% dos casos, ficando abaixo somente da África Subsaariana, com 9,35%.

5 O art. 1º, da Lei nº 13.448/2017, é categórico em limitar o instituto aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário:

“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.” (grifos nossos)

Neto, Cruz, Rodrigues e Silva (2016) indicam como uma tendência para os estudos voltados para aos PPPs a análise de questões relacionadas ao término e à renegociação dessas parcerias. Isso ocorre, sobretudo, em função das dificuldades vivenciadas por governos e pelo setor privado na gestão desses projetos de alta complexidade.

Song, Jin, Zhao e Hu (2017) e Xiong e Zhang (2014) apontam que se encontram na literatura diversos casos de concessões encerradas prematuramente, em diferentes países. As causas incluem mecanismos de alocação de riscos deficientes ou mesmo fatores operacionais; situação que guarda certa semelhança com alguns casos presentes no cenário brasileiro, como se verá ao longo deste estudo.

No Brasil, a Constituição Federal confere substrato material para a discussão em torno da necessidade de estabelecimento de mecanismos para tornar a resolução de conflitos envolvendo a administração pública mais eficiente, como o próprio princípio da eficiência administrativa, insculpido no art. 37 da nossa Carta Magna, e também o princípio da segurança jurídica, impondo que se adotem mecanismos estabilizadores das relações jurídicas a fim de se atrair investimentos, ainda mais quando se trata de contratos de longo prazo, como os contratos de concessão.

Não é por outro motivo que o festejado magistrado britânico Tom Bingham, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em obra intitulada *The Rule of Law*, ao tratar da necessidade de a lei (aqui compreendida em sentido amplo) ser clara e previsível, e sua correlação com a decisão de empresas internacionais em investir em determinado país, foi muito feliz ao sustentar que

[...] the third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties' rights and obligations were vague or undecided (Bingham, 2011, p. 38).

Diante desse cenário, o legislador brasileiro tem buscado criar novos mecanismos jurídicos para assimilar conceitos voltados ao enfrentamento dos problemas advindos da necessidade de modificação, prorrogação, renegociação ou até extinção dos contratos de concessão. Exemplo disso é a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), a Lei de Relicitação e Prorrogação Antecipada (Lei nº 13.448/2017) ou, ainda, a Lei das Agências (Lei nº 13.848/2019), com destaque nesta última para a figura do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).⁶

O fato é que os últimos anos têm se mostrado especialmente desafiadores à Administração Pública e trazem para o centro do debate o enfrentamento dos problemas encontrados na execução dos contratos de concessão. Em um contexto no qual há muitos projetos no *pipeline* do Governo Federal⁷, é razoável inferir que grande parte deles virá a ser firmada. O mesmo ocorre com outros contratos já existentes que também deverão ser revistos, sendo certo que o Poder Público terá de deparar, em muitos casos, com condições econômicas frágeis dos parceiros privados. Soma-se a isso a escassez de recursos públicos subsidiados para financiá-los, acrescentando-se ainda a complexidade de cada setor com suas particularidades que demandam sofisticação para incrementar a atratividade dos projetos, como no caso das ferrovias brasileiras.

Nesse cenário, coloca-se em evidência a postura da Administração Pública diante de suas escolhas — manter uma atitude proativa e negocial com base no pragmatismo quando do surgimento de problemas contratuais graves ou refutar toda e qualquer tentativa de modificação contratual, pela ausência de maior amparo normativo e insegurança jurídica. A crise econômica funciona, assim, como o pano de fundo e fio condutor dessa análise, porque esta alerta para a urgência de mudanças.

Para tentar enfrentar essa realidade, uma das alternativas encontradas foi a edição da Lei nº 13.448/2017, que estabeleceu as diretrizes para a

6 “Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.”

7 No setor de infraestrutura de transportes, há 100 projetos em andamento atualmente, nos seguintes segmentos: aeroportuário (27), ferroviário (8), hidrovias (1), portos e terminais portuários (34) e rodoviário (30).

relicitação e a prorrogação de contratos de parceria. Foi exigido da Administração uma postura de consensualidade para a adoção da medida e justificativas para a sua escolha.

A aplicação prática do instituto, no entanto, tem se mostrado complexa e morosa, dando indícios de que pode ser necessária uma mudança mais abrangente na legislação. A alteração deve oferecer alternativas positivadas mais seguras e com maior grau de objetividade, quando possível, ao poder concedente, de modo a justificar as opções que vierem a ser adotadas.

Desse modo, entra em cena questionar o próprio arcabouço como um todo aplicável às modificações contratuais no caso de contratos de concessão, para que as decisões não fiquem sujeitas a precedentes frágeis e que não oferecem ao gestor público e ao parceiro privado regras claras de como proceder e os respectivos limites. Até porque, como se sabe, é justamente a ausência de regras claras que leva à paralisia decisória por parte dos gestores públicos; fenômeno denominado “apagão das canetas”.

1.2 *Problema de pesquisa*

As disposições normativas vigentes atualmente no arcabouço jurídico brasileiro⁸ conferem balizas objetivas ao tratamento das modificações contratuais substanciais em contratos de concessão de serviços públicos, quando comparadas ao regramento legal utilizado nos países desenvolvidos?⁹

1.3 *Hipótese*

Parte-se da premissa de que os instrumentos legais, notadamente a Lei nº 8.987/1995, devem prever, de forma mais objetiva, situações em que as modificações contratuais possam ser realizadas sem a necessidade de um novo processo competitivo. Evita-se, então, o “apagão das canetas”¹⁰ e se

8 Para fins deste trabalho, o foco se dará sobre as normas-chave que reputamos como basilares ao tema discutido, a saber: (i) Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões); (ii) Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs); (iii) Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei nº 14.133/2021 que a sucederá; (iv) Lei nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação); (v) Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) — em especial a figura do TAC prevista no art. 32; (vi) Decreto-Lei nº 4.657/1942 — especificamente em relação ao compromisso previsto no art. 26; e (vii) Instrução-Normativa TCU nº 91/2022, que trata de soluções consensuais via TCU.

9 A normas da UE serão consideradas como referência neste trabalho (Diretiva 2014/23/EU).

10 Prática verificada nos últimos anos, em que o servidor público tomador de decisões

oferece maior segurança jurídica aos gestores das agências reguladoras — que, na modelagem atual, atuam também na condição de poder concedente. Abre-se o caminho para uma tentativa de renegociação do contrato preliminarmente a um pedido de relicitação ou outro tipo de solução consensual que envolva outros atores que não apenas as partes diretamente envolvidas no contrato de concessão (*e.g.* solução consensual via TCU¹¹).

A relicitação nos moldes atuais se apresenta como uma alternativa viável, mas que necessita de aperfeiçoamentos para que se torne um instrumento mais eficiente de renegociação contratual, devendo ser considerada em paralelo com outras medidas, como a consensualidade com a participação do órgão de controle e a desrelicitação,¹² se for o caso.

Nesse ínterim, adota-se a hipótese de que a adoção de práticas internacionais no Brasil em linha com a Diretiva 2014/23/EU implicariam redução

fica com medo de ser responsabilizado, judicial ou administrativamente, pelos órgãos de controle, e com isso se esquia ou protela a decisão sobre determinada matéria a seu cargo. Mais do que uma indecisão, o apagão das canetas leva à não decisão, aprofundando-se as externalidades negativas já presentes com as dificuldades contratuais enfrentadas no âmbito do contrato de parceria. Sobre o tema, Santos (2022), assim expõe: “Estamos a caminho da paralisia administrativa o propalado: ‘apagão das canetas’, pois decidir passou a ser atividade de alto risco. A adoção de graus mais severos de culpa para responsabilização dos agentes públicos é medida imperativa ao exercício altivo e independente de funções administrativas. Faltas leves são praticadas diuturnamente diante da falibilidade humana”. Na mesma linha Nohara, Motta e Praxedes (2019) definem ‘apagão das canetas’ como o termo utilizado “[...] para designar a paralisação de decisões, por causa do temor da responsabilização, perante a Administração Pública ‘do medo’, pois, em determinados casos, tendo em vista decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle”.

11 Tal possibilidade está prevista na Instrução-Normativa TCU nº 91/2022, que trata de procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

12 O termo “desrelicitação” foi criado pelos autores e caracteriza a hipótese de desistência consensual da relicitação por meio de um acordo entre o poder concedente e o parceiro privado, nos termos do Acórdão TCU-Plenário nº 1.593/2023 (Brasil, 2023b). Nos termos do item 9.2.2., do referido Acórdão, “[...] uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação”. A eventual nulidade do procedimento de relicitação, também indicada pelo TCU no item 9.2.3, do mesmo Acórdão, não se enquadra no conceito de “desrelicitação” apresentado pelos autores, limitando-se apenas à hipótese de desistência do procedimento por decisão consensual.

de distorções no ambiente de negócios e diminuição de ineficiências geradas pela ausência de detalhamento legal no que diz respeito a modificações contratuais substanciais. Isso resultou no aumento do nível de segurança jurídica às partes interessadas e nas regras claras a respeito do funcionamento dos contratos de concessão em nível federal.

Entende-se que essa hipótese formulada estaria suportada com base nos motivos que ensejaram a própria edição da mencionada diretiva, que concluiu no mesmo sentido ao analisar o ambiente europeu, dando origem àquela norma (UE, 2011). Ademais, evidências recentes apontam melhoria sensível no número médio anual de concessões realizadas após a introdução da Diretiva 2014/23/EU (UE, 2023).

Ou seja, o Brasil poderia se aproveitar da curva de aprendizado de países com maturidade regulatória mais acentuada e elevada reputação técnica para adaptar sua própria legislação. Assim, poderia aproveitar-se de externalidades positivas dessas experiências e introduzir no ambiente jurídico nacional as medidas que foram mais efetivas em outros lugares?

1.4 Objetivos

O objetivo geral do trabalho é investigar a necessidade de atualização do sistema legal, com foco em possíveis alterações na Lei nº 8.987/1995, de modo a prover diretrizes consistentes para as modificações de contratos de concessão. A intenção seria harmonizá-la com as leis esparsas que tangenciam o tema, como a Lei nº 13.448/2017, que trata da relicitação, entre outras, e propor um *framework* eficaz como mecanismo de resolução de conflitos nas concessões de infraestrutura.

Para tanto, este trabalho pretende, inicialmente, explorar alguns dos fundamentos teóricos que conferem base legal, econômica e técnica a modificações de contratos de concessão no Brasil.

Na sequência, será feita a análise de como outros países com maior maturidade regulatória, e maior número de experiências pretéritas, lidam com a questão afeta à renegociação de contratos de concessão e aos limites em relação à mutabilidade desses contratos. Serão examinadas quais são as diretrizes gerais estabelecidas para renegociá-los, incluindo o caso de relicitação (*re-tendering*), fazendo um paralelo com os usos do caso no Brasil (Lei nº 13.448/2017).

Posteriormente, far-se-á um estudo comparativo entre as condicionantes voltadas à renegociação contratual no pensamento do legislador da UE, confrontando-as com as previsões legais e jurisprudenciais encontradas no Brasil. Após isso, serão criticados os instrumentos legais e consensuais hoje aplicáveis para os casos de infraestrutura de transportes em nosso país — mormente em razão de sua insuficiência para a resolução de casos mais críticos e que demandariam uma flexibilidade negocial maior.

Após isso, serão examinadas particularidades enfrentadas em casos reais de prorrogação antecipada, relicitação e possível desrelicitação nos diferentes setores de transportes brasileiros (rodovia, ferrovia e aeroportos) para avaliar se alterações legais poderiam, de fato, impactar de modo positivo a renegociação dos contratos de concessão, tornando-os mais céleres e aumentando a segurança jurídica envolvida para as partes contratantes. A análise também demonstrará a complexidade que tem sido enfrentada em casos brasileiros, de modo a ventilar inovações legais atentas às particularidades da infraestrutura doméstica, revelando ser fundamental efetuar um “olhar para fora” com as devidas ponderações.

Por fim, serão propostas sugestões para desenvolver um *framework* para as renegociações de contratos de concessão no Brasil mais aderentes à realidade nos países desenvolvidos e às práticas observadas nas experiências recentes (“marco regulatório das renegociações de contratos de infraestrutura”).

1.5 Justificativa

A relicitação foi concebida para ser um procedimento que viabilizasse destravar investimentos em contratos de infraestrutura rodoviária, aeroportuária e ferroviária já combalidos ou que dão indícios de inviabilidade, evitando, assim, a deterioração da qualidade dos serviços prestados no âmbito desses projetos, bem como a descontinuidade na prestação do serviço. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 13.448/2017, que tratou das questões atinentes às diretrizes gerais da relicitação em contratos de parceria, com as condições para sua realização.

Tem sido verificada relativa morosidade em casos concretos de concessões já existentes no tema. Um exemplo a ser citado é o primeiro caso de relicitação que chegou da fato a ser relicitado — Aeroporto de São Gonçalo

do Amarante (Asga) —, que deve levar pelo menos cerca de três anos até a efetiva transição operacional do ativo para o novo operador, mostrando-se desejável oferecer uma visão sobre a razoabilidade desse prazo, em contrapartida ao prazo paradigma da caducidade.

Destaque-se também que a operacionalização do procedimento de relicitação concorre com outras alternativas negociais, inclusive durante o transcurso da relicitação propriamente dita, entre elas a possibilidade de um novo acordo de desfazimento da relicitação e mudança nas condições contratuais. Neste último caso, com a participação do TCU como mediador na busca de uma solução consensual entre a agência reguladora e o concessionário para viabilizar o contrato de concessão.

Diante disso, cabe investigar os fundamentos teóricos que permearam a edição do normativo em questão em um contexto mais amplo. Também é necessário comparar esse procedimento previsto com os requisitos e as práticas que vêm sendo internacionalmente adotados como premissas no que se refere à renegociação de concessões, em especial na UE.

Outrossim, merece ser realizado um exercício comparativo da relicitação versus possibilidades negociais mais efetivas decorrentes de acordos, com ou sem mediação interposta, sobretudo em relação a prazos estimados para solução das controvérsias. O mesmo se aplica à motivação necessária para que se inicie o processo, não permitindo que meras frustrações econômico-financeiras permitam devolver o ativo concedido e, por fim, os limites de mutabilidade que podem ser aceitos, a fim de não desnaturar o contrato concedido.

Os aspectos aqui descritos serão objeto prático de investigação em tópico destinado à análise de casos reais, em que também serão analisadas algumas das escolhas feitas pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e pelo Ministério da Infraestrutura¹³ no âmbito de relicitações. Dessa forma, será possível entender em que medida as opções feitas puderam servir para aumentar ou reduzir a eficiência da via renegocial e, conseqüentemente, os custos de transação envolvidos.

13 Atualmente, o antigo Ministério da Infraestrutura foi desmembrado em dois ministérios: Ministério de Portos e Aeroportos, e Ministério dos Transportes.

2. Metodologia

A primeira etapa consiste em interpretar os regramentos contidos nas normas da UE relacionados a modificações contratuais no âmbito de contratos de concessão. Como diretriz central, utiliza-se a Diretiva 2014/23/UE,¹⁴ que trata de adjudicação de contratos de concessão nos países signatários daquele tratado.

Na segunda etapa, buscar-se-á avaliar as diferenças contidas na legislação específica sobre o tema no Brasil frente ao regramento da UE por meio do levantamento normativo no âmbito europeu e da comparação com a atual estrutura das normas que regem o processo de alterações contratuais nos contratos de concessão de serviço público na área de infraestrutura de transportes. Isso inclui principalmente (mas não se limitando a) o exame da Lei nº 8.987/1995 e da Lei nº 11.079/2004; principais regramentos gerais sobre o tema, mas sem deixar de tecer considerações em relação a regramentos especiais que possibilitem uma visão mais abrangente sobre a discussão¹⁵, com base nas Leis nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), Lei nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação), Lei nº 13.848 (Lei das Agências Reguladoras) e Decreto-Lei nº 4.657 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, LINDB).

Em uma terceira etapa, procuraremos realizar um exercício exploratório prático verificando a viabilidade e a eficácia de aplicação de algumas das diretrizes europeias relativas a modificações contratuais para casos selecionados de concessões de infraestrutura no Brasil. Isso se dá com o propósito de concluir, empiricamente, se esse arranjo normativo poderia facilitar uma resolução consensual do problema dessas concessões sem que as concessionárias tivessem de optar por institutos complementares, ou seja, mantendo sua operação regular.¹⁶

14 Algumas disposições da Diretiva 2014/24/EU, relativa a contratos públicos, são também bastante semelhantes em alguns casos, podendo ser aproveitada bibliografia específica sobre esse assunto.

15 Diferentemente de outros países, o Brasil não optou por codificar sua legislação relativa a contratos de concessões em uma base única, sendo necessário o exame de várias leis e normas esparsas.

16 Na relicitação, por exemplo, caso utilizada como método de resolução do problema contratual, os investimentos, em regra, ficam suspensos, limitando-se ao mínimo necessário — basicamente, operação.

Posteriormente, com base nos resultados encontrados na segunda e na terceira etapas, será proposto um novo *framework* para endereçar na legislação pátria as questões atinentes a modificações contratuais, com fundamento nas oportunidades de melhoria identificadas, na forma de anteprojeto de lei (Apêndice A).

3. Referencial teórico

3.1 *A inaplicabilidade da supremacia da Administração sobre o privado e da sua unilateralidade aos contratos de concessão*

Segundo Oliveira (2018), não mais se admite que a Administração, em todo e qualquer caso, atue de forma a impor a posição de supremacia em relação ao particular. Assim, a atuação eficiente da Administração vai muito além da possibilidade de rever unilateralmente os seus contratos, aplicar sanções ao particular e rescindi-los quando não mais lhe aprouverem. Para a autora, necessita-se de um gestor da coisa pública que levará em consideração: riscos, impacto econômico, e a incompletude e mutabilidade de muitas das suas relações.

Segundo a autora, no caso de contratos de concessão, a racionalidade econômica demanda que, em sua execução, seja natural o advento de circunstâncias que irão demandar a sua modificação. Além disso, a autora aponta como fator determinante para afastar a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado o fato de que tais ajustes são complexos e envolvem fluxos de despesas e receitas variáveis ao longo do tempo, sendo que os investimentos não correspondem imediatamente à remuneração. O concessionário faz aportes vultosos em um primeiro momento, projetando a amortização no decorrer da exploração de acordo com uma previsão de demanda, o que também impacta a forma como se deve interpretar o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Na visão de Valle (2017), com o aumento de complexidade do fenômeno contratual administrativo, a unilateralidade, antes fundamento de legitimação da relação contratual, passa a ser enquadrada como desvantagem jurídica. Isso ocorre porque fragiliza o acordo com o particular e o desestabiliza. Ademais, configura uma desvantagem econômica, na

medida em que onera os pactos administrativos com a alocação de riscos pela instabilidade política.

Garcia (2019) entende que a incompletude dos contratos de longa duração demandam um maior grau de flexibilidade e elasticidade. A intenção é justificar estruturas que dotem as partes de maior adaptabilidade às circunstâncias, aos eventos ou às contingências que não foram previstas na regulação contratual *ex ante*.

Ademais, Marques Neto (2015) anota que o contrato de concessão é um exemplo do paradigma multipolar do Direito Administrativo contemporâneo.

Voltando à visão de Garcia (2019), a multilateralidade se explica em razão dos múltiplos interesses em jogo. O projeto e o contrato de concessão pressupõem distintos interesses que devem se articular, de modo harmônico, para que os objetivos sejam atingidos. A partir do contrato de concessão, formam-se distintos vínculos jurídicos entre pessoas jurídicas de direito público e privado, mas espriam seus efeitos para os integrantes das demais relações contratuais interdependentes e coligadas na complexa teia que sustenta, holisticamente, o projeto.

3.2 Consensualismo e mutabilidade como filosofias contratuais necessárias para a sobrevivência da parceria

Moreira Neto (2006) já apontava para uma tendência de adoção de formas consensuais como forma de reduzir custos e aumentar a qualidade decisória, legitimando decisões tomadas. Nessa linha, Oliveira (2018) entende que quando a Administração realiza parceria com o particular, por meio de concessão, para a recuperação, melhoria, manutenção e expansão da malha rodoviária, realiza negócio jurídico bilateral e convencional para a exploração de uma utilidade pública.

Assim, o agir dos agentes diretamente envolvidos não se desenvolve com base na certeza da supremacia de uma das partes (o Estado) nem na verdade absoluta de um regime assimétrico. As soluções nesse campo dependem de modelos flexíveis que reconheçam a análise de resultados, ponderação entre custos e benefícios e consensualidade.

Nessa visão, o Poder Público passa a substituir mecanismos unilaterais por outros participativos, adequando-se a uma visão mais moderna do direito administrativo. Trata-se de uma abordagem alinhada à visão de

Cassese (2017), que entende o fortalecimento da negociação no ambiente da Administração Pública por meio de mecanismos de consenso.

Nessa linha, para Valle (2017), os contratos multilaterais e relacionais possibilitam uma relação entre Poder Público contratante e contratado menos focada na colisão entre interesses públicos e privados e mais focado na visão de parceria.

A mutabilidade contratual é, portanto, assumida como uma característica intrínseca dos contratos de longo prazo; gênero em que se inserem os contratos de concessão. Se, por um lado, a alteração de condições contratuais significa, em tese, o afastamento da disciplina contida originalmente no instrumento convocatório; por outro, a exigência de absoluta fidelidade ao edital conduziria à total vedação de modificações contratuais, o que não é razoável diante da necessidade de se proteger, por exemplo, a atualidade do pacto e a continuidade do serviço, respeitado o interesse público e os ditames legais para todos os efeitos.

Todavia, o reconhecimento da mutabilidade não significa uma possibilidade infinita de mudanças nos contratos. Tampouco pode ser uma verdadeira *carte blanche* para alterações substanciais sem uma razão jurídica ou econômica que as fundamentem. A análise perpassa, necessariamente, uma ponderação entre princípios e diretrizes aplicáveis às concessões.

De um lado, encontram-se normas que garantem a lisura do procedimento de escolha do agente privado responsável pela prestação do serviço público concedido, bem como a regularidade da execução contratual. Como exemplos destacam-se o princípio do dever de licitar; a isonomia; a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; a vinculação ao instrumento convocatório; a segurança jurídica e o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

De outro lado, apresentam-se princípios que orientam o aplicador do direito das concessões diante de situações que demandam flexibilização das regras contratuais durante sua execução. Tal necessidade surge em virtude da necessidade de adaptações a novas condições fáticas, em nome da continuidade do serviço público, da preservação da atualidade tecnológica dos contratos, busca da eficiência, entre outros.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da segurança jurídica, que tem o fito de estabilizar as relações de direito no tempo, controlando expectativas e incertezas. De acordo com esse princípio, a alteração unilateral de

regras previamente estabelecidas com caráter retroativo são, via de regra, rechaçadas, como forma de oferecer segurança aos interessados, diretos e indiretos, em uma relação de direito.¹⁷

Por outra perspectiva, o próprio direito posto e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecem que mutabilidade e segurança jurídica caminham lado a lado quando o assunto se refere aos contratos de concessão. Tratam-se de contratos de longo prazo, como se observou no caso do julgamento da constitucionalidade do art. 27, da Lei nº 8.987/1995, no bojo da ADIn 2.946/DF (Brasil, 2022c).

No julgamento, discutiu-se a transferência do contrato de concessão ou do controle societário da empresa concessionária, tendo-se chegado ao entendimento de que isso configura mudança inevitável e compatível com a gestão e a execução dos contratos de concessão, que possuem prazos mais alongados.¹⁸

Na visão de Moreira (2022) acerca da aplicação do princípio em questão no âmbito dos contratos de concessão de serviço público, desestatizar os serviços públicos brasileiros por meio de concessões reclama legislação específica. Tal legislação não atua apenas como baliza técnica, mas também

17 O princípio da segurança jurídica fundamenta-se no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e é tutelado no âmbito do direito público pelas regras do devido processo administrativo (Lei nº 9.784/1999) e também pela própria Lei nº 8.987/1995. Vejamos: Constituição Federal/1988 “Art. 5º, XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” *** Lei nº 9.784/1999 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII — interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” *** Lei nº 8.987/1995 “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.”

18 “5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural — e até salutar — que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza.” (BRASIL, 1995, art. 27).

na condição de referência institucional para lidar com as necessidades dos usuários e do mercado, que variam substancialmente.

Além disso, a concessão terá de conviver, ao longo do tempo, com agentes públicos e governos diversos, que, a cada mandato, poderão ter percepção diferente de como as atividades devem ser organizadas e realizadas, seja pela mudança da demanda, seja por nova compreensão política do mesmo problema.

Toda essa discussão conduz à característica relevante dos contratos de concessão, o que se costuma denominar na doutrina como sua mutabilidade, a qual, na visão de Justen Filho (2016), relaciona-se à margem de indeterminação que é impossível de ser eliminada. Nenhum planejamento, por mais satisfatório e perfeito que seja, é apto a prever a solução para todos os problemas que se consumam no mundo real. Portanto, a disparidade entre as projeções teóricas anteriores e as ocorrências reais futuras não decorre, necessariamente, de falhas de planejamento.

Apesar de ser característica inafastável e desejável dos contratos de concessão, contudo, a doutrina é unânime em afirmar que existem limites a serem observados. Não possui o Poder Público competência legal e constitucional para promover, indiscriminadamente, toda e qualquer alteração nesses ajustes, sob a justificativa de perseguir o interesse público.

O entendimento é acolhido inclusive em precedentes do TCU, a exemplo do voto condutor do Acórdão 738/2017-TCU-Plenário:

Uma das características mais marcantes dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração do seu objeto ou as condições da sua execução, para realizar da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração. Todavia, essa mutabilidade não é absoluta. Não se pode desprezar o interesse público que motivou sua celebração, muito menos desvirtuá-lo, a ponto de nele já não se reconhecer o que fora originalmente licitado (Brasil, 2017).

Garcia (2019), ao tratar dos limites materiais para a mutabilidade dos contratos de concessão, destaca o princípio da intangibilidade do objeto para dizer que a preservação do núcleo essencial do objeto é um parâmetro que deve ser observado independentemente da natureza da mutação.

Mesmo alterações consensuais e bilaterais não encontram respaldo no ordenamento jurídico para transfigurar o objeto do contrato de concessão.

Pinto (2017) apresenta ainda outro ponto a ser observado na análise de custo-benefício: a questão temporal. Deve-se estimar quanto tempo levará para a satisfação da necessidade pública considerando todas as alternativas, inclusive uma nova licitação, e quais os prejuízos de eventual atraso. Essa reflexão deve ser tomada com base nos princípios da eficiência e da economicidade, e compor a robusta motivação necessária para justificar a alteração pretendida.

Há, dessa maneira, preocupação em evitar que a modificação sirva para frustrar a eficácia da licitação. Dessa maneira, não será admitida alteração contratual que permita a fruição de vantagem reprovável, que gere ou amplie os benefícios originalmente previstos do contratado sem a correspondente contrapartida para o interesse público.

Isso demonstra que existem condicionantes que demandam ponderação para a autorização de alterações contratuais. A decisão sobre a viabilidade da modificação dependerá necessariamente da análise do caso concreto, que deverá aferir a utilidade e necessidade da medida. Impõe-se, outrossim, uma motivação mediante a qual se demonstre que prorrogar a avença, quando possível, é mais vantajoso do que realizar a licitação.

É certo, portanto, que sempre haverá um traço de unilateralidade na alteração de contratos de concessão. Tal unilateralidade decorre do fato de que somente à Administração cabe verificar ou determinar, no caso concreto, se a modificação cogitada atende, ou não, aos interesses públicos perseguidos no ajuste. Ocorre que essa unilateralidade, insista-se, não pode ser exercida desacompanhada da obrigação de motivar, adequadamente, as razões (de interesse geral) ensejadoras da mudança.

A autora portuguesa Suzana Tavares Silva (2010) nos lembra que a motivação dos atos jurídicos se apresenta como etapa essencial na elaboração de atos de qualquer natureza, servindo a um duplo propósito: permitir (i) aos interessados e destinatários do ato conhecer a sua motivação; e (ii) ao Tribunal Judicial ou Administrativo competente exercer o controle do respectivo ato praticado. Trata-se, pois, de elemento ligado diretamente à própria legitimidade do ato administrativo. Na esteira do entendimento segundo o qual as alterações de contrato de concessão fundadas

na mutabilidade contratual devem ser devidamente motivadas, é de se ressaltar que o conhecimento do TCU é de que as alterações contratuais devem estar embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, nos quais reste caracterizada a superveniência dos fatos motivadores das alterações em relação à época da licitação.¹⁹

Assim, na linha do que defendem Vita e Guimarães (2023), contratos de concessão de serviços públicos são essencialmente multilaterais, aglutinando diversos negócios jurídicos ao redor de uma operação econômica central e gerando efeitos para sujeitos de direito que não são partes no ajuste concessionário.

Tal fato reclama que as crises em contratos de concessão sejam tratadas a partir de uma perspectiva mais ampla. Essa abordagem deve considerar seus efeitos perante a concessionária e o poder concedente, além de em relação aos sócios e aos empregados da concessionária, aos sujeitos subcontratados, aos agentes financeiros responsáveis por conceder os empréstimos que alavancaram o projeto e, principalmente, aos usuários do serviço concedido. Em outras palavras, os efeitos são sempre sistêmicos.

3.3 A evolução legislativa brasileira e o reconhecimento pelo legislador da necessidade de adoção do consensualismo aos contratos de concessão

Nos últimos dez anos, observa-se um amplo movimento legislativo no Brasil que resultou na promulgação de diversos diplomas legais que reconheceram e fundamentaram o uso de instrumentos consensuais de resolução de conflitos no âmbito da administração pública.

Cumprе destacar, nessa evolução, por ordem histórica, o reconhecimento do uso da arbitragem, que é um instrumento de política pública apto a enfrentar a morosidade do Poder Judiciário na judicialização de problemas complexos; entre eles, aqueles litígios decorrentes de contratos de concessão. É, assim, segundo Lemes (2007), um meio alternativo de composição de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes, por meio de um árbitro — ou tribunal arbitral — por elas escolhido, comprometem-se a cumprir fielmente a decisão arbitral, abstendo-se de submeter o assunto ao Poder Judiciário.

19 Acórdão 170/2018-TCU-Plenário, relator ministro Benjamin Zymler.

O instituto da arbitragem é hoje normatizado pela Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), que, com as alterações advindas da Lei nº 13.129/2015, passou a admitir, expressamente, o uso da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública (Brasil, 2015).

Ressalta-se também a reforma da LINDB, que passou a prever em seu art. 26, *caput*, a possibilidade de que a autoridade administrativa possa celebrar acordos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.²⁰

Logo em seguida, a Lei das Agências Reguladoras de 2019²¹ reconheceu a legalidade do uso dos TACs com pessoas físicas ou jurídicas no âmbito de suas competências regulatórias. Apesar do reconhecimento por meio de lei ter se dado apenas em 2019, observa-se que as agências reguladoras já normatizavam o uso do instrumento.²²

A Lei das Agências Reguladoras, todavia, perdeu a oportunidade de dar um passo além quanto à utilização do instrumento. Limitou-se assim, a reconhecer a sua legalidade, não abordando, entretanto, aspectos fundamentais já discutidos em julgados do Tribunal de Contas da União, quanto à sua eficácia.²³

20 A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Entre os dispositivos incluídos no mencionado Decreto-Lei, pode-se citar o art. 26, que expressamente autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos ou compromissos, com o objetivo de pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas.

21 A Lei Federal nº 13.848/2019, que dispõe sobre o processo decisório nas agências reguladoras, prevê em seu art. 32, *caput* que, “[...] para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória”.

22 Vide Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, posteriormente revogada pela Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, no âmbito da Anac; Resolução-Antaq 3529/2014, posteriormente revogada pela Revogado pela Resolução nº 92/2022-Antaq, de 15 de dezembro de 2022; e Resolução nº 5823, de 12 de junho de 2018, no âmbito da ANTT.

23 O TC nº 019.494/2014-9 trata de representação contra possíveis irregularidades verificadas na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) entre a ANTT e concessionária da ferrovia Transnordestina. Foram apontadas fragilidades dos regulamentos, que de acordo com o relator do Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário, contribuíram para o fracasso dos acordos como a falta de previsão das respectivas

Os TACs, desse modo, são instrumentos que podem ser firmados pela própria agência reguladora no exercício das competências previstas nas respectivas leis de criação, o que pode conferir celeridade de tramitação e proximidade e conhecimento do órgão regulador no setor regulado. Todavia, o risco de captura da agência, somado às fragilidades da regulamentação do instrumento, podem conferir pouca força cogente em induzir comportamentos por parte dos concessionários.

Em junho de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.448/2017, trazendo diretrizes gerais sobre a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal, referentes ao Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), criado pela Lei nº 13.334/2016. A Lei de Relicitação, em seu art. 4º, inciso III, definiu a relicitação como o “[...] procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”.

A relicitação, como instrumento consensual por natureza, exige que haja acordo entre as partes e é idealizado para assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Isso se dá uma vez que a pessoa jurídica de direito privado contratada não mais atende — ou demonstra incapacidade de atender — às obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

A relicitação surge como uma forma de extinção amigável do contrato de parceria, evitando-se, assim, medidas mais traumáticas de encerramento prematuro do contrato de concessão. Durante as discussões em audiências públicas, foram levantadas como vantagens para o concessionário a suspensão de eventual caducidade e a possibilidade de recebimento da indenização pelo novo contratado, e não por precatório — no caso de indenização a ser arcada pelo parceiro público. Ao Poder Público concedente, justificam-se os benefícios da garantia da continuidade dos serviços, do impedimento de possível recuperação judicial do concessionário, além da possibilidade de se corrigirem equívocos nas licitações e nas condições contratuais assumidas. É de se reconhecer, também, em alguma forma, alguns equívocos pelas partes, a exemplo de modelagens contratuais com ineficiências (Poder Público) ou otimismo exagerados no momento do

sanções em caso de descumprimento de seus termos.

leilão, o que, invariavelmente, leva à incapacidade de retorno do investimento (cessionário).

Ao contrário do regime até então em vigor, que se fundamentava na lógica descumprimento/sanção, com o advento desse novo marco legal passa-se a admitir que o inadimplemento contratual leve à resolução amigável. Tal previsão é de extrema relevância para assegurar ao gestor a segurança jurídica necessária para optar pela solução consensual. Isso porque, mesmo antes da lei, já era possível defender que as partes entabulassem uma solução amigável diante de um problema contratual.

Ressalte-se, inclusive, que a nova postura a ser adotada no âmbito de contratos pela Administração Pública está de acordo com a mudança de paradigma reconhecida pela sociedade brasileira. Esta foi ratificada por recentes e importantes marcos normativos, como as modificações na LINDB, promovidas pela Lei nº 13.655/2018; e o sistema de Justiça multiportas, estabelecido pelo §2º, do art. 3º, do Código de Processo Civil em 2015; além das Leis de Arbitragem (Lei nº 9.307/96, modificada pela Lei nº 13.129/15) e de Mediação e Autocomposição Administrativa (Lei nº 13.140/15).

No ano de 2021, um novo passo fundamental foi dado para a consolidação do emprego dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (Mascs) pela Administração Pública. Esse avanço ocorreu com a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) e a sua explicitação em capítulo específico sobre prevenção e resolução de controvérsias no âmbito das contratações públicas.

Há ainda de se mencionar outras iniciativas na Administração Pública, como a Instrução-Normativa TCU nº 91/2022, que trata de soluções consensuais no âmbito do Tribunal de Contas da União, órgão que criou uma secretaria específica para mediar conflitos entre agentes públicos e privados (Secex Consenso). Além disso, há a proposta de criação do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*) da ANTT (essa ainda em fase de audiência pública).²⁴

No caso da Secex Consenso, destaca-se o aspecto positivo de se poder realizar uma mediação com a participação do principal controlador da

24 Audiência Pública nº 6/2023, com o objetivo de tornar público, colher sugestões e contribuições à proposta de regulamentação do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*), para ser aplicado aos contratos de concessão de rodovias e ferrovias celebrados entre a ANTT e seus entes regulados.

Administração Pública do país, economizando tempo em futuras análises a serem desenvolvidas em sede de controle *ex post* do conflito. Contudo, é de reconhecer que a análise empreendida pelo TCU nessas situações trata de caso de controle *ex ante* (ou concomitante), e se consubstancia ainda de um mecanismo recente, sem experiências concretas e sem a conclusão de nenhum processo com trânsito em julgado.²⁵ Assim, é cedo para avaliar o impacto e a eficiência de suas decisões, apesar de se reconhecer a grande expectativa do setor de infraestrutura pela louvável iniciativa do TCU.

Uma síntese quanto aos prós e contras do uso de cada instrumento consensual anteriormente mencionado é oferecida no Apêndice F.

4. Desenvolvimento da pesquisa

4.1 Dinâmica de provisões legais para renegociação de contratos de concessão no ambiente europeu

No âmbito dos países-membros da UE²⁶, a Diretiva 2014/23/UE atua como diretriz geral no que se refere às regras relacionadas à adjudicação de contratos de concessão. Essa norma foi proposta após uma série de discussões no âmbito da Comissão Europeia²⁷, visando eliminar incertezas legais que poderiam resultar em ineficiências. Isso é considerado particularmente em relação à limitação de participação em oportunidades comerciais oferecidas no âmbito dos contratos de concessão, mas, além disso, também trouxe embutida uma segurança jurídica maior aos concessionários e às autoridades públicas, a exemplo do papel exercido pela Lei nº 8.987/1995 no contexto brasileiro, ainda que esta última se apresente como insuficiente em diversos aspectos.

Apesar de, no Direito europeu, existir uma diferença técnica na aplicação de uma *regulation*²⁸ e uma *directive*, sendo apenas a primeira de caráter vinculativo

25 O mapeamento desses processos consta no Apêndice D, de modo a sustentar essa afirmação.

26 Nos termos do Tratado da União Europeia, são países-membros da UE: Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha e Suécia.

27 UE, 2011.

28 Uma *regulation* versando sobre aquisições de bens e serviços não seria permitida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

(*binding legislative act*²⁹), todos os países-membro sujeitos a esta última devem adaptar suas legislações de modo a atender aos princípios nela contidos.³⁰

Relativamente às modificações³¹ do contrato durante o seu curso, objetivo central do presente trabalho, são previstas algumas hipóteses justificadoras pelos europeus para alterações contratuais sem que haja a necessidade de um novo procedimento licitatório. Essas suposições serão melhor aprofundadas a seguir.

4.1.1 Primeiro caso — Existência prévia de cláusulas de revisão³² explícitas³³

A primeira hipótese permite a realização de aditivos contratuais, independente do valor envolvido. Isso ocorre sempre que as alterações sejam decorrentes de cláusulas preexistentes de revisão ou de opções³⁴ a serem exercidas por uma das partes, e desde que tais previsões constem de forma clara, precisa e inequívoca. Exige-se, ainda, que essas cláusulas possuam escopo e natureza, bem como expressem em quais condições podem ser utilizadas (UE, 2014).

Em qualquer caso, contudo, essas cláusulas que deram azo às modificações subsequentes não podem permitir alterações que desnaturem o contrato de concessão, ou seja, que lhe alterem a natureza global (UE, 2014). Essa hipótese modificativa encontra-se contemplada, em parte, nos contratos de concessão no Brasil, por exemplo, nas cláusulas de reajuste tarifário, sendo estas, inclusive, expressamente previstas no art. 18, VIII³⁵, da

29 Os tipos de legislação no âmbito da UE podem ser consultados em: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_en. Acesso em: 20 jul. 2023.

30 O mesmo ocorre em relação aos estados, Distrito Federal e municípios, no que se refere à revisão e a adaptações necessárias às previsões contidas na Lei nº 8.987/1995 (art. 1º, parágrafo único).

31 Art. 43 da Diretiva 2014/23/EU.

32 O termo também pode denotar o que se reconhece como reajuste, no caso brasileiro, que possui natureza ordinária, normalmente realizada em períodos anuais nos contratos de concessão.

33 Art. 43 (1) (a) da Diretiva 2014/23/EU.

34 Uma opção representa um direito (mas não uma obrigação) de exercer determinada previsão contratual.

35 Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e contera, especialmente:

Lei nº 8.987/1995. No entanto, no caso brasileiro essas mudanças no valor da tarifa usualmente não se concretizam por meio de aditivos contratuais, mas sim por atos da agência reguladora que atua como poder concedente no âmbito desse respectivo contrato.

Contudo, como não há uma vedação explícita, em termos legais, no caso brasileiro, às alterações contratuais que alterem a natureza da concessão ou do que isso significa exatamente na prática³⁶, muito já se discutiu acerca da possibilidade de se valer das regras aplicáveis aos contratos regidos pelas normas gerais de contratos públicos.³⁷ Todavia, ainda assim, é necessário o estudo dos precedentes judiciais e, principalmente, administrativos, notadamente do TCU, para que sejam compreendidos os limites práticos das modificações contratuais e seu impacto sobre a natureza do contrato.

No caso de alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços, por exemplo, a jurisprudência do TCU tem apontado os seguintes parâmetros norteadores a serem observados³⁸: (i) princípio da finalidade, razoabilidade e da proporcionalidade; (ii) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por motivos de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; (iii) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; (iv) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; (v) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; (vi) ser necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; e (vii) demonstrar-se — na motivação do ato

[...]

VIII — os critérios de reajuste e revisão da tarifa.

36 Na proposta de anteprojeto de lei contida no Apêndice A, será apresentada sugestão de inserção de um conceito legal. O objetivo é para balizar conceitualmente a alteração do objeto concedido.

37 Nos termos do art. 124, da Lei nº 8.666/93, aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos dessa lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

38 Vide Acórdão 50/2019-Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer; Acórdão 1826/2016-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman.

que autorizar o aditamento contratual — que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Em relação à quantificação da substancialidade da modificação, há também balizas tanto para as alterações contratuais quantitativas, que modificam a dimensão do objeto, quanto as unilaterais qualitativas, que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estando ambas sujeitas aos limites preestabelecidos no art. 65, §§1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, de acordo com os precedentes do TCU.³⁹

4.1.2 Segundo caso — Necessidade de obras e serviços adicionais⁴⁰

Uma segunda situação em que as modificações contratuais são aceitas diz respeito ao surgimento de situações em que se tornou necessário alterar o escopo da concessão para incluir obras e/ou serviços não previstos originalmente. Requer-se, nesse caso, que a troca da concessionária não possa ser feita por motivos técnicos ou econômicos. Além disso, caso a troca seja realizada, o resultado seria inconveniente ou implicaria duplicação de custos para a autoridade contratante.

Os europeus, no entanto, apontam que, tanto para as Situações 1 e 2 ora abordadas, as modificações propostas não podem ser superiores a 50% do valor da concessão original⁴¹, exceto se essas concessões forem executadas por empresas públicas.⁴² Diferentes modificações ao longo do tempo no contrato de concessão não poderiam ser somadas, no entanto, para fins

³⁹ Acórdão 1826/2016-Plenário, relator ministro Augusto Sherman.

⁴⁰ Art. 43 (1) (b) da Diretiva 2014/23/EU.

⁴¹ O valor estimado da concessão para fins da diretiva europeia expressa esse valor como a soma do volume de negócios gerado ao longo da concessão, sem impostos sobre o valor agregado. No Brasil, essa estimativa equivaleria à somatória da receita bruta estimada. A abordagem utilizada nos contratos de concessão do setor aeroportuário utiliza como parâmetro valorativo a soma a valor presente das outorgas ao longo do período de concessão.

⁴² Esta provisão não é aplicável a todas as atividades objeto de contratos de concessão por empresas públicas, sendo direcionada às atividades dos setores de infraestrutura que atuam nos mercados de portos, aeroportos, ferrovias, entre outros, discriminadas no Anexo II da Diretiva 2014/23/UE.

de atingimento do citado percentual máximo, devendo cada modificação ser considerada de modo individual.

Verifica-se, aqui, uma preocupação do legislador europeu em evitar o fracionamento indevido de novos investimentos no âmbito do contrato como meio de burlar esse limite percentual. Assim, seria possível, no caso concreto, ser verificado se houve intenção deliberada nesse sentido pelas partes contratantes.⁴³

Entendemos que o contexto de aplicação pensado para este 2º caso pode ser imaginado, por exemplo, na situação em que o contrato é baseado em investimentos prescritivos⁴⁴ (e não em obrigações-fim) ou no caso em que a concessão seja regulada por taxa de retorno — tal como ocorre no setor de transmissão — e exista a necessidade de obrigação prévia pelo poder concedente para o *capex* relevante.⁴⁵

4.1.3 Terceiro caso — Surgimento de circunstância nova e inesperada

Outra hipótese que justifica a modificação contratual diz respeito ao surgimento de circunstâncias que não poderiam ser diligentemente previstas quando da concepção do contrato. Nesses casos, admite-se a alteração desde que não alterem a essência da concessão (*overall nature*) e que o valor seja limitado a 50% do valor inicial da concessão.

A disposição normativa ora ressaltada diz respeito à aplicação da teoria da imprevisão em essência, que admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas à sua preservação. No entendimento jurisprudencial no âmbito do TCU, a aplicação da teoria da imprevisão guarda conexão com a noção de equilíbrio econômico-financeiro, pois se revela instrumental para tutelar a comutatividade e a equidade das relações contratuais públicas. A questão, inclusive, passou a dispor de expressa solução normativa com o advento da Lei Federal nº 14.133/2021, que, no seu art. 131, parágrafo

43 Art. 43 (b) “[...] Where several successive modifications are made, that limitation shall apply to the value of each modification. Such consecutive modifications shall not be aimed at circumventing this Directive” (UE, 2014).

44 Essa abordagem foi utilizada nas primeiras rodadas de concessões de aeroportos (Longo; Fonseca, 2022).

45 No setor aeroportuário, por exemplo, isso ocorre no Aeroporto de Schiphol — Amsterdã, onde o retorno permitido é calculado sobre uma base regulatória de ativos (Holanda, 2017).

único, passou a prever que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação.

4.1.4 Quarto caso — Substituição da concessionária

Esta situação específica ocorre quando há uma troca de concessionário como consequência de: (i) uma opção contratual expressa que permita essa troca; (ii) uma opção de sucessão (parcial ou total) da Secretaria de Política Econômica (SPE); ou, ainda, (iii) no caso de evento em que a autoridade contratante, diretamente, ou por meio de empresa pública, venha a assumir obrigações da concessionária com subcontratados da concessionária.

A primeira hipótese discutida se assemelha ao instituto da relicitação, em que há uma completa substituição do contrato original por um novo, decorrente de uma opção legal exercida pelo concessionário e materializada via aditivo contratual.

Já a segunda hipótese, em geral, está associada a processos de fusões e aquisições (Mergers and Acquisitions, M&A) e reestruturações societárias.⁴⁶ Ela requer que a mudança na composição societária da concessionária atenda aos critérios de seleção inicialmente estabelecidos e desde que não sejam simultaneamente endereçadas modificações substanciais no contrato de concessão.

A última hipótese trata-se de uma disposição que objetiva atender a situações não usuais em que o escopo de um contrato de concessão possa estar sendo executado por uma subcontratada. Em casos excepcionais, tal como a existência de uma guerra e/ou a existência de sanções, como lembra Drago *et al.* (2023), pode ser necessário que o Poder Público interfira como substituto do concessionário, por exemplo, em momento próximo ao término do contrato de concessão.

⁴⁶ É possível citar como exemplo o Grupo Light, atualmente em processo de recuperação judicial. Nesse caso, se discutem trocas nos acionistas de referência e diversas alterações contratuais no sentido de resolver problemas crônicos da concessão associados a parâmetros regulatórios que não refletem a realidade operacional (Processo 0843430-58.2023.8.19.0001 na 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro).

4.1.5 Quinto caso — Modificações não substanciais

Os contratos de concessão podem, ainda, ser modificados sem a necessidade de novo procedimento licitatório quando as alterações, independentemente do seu valor, não sejam consideradas substanciais.⁴⁷

Para que seja considerada substancial, a mudança deve, necessariamente, atender a pelo menos uma dessas condições⁴⁸:

- r) introduzir mudança que poderia ter ocasionado a admissão de novos licitantes ou gerado uma proposta diferente no procedimento competitivo, ou ainda ter atraído licitantes adicionais para a disputa;
- s) mudar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da concessionária de uma forma não prevista originalmente no contrato;
- t) estender de modo considerável o escopo da concessão⁴⁹; ou
- u) ação da troca da concessionária em condições não admitidas pelo 4º caso.

4.1.6 Sexto caso — Modificações imateriais

O caso trata de uma regra objetiva e é uma exceção à situação anteriormente mencionada. Assim, se os valores das modificações almejadas situarem-se em patamar inferior ao reputado como de interesse⁵⁰ para fins de concessão, e também abaixo de 10% do valor inicial da concessão, permite-se que essas alterações ocorram. Isso é possível mesmo sob circunstâncias que ordinariamente seriam vedadas por serem consideradas de maior gravidade.

47 Art. 43, (1) (e) da Diretiva 2014/23/EU.

48 Além destas condições, em regra, a Diretiva 2014/23/EU considera como substancial a troca do concessionário, requerendo, em regra, um novo procedimento competitivo cf. artigo 43 (4) (d).

49 No caso brasileiro, observa-se o contrário: uma diminuição do escopo da concessão, com a tentativa de retirada substancial de malhas concedidas, sejam elas rodoviárias ou ferroviárias.

50 A norma europeia tem utilizado como parâmetro para o estabelecimento deste valor o piso indicativo no Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Internacional do Comércio.

Assim, presumem-se as alterações como inofensivas aos princípios norteadores da concessão. Ressalta-se que, apesar de certa liberdade concedida, os ajustes continuam sujeitos à proibição de alteração da natureza global do contrato. Ademais, os eventos modificativos devem ser considerados de forma conjunta para fins de cálculo do percentual.

Sintetizando todos os casos mencionados, para facilitar a compreensão, lista-se a seguir o quadro-resumo.

Quadro 1: Hipóteses de alteração contratual sem a necessidade de promover nova licitação

Hipótese	Requisitos	Pressupostos
Modificação contratualmente prevista (1º caso)	As cláusulas revisionais devem constar dos documentos jurídicos iniciais de forma clara, precisa e inequívoca, bem como declarar o escopo e a natureza das possíveis modificações.	1) Não é possível a alteração da natureza global da concessão. 2) Não há limitação de valor monetário ou de percentual.
Serviços ou obras adicionais não incluídos originalmente na concessão (2º caso)	Impossibilidade de troca da concessionária por motivos econômicos ou técnicos, ou ainda se a troca causar inconveniente substancial ou duplicação de custos para o contratante.	1) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão. 2) Se várias modificações forem realizadas com base nessa hipótese, a limitação deve ser aplicada a cada modificação individualmente, desde que não tenham por objetivo contornar as regras aplicáveis.
Surgimento de circunstâncias novas e inesperadas (3º caso)	Ocorrência de circunstância imprevista.	1) Não é possível a alteração da natureza global da concessão. 2) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão. 3) Exame prévio e diligente pelo poder concedente, em relação a essas circunstâncias.
Substituição da concessionária (4º caso)	1) Existência de cláusula que permita a troca da SPE. 2) Sucessão societária decorrente de reestruturação corporativa 3) Assunção, pelo Poder Público, das obrigações da concessionária perante seus subcontratados.	A sucessão parcial ou total do concessionário deve manter os critérios de seleção iniciais do contrato e não implicar outras modificações substanciais do contrato, nem ter por objetivo burlar a aplicação das regras aplicáveis à concessão.

Hipótese	Requisitos	Pressupostos
Modificação não substancial (5º caso)	Não tornar a concessão materialmente diferente da celebrada no início.	1) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão. 2) Não há limitação de valor monetário ou de percentual.
Modificação imaterial (6º caso)	A modificação deve ser inferior ao valor mínimo de interesse para concessões ou abaixo de 10% do valor inicial da concessão.	Não pode alterar a natureza global da concessão. Se várias modificações forem realizadas com base nessa hipótese, a limitação será aplicada à somatória líquida acumulada das várias modificações.

Fonte: Elaboração própria.

4.2 Comparação entre as diretrizes para modificação de contratos de concessão nos ambientes europeu e brasileiro

Inicialmente, identificou-se que a maneira como foi proposta a Diretiva 2014/23/UE é similar ao caso brasileiro no que se refere a tratar, em normas diferentes, o conjunto de regras aplicáveis para contratos oriundos das licitações comuns⁵¹ das regras específicas que abordam contratos de concessão.

Entretanto, ressalta-se que o legislador estrangeiro procurou estabelecer uma convergência na legislação que trata de contratos públicos. Isso porque as provisões quanto a modificações contratuais durante o seu curso são praticamente idênticas em ambas as diretivas que abordam esses assuntos.⁵²

Já no Brasil não é possível afirmar o mesmo, uma vez que o legislador optou por conferir tratamento legal estanque: de um lado, os contratos administrativos em geral (alcançados inicialmente pela Lei nº 8.666/1993 e mais recentemente pela Lei nº 14.133/2021); e, de outro, os contratos de concessão (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/2004), denotando a ausência de uma codificação dos regramentos aplicáveis a contratos públicos. Isso trouxe uma paulatina consolidação da matéria afeta a contratos de concessão de serviço público em nível jurisprudencial, em vez de caminhar convergentemente como no caso do direito europeu, por via de norma geral.

⁵¹ O assunto é tratado na Diretiva 2014/24/EU.

⁵² O conteúdo do art. 72 da Diretiva 2014/24/EU é praticamente igual ao texto contido no art. 43 da Diretiva 2014/23/EU.

O primeiro aspecto que chama a atenção se refere a como valorar um contrato de concessão. Afinal, sem a definição desse conceito não há como se pensar na aplicação de limites permitidos na Lei de Licitações para aditvação⁵³, por exemplo, ante a inexistência de disposições limitativas similares na Lei nº 8.987/1995.

A despeito da previsão contida no art. 124 da Lei nº 8.666/1993 (depois estabelecida pelo art. 186 da Lei nº 14.133/2021), autores como Garcia (2019) e Barroso (2006) têm optado por defender a inaplicabilidade dos limites existentes na Lei nº 8.666/1993 a contratos de concessão⁵⁴, opinião que perfilhamos, mas não por acreditar que não devam existir limites e que o assunto precise permanecer no campo da principiologia. Isso aconteceu porque o legislador não se preocupou em determinar qual é a base de referência de valor que se deve partir. Favorece esse entendimento o fato de que a Lei de Concessões (1995) é posterior à norma geral de licitações (1993), o que leva a crer que a omissão legislativa foi proposital. É evidente que existe a possibilidade técnica de se fixar um valor inicial de contrato como base de cálculo, sendo este usualmente convencionado nos contratos de concessão de infraestrutura como a soma a valores correntes das receitas ao longo da concessão.

Essa é uma situação que merece atenção em nosso entender, já que nos contratos de concessão de infraestrutura o valor do contrato, hoje, tem efeito meramente indicativo.⁵⁵ Em outras palavras, na prática não pode vir a ser utilizado como um verdadeiro balizador para que o poder concedente justifique alterar o contrato de concessão em algum aspecto relevante, sem que isso acenda um alerta em relação a eventual questionamento nos tribunais da decisão tomada pela agência reguladora.

Além disso, há práticas díspares. No setor aeroportuário observa-se estipulação do valor do contrato como a soma, a valor presente, das receitas estimadas pelo período projetado da concessão, excluídas as receitas dos

53 Esses limites previstos no art. 125 da Lei nº 8.666/1993 de acréscimos ou supressões da ordem de 25% do valor atualizado do contrato (podendo chegar a 50%) foram adotados também na Lei nº 14.133/2021, neste último caso absorvendo a jurisprudência pacífica do TCU sobre a matéria.

54 As razões detalhadas para essa opinião são descritas também no trabalho de Garcia e Freitas (2013).

55 Nesse sentido, não se pode utilizá-lo, por exemplo, para pleitear recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

anos de extensão de prazo contratual⁵⁶; no setor rodoviário, uma amostra de concessões recentes⁵⁷ indicou que tal previsão nem mesmo consta nos contratos; prática também observada, em parte, no modal ferroviário.⁵⁸

Chama a atenção, ainda, o fato de que a Lei dos PPPs prevê que esse tipo de contratação ocorre somente a partir de um valor mínimo,⁵⁹ de acordo com o *threshold* da diretiva europeia.⁶⁰ No entanto, não há um dispositivo semelhante no que diz respeito às concessões regidas pela Lei nº 8.987/1995, aprovada na década de 1990 para dar início à redução do papel do Estado na economia.

Observa-se, também, que a Diretiva 2014/23/EU evidencia forte preocupação, diante da necessidade de alteração dos contratos, com a manutenção da natureza global do contrato de concessão; ponto este que permeia diversas disposições relativas a modificações contratuais. Apesar dessa definição não ser explicitada pela norma, há exemplos de circunstâncias que poderiam presumi-la na parte preambular da Diretiva 2014/23/EU, como no caso de: (i) troca de investimentos ou serviços a serem realizados; ou de (ii) mudança no tipo da concessão (e.g. contrato para construção e manutenção passa a englobar também a operação do ativo).

O princípio da manutenção da natureza global do contrato, no entanto, não está preconizado expressamente na Lei nº 8.987/95, nem na Lei nº 11.079/2004. Sua construção foi apenas de base jurisprudencial⁶¹ e em princípios, a exemplo da impessoalidade, da isonomia, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório. A lei de concessões, além de não definir um “núcleo duro” do contrato que não poderia ser alterado, aponta no sentido de que possui mais uma preocupação com a continuidade do serviço público concedido do que com uma essência contratual a ser mantida.

56 A exemplo do observado na minuta de contrato do Edital do Leilão nº 01/2023 da Anac.

57 Examinaram-se os contratos assinados com as concessionárias ViaSul (rodovias BR-101/290/386/448/RS) e Ecovias do Cerrado (BR-364/365/GO/MG), ambos de 2019.

58 A prática foi observada nos documentos jurídicos dos seguintes projetos ferroviários: (i) Ferrovia Centro Atlântica (FCA) — Prorrogação Antecipada; (ii) Rumo Malha Oeste; e (iii) MRS Logística — Prorrogação Antecipada; sendo verificado, no entanto, no caso da Ferrogrão EF-170, a referência de valor contratual.

59 É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00, nos termos do art. 2º, §4º, I, da Lei nº 11.079/2004.

60 Artigo 8 da Diretiva 2014/23/EU.

61 Decisão-TCU nº 215/99 e, mais recentemente, no Acórdão nº 1593/2023-TCU-Plenário.

Entendemos ser esta última uma visão limitada do tema, considerando o precedente da ADI 5.991/DF⁶², ocasião em que a Suprema Corte brasileira decidiu no sentido de que as alterações contratuais devem respeitar os princípios constitucionais pertinentes. Isso permite, em nosso entender, compreender como incluído nesse aspecto a isonomia⁶³, que, no direito europeu, aplica-se com rigor não apenas no momento da seleção do parceiro privado, mas também durante o curso do contrato (Dragos *et al.*, 2023).

Além disso, observou-se que uma das intenções da Diretiva 2014/23/EU foi evitar a ocorrência de alterações virtualmente ilimitadas — seja pelo valor em si, seja pela natureza da alteração contratual. Isso mostrou-se claramente repellido pelo direito europeu, como regra, pois, embora os contratos de concessão tenham prazos mais longos (em geral, 20 a 30 anos) do que os regidos pelos contratos públicos comuns, o fundamento que a norma estrangeira oferece é no sentido de que se isso fosse aceito como justificativa para alterações materialmente ilimitadas, então, para tal nível de flexibilidade contratual, provavelmente não se caracterizaria um caso de concessão, mas sim de execução dos serviços públicos diretamente pelo Poder Público.⁶⁴⁻⁶⁵

O direito brasileiro, apesar de seguir sobretudo os mesmos princípios do sistema europeu — como os da isonomia (*equal treatment*),

62 “A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes. No investimento cruzado, não há alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequação do ajuste às necessidades mutáveis do interesse público” (BRASIL, 2020).

63 “Art. 37, XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL, 1988, art. 37, XXI).

64 O art. 17 da Diretiva 2014/23/EU possui disposições específicas no caso de concessão gerida por uma entidade pública. Assim, prevê a possibilidade de, nesse caso, excluí-la das disposições dessa diretiva, atendidas algumas condições, entre elas, em regra, a ausência de capital privado na SPE.

65 Exemplo disso é a operação da Infraero em alguns aeroportos de sua rede, como o Santos Dumont, em que a operação se dá sem base contratual, mas tão somente por portaria de atribuição.

proporcionalidade (*proportionality*), transparência (*transparency*)⁶⁶ e competitividade (*competition*)⁶⁷⁻⁶⁸ — não internalizou requisitos norteadores para a aplicação clara desses princípios às questões associadas a alterações contratuais. Isso dificulta assegurar a necessária flexibilidade ao longo do contrato, ao mesmo tempo em que se perdem as regras sobre os casos em que as condições de contorno da concessão não permitem uma modificação contratual a partir de determinada magnitude.

Adentrando os casos discutidos no tópico anterior propriamente ditos, em relação ao 1º caso, que versa sobre a hipótese de modificação contratual prevista nos documentos jurídicos iniciais da concessão, observa-se que o Capítulo VI (Do Contrato de Concessão) da Lei nº 8.987/1995 não tratou o tema com a profundidade merecida. Desse modo, foram ignoradas considerações a respeito no art. 23, que versa sobre as cláusulas essenciais do contrato de concessão e sobre as características mínimas que cláusulas modificativas devem possuir.

Entendemos que, na análise desse caso, há uma evidente oportunidade de a Lei nº 8.987/1995 internalizar uma prática já consolidada no âmbito das licitações e contratos “comuns”. Trata-se de exigir critérios de aceitabilidade das modificações contratuais fundadas em cláusulas revisionais de forma clara e precisa, tal como já requerido pelo TCU quando se trata genericamente das cláusulas dos contratos administrativos.⁶⁹

66 Art. 3 (1) da Diretiva 2014/23/EU: “Contracting authorities and contracting entities shall treat economic operators equally and without discrimination and shall act in a transparent and proportionate manner.” (UE, 2014).

67 Graells (2015, tradução nossa) aponta que, apesar do princípio concorrencial não ter sido mencionado na consolidação dos princípios gerais da Diretiva 2014/23/EU, permanece válido o princípio geral do art. 106 (1) do TFEU. Da nossa parte, verificamos ainda em diversos trechos, tanto preambulares (*recitals*) quanto da diretiva em si, preocupação em resguardar tal princípio.

68 Art. 5º da Lei nº 14.133/2021: “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”. Este dispositivo pode ser aplicado subsidiariamente à Lei nº 8.987/1995, com base no art. 186 daquela lei.

69 e.g. Acórdão 3099/2011-1ª Câmara, Relator Min. Valmir Campelo; Acórdão 531/2007-Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar; Acórdão 2917/2010-Plenário, Relator

O objetivo a ser perseguido é internalizar o entendimento de que cláusulas revisionais não dão ao poder concedente, a despeito do princípio da supremacia do interesse público, discricionariedade ilimitada.⁷⁰ A atuação estatal, portanto, deve estar limitada aos termos inequívocos em que se convencionou o contrato.

O fato de exigirmos uma declaração legal expressa de escopo e extensão dessas cláusulas revisionais não conflita com a questão de o contrato de concessão ser incompleto devido à sua própria natureza. Nesse sentido, já foi rechaçada, por exemplo, a previsão de reajuste contratual por meio de negociação entre as partes.⁷¹⁻⁷²

Nesse sentido, é evidente a existência de um benefício gerado em negar a possibilidade de modificações contratuais que não sejam originadas de clausulado consistente com os requisitos do 1º caso. Dessa forma, a discricionariedade estatal deverá ser contida na medida em que não apresente aderência com a norma geral — o que gera como efeito positivo desestimular a má prática de inclusão de cláusulas excessivamente generalistas no tocante a provisões de modificações contratuais.

Em outras palavras, o contrato de concessão pode e deve adaptar-se a diferentes cenários ao longo do tempo, contanto que sejam reservadas disposições claras, precisas e inequívocas a esse respeito no contrato. Sendo assim, as modificações podem surgir não como consequência de

Min. Valmir Campelo; Acórdão 2326/2008-Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro; e Acórdão 1172/2012-Plenário, Relator Min. José Múcio Monteiro.

70 Consta do *recital* 78 da Diretiva 2014/23/EU: “Contracting authorities and contracting entities should have the possibility to provide for modifications to a concession by way of review or option clauses, but such clauses should not give them unlimited discretion.” (UE, 2014).

71 “A previsão de reajuste contratual indicando a possibilidade de negociação entre as partes não se coaduna com o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.” (Acórdão 2247/2017-Plenário, Relator Min. Augusto Sherman)

72 Entendemos, à luz do ordenamento vigente, que a possibilidade de negociação de reajustes em casos controversos possa ser admitida, desde que atenda, em regra, aos mesmos requisitos indicados para modificações contratuais fundadas em cláusulas revisionais [como será sugerido mais adiante]. Nesse caso, por exemplo, nada impediria uma previsão contratual de que as partes, em determinadas condições bastante específicas, pudessem negociar esses reajustes, desde que as regras e diretrizes gerais referentes a essas negociações estejam em sintonia com os requisitos do 1º caso que delineamos no tópico anterior.

uma interpretação fluida de uma cláusula revisional, mas como resultado de provisões formuladas em termos inequívocos.⁷³

Posner (2004), em seu festejado artigo *The Law and Economics of Contract Interpretation*, nos alerta ao apontar que os custos transacionais não se limitam apenas à fase de negociação e redação do contrato e eventuais disputas litigiosas, mas também ocorrem no que denomina fase intermediária. Em outros termos, as discussões que podem ocorrer entre as partes sobre a interpretação de cláusulas contratuais, que trazem ainda implícito o custo reputacional para as entidades envolvidas.⁷⁴

Neste ponto, há ainda um problema gerado pelo vazio normativo relacionado à ausência de impedimento explícito de alteração da natureza global do contrato; restrição essa já reconhecida em precedente do TCU.⁷⁵ Segundo esse julgado, o TCU reputou como um dos núcleos do contrato a manutenção da essência do seu objeto original, de modo que não seria admitida “[...] transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos” (Brasil, 1999).

Recentemente, em sede de consulta⁷⁶ sobre a possibilidade de alterações contratuais no âmbito de relitações, o TCU manifestou, desta vez no âmbito de contratos dos concessão, alinhado ao entendimento já decidido na aplicação da Lei nº 8.666/1993. Nos termos do voto inicial e complementar

73 De acordo com Bogdanowicz (2021, tradução nossa), sob o princípio do efeito direto da lei da UE, uma provisão “clara e precisa” é aquela que é formulada a fim de que não exija esforços interpretativos complexos para determinar a quem e ao que uma dada regulação se aplica.

74 No original: “transaction costs in a broad sense-are incurred at only two stages: the negotiation and drafting of the contract, and the legal dispute that propels the interpretive issue into court or arbitration. Actually there is an intermediate stage. When a dispute over the contract’s meaning arises, the parties will first try to resolve it themselves. They will do this not only because of the costs of litigation, but also because of the reputation factor that I discussed earlier: the party demonstrably in the wrong on the interpretive issue will hesitate to force the issue to litigation; he is likely to lose and in any event may acquire a reputation as someone who does not honor his commitments. The more carefully drafted the contract is, the easier it will be for the parties to resolve a dispute over its meaning when the dispute first arises, in other words at the prelitigation stage” (Posner, 2004, p. 1614).

75 Esse reconhecimento se deu, inicialmente, pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário (Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi), em sede de consulta formulada quanto à possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.

76 Processo TC nº 008.877/2023-8 (Relator Min. Vital do Rêgo).

proferidos pelo relator do caso,⁷⁷ entendeu-se pela existência de intangibilidade em relação a determinados aspectos do contrato, por exemplo, no objeto deste. Ressalta-se, contudo, que isso não conflita a necessidade de alterações subsequentes de necessidades da atualidade do serviço.

Caracterizou-se inserido nesse contexto, por exemplo, a “modalidade técnica genérica” segundo a qual o serviço será prestado (Mello *apud* Brasil, 2023c). Nesse sentido, ressaltamos que, em nosso entendimento, essa “modalidade técnica genérica” inclui (mas não se limita) à tipologia operacional da concessão.⁷⁸ Nesse sentido, uma concessão para operação de um ativo não poderia, posteriormente, transformar-se em uma concessão para ampliação, manutenção e operação. Assim como não poderia também uma concessão de um ativo ferroviário ser alterada para incluir no seu objeto a construção de diversas rodovias que interliguem as estações no trecho ferroviário concedido a estradas já existentes. Em ambos os casos, essa mudança transmutaria a natureza original da avença.

Todavia, destaca-se a necessidade de que não apenas os casos de acréscimos de escopo sejam colocados em discussão, quando o assunto é tipologia operacional, mas também as eventuais reduções. Desse modo, uma concessão para “ampliação, manutenção e operação” não poderia, posteriormente, transformar-se em uma concessão para tão somente operação, sem sopesar os reflexos dessa mudança no princípio da isonomia — dado que não há dúvidas de que um escopo reduzido poderia ter atraído participantes diferentes, com perfil técnico semelhante ou melhor e com propostas mais vantajosas de contraprestação. Considerando que a licitação para uma concessão pública é uma competição “pelo” mercado, a natureza do objeto da concessão precisa ser imutável para evitar que essa competição não seja manipulada em prejuízo ao interesse público.

77 O relatório, voto e minuta de acórdão proferidos pelo Relator na sessão de 5/7/2023 podem ser consultados na íntegra na Ata nº 27 de 5 de julho de 2023 (Brasil, 2023c). A essência do voto proferido pelo relator foi confirmada no Acórdão nº 1593/2023-TCU-Plenário (Brasil, 2023b).

78 Há pelo menos dez formatos possíveis de concessões exemplificados por Bovis (2012): Design-build-finance-operate (DBFO); Build-own-operate (BOO); Build-develop-operate (BDO); Design-construct-manage-finance (DCMF); Buy-build-operate (BBO); Lease-develop-operate (LDO); Operate under licence (OL); Build-operate-transfer (BOT); Build-own-operate-transfer (Boot) e Build-lease-operate-transfer (Blot).

Portanto, a preocupação aqui adotada é semelhante à norma europeia — evitar que sejam descaracterizadas as condições concorrenciais iniciais. Nessa perspectiva, o princípio da intangibilidade do objeto pode ser considerado um consectário lógico do princípio da competitividade, já que, com a alteração do núcleo fundamental ou da sua essência, desnatura-se o objeto originalmente licitado. A ideia é que a competição genuína se dá também na etapa contratual, de modo a reconhecer que a mutabilidade e a concorrência são princípios que se comunicam e devem coexistir durante a execução dos contratos de concessão de forma harmônica entre si.

Reconhecemos que, em razão do conceito de natureza global do contrato ser caracterizado, em princípio, como um conceito jurídico indeterminado.⁷⁹ No entanto, nada impede que circunstâncias específicas, tais como as delineadas nos parágrafos precedentes, sejam enraizadas no diploma geral de concessões pátrio.

Nota-se, ainda, ao realizar esse exercício comparativo com a norma estrangeira, que introduzir uma vedação legal à descaracterização do contrato acaba mitigando o favorecimento de certos *players* oportunistas que apostem de forma mais agressiva em renegociações amplas do contrato.⁸⁰ Assim, evidencia-se que uma alteração da natureza global do contrato vai além de uma modificação substancial⁸¹, dado que esta última poderia ser autorizada sob certas circunstâncias.

Analisando o 2º caso, consideramos de suma importância compreender os fundamentos do sistema europeu quando se trata de permitir obras ou serviços adicionais não previstos originalmente na concessão, sem a necessidade de um novo procedimento competitivo. O fundamento, em nosso entender, que justifica esse tipo de provisão legal está ligado à elaboração de uma regra prática para aplicação do princípio da proporcionalidade a esse tipo de evento, desde que demonstrados seus elementos centrais que aqui destacamos:

79 Apenas na parte preambular (*recitals*) da Diretiva 2014/23/EU, há exemplos de situações concretas que poderiam ensejar a desnaturação do contrato de concessão.

80 Esta problemática foi comentada em trabalho recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) (2022). Ele cita, entre as consequências do modelo brasileiro adotado para o setor de infraestrutura, o surgimento de condições favoráveis a renegociações oportunistas de contratos e redistribuição de riscos em desfavor do Estado.

81 Este conceito foi explorado na apresentação do 5º caso na seção anterior.

- a) necessidade — o serviço ou obra adicional tornou-se imprescindível, por algum motivo, por exemplo, como resultado de uma nova política pública aplicável ao setor, o que não necessariamente se equipara a um fato imprevisível;⁸²
- b) inexistência prévia de obrigação contratual — se a obra ou serviço já é previsto no contrato não pode ser aceito pagamento por aquilo que já está contemplado desde o início da avença.

É evidente que se trata de um caso delicado e que muitas vezes envolve *trade-offs* sensíveis, principalmente no que se refere ao tempo de implementação do projeto vis-à-vis à necessidade de reabrir a competição para uma obra que se mostre futuramente necessária. Aqui um exemplo que ilustra muito bem a questão é a inserção da obra do *Automated People Mover* (APM)⁸³ no Aeroporto de Guarulhos. Embora essa construção inequivocamente não se tratasse de uma obrigação original da concessionária, a sua implementação foi cercada de controvérsias, não apenas por conta do valor envolvido⁸⁴, mas por deficiências iniciais na demonstração de uma análise custo-benefício clara para justificar o interesse público envolvido — já que o custo por passageiro dessa solução se mostrava superior a serviço similar que já vinha sendo prestado. Nesse caso, evidencia-se apenas um exemplo, de muitos existentes, em que a ausência de uma regra clara na lei resultou em morosidade no cronograma de implantação de um novo investimento contratual.

A situação só parece ter sido atendida pela Lei nº 8.987/1995 de forma bastante simplista, ao prever o requisito de atualidade no tocante à concessão. Isso aumenta, sobremaneira, o esforço necessário para que o gestor público justifique modificações enquadráveis neste caso específico, podendo ainda

82 A exemplo dos primeiros contratos de concessão do setor aeroportuário, que continham anexo de obras de responsabilidade do Poder Público, e nos quais nada poderia obstar, por exemplo, a transferência desses encargos a posteriori para a concessionária — sendo, nesse caso, a necessidade da obra conhecida de antemão.

83 Essa obra, que tem como objetivo interligar a estação Aeroporto — Linha 13 Jade da CPTM a cada um dos terminais de passageiros do aeroporto, continua em andamento e vem sendo acompanhada pelo TCU no âmbito do TC 011.655/2020-8 (rel. min. Vital do Rêgo).

84 O reequilíbrio contratual é da ordem de R\$ 376 milhões (data-base dez./2019) a título de *capex*, além de R\$ 15 milhões/ano em *opex* (Brasil, 2022a).

gerar situações indesejadas como a suspensão desses investimentos por órgãos de controle, como no caso do APM (Brasil, 2021).

Quanto ao 3º caso, se tratando de renegociação sob circunstâncias imprevistas, a situação da legislação concessória pátria não assegurou, de forma absoluta, o princípio concorrencial. Na Europa, nota-se também uma preferência em aditivar o contrato à medida que as circunstâncias assim o exijam, sendo o lançamento de uma nova licitação, em princípio, considerado uma medida desproporcional — inclusive por imperativos de continuidade do serviço e custos de *re-tendering*. Essa escolha baseia-se no entendimento da comunidade europeia de que:

49. [...] modificações não enquadradas [nos documentos contratuais] apenas são aceitáveis quando se tornam necessárias devido a um acontecimento imprevisível, ou quando são justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. [...] (UE, 2004, tradução nossa)⁸⁵

Tal flexibilidade conferida ao 3º caso, no entanto, não é ilimitada, dado que o tratamento preferencial ao concessionário, a partir de dado nível de alteração material, resulta em perda efetiva dos resultados assegurados originalmente pelo certame. Não à toa adota-se o mesmo percentual (50%) do caso anterior como limite material modificativo para cada alteração dessa natureza também.

O 4º caso (substituição da concessionária) merece uma atenção especial pelos desdobramentos da matéria em nosso ordenamento. Usualmente, a regra geral é a de que o contrato de concessão possui caráter personalíssimo, e será executado pelo licitante a quem o objeto foi adjudicado.

85 No original: “49. In general, changes made in the course of the execution of a PPP, if not covered in the contract documents, usually have the effect of calling into question the principle of equality of treatment of economic operators. [42] Such unregulated modifications are therefore acceptable only if they are made necessary by an unforeseen circumstance, or if they are justified on grounds of public policy, public security or public health. [43] In addition, any substantial modification relating to the actual subject-matter of the contract must be considered equivalent to the conclusion of a new contract, requiring a new competition. [44]” (UE, 2004).

No Brasil, apenas recentemente, o STF, ao analisar a constitucionalidade do art. 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987/1995, no bojo da ADIn nº 2.946/DF, confirmou o entendimento já defendido por parte da doutrina nacional de que a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária é plenamente possível, reconhecendo a possibilidade de alteração contratual subjetiva, com base em elementos como a natureza incompleta do contrato e sua característica dinâmica, bem como no dever de continuidade na prestação do serviço (Brasil, 2022c).

Nesse aspecto, percebe-se que a posição da Corte Suprema está alinhada com a ideia trazida pela Diretiva 2014/23/EU. Essa diretriz admite, principalmente quando se tratar de concessões operadas por consórcios empresariais que vem desempenhando adequadamente o seu papel na execução do objeto, a realização de modificações em sua estrutura interna sem que automaticamente seja exigida a realização de um novo procedimento competitivo.⁸⁶

Tem-se observado em nosso país, como prática, a previsão de regras contratuais com uma série de condicionantes para a realização de qualquer modificação direta ou indireta no controle societário ou para a transferência da concessão nos contratos de infraestrutura. Essas regras costumam ser mais rígidas nos primeiros anos de operação,⁸⁷ incluindo restrições à oferta pública de ações e à mudança na composição acionária sem mudança no controle societário.

Nota-se, porém, que a prática não se mostrou uniforme em alguns setores analisados. Exemplo disso é o ferroviário, em que alterações subjetivas desse tipo merecem ter suas disposições previstas de forma minimamente

86 “(77) [...] the successful tenderer performing the concession should be able, in particular where the concession has been awarded to a group of economic operators, to undergo certain structural changes during the performance of the concession, such as purely internal reorganisations, takeovers, mergers and acquisitions or insolvency. Such structural changes should not automatically require new award procedures for the concession performed by that tenderer” (UE, 2014).

87 Estas regras variam de acordo com as diversas gerações de contratos, porém observamos, de forma geral, que no setor aeroportuário usualmente o período mais restritivo se concentra nos cinco primeiros anos (*e.g.* Contratos da 7ª rodada — Blocos Aviação Geral, Norte II e SP/MS/PA/MG), enquanto no setor rodoviário esse período é de dois anos apenas (*e.g.* BR-101/ES/BA — “ECO-101”). No setor ferroviário, verificamos que em minutas contratuais recentes prazos mais restritivos não foram estipulados e a matéria não apresenta o mesmo nível de detalhamento como nos setores anteriormente mencionados (*e.g.* Ferrogrão — EF-170).

clara e precisa⁸⁸, tal como se exige para as alterações que debatemos no 1º caso (modificação contratualmente prevista), sugerindo a internalização no Brasil de regra similar à do art. 43 (1) (d) (i).

Este exemplo ilustra bem o ponto: no caso de determinados esforços de captação de recursos de terceiros mostrarem-se em patamares desvantajosos e serem oferecidas melhores oportunidades para dispersar o capital da concessionária, sem necessariamente alterar o controle da concessão, imagina-se que a clareza na previsão do permissivo (ou não) para essa situação poderia contribuir, efetivamente, para a continuidade da estratégia de investimento da concessionária sem impactar a dinâmica na tomada de decisão dos administradores. Assim, não seria despertada a insegurança quanto à possibilidade de executar tal estratégia perante o poder concedente.⁸⁹

A previsão de que a nova concessionária, após a transferência da concessão ou do controle societário, comprove: capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias para assumir o serviço;⁹⁰ bem como assuma o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor⁹¹ já atende razoavelmente o exigido pelo art. 43 (1) (d) (ii) da Diretiva 2014/23/EU.

Quanto a esse ponto, merece atenção especial o caso peculiar em que a proponente original do certame atendeu às condições de habilitação técnica por ser ela uma pessoa jurídica que utiliza um terceiro contratado que cumpre esses requisitos. Em outras palavras, sem que a proponente opere

88 A possibilidade de vedação temporária da transferência da titularidade da concessão ou do controle acionário da concessionária é prevista, para o setor aeroportuário, no Decreto federal nº 7.624/2011.

89 Quando o mercado acionário abre janelas oportunas de captação, a concessionária pode beneficiar-se de mais uma alternativa de financiamento com volume e taxas atrativas, além de oportunidades geradas a partir destas, como posterior recompra e cancelamento dessas mesmas ações (gerando ganho em tesouraria, e maior Imposto de Renda (IR) a pagar ao governo), além de planejar melhor seus incentivos, podendo ceder participação na SPE para seus administradores.

90 Essas exigências podem não ser exatamente as mesmas à época da licitação, inexistindo tal vinculação na lei.

91 Vide art. 27, §1º, incisos I e II, da Lei no 8.987/1995.

diretamente infraestruturas semelhantes à do objeto licitado nas condições mínimas estipuladas no edital.⁹²⁻⁹³

Por último, quanto à última hipótese deste caso que trata de substituição da concessionária em razão da assunção de obrigações de pagamento pelo poder concedente com os subcontratados da concessionária, este é um caso muito particular. Ele ocorre, por exemplo, durante o período em que a concessionária extingue seu relacionamento com o poder concedente (e.g. término do prazo contratual) e o escopo parcial ou total do contrato não pode ser interrompido.⁹⁴

Quanto ao 5º caso (modificação não substancial), a essência dessa hipótese permissiva é não tornar a concessão materialmente diferente daquela celebrada no início, ainda que não haja um limite financeiro específico nesse caso. Aqui, trata-se de um conceito formulado essencialmente por exclusão, de forma que a alteração contratual sem a realização de novo certame fica autorizada sempre que não houver modificação material, sendo o contrato original utilizado como paradigma.⁹⁵

Essa hipótese é fundada, portanto, em um conceito jurídico indeterminado, a despeito da previsão de algumas situações exemplificativas trazidas pela Diretiva 2014/23/EU.⁹⁶ A primeira delas diz respeito à mudança nas “regras

92 Nesse sentido, o Edital do Leilão no 1/2022 da Anac previu: “4.42.3. A Proponente que participe isoladamente ou sob a forma de Consórcio que não atenda aos requisitos dos itens 4.42.1 ou 4.42.2 deve apresentar [...] Compromisso de Contratação de Assistência Técnica às Operações Aeroportuárias [...]” (Brasil, 2022d).

93 Na visão dos autores, não deve existir um impedimento absoluto a esse tipo de permissão, considerando que há, nesse caso, evidências de melhorias em diversos indicadores operacionais, financeiros e de qualidade do serviço (Belsie, 2023). Em muitas concessões bem-sucedidas, o sócio estratégico detém o capital necessário, mas não os requisitos técnicos, o que ocorre frequentemente com *players* como fundos de pensão, bancos de investimento e firmas de *private equity*, a exemplo da aquisição das ações do Aeroporto de Sydney por um consórcio de fundos de investimento em 2022.

94 Em infraestruturas de transporte mais críticas, como aeroportos, este é um item mais relevante; em rodovias, por exemplo, a criticidade é menor, considerando a menor complexidade da operação.

95 Nesse sentido, uma interpretação da utilização do contrato em sua versão imediatamente anterior à mudança que se postula pode ser questionável, não obstante no caso C-298/15 da CJEU (TJUE) tenha sido firmado o precedente de que um contrato que sofreu modificações substanciais substitui o contrato original para fins de aplicação das regras de modificações contratuais de contratos de concessão [as regras incidentes à época dos fatos eram anteriores à introdução da Diretiva 2014/23/EU]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0298>. Acesso em: 31 jul. 2023.

96 São as previstas no art. 43 (4) da Diretiva 2014/23/EU.

do jogo”⁹⁷ cuja aplicação prática exige um grau elevado de subjetividade e exercício de futurologia, deve-se reconhecer. É importante ilustrar uma questão recorrente objeto de bastante controvérsia no caso brasileiro que diz respeito à possibilidade de mudança na estruturação de pagamentos contratuais (ou outorgas)⁹⁸ para demonstrar que a aplicação da regra não é trivial.

Supondo que determinada concessionária, de forma consensual com o poder concedente, deseje introduzir em seu contrato uma estruturação de pagamentos de modo a incorporar práticas já utilizadas em uma safra de contratos de concessão mais atual, incorporando, por exemplo, carências e/ou pagamentos flexíveis que flutuem de acordo com a demanda efetiva do projeto, seria essa uma alteração que alteraria as “regras do jogo”? Entende-se que não há solução óbvia nesse caso, e é necessária uma análise com cautela para a aplicação prática dessa restrição.

O efeito de uma regra considerada mais benéfica ao longo do contrato pelos *players* interessados no ativo poderia permitir a admissão de outros candidatos, mas tem de ser sopesado com as demais alterações para uma visão em conjunto do todo. A troca de uma outorga fixa e financiável ao longo do prazo de projeto por uma outorga paga em grande parte à vista no leilão e com estrutura de pagamento atrelada à demanda, por exemplo, pode ser desejável em razão de manter um valor de pagamento estanque e invariável a flutuações da demanda. Contudo, no momento do certame, esse fator foi o que propiciou a alavancagem necessária para eventual ágio oferecido no leilão. Sob essa ótica, a troca dessa estrutura de pagamentos poderia até ser considerada, de certa forma, mais restritiva em relação ao número de participantes que originalmente teriam participado do leilão de concessão, não obstante o fato de ser uma alteração relativamente significativa.⁹⁹

97 “[...] uma modificação é considerada substancial se se verificar uma das seguintes condições: a) A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceita, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;” (UE, 2014, tradução nossa).

98 Alterações no cronograma de pagamento de outorgas nos contratos do setor aeroportuário já foram realizadas no passado recente; contudo, em regra, a experiência pretérita evidenciou uma preferência pelo uso de leis específicas como meio de prover firme suporte jurídico para essas modificações (e.g. Lei nº 13.499/2017 e Lei nº 14.034/2020).

99 Essa visão é coerente com o Acórdão C-298/15 (“Borta”) da CJEU (v. parágrafo 74) de que uma modificação pode ser, simultaneamente, significativa, mas não substancial (UE, 2017).

Outra situação exemplificativa do 5º caso seria o estabelecimento de um novo equilíbrio contratual, sem relação com o originalmente pactuado — ou seja, acordar um desequilíbrio permanente e alçá-lo ao patamar de situação de “equilíbrio”. No Direito brasileiro, a objeção a tal modificação encontra-se razoavelmente prevista no art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995, que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro **inicial** como parâmetro para o restabelecimento das condições de equilíbrio.¹⁰⁰ Um exemplo que ilustra bem a questão seria a diminuição de obrigações contratuais de investimentos da concessionária sem a correspondente alteração em sua remuneração tarifária ou nas receitas devidas ao Poder Concedente.¹⁰¹

É importante ressaltar que algumas nuances sobre o tema vêm sendo interpretadas jurisprudencialmente, a despeito do permissivo do art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995. Reconhece-se que nem toda alteração contratual, seja ela unilateral ou consensual, é admitida pelo ordenamento jurídico, ainda que respeitado o equilíbrio econômico-financeiro. Isso poderia se configurar no caso de uma redução de escopo da concessão sem que haja falha na prestação do serviço ou interesse público relevante e comprovado que justifique tal medida excepcional (Brasil, 2023a).

Esse precedente do TCU ilustra uma vedação já firme na norma europeia que proíbe a alteração demasiada do escopo contratado.¹⁰² Contudo, persiste algum espaço de discricionariedade criado para definir o que seria um aumento “considerável” no escopo contratual, reconhecendo-se, porém,

100 Verificamos a adoção desse entendimento pelo TCU ao refutar desequilíbrios econômico-financeiros em desfavor da União (e dos usuários) em diversos casos, notadamente no setor rodoviário (e.g. TCs 014.618/2015-0 e 036.417/2016-5 [Concebra — BR-060/153/262/DF/GO/MG], 023.240/2015-6 [Programa de Concessões Rodoviárias do Paraná], 010.370/2016-1 [Concepa], 010.482/2016-4 [Eco101 — BR-101/ES], 028.835/2016-6 [Concer — BR-040/RJ], 032.829/2016-7 [Transbrasiliana — BR 153/SP], 032.830/2016-5 [Rota do Oeste — BR-163/MT], entre outros).

101 Existiriam, ainda, outras formas de reequilíbrio, tal como a alteração de prazo contratual ou a substituição dos investimentos por outras obrigações contratuais.

102 A Diretiva 2014/23/EU prevê uma vedação apenas no sentido da extensão considerável do escopo, isto é, no sentido de modificações que possam adicionar demasiado ao contrato. Não obstante, a CJEU reconheceu, no caso C-549/14 (“*Finn Frogne*”), que a redução demasiada do escopo poderia ser encarada como uma alteração substancial, pois “[...] uma alteração dos elementos de um contrato que consiste numa redução importante do seu objeto pode ter como consequência a sua colocação ao alcance de um mais amplo número de operadores econômicos” (UE, 2016, tradução nossa).

que mudanças da ordem de 50% poderiam, em princípio, ser consideradas como tal (Olivera, 2015).

Temos, ainda, a situação da troca irregular da concessionária, o que se dá em todas as situações que não se enquadram nas hipóteses de substituição do 4º caso. No caso brasileiro, frisamos que a relicitação não está inserida nesse contexto de substituição, mas sim de um novo contrato, já que a nova concessionária estará sujeita a um novo ajuste contratual, com diferentes obrigações de investimentos, regras e prazos. A hipótese de reestatização via transferência de controle acionário para empresa pública que desenvolva atividades compatíveis com o objeto concedido também não configura burla ao procedimento licitatório, havendo precedente de que essa situação pode ocorrer ainda quando o ente público controlador da empresa estatal for distinto da pessoa jurídica de direito público que atua como poder concedente (Brasil, 2022b).

Por fim, é relevante comentar que se prevê espaço na norma europeia para que certas mudanças que poderiam ser consideradas substanciais (1º a 4º casos) sejam realizadas. Dessa forma, evita-se o engessamento indevido da aditivização do contrato de modo que o critério da substancialidade da mudança não é encarado como algo absoluto para fins de modificação contratual.

O 6º caso (modificação imaterial ou *de minimis*) traz uma previsão, em nosso entender, que trata de uma garantia de segurança jurídica de que, em face do valor, determinada alteração contratual possa ser implementada e aceita com base em uma espécie de “regra de bolso”. Ou seja, uma hipótese de obediência presumida ao princípio licitatório e concorrencial em face do valor.

Aqui, há dois valores-teto máximos que devem ser respeitados: (i) um valor de referência geral, aplicável a toda e qualquer concessão; e (ii) um percentual específico atrelado ao valor do contrato objeto da proposta de alteração. Assim, obedecidos esses tetos, e desde que não haja alteração da natureza global da concessão, a alteração poderia ser realizada, até mesmo com a desnecessidade de verificar se a alteração pretendida seria, ou não, substancial.

Aqui, ainda que venhamos a convergir e assimilar as práticas europeias em nosso contexto, manter-se-ia vedada, em nosso ordenamento, mudança indevida no equilíbrio econômico do contrato para o concessionário.¹⁰³

4.3 Abordagem da Diretiva 2014/23/EU aplicada em casos reais no Brasil

Com o objetivo de demonstrar a aplicação prática de como funcionaria uma eventual transposição de algumas das disposições contidas nas diretrizes europeias para a normatização brasileira — sem ter a pretensão de esgotar todas as possibilidades de abordagem do tema já discutidas —, selecionamos, a seguir, alguns *cases* nos setores rodoviário, aeroportuário e ferroviário. A intenção é prover insights sobre o funcionamento dessas diretrizes e obter evidências de sua aplicabilidade ao Brasil.

4.3.1 Setor aeroportuário

As concessões de aeroportos foram severamente atingidas pela crise da covid-19, o que demandou uma série de adequações contratuais naquele momento. À vista disso, muitas concessionárias, em especial as que possuíam contratos de concessão mais antigos,¹⁰⁴ foram obrigadas a revisar algumas premissas de projeto e, como consequência, pleitear uma renegociação contratual.

Um caso a ser destacado aqui é o do Aeroporto Internacional Tancredo Neves — Belo Horizonte/MG (Confins), ofertado em 2013 na terceira rodada de concessões. Trata-se do sexto aeroporto mais movimentado do país, responsável por transportar aproximadamente 9,5 milhões de passageiros em 2022 e que possuía, originalmente, uma forte projeção de aumento de capacidade, motivo pelo qual foi prevista logo de início, como investimento contratual obrigatório, a construção de uma nova pista de pouso e respectivos sistemas associados até a demanda atingir 198.000

103 Isso não obsta a redução de outorgas futuras por lei específica, como no caso da Lei nº 14.174/2021, que permitiu o acréscimo de cinco pontos percentuais à taxa de desconto aplicável às contribuições fixas vincendas, no caso de antecipação de pelo menos 50% do valor total das outorgas remanescentes.

104 Até a terceira rodada, havia pesados encargos fixos a título de outorga (Albuquerque, 2022, p. 26).

movimentos anuais ou até 31 de dezembro de 2020¹⁰⁵ (vide Anexo I), o que ocorrer primeiro. Trata-se, pois, de investimento prescritivo sem correlação com gatilhos de demanda, no caso de o período temporal ocorrer primeiro.

Esse investimento está sendo objeto de discussão desde 2018¹⁰⁶, inclusive via Poder Judiciário, tendo sido constatada a sua irrelevância em razão sobretudo da fraca expansão na demanda apresentada,¹⁰⁷ além de que a movimentação estipulada contratualmente não se mostra também factível frente às próprias projeções mais atualizadas do setor para Confins.¹⁰⁸ Após consulta à Anac, o referido gatilho temporal foi, então, retirado¹⁰⁹ (mantendo-se os gatilhos atrelados à demanda), o que implicou reequilíbrio a favor do poder concedente da ordem de R\$ 421 milhões (data-base set./2022).¹¹⁰

A despeito do termo aditivo firmado, a grande preocupação da concessionária nesse projeto gira em torno da necessidade de investimento para construção dessa nova pista no prazo contratual remanescente. Isso poderia comprometer a viabilidade da concessão no seu período final.

De acordo com estimativas dos autores, considerando: o alcance do patamar de movimentação pré-covid por Confins, já em 2023; e adotando a taxa de crescimento anual composta (Compound Annual Growth Rate, CAGR) do cenário referencial do Plano Aeroviário Nacional (PAN) 2022 (3,2% a.a.) até o término do prazo contratual, prevê-se que, até o final do contrato (2044), a demanda não atingiria os 198.000 movimentos tidos como limite para que a nova pista esteja operacional.¹¹¹

105 A previsão do Contrato de Concessão nº 002/Anac/2014-SBCF era a seguinte: “8.4.1 Quando a demanda do sistema de pistas atingir 144.000 movimentos anuais, a Concessionária deverá apresentar à Anac o anteprojeto e o cronograma detalhado de construção de uma pista de pouso e decolagem [...] A pista deve ser construída e estar plenamente operacional antes de a demanda atingir 198.000 movimentos anuais ou até 31 de dezembro de 2020, o que ocorrer primeiro”.

106 O Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (Evtea) estimava um cronograma de quatro anos para a implantação da nova pista (EBP, 2013, p. 28).

107 Vide Apêndice I.

108 Vide Anexo II.

109 Termo Aditivo nº 003/2019 ao Contrato de Concessão de Aeroportos nº 002/Anac/2014-SBCF.

110 Decisão nº 561, de 3 de novembro de 2022, da Diretoria Colegiada da Anac.

111 Vide Apêndice II.

Entretanto, no ano imediatamente seguinte (2045) esse patamar operacional seria alcançado, o que nos leva ao problema de possível ausência de prazo suficiente para amortização desse investimento, uma vez que se trata de um vultoso investimento. Nesse caso, o contrato permitiria a extensão por um prazo adicional de até cinco anos.¹¹²

Essa obra foi estimada nos Evtea, à época, em R\$ 194,96 milhões (EBP, 2013, p. 62) e correspondia a 3,8% do valor do contrato (e 7,2% do *capex* estimado). Esse fator, sob o prisma das diretrizes europeias, não demonstra ser uma alteração material considerando apenas o limite percentual.¹¹³ Nesse caso, uma das peculiaridades apresentadas reside em definir se a redução dessa obra tem o condão de infringir o princípio da isonomia, dado que uma redução acentuada do escopo original poderia ter impactado a participação de operadores econômicos de menor porte, refletindo na esfera concorrencial. Entendemos não ser este o caso, visto que a regra balizadora do leilão não exigia qualificação técnica específica relacionada à construção e/ou operação de determinado sistema de pistas, mas sim o processamento em si em um patamar compatível com a demanda inicial.¹¹⁴

4.3.2 Setor rodoviário

Um caso de interesse no setor rodoviário é o da concessão da BR-163/MT.¹¹⁵ O contrato teve início em março de 2014 sob responsabilidade da Concessionária Rota do Oeste (CRO), compreendendo 850,9 km de rodovia.¹¹⁶ Já em 2017, a ANTT passou a constatar a inexecução de obras

112 Outra alternativa seria o estudo de uma solução no sentido de viabilizar uma opção contratual pela redução do prazo contratual em até cinco anos nas etapas finais da concessão de modo que a possibilidade de construção da nova pista seja remota, o que deve ser sopesado com os aspectos de amortização dos demais investimentos já realizados e obrigações de pagamento aos credores do projeto.

113 Em nosso estudo, será proposta, na seção seguinte, a adoção de um teto referencial fixo de aproximadamente R\$ 33,47 milhões para balizar o valor da limitação imaterial, simultaneamente aos 10% do valor do contrato, em linha com o art. 43 (2) (i) da Diretiva 2014/23/EU.

114 Para mais detalhes, vide o Acórdão nº 2666/2013-TCU-Plenário.

115 Acórdão 2139/2022-TCU-Plenário (Brasil, 2022b).

116 A rodovia passa ao longo de 19 municípios, cujos habitantes representam quase a metade da população total do estado do Mato Grosso. Além disso, a rodovia é importante via de escoamento da produção de soja, milho e algodão, *commodities* que colocam o estado de Mato Grosso entre os maiores exportadores entre os estados brasileiros.

e serviços e a deterioração nas condições financeiras da concessionária; situação que se manteve nos anos seguintes.¹¹⁷

A concessionária alegou diversas razões para esse cenário, como a queda na demanda provocada pela crise econômica iniciada em 2014, a mudança na política de financiamento dos bancos públicos, o aumento no preço do componente asfáltico, e a Lei dos Caminhoneiros.¹¹⁸ Também foi mencionado o envolvimento do grupo econômico ligado ao acionista controlador na Operação Lava Jato, entre outros fatores.

Em 2021, a ANTT instaurou processo administrativo para avaliar a situação das obrigações contratuais, que culminou na instauração de processo de caducidade.¹¹⁹ Diante desse cenário adverso, a concessionária ingressou com pedido de devolução amigável da concessão e sua consequente relicitação.¹²⁰ Outro fato relevante relativo ao caso é a abertura de procedimento arbitral pela concessionária, pleiteando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por supostos prejuízos por ela suportados.¹²¹

Ainda nessa concessão, está em jogo a celebração de um TAC com as seguintes proposições:

- a) prazo de oito anos para saneamento das inexecuções contratuais;
- b) aporte de *equity* de R\$ 1,2 bilhão pela nova controladora;
- c) manutenção do patamar tarifário atual, acrescido do reajuste pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA);
- d) suspensão dos processos administrativos sancionadores em curso

117 No processo TC nº 019.064/2022-5, os relatórios técnicos apontaram que, passados mais de oito anos do início da concessão, os níveis de execução das obras são baixíssimos: dos 453 km de duplicação previstos, apenas 117 km foram executados (26%); e que situação similar de inexecução ocorre com as demais melhorias previstas, como acessos, retornos, vias marginais etc.

118 Lei nº 13.103/2015.

119 Vide Deliberação-ANTT 346/2021.

120 Após aprovação nas instâncias competentes, o empreendimento foi qualificado para fins de relicitação no âmbito do Programa de Parceiras de Investimento (PPI), por meio do Decreto nº 11.122/2022.

121 No âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF vigora decisão cautelar que impede a realização de descontos tarifários, aplicação de penalidades e caducidade com fundamento nas questões em discussão pelas partes, limitando o poder fiscalizatório da ANTT.

ou cujo fato gerador seja anterior à eficácia desse instrumento, com a suspensão do prazo prescricional, e, caso cumpridas as condições avençadas no TAC, extinção dos processos;

e) suspensão dos processos no TCU — TC 032.830/2016-5, TC 023.217/2015-4 e TC 034.032/2017-7;

f) extinção do passivo regulatório, caso haja o cumprimento integral do TAC; e

g) renúncia, de forma definitiva e irretratável, a todas as pretensões formuladas no procedimento arbitral CCI 23960/GSS/PFF.

O caso da BR-163 apresenta ineditismo na discussão sobre a alterabilidade dos contratos de concessão. Isso porque está em jogo que uma entidade do estado de Mato Grosso assuma o controle da Concessionária Rota do Oeste (CRO), aportando recursos para permitir a realização de investimentos correspondentes às obrigações contratuais da concessionária. A entidade, no caso, é a MT Participações e Projetos S.A. (MT-PAR), sociedade de economia mista do estado de Mato Grosso, criada em 2012.

Há, desse modo, um caso de alteração do controle societário, o que, a princípio, não é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 27 da Lei nº 8.987/1995). Contudo, tal situação também se enquadraria no 4º caso (substituição da concessionária) apresentado, que permitiria a substituição sem necessidade de nova licitação, desde que mantidos os critérios de seleção iniciais do contrato e não implicar outras modificações substanciais do contrato.

Dessa maneira, caso existissem critérios e mecanismos previstos contratualmente mais robustos e objetivos de alteração contratual — incluindo a possibilidade de suspensão temporária de obrigações em andamento — o caso poderia ter sido endereçado de modo consensual, mais hábil e facilmente, em um único processo negocial. Isso ocorreria para alteração bilateral do contrato pela própria agência reguladora.

Assim, do ponto de vista do enquadramento na diretiva europeia, a alteração do controle não parece ser o problema, mas sim a análise da substancialidade das alterações promovidas. Exemplo disso é a proposta de alteração da matriz de risco, atrelando o novo projeto aos riscos de demanda oriundos da entrada em vigor de novos projetos ferroviários

concorrentes com a rodovia concedida, ainda que tenham sido autorizadas anteriormente à assinatura dos TACs.

O sinal de alerta que fica é: o avanço nas negociações envolvidas neste contrato pode ter sido facilitado em virtude de a transferência do controle envolver a entrada de uma entidade ligada a um ente federativo (estado do Mato Grosso). Desse modo, caso a alteração fosse realizada em uma empresa privada comum, a decisão poderia ter caminhado em outro sentido.

4.3.3 Setor ferroviário

Neste tópico, vale mencionar o único caso de relicitação no setor ferroviário até então, relacionado à Ferrovia Novoeste S. A.. Ela obteve a concessão da Malha Oeste em leilão realizado no ano de 1996¹²² para uma concessão com prazo contratual de 30 anos e com trecho sob concessão de aproximadamente 1.900 km.¹²³

Em 21 de julho de 2020, a concessionária protocolou, na ANTT, pedido de adesão ao processo de relicitação.¹²⁴⁻¹²⁵

A infraestrutura da Malha Oeste, incluindo sua via permanente, encontra-se depreciada. Durante anos, a atual concessionária realizou investimentos em patamares insuficientes para a sua manutenção. O subinvestimento acarretou perda da capacidade de transporte e, atualmente, os trens trafegam com velocidades abaixo de seu potencial e com um volume de carga transportada bastante limitado.

A nova licitação da concessão da Malha Oeste é a oportunidade para que uma nova concessionária, em um novo contrato de concessão, realize os investimentos para a modernização e a ampliação da ferrovia. Além

122 Em 2008, a ANTT aprovou a alteração do estatuto social da empresa Novoeste S.A., que se tornou ALL — América Latina Logística Malha Oeste S.A. A partir de 2015, após um processo de fusão com a Rumo Logística, a empresa passou a ser controlada pela Rumo, que também detém as concessões das Malhas Paulista, Norte, Central e Sul, passando a denominar-se Rumo Malha Oeste.

123 Para informações geográficas da malha concedida, acesse: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias/concessoes-ferroviarias/rumo-malha-oeste-s-a/mapa>.

124 O Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos aprovou, em sua 14ª reunião, realizada em 2 de dezembro de 2020, a qualificação para relicitação da Malha Oeste, por meio da Resolução nº 146, publicada no DOU, em 24 de dezembro de 2020. Essa resolução deu origem ao Decreto nº 10.633, de 18 de fevereiro de 2021.

125 O processo de relicitação foi prorrogado por mais 24 meses, a partir de 19 de fevereiro de 2023, por meio da Resolução CPPI nº 264, de 13 de fevereiro de 2023.

disso, um novo processo licitatório permitirá a atualização do contrato de concessão com base nas melhores práticas regulatórias vigentes.

O ponto-chave da alteração contratual pretendida com a relicitação tem a ver com a falta de atratividade demonstrada pela empresa Rumo, do ramal de Ponta Porã, trecho que retira quase 400 km da malha originalmente concedida. Assim, a ANTT prevê a concessão da malha ferroviária apenas no ramal de Corumbá (MS) a Mairinque (SP).

A relicitação traz novas propostas de inovações para a Malha Oeste, como modernização, ampliação e construção dos pátios de cruzamento. Inclui também melhorias na sinalização e no Centro de Controle Operacional (CCO), que visam permitir a comunicação por satélite entre o CCO e os equipamentos de bordo. Estão previstos, ainda, investimentos em oficinas, instalações e aquisições de equipamentos de via. Buscando a minimização de conflitos urbanos, serão realizadas 21 intervenções de integrada simples, 43 intervenções de integrada completa e um contorno ferroviário. Por fim, haverá melhoramento da frota, com a renovação e a aquisição de novos veículos para que a empresa possa garantir a eficiência das operações.

Nenhum dos investimentos citados parece se enquadrar no conceito de alterações substanciais do contrato, atraindo a aplicação do 2º ou 5º casos, com aplicação do limite de 50% do valor original da concessão.

4.4 Proposta de framework para o caso brasileiro

Com base no trabalho de Flyvbjerg, Holm e Buhl (2004) e Flyvbjerg *et al.* (2018), que avaliou uma grande amostra de projetos de infraestrutura (258 no total), para todos os tipos de projetos, o sobrecusto médio foi da ordem de 28%.¹²⁶ Utilizando esse percentual como paradigma, pode-se afirmar que os referenciais europeus para limites de alterações de obras e serviços que dispensam novo procedimento competitivo atendem com folga ao sobrecusto médio verificado no referido trabalho.

Com relação ao limite do paradigma para alterações imateriais este também se enquadra bem abaixo do sobrecusto médio, o que sugere, com base no valor encontrado por Flyvbjerg, que o uso desses percentuais

126 O nível de significância em relação a essa assertiva foi extremamente elevado ($p\text{-value} < 0.001$).

tende a guardar coerência com a prática do mundo real.¹²⁷ Propõe-se para o caso de alterações desse tipo, de maneira similar à diretiva europeia, a utilização do referencial adotado no Acordo sobre Contratações Públicas da Organização Mundial de Comércio (OMC) (5 milhões de *special drawing rights* — SDR), convertido para reais pela relação de troca vigente em 1º/06/2023 (R\$ 6,695680 = 1 SDR), resultando em um limite mínimo de R\$ 33.478.400,00. Entendemos que tal premissa é consistente com as negociações já iniciadas pelo governo brasileiro de aderir ao referido acordo apontadas por Jordão e Cunha (2021), e também pelo fato de que a Lei nº 8.987/1995 deve impor um piso para a celebração de contrato de concessão ou permissão, o que já existe para o caso de PPPs¹²⁸ (R\$10 milhões).

Assim, além dos aspectos qualitativos já avaliados na Seção 4.2, entendemos que os percentuais europeus podem ser adotados também como referência inicial para iniciar as discussões sobre modificações contratuais no caso brasileiro.

De forma a condensar todas as análises já realizadas, propomos, na forma do Apêndice A, uma série de alterações para aperfeiçoamento da base legal aplicável a contratos de concessões. O intuito é que essas sugestões sejam consideradas na apreciação do Projeto de Lei nº 7.063/2017 ou outra iniciativa legislativa.

Considerações finais

Como consequência da complexidade identificada nos contratos de longo prazo, a exemplo dos contratos de concessão, e do consequente reconhecimento de que o quadro normativo vigente no Brasil é insuficiente para endereçar as situações mais críticas durante a execução contratual, o presente estudo procurou avaliar a necessidade de atualização das leis gerais que tratam de contratos de concessão em sentido amplo (Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004). Essa análise foi feita com base na experiência de atualização das diretrizes europeias que abordam a adjudicação de contratos de concessão, com foco na discussão sobre limites para modificação de contratos durante a sua vigência e objetivando extrair elementos

127 As análises constam dos Apêndices B, C e D.

128 Art. 2º, §4º, I, da Lei nº 11.079/2004.

que aperfeiçoem a segurança jurídica para uma resolução consensual das alterações contratuais, sem a necessidade de pôr fim ao contrato vigente.

Com base nas constatações, avalia-se que a ausência de um regramento claro, no que diz respeito a limites para modificações de contratos de concessão inseridos em nossa base legal, enfraquece a concretização do princípio da isonomia. Essa lacuna gera incertezas legais que redundarão no desenvolvimento de uma construção jurisprudencial do tema em detrimento de sua solidificação em bases objetivas na lei.

O direito das concessões atualmente posto caminha para adicionar complexidade ao sistema, inserindo atores e procedimentos intermediários, com a presença do TCU, de árbitros e de termos de ajuste. No entanto, isso não significa que tais instrumentos não possuam a sua devida utilidade, mas tão somente aponta que se optou por deixar de investir em inovações legais que estabeleçam melhores condições de partida para que o poder concedente possa sentar à mesa com o particular para decidir, sem medo posterior de enfrentamento de suas decisões nos tribunais administrativos e judiciais. É dizer que a lei deve conferir diretamente segurança para as partes negociarem, facilitando a adoção de soluções mais ousadas e sofisticadas caso o panorama legal assim passe a permitir. Isso não significa excluir outros atores, mas, ao contrário, permitirá encontrar soluções mais adequadas para as demandas complexas que vêm surgindo com a evolução dos contratos de concessão no Brasil.

Esse parece ser o entendimento do STF, como se pode extrair de trecho do acórdão recentemente proferido no bojo da ADIn nº 2.946/DF, oportunidade em que se reconheceu que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos. Assim, considerando a dinâmica peculiar e complexa dessas concessões, é natural que o próprio regime das concessões públicas contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual.

Tanto a Lei de PPPs quanto a Lei Geral de Concessões necessitam de inovações jurídicas. Essas mudanças são necessárias não apenas para diminuir o custo regulatório para os *players* internacionais, que já assimilaram as regras regulatórias no âmbito da UE ao iniciar suas operações no Brasil, como também para oferecer mais ferramentas aos gestores das agências

reguladoras. Dessa forma, será possível lidar de forma segura e embasada com as modificações que vierem a aparecer ao longo do contrato.

Entendemos que assim procedendo evita-se o conhecido problema do “apagão das canetas”, apontado por diversos autores brasileiros, a exemplo de Sundfeld¹²⁹ (2022), decorrente da ausência de um *guidance* legal. Além disso, evita-se uma hipertrofia de soluções consensuais via TCU e a celebração de TACs como *first choice* (ou *only choice*) do concessionário, fortalecendo o papel consensual no âmbito do contrato e na esfera da própria agência reguladora.

Embora tenhamos consciência de que a Diretiva 2014/23/EU não conseguirá abarcar a complexidade da realidade brasileira no tocante aos contratos de concessão, entendemos que as boas práticas ali identificadas representam um bom ponto de partida para integrar o debate que já vem sendo endereçado no Congresso.¹³⁰ Esse debate visa robustecer a tímida previsão quanto à necessidade de reequilíbrio,¹³¹ acrescentando-a de firmes parâmetros norteadores para lastrear aditivos.

Assim sendo, é fato que existe a necessidade de categorizar na lei as tipologias de modificações contratuais admitidas, traduzindo os princípios aplicáveis às concessões em um conjunto de regras minimamente coerentes, diminuindo o espaço para a criatividade e dando lugar a um tratamento mais uniforme dessa temática. A lei deve se preocupar em prever disposições que uniformizem precedentes e práticas administrativas já testadas pelo tempo, além de boas práticas internacionais, inclusive pelo tema merecer esse tratamento em face de uma exigência constitucional.¹³²

129 De acordo com Carlos Ari Sundfeld (2022), em sua festejada obra *Sanções em Direito Administrativo e a LINDB*, “[e]ssas posturas das instituições de controle, aliadas a um ambiente jurídico-institucional de significativa insegurança e de grande fragmentação política, gerou consequências. A expressão ‘apagão das canetas’, frequentemente usada nos debates político e acadêmico, resume a forte preocupação dos críticos: estaríamos vivendo o risco de produzir gestores apáticos e paralisados por conta do receio exacerbado de responsabilização.”

130 Projeto de Lei nº 7.063/2017 e seus apensados.

131 Art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995: “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

132 Art. 175, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): “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.”

Nesse cenário, a participação de órgãos de controle externo, a exemplo do TCU, será tão relevante quanto a atual, uma vez que a maior amplitude de discricionariedade administrativa a ser permitida por lei deverá ser objeto de análise com relação à sua aderência aos standards definidos legalmente. Por outro lado, reconhece-se que essas inovações legislativas conferirão soluções jurídicas não apenas mais sofisticadas, mas sobretudo mais alinhadas com o interesse público subjacente nas concessões públicas, mormente a prestação de serviço adequado e a continuidade do serviço público. De mais a mais, a presente proposição adicionará mais uma solução possível entre as tantas já existentes, permitindo que a solução escolhida seja efetivamente aquela que apresente o maior número de externalidades positivas.

Referências

- ABDELDAYEM, M. M.; DULAIMI, S. H. AL. Privatisation as a Worldwide Tool of Economic Reform: A Literature Review. *International Journal of Social and Administrative Sciences*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 66-84, abr. 2019. ISSN(e): 2521-0556. DOI: 10.18488/journal.136.2019.42.66.84. Disponível em: <https://archive.aessweb.com/index.php/5051/article/view/72>. Acesso em: 5 jul. 2023.
- ALBUQUERQUE, G. C. de. *Winner's curse: evidências da maldição do vencedor nos aeroportos em relicitação*. 2022. 54 f. Dissertação (Mestrado em Economia) — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2022. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/4397/1/Disserta%20a7%20a3o_GUSTAVO%20CARNEIRO%20DE%20ALBUQUERQUE_Mestrado_2022.pdf. Acesso em: 21 fev. 2025.
- BARROSO, L. R. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37258>. Acesso em: 17 abr. 2023.
- BELSIE, L. Privatizing Infrastructure: Evidence from Airports. *The NBER Digest*. Cambridge (USA), n. 1, jan. 2023. Disponível em: <https://www.nber.org/digest/20231/privatizing-infrastructure-evidence-airports>. Acesso em: 12 ago. 2023.
- BINGHAM, T. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2011.

BOGDANOWICZ, P. *Contract Modifications in EU Procurement Law*. Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2021. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781800379671>.

BOVIS, C. H. *EU Public Procurement Law*. 2 ed. Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 215/1999 — Plenário*. Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei n. 8.666/93. Conhecimento. Esclarecimentos à autoridade consulente. Arquivamento. Consulente: Ministério do Meio Ambiente. Relator: Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo. Data da sessão: 12/05/1999. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-76584%22>. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 738/2017-TCU-Plenário*. Relatório de acompanhamento. Contrato de concessão da BR-040/MG-RJ. Duplicação da Nova Subida da Serra de Petrópolis. Significativa Ampliação de Investimentos que se encontravam subavaliados no programa de exploração da rodovia (PER). Autorização para início das obras sem que estivessem assegurados recursos orçamentários à conta da União para sua continuidade. Celebração de termo aditivo para reequilíbrio econômico financeiro do contrato, mediante aporte de recursos públicos, ou prorrogação do prazo de concessão, a critério da União. Prorrogação não prevista no instrumento convocatório e no contrato de concessão. Ausência de comprovação de que a prorrogação é a solução que melhor atende o interesse público. Descumprimento da legislação orçamentária. Audiência dos responsáveis. Acolhimento das justificativas. Fixação de prazo para exato cumprimento da lei, por parte da agência reguladora, no sentido de excluir da cláusula do termo aditivo que autoriza prorrogação. Autuação processo apartado para discutir a nulidade do 12º Termo Aditivo. Determinação para instauração de procedimento para verificar a situação de inadimplência da contratada, correção das irregularidades e, caso não elididas, declaração de caducidade da concessão. Determinações para evitar ocorrências semelhantes. Importância da obra. Recomendação de consignação de recursos orçamentários para sua continuidade. Autuação de apenso para oitivas a respeito da nulidade do Termo Aditivo 12. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 12/04/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2170887%22>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.991/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar indeferida. Direito

administrativo. Setor ferroviário. Prorrogação antecipada dos contratos de concessão. Alegada inconstitucionalidade do §2º do inc. II do art. 6º, dos §§1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do §2º do art. 30 da Lei n. 13.448, de 5.6.2017. Ação direta julgada improcedente. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data da sessão: 7/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755270659>. Acesso em 25 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2321/2021-TCU-Plenário*. Acompanhamento. Implementação de um sistema de conexão rápida — *Automated People Mover* (APM), entre estação de metrô e os terminais de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos. Assinatura de termo aditivo antes do cumprimento de requisitos para justificar a viabilidade do projeto. Presença de perigo da demora e fumaça do bom direito. Adoção de medida cautelar *inaudita altera pars*. Ausência do *periculum in mora* reverso. Oitiva. Determinação. Submissão do feito ao plenário para ratificação da medida acautelatória. Ciência. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Data da Sessão: 29/09/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2512432%22>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 226/2022-TCU-Plenário*. Acompanhamento. Implementação de um sistema de conexão rápida, sistema *Automated People Mover* (APM), entre estação de metrô e os terminais de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos. Assinatura de termo aditivo antes do cumprimento de requisitos para justificar a viabilidade do projeto. Presença de perigo da demora e fumaça do bom direito. Medida cautelar adotada por este Tribunal. Análise de oitivas. Revogação da medida. Determinação. Ciência. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão 09/02/2022, 2022a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2521898%22>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2139/2022-TCU-Plenário*. Concessão da BR-163/MT. Proposta de Termo de Ajustamento de Conduta e transferência do controle acionário. Assunção do controle da concessão por sociedade de economia mista do estado do Mato Grosso. não identificação de óbices à celebração do TAC. Ciências e recomendações. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão 28/09/2022, 2022b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2555430%22>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2946 — Distrito Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e §1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05.

Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do dever de licitar. Ofensa não configurada. Caráter personalíssimo ou natureza intuito personae dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à impessoalidade. Garantia institucional. Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva. Concessões públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido. Relator: Min. Dias Toffoli. Data da Sessão: 09/03/2022, 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&text=.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Edital do Leilão nº 01/2022*. Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos Aviação Geral, Norte II e SP/MS/PA/MG. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/andamento/setima-rodada>. Acesso em: 19 jul. 2023. 2022d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 10/2023-TCU-Plenário*. Leilão Aneel 2/2022. Concessão de prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica, por até 30 anos, referente à construção, operação e manutenção de instalações de transmissão que comporão a rede básica do Sistema Interligado Nacional (SIN). Atendimento dos requisitos previstos na Instrução Normativa-TCU 81/2018. Ausência de irregularidades ou impropriedades que desaconselhem o regular prosseguimento do leilão em relação aos lotes 1 a 5. Alteração unilateral da concessão. Exclusão de serviço e instalações com o único fim de relicitá-los. Ação decorrente de falha regulatória. Inexistência de interesse público comprovado. Impossibilidade. Representação apensada. Procedência. Determinações. Recomendações. Relator: Min. Antônio Anastasia. Sessão: 18/01/2023, 2023a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2558171%22>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1593/2023-TCU-Plenário*. Consulta. Interpretação dos arts. 14, §2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017. Conhecimento. Arquivamento. Relator: Min. Vital do Rêgo. Sessão: 02/08/2023, 2023b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2592868%22>. Acesso em: 8 ago. 2023.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Ata nº 27, de 5 de julho de 2023*. Brasília, DF: TCU, 2023c. p. 844-927. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/ata-sessao/%22ATA-SESSAO-272023001%22>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- CASSESE, S. *Derecho administrativo: historia y futuro*. [S. l.: s. n.], 2017.
- CASTRO E SILVA NETO, D. de; CRUZ, C. O.; RODRIGUES, F.; SILVA, P. Bibliometric Analysis of PPP and PFI Literature: overview of 25 years of research. *Journal of Construction Engineering and Management*, [s. l.], v. 142, n. 10, out. 2016. DOI: 10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0001163.
- DRAGOS, D. C.; HALONEN, K.-M.; NEAMTU, B.; TREUMER, S. *Contract Changes: The Dark Side of EU Procurement Law*. Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2023.
- EMPRESA BRASILEIRA DE PROJETOS. Estudos de Engenharia e Afins — Aeroporto Internacional Tancredo Neves. [Brasília, DF]: Anac, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/concessao-galeao-e-confins/estudos-de-viabilidade/cnfreatorios.rar>. Acesso em: 22 jul. 2023.
- FLYVBJERG, B. *et al.* Five things you should know about cost overrun. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, [s. l.], v. 118, p. 174-190, Dec. 2018. ISSN 0965-8564, DOI: 10.1016/j.tra.2018.07.013.
- FLYVBJERG, B.; HOLM, M. K. S.; BUHL, S. L. What Causes Cost Overrun in Transport Infrastructure Projects? *Transport Reviews*, Londres: Taylor & Francis, v. 24, n. 1, p. 318, jan. 2004. DOI: 10.1080/0144164032000080494a.
- GARCIA, F. A. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. 408 f. Tese (Doutorado em Direito Público) — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em: 12 jul. 2023.
- GARCIA, F. A.; FREITAS, R. V. de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. In: FERNANDES, R. V. C.; ALVES, T. M. S. (coord.). *Licitações, contratos e convênios administrativos: desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 165-191.
- GRAELLS, A. S. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- HOLANDA. The State Secretary for Infrastructure and the Environment. *Amsterdam Airport Schiphol Operation Decree 2017*. Tradução da versão original em holandês *Besluit exploitatie luchthaven Besluit exploitatie luchthaven*

- Schiphol* 2017. Disponível em: <https://www.schiphol.nl/en/download/b2b/1523624122/1T8kLVjBBmOiaKqOO4WC0K.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2023.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Brasília: IPEA, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11401>. Acesso em: 12 jul. 2023.
- JORDÃO, E. F.; CUNHA, L. F. E. A adesão do Brasil ao acordo sobre contratações públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 11, n. 3, dez. 2021. DOI: 10.5102/rbpp.v11i3.8045.
- JUSTEN FILHO, M. Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo — ReDAC*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.
- LEMES, S. M. F. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. Quartier Latin: São Paulo, 2007.
- LONGO, D. R.; FONSECA, R. S. Evolução regulatória dos processos de concessão aeroportuária. In: SILVA, M. S. (org.). *Concessões e Parcerias Público-Privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Brasília, DF, IPEA, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11401>. Acesso em: 9 jul. 2023.
- MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MOREIRA, E. B. *Direito das concessões de serviço público*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- MOREIRA NETO, D. F. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NOHARA, I. P.; MOTTA, F.; PRAXEDES, M. *Coleção soluções de direito administrativo: Leis Comentadas — Lei Geral das Agências Reguladoras*. [S. l.]: Thomson Reuters Brasil, v. 10, p. 24, 2019.
- OLIVEIRA, C. Z. A. C. de. *Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. 2018. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito Regulatório) — Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/27347>. Acesso em: 22 jul. 2023.
- OLIVERA, R. D. Modification of Public Contracts. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 35-49, 2015. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26695037>. Acesso em: 2 jul. 2023.

- PINTO, G. M. E. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. *Revista Colunistas: Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 369, 28 jul. 2017.
- POSNER, R. A. The Law and Economics of Contract Interpretation. *Texas Law Review*, [s. l.], n. 83, p. 1581-1614, 2004. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2893&context=journal_articles. Acesso em: 13 ago. 2023.
- SANTOS, R. V. dos. *Direito administrativo do medo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- SILVA, S. T. da. *Direito administrativo europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- SONG, J.; JIN, L.; ZHAO, Y.; HU, W. Using bargaining-game model to negotiate compensation for the early termination of BOT highway projects. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, [s. l.], n. 105, p. 197-209, nov. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.tra.2017.06.017>.
- SUNDFELD, C. A. Sanções em Direito Administrativo e a LINDB. In: *Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the award of concession contracts*, 20 dez. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0897>. Acesso em: 6 ago. 2023.
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Diretiva 2014/23/EU* [relativa à adjudicação de contratos de concessão], 26 fev. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/23>. Acesso em: 5 ago. 2023.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Oitava Seção). *Acórdão no processo C-549/14* [Finn Frogne A/S versus Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation]. Reenvio prejudicial. Contratos públicos. Diretiva 2004/18/CE. Artigo 2º. Princípio da igualdade de tratamento. Obrigação de transparência. Contrato relativo ao fornecimento de um sistema de comunicações complexo. Dificuldades de execução. Divergência das partes quanto à responsab-

ilidade. Transação. Redução do âmbito do contrato. Transformação de uma locação de material numa venda. Alteração substancial de um contrato. Justificação pela oportunidade objetiva de encontrar uma solução por acordo. Data da sessão: 07/09/2016. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=-first&part=1&cid=413731>. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Seção). *Acórdão no processo C-298/15* [UAB ‘Borta’ versus VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija]. Reenvio prejudicial. Contratos públicos. Diretiva 2004/17/CE. Contrato que não atinge o limiar previsto por esta diretiva. Artigos 49 e 56 do TFEU. Limitação do recurso à subcontratação. Apresentação de uma proposta conjunta. Capacidades profissionais dos proponentes. Alterações do caderno de encargos. Data da sessão: 05/04/2017. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189626&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=-first&part=1&cid=409635>. Acesso em: 12 jul. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Commission staff working document accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and on the impact on the internal market of the exclusions set out in Article 12*, 28 jul. 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=SWD:2023:267:FIN>. Acesso em: 2 ago. 2023.

VALLE, V. C. L. L. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa*. 2017. 281 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/53990>. Acesso em: 12 jul. 2023.

VITA, P. H. B. de; GUIMARÃES, B. S. Uma análise crítica da relicitação na Lei nº 13.448/2017. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 12, n. 22, p. 39-49, set. 2022/fev. 2023.

XIONG, W.; ZHANG, X. Concession Renegotiation Models for Projects Developed through Public-Private Partnerships. *Journal of construction engineering and management*, [s. l.], v. 140, n. 5, maio 2014. DOI: 10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0000843.

ZHANG, X.; XIONG, W. Renegotiation and Early-Termination in Public Private Partnerships. *International Journal of Architecture, Engineering and Construction*, [s. l.], v. 4, n. 4, p. 203-212, dez. 2015. DOI: 10.7492/IJAEC.2015.021.

Apêndice A — Anteprojeto de Lei

Projeto de Lei de 2023

Acrescenta o inciso VI ao artigo 2º, o art. 2º-A, altera o artigo 23, bem como acrescenta os artigos 28-B, 28-C e 28-D, na Lei nº 8.987/1995; altera o art. 3º da Lei 11.079/2004

Art. 1º A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Capítulo VI

DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Seção I — Das normas gerais

Art. 2º

V — valor estimado do contrato de concessão — somatório das receitas tarifárias e não tarifárias estimadas para todo o prazo da concessão, descontadas a uma taxa apropriada, de acordo com a metodologia especificada pelo poder concedente;

VI — natureza global da concessão — especificação contratual em que se delineia o núcleo do contrato que não poderá ser alterado ao longo da vigência contratual, conforme definido no Contrato de Concessão.

Art. 2º-A. Toda concessão de serviços públicos pressupõe a transferência para o concessionário ou permissionário dos riscos ordinários de exploração associados à demanda e/ou à oferta, atrelados ao objeto do serviço, nos termos da matriz de riscos prevista no respectivo Contrato de Concessão.

§1º Considera-se que o concessionário ou permissionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, o arranjo contratual não prevê garantia de que haja recuperação dos investimentos efetuados ou das despesas suportadas no âmbito da exploração do serviço.

§2º Os riscos transferidos para o concessionário ou permissionário envolverão uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, de forma que não existirá garantia de que o concessionário ou permissionário poderá

recuperar os investimentos e custos envolvidos no contrato, no qual perdas potenciais significantes possam ocorrer.

Art. 23

II — cláusulas de revisão ou de opções a serem exercidas por uma das partes, com a definição clara do escopo e natureza e ainda as condições que permitam sua utilização ao longo da execução do contrato;

V — aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, bem como as hipóteses que permitem modificações da concessão durante a sua execução que não exijam um novo procedimento de licitação da concessão, observado o disposto no art. 28-B e 28-C desta lei;

XII — as condições para que sejam feitas adaptações da concessão que se tornem necessárias devido a dificuldades surgidas durante a utilização ou a manutenção do ativo, bem como para a prorrogação antecipada ou ao término do contrato;

XVI — o valor estimado do contrato.

§1º As modificações da concessão que resultem em alteração do valor do contrato de baixo impacto até os níveis estabelecidos no art. 28-B serão permitidos sem necessidade de abertura de procedimento visando a extinção do contrato.

§2º O contrato poderá prever quais investimentos poderão ser suspensos em casos de dificuldades técnicas comprovadas e quais intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade do serviço público.

§3º O contrato poderá prever mecanismos de boas práticas voltadas para lidar com a incapacidade de o concessionário realizar investimentos ou cumprir cláusulas contratuais diante de circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis, de modo a delimitar a assunção de riscos pelo concessionário.

Seção II — Das modificações do contrato de concessão

Art. 28-B. As concessões podem ser modificadas sem que se implique na necessidade de novo procedimento licitatório, em qualquer dos seguintes casos:

I — quando as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão ou de opções contratuais que possam ser exercidas a critério do concessionário, e desde que tais cláusulas declarem o escopo e natureza das possíveis mudanças ou opções exercíveis de forma clara, precisa e inequívoca.

II — se houver a necessidade de obras ou serviços adicionais que não tenham sido incluídos na concessão inicial, e desde que a mudança do concessionário:

a) não possa ser efetuada por razões econômicas ou técnicas, como requisitos de intercambialidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes adquiridas ao abrigo da concessão inicial; e

b) seja considerada objetivamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para o poder concedente, sempre de forma motivada.

1 — em qualquer caso, os valores incrementais não devem exceder a 50% do valor estimado da concessão original;

2 — nos casos em que haja modificações sucessivas ao longo da concessão com base no disposto neste inciso, a limitação prevista no item anterior será considerada para cada caso individualmente, desde que não tenha por objeto contornar a aplicação do disposto nesta seção.

III — se se verificarem todas as seguintes condições:

a) a necessidade de modificação decorra de circunstâncias que não poderiam ser previstas anteriormente como resultado de uma avaliação diligente realizada pelo poder concedente;

b) a modificação não altera a natureza global da concessão;

c) o aumento dos valores não ultrapassa 50% do valor da concessão original.

IV — quando uma nova concessionária substituir, direta ou indiretamente, a concessionária que iniciou a execução do contrato, como consequência de uma das seguintes situações:

a) aplicação de cláusula de revisão ou exercício de opção contratual inequívoca, em conformidade com as exigências especificadas no inciso I do art. 28-B;

b) sucessão universal ou parcial da concessionária inicial, como

resultado de operações de reestruturação empresarial, incluindo (mas não se limitando) a oferta pública de ações, operações de fusão e aquisição de outras companhias, ou de uma insolvência, para outro concessionário que atenda os critérios de habilitação originais, e desde que não sejam criadas concomitantemente outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação das regras estabelecidas nesta seção; ou

- c) o poder concedente poderá, durante a transição entre concessionárias, em caráter excepcional, assumir as obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes que se façam necessárias à manutenção da continuidade do serviço pelo prazo que se fizer necessário;

V — se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais, nos termos do art. 28-C.

VI — se os valores a serem modificados são inferiores a 10% do valor da concessão, e desde que atendidos os seguintes requisitos:

- a) a modificação não altere a natureza global da concessão;
- b) no caso de modificações sucessivas com base neste inciso, sejam elas avaliadas cumulativamente para fins de atendimento ao percentual máximo estipulado na alínea anterior.

Art. 28-C. Uma alteração do contrato de concessão será considerada substancial sempre que tornar a concessão materialmente diferente daquela originalmente contratada entre as partes.

I — Sem prejuízo ao disposto no art. 28-B, uma modificação é considerada substancial caso verificada uma das seguintes condições¹³³:

- a) a modificação muda o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da concessionária de uma forma não prevista originalmente no contrato; ou
- b) a modificação aumenta ou reduz consideravelmente o escopo da concessão, seja quanto ao seu objeto ou quanto ao seu prazo.

¹³³ Além dessas condições, em regra, a norma europeia considera como substancial a troca do concessionário, requerendo, em regra, um novo procedimento competitivo (Artigo 43 (4) (d)).

Art. 28-D. O Termo Aditivo de renegociação de que trata esta Lei deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União juntamente com todos os documentos e informações que motivaram a renegociação.

Parágrafo primeiro. O Termo Aditivo poderá conter cláusula de eficácia vinculando sua vigência à manifestação final do Tribunal de Contas da União, o que neste caso deverá ocorrer no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.

Parágrafo segundo. Transcorrido o prazo de que trata o parágrafo primeiro sem que tenha havido a manifestação conclusiva do Tribunal de Contas da União e havendo cláusula de eficácia, o Termo Aditivo de renegociação passará a vigor no primeiro dia útil subsequente ao prazo previsto no parágrafo primeiro.

Art. 2º A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se lhes adicionalmente o disposto nos arts. 2, 2-A, 21, 23, 28-B, 28-C, 28-D, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Justificativa

A legislação atual que rege o tema do direito dos contratos de concessão (especialmente a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2004) serviu adequadamente ao seu propósito e sustentou uma ampla gama de programas governamentais nas diversas esferas de governo, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Todavia, o tempo e a complexidade das contratações públicas mais atuais demonstram a necessidade de sua revisão.

Com efeito, o tema da infraestrutura é bastante dinâmico e multifacetado, a exigir do gestor público a adoção de mecanismos contratuais e regulatórios sempre mais modernos, tendo o objetivo de realizar o interesse público, mas igualmente atrair investimentos com a máxima segurança jurídica possível e ainda permitir a atualização, modernização e aprimoramento da legislação hoje em vigor sobre concessões e infraestrutura.

Na ideia de permitir a mutabilidade dos contratos de longo prazo, bem como dirimir conflitos deles emergentes com o passar de sua vigência, não

há dúvida de que houve um fracionamento da legislação que se estruturou a partir de vários mecanismos. Essa relativa desintegração da unidade do tratamento legal é um dos fatores estruturantes da insegurança jurídica no tema, tendo em vista que as regras e procedimentos não foram imaginados dentro de um senso de unidade e sistematicidade. É evidente que essa falta de unidade trouxe confusão na interpretação dessas várias leis, criando incentivos perversos e ineficazes para a estabilidade jurídica e para a celeridade de alterações necessárias aos concessionários de boa-fé.

O PL, nessa linha, tentar caminhar e resolver a grande parte das mencionadas questões, a começar por exigir regras claras, objetivas e uniformes sobre os limites para alteração de contratos de concessão. A existência de balizas objetivas proporciona maior segurança jurídica aos concessionários.

Os contratos de concessão normalmente envolvem complexos mecanismos técnicos e financeiros a longo prazo que estão muitas vezes sujeitos a circunstâncias variáveis. Por conseguinte, é necessário clarificar as condições em que podem ser feitas as modificações de uma concessão durante a sua execução, permitindo objetivamente alterações quantitativas nos contratos sem que haja a necessidade de se promover um novo procedimento licitatório.

As modificações da concessão que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado nível desse valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de concessão. O presente projeto introduz na legislação balizas objetivas entre as quais não é necessário um novo procedimento licitatório.

As autoridades e concessionárias podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram a concessão, em especial quando a sua execução abrange um maior período de tempo. Nesses casos, é necessário ter flexibilidade para adaptar a concessão a essas circunstâncias. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a circunstâncias que não podiam ter sido previstas, apesar de a autoridade ou entidade contratante ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível.

Contudo, este conceito não pode ser aplicado nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando de forma profunda o tipo de concessão, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado. No caso de concessões adjudicadas para efeitos de prosseguir uma atividade diferente, o aumento dos valores não poderá ultrapassar 50% do valor da concessão original. Quando forem realizadas diversas modificações sucessivas, essa limitação aplicar-se-á ao valor de cada modificação. Tais mudanças sucessivas não poderão ter por objetivo contornar as disposições da presente diretiva.

Deverá ser dada às autoridades e entidades adjudicantes a possibilidade de preverem modificações da concessão através de cláusulas de revisão ou opção. No entanto, essas cláusulas não deverão dar-lhes um poder de apreciação ilimitado. Deverá, por conseguinte, ser especificado que, em cláusulas de revisão previstas contratualmente e redigidas de forma suficientemente clara, poderão ser previstas situações, condições e regras para se promover as alterações.

Além disso, deverá ser possível, em cláusulas suficientemente claras, prever as adaptações da concessão que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas geradas durante a utilização ou a manutenção. Convém também recordar que as concessões poderão, por exemplo, incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público.

Apêndice B — Simulação dos limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões aeroportuárias no Brasil¹³⁴

Tabela 1 — Limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões aeroportuárias no Brasil

Aeroporto	Valor do contrato (em R\$ milhões)	Limite para obras/ serviços adicionais ¹³⁵	% Capex ¹³⁶	Limite para alterações imateriais ¹³⁷	% Capex
Natal/RN	650	325,0	53%	65,0	11%
Guarulhos/SP	17.697	8.848,5	171%	1.769,7	34%
Brasília/DF	5.335	2.667,5	97%	533,5	19%
Viracopos/SP	12.984	6.492,0	65%	1.298,4	13%
Galeão/RJ	12.953	6.476,5	163%	1.295,3	33%
Confins/MG	5.117	2.558,5	103%	511,7	21%
Fortaleza/CE	3.503	1.751,5	183%	350,3	37%
Salvador/BA	4.561	2.280,5	134%	456,1	27%
Florianópolis/SC	2.269	1.134,5	118%	226,9	24%
Porto Alegre/RS	4.239	2.119,5	121%	423,9	24%
Bloco Nordeste	5.781	2.890,5	134%	578,1	27%

134 Valores arredondados para cima sempre que o algarismo da primeira casa decimal foi superior a cinco.

135 50% do valor original da concessão.

136 Valor do limite referencial em relação ao *capex* estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o *capex* consolidado, ou seja, englobando *capex* de desenvolvimento bem como *capex* de manutenção.

137 Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao *capex* estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/23/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato — considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

Aeroporto	Valor do contrato (em R\$ milhões)	Limite para obras/ serviços adicionais¹³⁵	% Capex¹³⁶	Limite para alterações imateriais¹³⁷	% Capex
Bloco Sudeste	1.579	789,5	225%	157,9	45%
Bloco Centro-Oeste	1.433	716,5	93%	143,3	19%
Bloco Sul	7.452	3.726,0	130%	745,2	26%
Bloco Central	3.559	1.779,5	99%	355,9	20%
Bloco Norte	3.634	1.817,0	123%	363,4	25%
Bloco SP/MS/PA/MG	11.609	5.804,5	134%	1.160,9	27%
Bloco Aviação Geral	1.710	855,0	201%	171,0	40%
Bloco Norte II	1.932	966,0	176%	193,2	35%
Natal/RN (Relicitação)	1.328	664,0	231%	132,8	46%
Viracopos/SP (Relicitação)	13.366	6683,0	165%	1336,6	33%
Mediana			121%		24%
Desvio-padrão			33%		7%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de *capex* estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>. Acesso em: 21 jul. 2023.

Apêndice C — Simulação dos limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões rodoviárias no Brasil

Tabela 2 — Limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões rodoviárias no Brasil

Rodovia	Valor do contrato ¹³⁸ (em R\$ milhões)	Limite para obras/ serviços adicionais ¹³⁹	% <i>Capex</i> ¹⁴⁰	Limite para alterações imateriais ¹⁴¹	% <i>Capex</i>
Autopista Fernão Dias	5730	2865,0	213%	573,0	43%
Autopista Fluminense	4.009	2004,5	190%	400,9	38%
Autopista Litoral Sul	5.484	2742,0	199%	548,4	40%
Autopista Planalto Sul	3.219	1609,5	219%	321,9	44%
Autopista Régis Bittencourt	7.529	3764,5	198%	752,9	40%
CCR Via Costeira	11.573	5786,5	199%	1157,3	40%
Ecoponte	6.331	3165,5	247%	633,1	49%
Ecovias do Araguaia	25.232	12616,0	173%	2523,2	35%
EcoRioMinas	43.189	21594,5	197%	4318,9	39%
Ecosul	333	166,5	251%	33,3	50%
Ecovias do Cerrado	8.267	4133,5	201%	826,7	40%

138 Nos casos em que os contratos não atribuíam um valor referencial, utilizou-se a somatória em valores correntes das receitas ao longo do período da concessão constante dos estudos de viabilidade ou da proposta comercial da proponente vencedora da licitação.

139 50% do valor original da concessão.

140 Valor do limite referencial em relação ao *capex* estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o *capex* consolidado, ou seja, englobando *capex* de desenvolvimento bem como *capex* de manutenção.

141 Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao *capex* estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/23/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato (com exceção da concessão da Ecosul) — considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

Rodovia	Valor do contrato ¹³⁸ (em R\$ milhões)	Limite para obras/ serviços adicionais ¹³⁹	% <i>Capex</i> ¹⁴⁰	Limite para alterações imateriais ¹⁴¹	% <i>Capex</i>
CCR RioSP	59,350	29675,0	181%	5935,0	36%
Rodovia do Aço	2.391	1195,5	219%	239,1	44%
Mediana			199%		40%
Desvio-padrão			23%		5%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de *capex* estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/annt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes>. Acesso em: 21 jul. 2023.

Apêndice D — Simulação dos limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões ferroviárias no Brasil

Tabela 3 — Limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões ferroviárias no Brasil

Ferrovia	Valor do contrato ¹⁴² (em R\$ milhões)	Limite para obras/ serviços adicionais ¹⁴³	% <i>Capex</i> ¹⁴⁴	Limite para alterações imateriais ¹⁴⁵	% <i>Capex</i>
MRS Logística	5730	2865,0	213%	573,0	43%
Mediana			199%		40%
Desvio-padrão			23%		5%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de *capex* estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/annt/pt-br/assuntos/ferrovias>. Acesso em: 21 jul. 2023.

142 Nos casos em que os contratos não atribuíam um valor referencial, utilizou-se a somatória em valores correntes das receitas ao longo do período da concessão constante dos estudos de viabilidade ou da proposta comercial da proponente vencedora da licitação.

143 50% do valor original da concessão.

144 Valor do limite referencial em relação ao *capex* estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o *capex* consolidado, ou seja, englobando *capex* de desenvolvimento bem como *capex* de manutenção.

145 Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao *capex* estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/23/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato — considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

Apêndice E — Processos de solução consensual no TCU

Quadro 2 — Processos de solução consensual no TCU

Processos	Relator	Objeto / Empresa	Sector
000.853/2023-2	A sortear ¹⁴⁶	Devolução de trechos ferroviários e respectivo cálculo de indenização / Rumo Malha Paulista	Ferrovias
000.855/2023-5	A sortear	Atualização do Caderno de Obrigações / Rumo Malha Paulista	Ferrovias
006.223/2023-0	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Rovema Energia S.A.	Energia
006.248/2023-3	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Âmbar Energia S.A.	Energia
006.250/2023-8	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Tradener Serviços em Energia LTDA.	Energia
006.252/2023-0	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Termelétrica Viana S.A. — Linhares Geração S.A. — Povoação Energia S.A.	Energia
006.253/2023-7	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Karpowership Brasil Energia LTDA.	Energia
006.448/2023-2	A sortear	Obrigação de investimento para adequação do sistema de pista do Aeroporto de Cuiabá / Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A.	Aeroportos
006.449/2023-9	A sortear	Construção da segunda pista de pouso no Aeroporto de Confins (MG) / Concessionária do Aeroporto de Confins S.A.	Aeroportos
020.662/2023-8	A sortear	Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).	Telecom

Fonte: Elaboração própria.

146 Nos termos do art. 9º da Instrução Normativa-TCU nº 91/2022, o Relator, em regra, só é sorteado apenas após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de solução consensual apresentada.

Apêndice F — Comparativo de prós e contras das vias consensuais

Quadro 3 — Comparativo de prós e contras das vias consensuais

Via	Prós	Contras
Arbitragem	• Especialização dos árbitros no assunto • Celeridade frente à judicialização do conflito	• Falta de celeridade em comparação com a resolução de conflitos no âmbito do próprio Poder Concedente • Altos custos processuais
Mediação no TCU (Secex Consenso)	• Diminuição dos custos de transação e assimetria de informações junto ao órgão regulador • Diminuição do tempo total da resolução do conflito em comparação com a atuação do tribunal em sede de controle <i>ex post</i>. • Maturidade das unidades técnicas em matéria de controle de concessões de serviços públicos	• Fomento ao controle <i>ex ante</i> • Desincentivo ao uso de câmaras de mediação e arbitragem como a do âmbito da AGU; • Falta de experiência do órgão em matéria de mediação na resolução de conflitos • Inexistência de precedentes para se analisar a qualidade do processo de mediação pretérito
Relicitação	• Diminuição de desgaste para as partes em comparação com eventual caducidade da concessão • Manutenção de serviço público, mesmo que em condições mínimas • Consiste em uma alternativa viável diante de situação real de anormalidade que gera a inviabilidade contratual a ponto de impactar premissas e diretrizes regulatórias a serem aplicadas e a própria modelagem do ajuste	• Abertura excessiva da lei de relicitações para as hipóteses • Incentivo a comportamentos oportunistas das concessionárias • Existência de lacunas quanto à limitação das prorrogações dos termos aditivos celebrados entre o poder concedente e o concessionário que entrega a concessão • Insegurança jurídica em relação à quantificação das indenizações

Via	Prós	Contras
TAC	• Instrumento de correção mais célere e legítimo, haja vista que o concessionário infrator participa da construção da proposta negociada; • Agência pode melhor direcionar seus recursos, diminuindo o dispêndio de tempo na apuração e responsabilização das infrações • Atuação mais célere na identificação e correção de outras infrações de outras prestadoras • Oportunidade de direcionamento de investimentos, pois o Poder Público pode exigir contrapartidas não anteriormente previstas às novas condições do acordo	• Risco de captura da agência reguladora • Falta de força cogente do instrumento em alguns aspectos • Limitação do escopo apto a integrar o TAC

Fonte: Elaboração própria.

Apêndice G — Processos envolvendo aplicação do instituto da relicitação no TCU

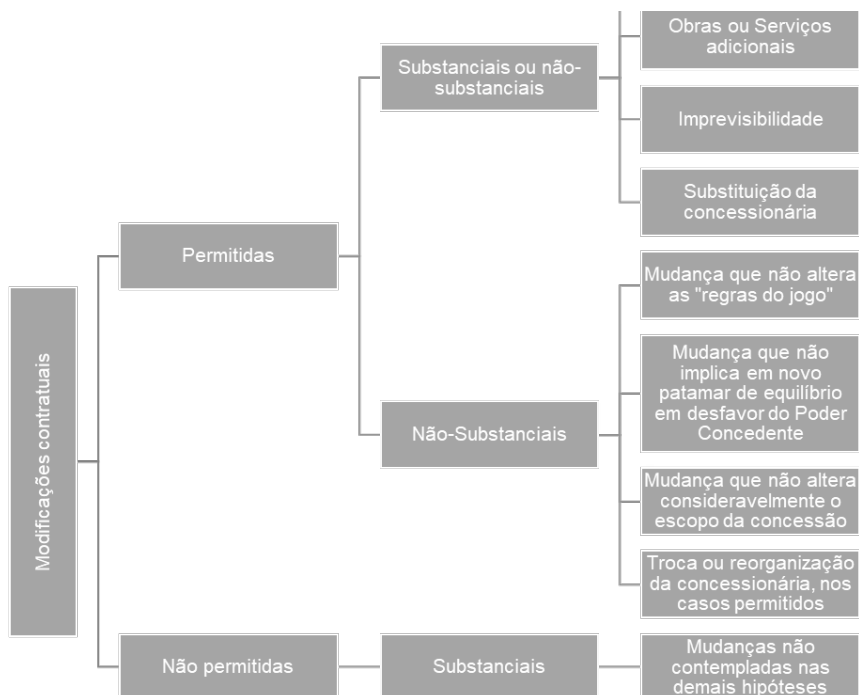
Quadro 4 — Processos envolvendo aplicação do instituto da relicitação no TCU

Processo	Relator	Ativo	Setor
008.508/2020-8	Jorge Oliveira	BR-040/DF/GO/MG — Trecho Brasília-DF — Juiz de Fora-MG	Rodoviário
009.470/2020-4	Vital do Rêgo	Aeroporto de Viracopos (VCP) instaurado pela Anac	Aeroportuário
028.391/2020-9	Aroldo Cedraz	Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/ RN (SBSG)	Aeroportuário
016.420/2021-7	Aroldo Cedraz	BR-163/MS — trecho entre a divisa com o estado do Mato Grosso e a divisa com o Paraná	Rodoviário
005.373/2022-0	Walton Alencar Rodrigues	BR-060/153/262/DF/GO/ MG	Rodoviário
007.850/2023-9	Aroldo Cedraz	Conhecer e a avaliar a continuidade do processo de relicitação da Ferrovia Malha Oeste — trecho ferroviário com extensão total de 1.625,30 km e que intercepta os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul	Ferrovário
008.877/2023-8	Vital do Rêgo	Relicitação nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário	Diversos
009.697/2023-3	Aroldo Cedraz	Relicitação da Malha Oeste	Ferrovário
014.498/2023-5	Augusto Nardes	Relicitação do aeroporto do Galeão/RJ	Aeroportuário

Fonte: Elaboração própria.

Apêndice H — Visão geral esquemática da tipologia das modificações contratuais

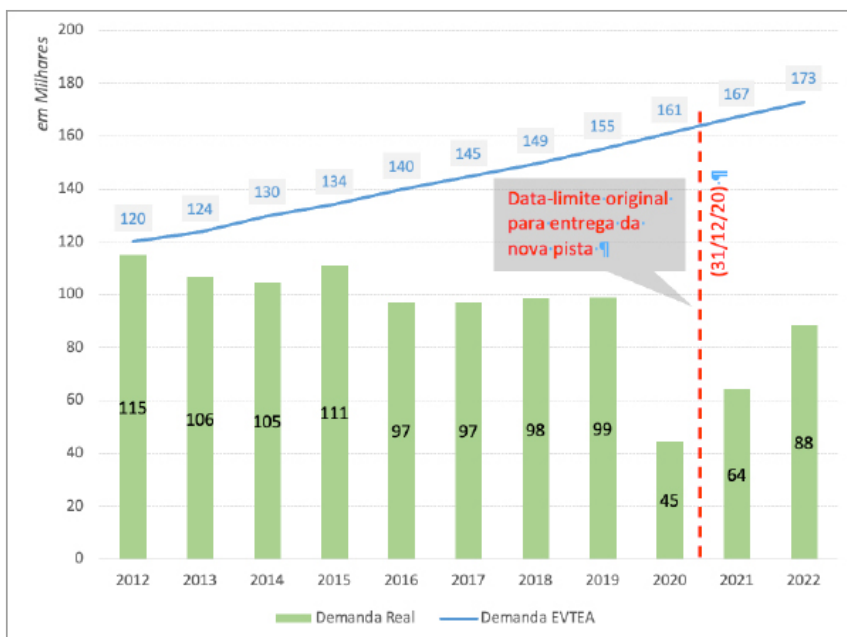
Figura 1 — Visão geral esquemática da tipologia das modificações contratuais



Fonte: Elaborado pelos autores.

Apêndice I — Comparativo entre demanda estimada e demanda efetivada no aeroporto de Confins

Gráfico 1 — Comparativo entre demanda estimada e demanda efetivada no aeroporto de Confins



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados consultados no Portal Hórus/SAC, disponível em: <https://horus.labtrans.ufsc.br/gerencial>. Acesso em: 7 ago. 2023.

Apêndice J — Estimativas de crescimento da movimentação anual de aeronaves no aeroporto de Confins

Tabela 4 — Estimativas de crescimento da movimentação anual de aeronaves no aeroporto de Confins

Ano	Movimentos
2023	99.029 ¹⁴⁷
2024	102.198
2025	105.468
2026	108.843
2027	112.326
2028	115.921
2029	119.630
2030	123.458
2031	127.409
2032	131.486
2033	135.694
2034	140.036
2035	144.517
2036	149.141
2037	153.914
2038	158.839
2039	163.922
2040	169.168
2041	174.581
2042	180.168
2043	185.933
2044 ¹⁴⁸	191.883
2045	198.023
2046	204.360
2047	210.899
2048	217.648
2049 ¹⁴⁹	224.613

Fonte: Elaboração própria

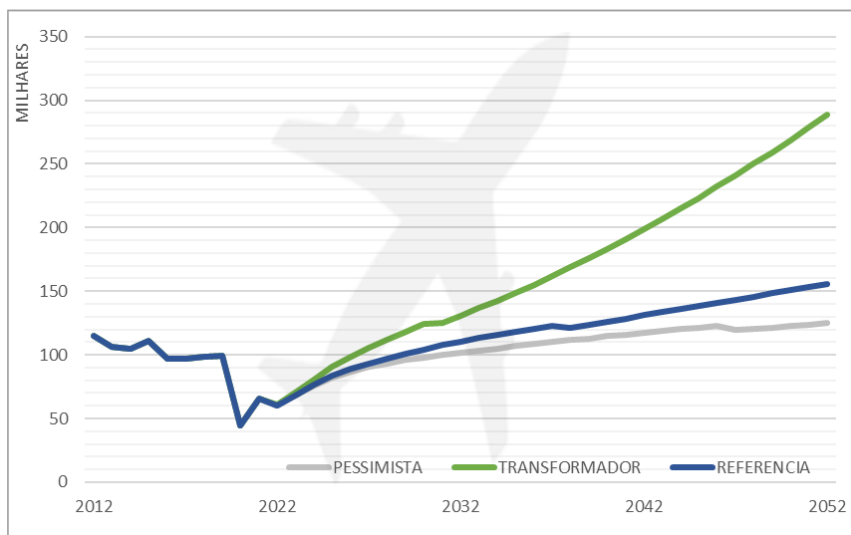
147 Equivalente à demanda pré-covid (ano de 2019), segundo dados do portal Hórus/SAC.

148 Último ano previsto de contrato.

149 Prazo final, se considerada a extensão contratual de prazo de até cinco anos.

Anexo II — Projeções de movimentação anual de aeronaves no aeroporto de Confins (2012-2042)

Gráfico 2 — Projeções de movimentação anual de aeronaves no Aeroporto de Confins (2012-2042)



Fonte: Apêndice I (Parte 1) do PAN 2022 (adaptado pelos autores). Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/plano-aeroviario-nacional-2022>. Acesso em: 7 ago. 2023.

Modernização das cláusulas econômico-financeiras do contrato de arrendamento portuário como incentivo à renovação dos ativos

Flávia Moraes Lopes Takafashi¹

Patrícia Póvoa Gravina²

Resumo

O setor portuário brasileiro é um componente crítico da economia nacional, servindo como portas de entrada essenciais para o comércio internacional e centros logísticos que conectam mercados globais. Até a segunda semana de janeiro de 2025, as exportações brasileiras aumentaram 10,5%, totalizando US\$ 9,38 bilhões, enquanto as importações cresceram 23,4%, somando US\$ 8,05 bilhões, resultando em um superávit comercial de US\$ 1,33 bilhão e um crescimento de 16,1% no fluxo comercial, atingindo US\$ 17,44 bilhões, conforme relatório do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (MDIC). Os portos brasileiros têm um papel fundamental na gestão do intenso fluxo de mercadorias que impulsiona a economia nacional, movimentando aproximadamente 95% do comércio

-
- 1 Mestra em Direito, pós-graduada em Regulação de Serviços Públicos e em Direito Marítimo e Portuário. Formação em Regulação pela Harvard Kennedy School e em Gestão Portuária pela Escola de Negócios da Normandia (IPER). Especialista em Regulação de Transportes Aquaviários da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e, atualmente, diretora da Antaq.
 - 2 Mestra em Física e mestranda em Gestão Portuária pela Fundação Valência Ports. Pós-graduada em Direito Marítimo e Portuário, formação em Gestão Portuária pela Escola de Negócios da Normandia (IPER) e certificação internacional CP3P. Especialista em Regulação de Transportes Aquaviários da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e, atualmente, diretora do Programa da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI) da Presidência da República.

exterior, conforme dados da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). A modernização e a eficiência das infraestruturas portuárias impactam diretamente a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional e a atração de investimentos estrangeiros. O arrendamento portuário, um mecanismo-chave para a ocupação de áreas portuárias públicas por meio de licitação pública, atualmente envolve contratos de longo prazo com alocações abrangentes de risco para os arrendatários. O quadro contratual existente leva, com frequência, a processos burocráticos prolongados, com média de dois anos para aprovação de alterações contratuais e alto custo de transação, o que pode dificultar investimentos e inovações oportunas. Este artigo explora a potencial modernização das cláusulas econômico-financeiras nos contratos de arrendamento portuário para incentivar a renovação de ativos e atrair investimentos sem os atrasos processuais atuais. Ao redesenhar essas cláusulas para permitir que certos investimentos e eficiências operacionais avancem com processos de aprovação simplificados, o setor pode alcançar resultados mais eficazes e ágeis. Essas modernizações são particularmente relevantes, dadas as inovações tecnológicas e os eventos climáticos extremos que impactam contratos de longo prazo.

As inovações contratuais propostas incluem aprovação automática para investimentos menores, reduções tarifárias para projetos de infraestrutura sustentável e modelos de parceria público-privada para iniciativas de grande escala. Essas mudanças visam reduzir barreiras burocráticas, promover inovação contínua e melhorar a sustentabilidade e a competitividade do setor. A implementação dessas medidas pode posicionar os portos brasileiros como líderes em eficiência e sustentabilidade, promovendo um ambiente econômico consistente, favorável ao crescimento e à modernização.

1. O setor portuário brasileiro e o contrato de arrendamento

O setor portuário é uma engrenagem fundamental para a economia brasileira. Historicamente, os portos têm servido como os principais pontos de entrada e saída para o comércio internacional, funcionando como eixos logísticos que conectam mercados globais.

Segundo dados do MDIC,³ até a 2ª semana de janeiro de 2025 as exportações brasileiras cresceram 10,5%, comparadas a janeiro de 2024, e somaram US\$ 9,38 bilhões. As importações cresceram 23,4% e totalizaram US\$ 8,05 bilhões. Assim, a balança comercial registrou superávit de US\$ 1,33 bilhões e a corrente de comércio aumentou 16,1%, alcançando US\$ 17,44 bilhões.

Dados da Antaq,⁴ mostram que, de janeiro a novembro de 2024, foram movimentadas 1.208,2 milhões de toneladas de cargas pelos portos e terminais brasileiros, sendo 727,3 mi/ton de graneis sólidos, 287 mi/ton de graneis líquidos e 57,5 mi/ton de carga geral.

Os portos brasileiros são centrais na condução do intenso fluxo de mercadorias que move a economia nacional. Grande parte das exportações brasileiras, predominantemente composta por *commodities* como soja, minério de ferro e petróleo, é escoada pelos portos. Eles também funcionam como vias para a importação de bens essenciais, incluindo tecnologias e insumos industriais.

No contexto mundial, os portos são igualmente importantes. Eles facilitam o comércio global, sustentam cadeias de abastecimento e influenciam políticas econômicas e comerciais. Países com portos eficientes tendem a se destacar no cenário global por sua capacidade de promover o comércio internacional de forma rápida e segura.

A eficiência e a modernização das infraestruturas portuárias impactam diretamente a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional e a atração de investimentos estrangeiros. Além disso, o setor portuário brasileiro constitui estrutura fundamental para o desempenho da economia do país, sendo responsável pela movimentação de cerca de 95% do comércio exterior.

O setor portuário brasileiro é formado pelos portos públicos organizados e pelos terminais portuários privados espalhados pela costa brasileira. Nos portos organizados, a operação portuária é realizada em áreas públicas mediante o pagamento de tarifas ou em áreas arrendadas à iniciativa privada.

3 MDIC. *Balança comercial preliminar parcial do mês*. Disponível em: https://balanca.economia.gov.br/balanca/pg_principal_bc/principais_resultados.html. Acesso em: 15 jan. 2025.

4 Antaq. *Estatístico aquaviário*. Disponível em: <https://web3.antaq.gov.br/ea/sense/index.html#pt>. Acesso em: 12 jan. 2025.

Arrendamento portuário é a cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, mediante prévia licitação, para exploração por prazo determinado. É a forma mais perene e tradicional de ocupação de áreas dentro dos portos brasileiros.

Os contratos de arrendamentos são licitados pela Antaq e possuem prazo de até 35 anos, prorrogáveis por sucessivas vezes, a critério do poder concedente, até o máximo de 70 anos. Como regra, esses contratos são licitados a partir de um estudo de viabilidade econômico-financeira referencial, que estabelece um parâmetro de eficiência a ser cumprido e impõe uma obrigação de investimento a ser realizada durante a execução do contrato.

Após o certame licitatório, o licitante vencedor, agora arrendatário, apresenta um plano básico de investimentos apontando o detalhamento técnico dos investimentos a serem realizados, com vistas a alcançar a performance e cumprir a obrigação contratual com a qual ele se comprometeu.

Tendo como referência as licitações realizadas nos anos de 2023 e 2024 pelo Governo Federal, a alocação de risco dos contratos de arrendamentos licitados dispõe que a arrendatária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados ao arrendamento, inclusive, mas sem limitação, pelos riscos de projeto, engenharia e construção. Além disso, pela recusa de usuários em pagar pelos serviços; pela obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas ao arrendamento; pelos custos excedentes relacionados às atividades objeto do arrendamento; pelo atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no contrato ou de outros prazos estabelecidos entre as partes ao longo da vigência contratual.

O arrendatário assume também o risco quanto à tecnologia empregada nas atividades do arrendamento; ao perecimento, à destruição, ao roubo, ao furto, à perda ou a quaisquer outros tipos de danos causados aos bens do arrendamento. Essa responsabilidade não é reduzida ou excluída em virtude da fiscalização da Agência Reguladora. Assim, são assumidos os riscos ainda quanto às manifestações sociais e/ou públicas que afetem, de qualquer forma, a execução e a prestação das atividades relacionadas ao contrato; à paralisação das atividades da arrendatária em razão de greve de seus colaboradores ou de seus subcontratados; às mudanças no custo de capital, inclusive as resultantes de variações das taxas de juros e à variação das taxas de câmbio.

A minuta-padrão dos contratos de arrendamento recém-firmados com a União dispõe também que cabe ao arrendatário os riscos relativos às alterações na legislação dos impostos sobre a renda.

Além disso, aplicam-se ao contrato o caso fortuito e a força maior que estejam disponíveis para cobertura de seguros oferecidos no Brasil, nas condições de mercado, na época da contratação e/ou renovação da apólice de seguros. Também se aplicam a recuperação, a remediação e o gerenciamento do passivo ambiental relacionado ao arrendamento, com exceção daquele expressamente assumido pelo poder concedente, nos termos do contrato.

Inclui-se, ainda, a possibilidade de a inflação de determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para o reajuste dos valores previstos no contrato e em seus anexos para o mesmo período. Abrange-se, igualmente, a responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da operação do arrendamento.

São incluídos também os prejuízos causados a terceiros pela arrendatária ou por seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços, ou por qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pelo arrendamento. Abrange-se, ainda, os vícios dos bens do arrendamento adquiridos pela arrendatária após a data da assunção, bem como dos bens arrendados ou locados para operações e manutenção do arrendamento ao longo do prazo contratual.

Por fim, considera-se a não efetivação da demanda projetada por qualquer motivo, inclusive se decorrente da implantação de novos portos organizados ou de novas instalações portuárias privadas, dentro ou fora da área de influência do porto organizado.

Ainda, ao atraso na obtenção das licenças federais, estaduais e municipais, inclusive licenças relacionadas especificamente à área do arrendamento, quando não houver estipulação de prazo máximo legal ou regulamentar para sua emissão pelas autoridades competentes; à decisão judicial ou administrativa que inviabilize a arrendatária de desempenhar as atividades objeto do contrato, de acordo com as condições nelas estabelecidas, bem como na legislação, na regulamentação e no regulamento de exploração do porto organizado, nos casos em que a arrendatária, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, houver dado causa ou de alguma sorte contribuído para

tal decisão. Por fim, aos transtornos causados por limitações administrativas, direito de passagem ou servidões suportadas pela arrendatária, sem prejuízo do direito de ser remunerada pela pessoa beneficiada, nos termos da regulamentação; e ao valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes da instituição de limitações administrativas, direito de passagem ou servidões que beneficiem a arrendatária.

Ao poder concedente, a União, por sua vez, cabem os riscos relativos aos custos decorrentes de recuperação, remediação, monitoramento e gerenciamento do passivo ambiental existente dentro da área do arrendamento. Isso deve ocorrer desde que não conhecido até a data de assunção e não ocasionado pelo arrendatário; à paralisação das atividades da arrendatária em razão dos riscos ambientais por ele assumidos, desde que não tenham sido causados pela arrendatária; à alteração legislativa específica que comprovadamente altere a composição econômico-financeira do contrato, a exemplo da criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, com exceção de alterações relacionadas aos impostos incidentes sobre a renda ou qualquer outra circunstância em que inexistam relação direta de causalidade com o mencionado desequilíbrio. Cabem ainda riscos ao atraso ou à paralisação das atividades decorrentes da demora ou da impossibilidade da obtenção das licenças ambientais da instalação portuária em razão da inexistência ou da cassação das licenças ambientais do porto organizado. O mesmo se aplica ao descumprimento das condicionantes nelas estabelecidas; ao caso fortuito ou de força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil, nas condições normais de mercado, na época da contratação e/ou renovação da apólice de seguros; à decisão judicial ou administrativa que inviabilize a arrendatária de desempenhar as atividades objeto do contrato ou de usufruir a integralidade da área do arrendamento, de acordo com as condições nelas estabelecidas, bem como na legislação, na regulamentação e no regulamento de exploração do porto organizado, exceto nos casos em que a arrendatária houver dado causa a tal decisão. Por fim, aos custos decorrentes do atraso na disponibilização da área do arrendamento em que serão desenvolvidas as atividades objeto do contrato, desde que o atraso seja superior a doze meses da data de assunção e haja comprovação de prejuízo significativo; ficando a arrendatária,

neste caso, isenta das penalidades decorrentes do atraso no cumprimento de suas obrigações.

2. A mutabilidade contratual e as cláusulas econômico-financeiras

Como em todo contrato de longo prazo, a discussão quanto à mutabilidade dos contratos de arrendamentos é pauta comum. Esse tema surge com frequência nos debates em que vêm à tona as questões relativas à eficiência contratual em um ambiente de incerteza.

A mutabilidade dos contratos de longo prazo assegura que, diante de um ambiente em constante transformação, as partes possam ajustar seus contratos de maneira justa e objetiva. Esse mecanismo permite equilibrar a proteção contra riscos excessivos e imprevistos, preservando a saúde e a função original do contrato ao longo de sua vigência.

A mutabilidade dos contratos de infraestrutura é inevitável. Segundo Rosa (2023; p. 113):

Contratos complexos e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas, são estruturas normativas incompletas, cujas lacunas não podem ser previamente integradas em razão dos custos de transação necessários para se realizar essa tarefa serem proibitivos e das incertezas ambientais e comportamentais envolvidas nessas relações. Relações contratuais complexas que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente. Diante disso, deve-se prever antecipadamente nos instrumentos contratuais mecanismos adaptativos e estruturas de governança que assegurem ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas e necessárias a esse tipo de relação.

A relação entre o princípio da mutabilidade e as cláusulas de alocação de risco é essencial para assegurar que esses contratos permaneçam eficientes, equitativos e viáveis ao longo do tempo. Afinal, é a partir de sua alocação de riscos que o contrato de arrendamento portuário estabelece uma série de cláusulas econômico-financeiras que orientam a sua dinâmica nas

hipóteses de ocorrência de fatores externos que possam causar alterações contratuais e pôr em prática a mutabilidade em questão.

Ademais, se a busca da eficiência e da melhoria do ativo portuário é uma busca setorial constante — e de fato o é —, a realização de investimentos não previstos originalmente no contrato é uma das fontes mais clássicas e comuns da mutabilidade dessa espécie de contrato.

Tendo como referência as cláusulas de alocação de riscos fixadas no momento da licitação, e as disposições regulatórias que regem a matéria, tais como a Lei nº 12.815/2013, o Decreto nº 8.033/2013 e a Portaria Ministerial nº 530, de 13 de agosto de 2019, sabe-se que, na hipótese de o arrendatário intencionar realizar investimentos ou expansões contratuais não previstas originalmente no contrato, ele deverá solicitar ao poder concedente a aprovação preliminar de seu pleito. Além disso, em seguida, deverá demandar à agência reguladora, a Antaq, o cálculo do impacto que o montante a ser investido causará no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Embora haja um rito claro e bem definido que aponte uma previsibilidade e transparência de todas as fases do processo, é fato que, muitas vezes, o tempo necessário para que o novo investimento esteja autorizado e devidamente incorporado à equação econômico-financeira contratual é longo. Não é raro que esse prazo ultrapasse a marca de dois anos.

A partir dessa realidade, trazemos os seguintes questionamentos: e se as cláusulas contratuais pudessem ser modernizadas para trazer incentivos à renovação dos ativos sem que toda e qualquer alteração tivesse de passar pelo rito de reequilíbrio contratual atualmente vigente?

Como as cláusulas econômico-financeiras dos contratos de arrendamentos poderiam ser redesenhadas para, em determinadas circunstâncias, otimizar o processo de aprovação de investimentos e melhorias de eficiências operacionais?

Um recompartilhamento dos riscos contratuais poderia ser utilizado como medida de modernização contratual com vistas a incentivar a atração de novos investimentos?

Haveria alguma medida de aperfeiçoamento da governança contratual que fosse capaz de alcançar um resultado mais eficaz e ágil, permitindo que arrendatários implementassem inovações e melhorias em infraestrutura sem enfrentar longos atrasos burocráticos?

Essas são questões que, diante da sempre busca pela melhoria e modernização dos ativos portuários, precisam ser enfrentadas e bastante debatidas. Isso é necessário para encontrar medidas concretas que impactem, de maneira eficiente, a gestão dos contratos de arrendamento portuário.

3. A modernização das cláusulas econômico-financeiras

O debate acerca da modernização das cláusulas econômico-financeiras a fim de inserir maior dinamismo nos processos de alterações contratuais sempre esteve presente nos debates jurídicos e econômicos do setor. Porém, nos últimos anos, sobretudo após a pandemia de covid-19 e da ocorrência de episódios climáticos extremos, ele tem se tornado cada vez mais frequente e urgente.

Os setores de infraestrutura têm sido bastante impactados pela demanda de investimentos para enfrentar o aumento dos riscos relacionados aos impactos das mudanças climáticas e do avanço célere da modernização tecnológica. Se antes as discussões relacionadas à necessidade de melhoria contratual já urgiam com frequência, agora elas se tornaram essenciais para garantir a viabilidade econômica, a adaptabilidade operacional e a resiliência dos empreendimentos diante das mudanças disruptivas.

A modernização das cláusulas econômico-financeiras em contratos se impõe não apenas como um imperativo para mitigar riscos, mas também para promover a inovação e assegurar que contratos de longa duração sejam capazes de responder de modo eficaz às demandas de um ambiente global cada vez mais complexo e volátil. É vital que essas cláusulas proporcionem margens de flexibilidade que permitam ajustes equitativos, garantindo tanto a sustentabilidade dos projetos quanto a justiça econômica entre as partes contratantes.

De acordo com o *Review of Maritime Transport 2024*,⁵ tendências e projeções recentes sugerem que eventos climáticos extremos tendem a aumentar em frequência e gravidade devido às alterações climáticas. Isso faz com que os portos e o transporte marítimo sejam cada vez mais expostos

5 UNCTAD. ONU. *Review of Maritime Transport 2024*. Nova York e Genebra: United Nations Publication, 2024. Disponível em: <https://unctad.org/publication/review-maritime-transport-2024>. Acesso em: 1 fev. 2025.

ao aumento dos níveis do mar, às inundações, às tempestades e a outros riscos ambientais.

Do relatório, extrai-se que o aumento de eventos extremos climáticos que o mundo vem enfrentando pode levar a uma incidência maior de perda ou dano de carga e riscos aumentados para o transporte de carga, o que representa desafios para a segurança das operações de carga nos portos mundiais.

Os impactos das mudanças climáticas impõem riscos não previstos e decorrem da maior probabilidade e frequência de eventos meteorológicos relacionados ao clima. Desse modo, a alocação de riscos entre os diversos partícipes que atuam na logística de transporte sob uma gama de contratos — incluindo os contratos de transporte e os de exploração de infraestrutura portuária — pode tornar-se inadequada e necessitar ser revisada.

Outro fator que tem impulsionado a modernização das cláusulas é o impacto da modernização tecnológica. Soma-se a isso a necessidade de transição das superestruturas e infraestruturas de transporte marítimo-portuário às diretrizes internacionais estabelecidas pela Organização Marítima Internacional (International Maritime Organization, IMO) e aos compromissos globais e nacionais voltados ao desenvolvimento sustentável.

Com as metas de descarbonização que têm impactado o setor marítimo-portuário de todo o mundo, os portos e os terminais têm buscado adequar as suas estruturas. O objetivo é empregar energia, tecnologia e modo de produção mais limpos e alinhados ao comportamento sustentável mundial.

Em regra, os contratos de arrendamento dispõem que, sempre que atendidas as condições do contrato, e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Sendo assim, qualquer uma das partes poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nos casos em que, após a celebração do contrato, vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos pela outra parte com reflexos econômico-financeiros negativos para a solicitante.

Em caso de necessidade de realização de investimentos adicionais, fato gerador de desequilíbrio ora em análise, o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser instaurado.

O procedimento de revisão extraordinária terá por objetivo apurar o impacto dos novos investimentos no equilíbrio econômico-financeiro contratual, competindo à Antaq decidir, fundamentadamente, sobre a pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato portuário e definir o montante do desequilíbrio contratual.

Apenas após a conclusão dessa análise, e sob um grande custo de transação, a agência reguladora apresentará ao poder concedente os cenários alternativos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário para que ele possa firmar, com o arrendatário, o aditivo contratual incorporando a alteração pretendida aos termos contratuais.

É neste ponto que a discussão acerca da modernização das cláusulas econômico-financeiras ganha destaque e importância a fim de tornar o contrato de arrendamento portuário mais eficiente.

Segundo Williamson,⁶ a relação contratual será eficiente se for instituído um regime de governança que produza os melhores resultados para as partes contratantes, equacionando os efeitos econômicos que serão produzidos durante a sua vigência.

Nessa perspectiva, é com o olhar nessa relação contratual eficiente que a discussão da modernização de suas cláusulas ganha assento. Para o autor, o estabelecimento de um sistema de incentivos e de salvaguardas alinha os interesses das partes contratantes e reduz os custos de transação, trazendo mais governança aos contratos.

O estabelecimento de faixas de descontos nos valores fixos pagos pela arrendatária para incentivar a realização de investimentos; a inserção de cláusulas que definem uma metodologia de reequilíbrio cautelar contratual e o oferecimento de deduções em tarifas para arrendatários que realizem investimentos significativos em infraestrutura ou tecnologias inovadoras são algumas das modernizações contratuais possíveis para promover a renovação dos ativos por meio da atração de capital.

Implementar um processo de aprovação simplificado para investimentos em tecnologias sustentáveis ou melhorias operacionais; estabelecer limites ou critérios específicos para investimentos que não necessitem de aprovação completa; introduzir bonificações para arrendatários que atinjam

6 *Apud* Freitas, 2023, p. 291.

determinados indicadores de desempenho ou metas de eficiência energética e estruturar cláusulas que incentivem parcerias entre o setor público e privado para projetos de grande impacto também se incluem nesse rol.

A flexibilização da matriz de risco dos contratos de arrendamento portuário também é uma medida de modernização contratual.

Freitas⁷ defende que a flexibilidade dos contratos, lançando mão de uma modelagem contratual mais aberta, seja capaz de reduzir os custos de transação e de propiciar o amortecimento dos efeitos econômicos produzidos pelas incertezas contratuais comuns que alcançam os contratos de longo prazo que, por sua natureza, são incompletos.

O oferecimento de uma redução tarifária por certo período para arrendatários que invistam em infraestrutura de energia renovável pode ser utilizado como ferramenta de incentivo ao uso de tecnologias verdes. Essa medida alinha as operações portuárias com metas ambientais e aliviando a carga financeira inicial dos arrendatários, tornando os investimentos mais viáveis.

A criação de um modelo de coinvestimento em que o setor público fornece novas áreas e infraestrutura básica, enquanto o privado traz tecnologia e expertise operacional, pode ser utilizada para promover uma divisão de riscos. Além disso, seria possível reduzir o risco financeiro para ambas as partes e impulsionar investimentos alavancando a expertise do setor privado para modernizar e expandir as operações portuárias.

Para além de debater essa modernização das cláusulas, uma outra medida de melhoria contratual é discutir a bancabilidade do projeto.

Segundo o *Guia de Implementação de PPPs da APMG* (© ADB, EBRD, IDB, IsDB, MIF, PPIAF e WBG 2016), é fundamental que o governo assegure a viabilidade comercial dos projetos desde as fases iniciais de preparação e estruturação, incluindo a análise de bancabilidade.

A alocação de recursos públicos no financiamento não é, por si só, suficiente para transformar um projeto inviável em viável. Para atrair investidores e instituições financeiras, a estruturação e a alocação de riscos devem ser compatíveis com a capacidade do setor privado de absorvê-los.

Em cenários de maior risco, o governo pode estruturar um modelo com menor exposição a riscos, visando facilitar a captação de financiamento. Isso

7 Freitas, 2023, p. 296.

poderá ser feito por meio de aportes do próprio governo ou por alterações nos dispositivos contratuais visando mitigar os riscos.

Alguns exemplos, são: (i) garantias diretas oferecidas pelos Bancos Nacionais de Desenvolvimento; (ii) pagamento de uma parcela dos serviços ou investimentos; (iii) contas-garantia e sistemas fiduciários; (iv) garantias contratuais ou de contingência destinadas a mitigar riscos para a empresa responsável pelo projeto — como garantias mínimas de tráfego em concessões rodoviárias com cobrança ao usuário — ou para os mutuantes (*lenders*), incluindo a cobertura total ou parcial do saldo devedor da dívida em caso de rescisão antecipada do contrato, inclusive por inadimplência do parceiro privado.

No setor portuário, podemos citar a proposta de concessão do canal de acesso aquaviário do Porto de Paranaguá/PR, colocada em debate na Audiência Pública nº 07/2023 — Antaq.⁸

Tratando de um projeto vultoso e complexo, com altos riscos de execução das obras e comissionamento, a minuta de contrato previu a criação de uma **conta retenção**, ou uma de **escrow account**, com a intenção de incentivar o cumprimento das obrigações de investimento (despesas de capital). A conta é de titularidade da concessionária, sendo movimentada exclusivamente pelo banco depositário, nos termos dos requisitos estabelecidos no contrato da concessão.

A concessionária deverá depositar, todo mês, 10% da receita operacional líquida durante os primeiros anos do contrato, que serão corrigidos pela Selic e sujeitos à tributação regularmente.

A primeira fase de implantação do canal de acesso projetado iria da data de assunção até o segundo ano contratual, enquanto a segunda fase compreenderia os anos 3 e 4 do contrato. As duas etapas consistem no período no qual a concessionária está obrigada a realizar o *capital expenditure* (Capex) do projeto, por meio da dragagem de implantação.

Considerando o volume das obras, a previsão contratual estabelece que, no caso de constatação pela Antaq de risco de extinção antecipada do

8 BRASIL. Antaq. Audiência Pública nº 07/2023-Antaq. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Aquaviário, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias-publicas-em-andamento>. Acesso em: 8 fev. 2023.

contrato de concessão, os recursos depositados na conta retenção poderiam ser utilizados para honrar as obrigações pecuniárias da concessionária com o poder concedente. Desse modo, a conta retenção, assim como outros mecanismos de contas-garantia, pode ser utilizada como uma espécie de “colchão” para mitigar outros riscos de projeto.

Esse modelo também é utilizado nos contratos de rodovia. No leilão do Sistema Rodoviário BR-277/373/376/476 e PR-418/423/427 (Paraná Lote 1) realizado em 2024, por exemplo, a conta retenção foi utilizada para reduzir os riscos de flutuações cambiais.

4. Detalhando algumas técnicas de incentivo à renovação dos ativos

Como mencionado, a atualização dos contratos portuários é essencial para atrair investimentos e garantir a competitividade e o desenvolvimento do setor.

Outra vantagem da opção por regulamentar os incentivos no instrumento contratual é imputar mais segurança jurídica e transparência às condições pactuadas. Nessa linha, este artigo busca trazer alternativas que flexibilizam a gestão e a execução do contrato, vis-à-vis à preservação do interesse público e à bancabilidade do projeto.

Uma das estratégias propostas para esse aprimoramento é o estabelecimento de faixas de descontos nos valores de outorga pagos pelas arrendatárias frente aos ganhos de eficiência.

A medida tem o potencial de estimular a realização de novos investimentos em infraestrutura ao reduzir os custos operacionais das empresas que se comprometem com melhorias significativas nos terminais portuários.

Dessa forma, cria-se um ambiente mais favorável para a alocação de capital privado, promovendo a expansão e a modernização dos ativos portuários. A autoridade portuária, por sua vez, também será favorecida pelo aumento do volume de movimentações e pelo fortalecimento de sua competitividade em relação a outros portos.

Outro mecanismo relevante é a inserção de cláusulas que estabelecem uma metodologia de reequilíbrio cautelar contratual.

Essas cláusulas funcionam como um instrumento de segurança jurídica para as partes, ao prever regras claras para ajustes no contrato e a imposição

de medidas para reverter, ainda que temporariamente, o desequilíbrio do contrato. Os dispositivos podem, inclusive, prever as opções de reequilíbrio admissíveis (aporte público, alteração no valor de outorga, alteração da área etc.). O reequilíbrio cautelar contratual seria uma medida de natureza precária e provisória, mas que anteciparia a produção de efeitos de manutenção dos serviços.

Nessa seara, cita-se a Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).⁹ O normativo traz dois novos institutos: (i) o Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar, que seria uma “[...] medida mitigadora destinada a evitar danos maiores ao equilíbrio contratual e à prestação dos serviços concedidos, aplicável quando há urgência e risco significativo à continuidade e qualidade dos serviços”; e (ii) o Reequilíbrio Parcial Baseado em Evidência definido como uma “[...] medida mitigadora aplicada quando o direito ao reequilíbrio é incontroverso ou está em condições de reconhecimento imediato, mas a definição do valor de reequilíbrio requer procedimentos complexos e prolongados”.

O Reequilíbrio Parcial Baseado em Evidência pressupõe a existência de processo administrativo principal de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro instaurado e quando o “[...] direito ao reequilíbrio for incontroverso ou estiver em condições de reconhecimento imediato, permitindo a execução das medidas de recomposição antes da conclusão definitiva do processo administrativo principal”.

O Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar, por sua vez, aplica-se quando houver “[...] necessidade urgente de mitigar impactos financeiros na concessão, com medidas destinadas a evitar danos maiores ao fluxo de caixa e à prestação dos serviços concedidos”.

A medida cautelar de reequilíbrio poderá ser adotada quando os seguintes fatores estiverem presentes: (i) existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito da concessionária; (ii) risco de dano ou perigo à continuidade e à qualidade da prestação dos serviços concedidos; e (iii)

9 ANTTLEGIS. *Instrução Normativa ANTT nº 33, de 14 de novembro de 2024*. Disponível em: https://anttleis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&tipo=INM&numeroAto=00000033&seqAto=000&valorAto=2024&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=623&cod_menu=9230. Acesso em: 9 fev. 2025.

impacto financeiro estimado do evento ou do conjunto de eventos de desequilíbrio superior a 2% da receita tarifária bruta do último exercício financeiro auditado da concessionária.

Outra abordagem a ser considerada é prever um limite de valor para investimentos menores que possam ser aprovados automaticamente, desde que não excedam 5% do valor total do contrato.

A inclusão desse tipo de cláusula reduz o tempo de espera para aprovações, permitindo que melhorias sejam realizadas de modo ágil. Assim, é possível desburocratizar o processo para investimentos de menor impacto, de modo a incentivar arrendatários a inovarem continuamente.

O contrato pode prever ainda deduções tarifárias, por prazo determinado, para arrendatários que realizem investimentos significativos em infraestruturas ou tecnologias inovadoras.

Esse modelo incentiva a inovação e a eficiência operacional, ao mesmo tempo que reduz os custos logísticos e melhora a competitividade dos portos brasileiros. A limitação temporal do benefício visa estimular a constante atualização das tecnologias para que, no longo prazo, os investimentos não se tornem obsoletos.

O mesmo princípio pode ser utilizado para investimentos em tecnologias verdes. Por exemplo, oferecer uma redução de 20% nas tarifas portuárias por um período de dois anos para arrendatários que invistam em infraestrutura de energia renovável, incentivando o uso de tecnologias sustentáveis.

A adoção dessa medida permitiria que fosse promovido um alívio na carga financeira inicial dos arrendatários, tornando os investimentos mais viáveis.

Em projetos de grande impacto, cuja viabilidade comercial estivesse ameaçada, poder-se-ia estabelecer hipóteses de o Poder Público cofinanciar parte das despesas de capital (Capex). O financiamento público pode ocorrer por meio de **contribuições de capital**; financiamento em sentido estrito advindo do orçamento da União. Sob essa ótica, é conveniente também avaliar a viabilidade da estruturação do modelo por meio de Parcerias Público Privadas (PPP).

As medidas aqui descritas, quando combinadas, criam um ambiente regulatório mais atrativo para investidores e operadores portuários. A previsibilidade e a redução de riscos tornam os contratos mais alinhados

às melhores práticas internacionais, implicando maior segurança para o planejamento de longo prazo das arrendatárias.

O modelo de contrato de longo prazo mais flexível favorece tanto o setor privado quanto o próprio poder concedente, que passa a contar com infraestrutura mais moderna e eficiente sem comprometer recursos públicos.

Considerações finais

Tendo como premissa a função essencial dos portos nacionais para a economia brasileira e a evidência de seu papel fundamental para o desenvolvimento, a eficiência e a modernidade das infraestruturas portuárias. Esses elementos emergem como fatores críticos que influenciam diretamente a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional.

Dessa forma, a modernização dos contratos de arrendamento é enfatizada como uma necessidade estratégica para assegurar que os portos possam responder de modo adequado a demandas econômicas e desafios climáticos contemporâneos.

Um ponto central da questão é como implementar cláusulas contratuais que deem mais governança ao contrato e incentivem a realização de investimentos para melhor desenvolvimento dos ativos.

A atual conjuntura global marcada pelo impacto cada vez mais evidente das mudanças climáticas e da rápida evolução tecnológica demanda uma abordagem dinâmica à gestão de contratos. Isso garante que a infraestrutura portuária resista e prospere em cenários cada vez mais voláteis.

Um olhar adequado sobre a alocação de riscos e as cláusulas econômico-financeiras do contrato de arrendamento incorpora melhor governança e dinamismo à mutabilidade contratual tão presente e necessária nos contratos de longo prazo. Propõe-se, então, a introdução de incentivos direcionados, simplificando processos de reequilíbrio econômico-financeiro, o que reforça a flexibilidade contratual. Além disso, sugerem-se modos de revisar as cláusulas para garantir uma distribuição de riscos mais justa e adaptável às necessidades atuais, ressaltando a importância de parcerias estratégicas público-privadas como fator facilitador de investimentos em infraestrutura de grande porte.

Assim, o texto conclama a um contínuo aperfeiçoamento das práticas de gestão contratual e à adoção de mecanismos contratuais mais flexíveis e resilientes, assegurando que eles possam, de modo eficaz, fomentar o crescimento sustentável em longo prazo do setor portuário, enfrentando os desafios climáticos presentes e as futuras demandas tecnológicas, além de manter a consistência da posição competitiva do Brasil no comércio global.

Referências

- ANTAQ. *Estatístico aquaviário*. Disponível em: <https://web3.antaq.gov.br/ea/sense/index.html#pt>. Acesso em: 12 jan. 2025.
- ANTTLEGIS. *Instrução Normativa ANTT nº 33, de 14 de novembro de 2024*. Estabelece procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária sob gestão da Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, nos termos do art. 80 da Resolução nº 6.032, de 21 de dezembro de 2023. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&tipo=INM&numeroAto=00000033&seqAto=000&valorAno=2024&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=623&cod_menu=9230. Acesso em: 12 fev. 2025.
- BRASIL. ANTAQ. *Audiência Pública nº 07/2023-Antaq*. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Aquaviário, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/antaq/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias-publicas-em-andamento>. Acesso em: 8 fev. 2023.
- BRASIL. ANTAQ. *Diagnóstico de descarbonização do setor portuário brasileiro*. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Aquaviário, 2023.
- FREITAS, R. V. *Equilíbrio econômico-financeiro das concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- MDIC. *Balança comercial preliminar parcial do mês*. Disponível em: https://balanca.economia.gov.br/balanca/pg_principal_bc/principais_resultados.html. Acesso em: 15 jan. 2025.
- ROSA, L. F. F. Mutabilidade nos contratos de concessão. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 92-143, out. 2023.

UNCTAD. ONU. *Review of Maritime Transport 2024*. Nova York e Genebra: United Nations Publication, 2024.

Medidas mitigadoras de desequilíbrios econômicos-financeiros em contratos de concessão

Marcela Ciccotti Hernandez¹

Introdução

Os projetos de infraestrutura são dotados de elevada complexidade desde o local de sua implantação e/ou ampliação até a sua construção, operação e manutenção. Tudo isso tem um relevante papel econômico e social para a malha aeroportuária nacional e para a sociedade como um todo.

Não raro, contudo, durante sua execução, as Concessionárias e a Administração Pública esbarram com eventos imprevisíveis, imensuráveis e inimagináveis, por fatores da natureza ou não, que desafiam o cumprimento contratual ensejando no seu desequilíbrio. É justamente esse desequilíbrio que desafia a matriz de risco e seu equilíbrio originário do contrato de concessão; objeto do presente texto.

Desde a ocorrência da pandemia mundial causada pela covid-19 e seus efeitos, houve grande impacto financeiro nos contratos de concessão, afetando, diretamente, o fluxo de caixa das Concessionárias de forma instantânea. O setor aéreo, por exemplo, foi o mais afetado diante da restrição de locomoção imposta pelas autoridades públicas e, com isso, viram-se muitas aeronaves em solo e aeroportos vazios — nada semelhante desde então.

¹ Advogada, com 17 anos de intensa atuação consultiva em Direito Regulatório, Público e Administrativo. Formada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru; pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil; pós-graduada em Direito Corporativo e *Compliance*, ambos pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Mais recentemente, outro evento de grande repercussão e impacto nas concessões, em nível nacional, foi a catástrofe climática que acometeu todo o estado do Rio Grande do Sul, com a inundação de diversas regiões. Essa catástrofe incorreu na paralisação total e na impraticabilidade de diversos projetos concessionários que ficaram submersos na enchente por quase um mês, a exemplo do Aeroporto Internacional Salgado Filho, de Porto Alegre. A prestação do serviço público e a manutenção do contrato de concessão foram imediatamente afetados, trazendo enorme desafio aos stakeholders.

Eventos dessa magnitude não tendem a ser os últimos — infelizmente — desafiando, cada vez, mais a Administração Pública a buscar mecanismos para o equilíbrio contratual concomitante ao impacto. Isso ocorre uma vez que o rito ordinário de uma revisão extraordinária demanda longa discussão técnica e processo decisório. Em alguns casos, há a necessidade de assídua intervenção regulatória de diversos entes públicos.

Diante dessa complexidade vis-à-vis, o grau de impacto decorrente de um evento de proporções inestimáveis, é necessária atenção especial. Eventos de tal natureza podem comprometer tanto a prestação de serviço público quanto a execução do contrato de concessão. Sendo assim, a Administração Pública tem o dever estatutário de restabelecer o equilíbrio contratual de forma concomitante e na mesma medida do desequilíbrio.

Os contratos de concessão são de longo prazo e multidisciplinares entre o Poder Público e suas respectivas Concessionárias. No caso de um evento de grandes proporções, causado por fatores exógenos e alheios à vontade das partes, é dever da Administração Pública assegurar e manter a adequada prestação do serviço público. O mesmo deve ocorrer com a manutenção das condições efetivas da proposta do projeto concessionário, em observância ao princípio da eficiência administrativa.

Para isso, é primordial que se determine um ambiente regulatório seguro, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro diante de alterações complexas nas condições inicialmente contratadas. Além disso, deve ocorrer a adoção de medidas mitigadoras concomitantes à mudança, prevalecendo a continuidade do serviço público e o interesse público envolvido.

1. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão

No caso dos contratos administrativos, a Constituição Federal de 1988 garantiu ao administrado, no art. 37, inciso XXI, que a equação econômico-financeira da concessão será intangível durante toda a execução do contrato. Em outras palavras, caso seja tal equação quebrada, nasce ao particular o direito de restabelecê-la. Vejamos:

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 e, também, ao seguinte:

[...]

XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [...] (grifos nossos)

De acordo com a leitura do mencionado normativo, nota-se que, havendo variação externa ao instrumento contratual que influencie/ impacte diretamente os encargos assumidos pelo contratado, poderá haver descompasso entre as partes signatárias. Nessa hipótese, o particular pode, justificadamente, pleitear a recomposição do equilíbrio contratual originário mediante a efetiva comprovação desses eventos.

Além de elevar essa premissa ao patamar constitucional, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos com a Administração Pública também foi assegurada em norma infraconstitucional. O mesmo ocorreu em leis gerais e específicas às concessões de serviços públicos promulgadas com o intuito de regulamentar o preceito constitucional.

A Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública — Lei nº 8.666/1993, em seu art. 58, parágrafo 2º, garante à Administração Pública a prerrogativa de modificar ou alterar os contratos. Isso se dá mediante a manutenção das cláusulas econômico-financeiras, a fim de conservar o seu equilíbrio econômico-financeiro. Vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a **prerrogativa de:** [...]

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, **as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.** (grifos nossos)

Percebe-se aqui, em verdade, uma obrigação legítima do Poder Público em promover a revisão de contratos administrativos (o que pode se dar de ofício, inclusive). Com isso, não se permite guarida ao desequilíbrio contratual resultante de um evento alheio à vontade das partes envolvidas.

Na mesma linha de convicções, seguiu a Lei das Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995) ao estabelecer a possibilidade de revisão tarifária como forma de manter o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão. Dada a sua relevância para o tema em discussão, é oportuno transcrever, a seguir, o conteúdo de seu art. 9º:

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.** [...]

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

2 Permite-se assinalar, que apesar de já ter sido revogada pela Lei Federal nº 14.133/21, a Lei Federal nº 8.666/1993 continua a aplicar, ao caso concreto, em decorrência do art. 190 (Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada).

Outrossim, no art. 10, a Lei das Concessões assegurou que, mantidas as condições do contrato, ou seja, aquelas previamente estabelecidas no edital de leilão e na proposta vencedora, considerar-se-á mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Na lição de Marçal Justen Filho³ (2001, p. 145), podemos transcrever o ensinamento que segue:

É da essência mesma de todo contrato de concessão de procurar e de realizar, na medida do possível, **uma igualdade entre as vantagens que são acordadas ao concessionário e as cargas a ele impostas...** As vantagens e as cargas devem se equilibrar de modo a formar contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implicada, como em uma operação aritmética, a equivalência honesta entre aquilo que é atribuído ao concessionário e aquilo que dele é exigido... É isso que se chama a equivalência financeira e comercial, a equação financeira do contrato de concessão... (grifos nossos).

Tais mecanismos preservam a harmonia no cumprimento das obrigações inicialmente pactuadas seja por parte do particular, seja por parte da Administração Pública, visto que são impostos e já sabidos no âmbito do processo licitatório. Assim, permite-se ao particular propor condições que julga economicamente exequíveis frente às imposições formuladas pelo Poder Público.

Portanto, a equação financeira do contrato de concessão é obtida com o condicionamento ao cumprimento das obrigações firmadas. Havendo uma ruptura dessas condições originais, que torne o cumprimento da obrigação injusto, exorbitante ou impraticável, ou ainda traga consequências incalculáveis ao particular, surgirá o direito ao reequilíbrio contratual. Nesse caso, é assegurada a recomposição econômica do contrato de concessão em face da Administração Pública.

3 JUSTEN FILHO, M. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessões de serviços públicos. *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. t. 2. p. 145.

É como bem leciona Fernando Vernalha Guimarães⁴ (201, p. 325) ao sustentar que:

[...] eventos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis (álea extraordinária), [...] **configuram motivo bastante para atrair a responsabilidade administrativa quanto ao restabelecimento da equação econômica-financeira** (grifos nossos).

No mesmo sentido, discorre a ilustre professora administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ ao estabelecer, em sua vasta obra de Direito Administrativo, que:

No Direito Brasileiro [...] o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige [...] sejam mantidas as condições efetivas da proposta.

A nobre jurista arremata afirmando que:

[...] em consequência, a solução tem sido a mesma em qualquer uma das teorias (fato do príncipe, fato da administração e imprevisão) [...]. Em todos os casos, a **Administração Pública responde sozinha pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** (grifos nossos).

Nota-se que os princípios de Direito Administrativo, inculpidos na Constituição Federal de 1988, por si só, constroem a tese do direito ao reequilíbrio e, portanto, a legislação infraconstitucional não é — nem poderia ser — diferente. A Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei de Licitações e Contratações Públicas”), impõe, em seu art. 65, inciso II, “d”, que a Administração tem o dever de restabelecer a equação econômico-financeira ante a ocorrência de eventos próprios da álea extraordinária.

4 GUIMARÃES, F. V. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 325.

5 DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 281 e 282.

Ressalta-se, portanto, que o direito do particular ao reequilíbrio econômico-financeiro em face da Administração nasce a partir do evento causador da quebra da equação econômico-financeira.

2. Medidas mitigadoras imediatas como forma de solução de desequilíbrios econômicos complexos

O equilíbrio econômico-financeiro é uma via de mão dupla, pois garante ao particular concessionário a legítima obtenção de aferição de lucro com o empreendimento e, na execução do serviço público e para tal, é garantida a ele uma remuneração. Em contrapartida, a Administração Pública, objetivando a continuidade e a adequação na melhoria do serviço público, objeto do contrato de concessão, assegurará a contraprestação remuneratória ao particular. Tais garantias são atingidas por ambas as partes ao manter as condições contratuais previamente pactuadas no edital e no contrato de concessão assinado, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro.

É certo que, ao longo da concessão, haverá eventos de grande impacto alocados à matriz de riscos ao poder concedente, como os ocorridos recentemente, que ensejarão uma análise complexa e árdua por parte da Administração Pública, podendo se arrastar por muitos anos, dificultando o processo decisório. Em contrapartida, os efeitos econômicos e a demora de uma solução poderão causar a iliquidez da concessão, podendo chegar à falência ou até mesmo à impraticabilidade total da prestação do serviço público concedido.

Tal cenário, obviamente, demandará análises técnicas complexas, desafiando os mecanismos ordinários ou mais tradicionais de recomposição contratual, a fim de buscar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e a continuidade do serviço público.

A complexidade técnica e o tempo desafiam esses pleitos, pois, em vez de trazerem uma solução efetiva, poderão prolongar ainda mais seus impactos e prejuízos. Um exemplo são os efeitos econômicos decorrentes da pandemia de covid-19. Embora isso fosse muito bem definido na matriz de riscos dos contratos de concessão, as questões técnicas, em especial as econômicas, necessitaram de um esforço e foram um desafio maior, por parte do poder concedente, para a definição desses pleitos.

Mais recentemente, a catástrofe climática que acometeu o estado do Rio Grande do Sul resultou em outro evento de grande complexidade que acarretou a total impraticabilidade do Aeroporto Internacional Salgado Filho, em Porto Alegre. Consequentemente, houve a interrupção do serviço público e grande impacto no fluxo de caixa do projeto concessionário.

É fato que eventos advindos ou não da natureza, mas que causam grande impacto nos custos e nas receitas das concessões, além da possível paralisação do serviço público, são imprevisíveis, inacreditáveis e impossíveis de quantificar a época de seu leilão. Diante da impossibilidade de se considerar as projeções econômico-financeiras do projeto, o desequilíbrio ao contrato é imediato, intransponível pelas partes, e surgirá o dever estatutário de preservar ou rescindir o contrato de concessão, que não as projeções originalmente pactuadas.

Nessa ordem de convicções, vale destacar o ensinamento do professor Egon Bockmann Moreira (2023, p. 114 e 115). Vejamos:

[...] Porém, este ponto merece uma ressalva: há matéria na qual o Direito incide com firmeza no que concerne a escolhas futuras e segurança dos contratos: **trata-se da previsibilidade de ações e reações das partes envolvidas (riscos endógenos)**. O estatuto da concessão permitirá a previsibilidade das condutas — legais, frise-se — do concedente, concessionário, usuários e terceiros [...] ⁶

[...] Adentrando um raciocínio com tons econômicos mais fortes, vale o recurso à célebre classificação de Frank H. Knight, que dissocia os “riscos” das “incertezas”: estas não são mensuráveis, enquanto aqueles podem ser estimados e projetados. A prévia determinação dos riscos permite sua quantificação econômica (a apreciação dos custos deles oriundos e do preço a ser pago para sua prevenção e/ou indenização). Não obstante ser incerta sua ocorrência, os riscos são determináveis e quantificáveis.

Ou, melhor, para que determinado fato futuro seja efetivamente qualificado como um risco, ele precisa ser passível de precificação, de avaliação monetária, presente [...] ⁷ (grifos nossos).

6 MOREIRA, E. B. *Direito das concessões de serviço público*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 114.

7 MOREIRA, E. B. *Direito das concessões de serviço público*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 115.

E continua “[...] como já mencionado, riscos são futuros e incertos que podem gerar custos extraordinários. Contudo, são só aqueles que as partes têm, no momento presente, condições de avaliar, arrolar, precificar e repartir [...]”⁸

Diante desses cenários imensuráveis e de impactos brutais às concessões de serviços públicos, este trabalho traz reflexões sobre a possibilidade de se implementar mecanismos regulatórios que garantem, com rapidez e eficiência, o retorno ao *status quo ante* do contrato de concessão nas efetivas condições da proposta original.

Isso porque o pleito de equilíbrio econômico-financeiro em seu rito ordinário demandará longo período de análises técnicas até a sua decisão e não atingirá seus efeitos a tempo do restabelecimento do desequilíbrio. Aqui, o fator tempo é essencial para a tomada de decisões eficientes e ágeis a ponto de não precisar aguardar a falência de um projeto concessionário ou a interrupção total do serviço público, tampouco em intervenções regulatórias em demasia por parte do poder concedente e de órgãos reguladores e fiscalizadores.

Nessa linha de raciocínio, o arcabouço regulatório vigente dispõe de mecanismos que asseguram à Administração Pública a tomada de medidas mitigadoras. Elas podem ser cautelatórias, preliminares ou concomitantes ao desequilíbrio. Seu objetivo é preservar a manutenção e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, buscando mitigar e/ou reduzir os prejuízos causados por eventos de grandes proporções.

Sem prejuízo à Administração Pública de estabelecer procedimentos e mecanismos em seus regulamentos internos que possam prever medidas mitigadoras. Essas medidas devem ter como objetivo o resultado-fim: a preservação da prestação do serviço público e a manutenção dos contratos de concessão nos casos de grande complexidade, decorrentes de eventos imprevisíveis à época do leilão.

Com isso, a Administração Pública buscará a eficiência administrativa na aplicação de solução que atenderá rapidamente ao interesse

8 MOREIRA, E. B. *Direito das concessões de serviço público*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 125.

público, evitando que os prejuízos se prolonguem e, mais ainda, restabelecerá a adequada prestação de serviço público e o cumprimento ao contrato de concessão.

2.1 A Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024 da ANTT

No âmbito federal, recentemente a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) publicou a Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024, por meio da qual estabeleceu procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária.

O referido normativo foi precedido da Reunião Participativa 14/2024, aberta ao público, para discutir a proposta de Instrução Normativa a fim de estabelecer procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária.

Na ocasião, foi disponibilizada a Nota Técnica SEI nº 6500/2024/PF-ANTT/ANTT, a qual teve como precedente para a referida proposta:

[...] o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos tem sido um tema central para a manutenção das condições pactuadas entre o poder concedente e as concessionárias. A falta de clareza dos mecanismos de reajuste e revisão contratuais tem gerado desincentivo para cumprimento normativo, inefetividade da fiscalização e tem acarretado atrasos na conclusão desses processos.⁹

Seguindo com a referida Nota Técnica, a análise da propositura desse ato regulatório teve como benefícios significativos a gestão dos contratos de concessão rodoviária, assegurando a transparência e a eficiência no ambiente regulatório no processo de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária sob gestão da ANTT.

⁹ Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=581>. Acesso em: 8 dez. 2024.

A norma, de maneira inovadora, definiu formas de mitigação de desequilíbrios econômico-financeiros, a saber: o reequilíbrio parcial de natureza cautelar e o reequilíbrio parcial de evidência. Ambos são mecanismos essenciais para situações urgentes ou incontroversas, proporcionando flexibilidade e agilidade na gestão dos contratos, minimizando os impactos negativos e garantindo a estabilidade financeira das concessões.

Ao assegurar que as decisões sobre recomposição de equilíbrio econômico-financeiro sejam tomadas de maneira informada e consensual, a norma contribui para um ambiente regulatório mais justo, transparente e eficiente.¹⁰

Então, foi publicada a Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024. Ela disciplina o procedimento administrativo para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária. Esses documentos estão sob gestão da ANTT, que definiu como medidas mitigadoras de desequilíbrios econômico-financeiros as

[...] ações temporárias e provisórias, adotadas em regime excepcional, com o objetivo de minimizar os impactos financeiros negativos em contratos de concessão de rodovias, visando recompor, ainda que de maneira transitória, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹¹ E como meio de medida mitigadora dos desequilíbrios econômicos estabeleceu o reequilíbrio parcial de natureza cautelar que será aplicado quando houver necessidade urgente de mitigar impactos financeiros na concessão, com medidas destinadas a

10 Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=581>. Acesso em: 8 dez. 2024.

11 BRASIL. *Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024*. Estabelece procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária sob gestão da Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, nos termos do art. 80 da Resolução nº 6.032, de 21 de dezembro de 2023. Disponível em: https://anttleis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00000033&sgl_tipo=INM&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2024&seq_ato=000&cod_modulo=623&cod_menu=9230. Acesso em: 8 dez. 2024.

evitar danos maiores ao fluxo de caixa e à prestação dos serviços concedidos. E, para tanto, devem ser atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:¹²

- I — existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito da concessionária;
- II — risco de dano ou perigo à continuidade e qualidade da prestação dos serviços concedidos; e
- III — impacto financeiro estimado do evento ou do conjunto de eventos de desequilíbrio superior a 2% (dois por cento) da receita tarifária bruta do último exercício financeiro auditado da concessionária.

Já o reequilíbrio parcial baseado em evidência será aplicado quando o direito ao reequilíbrio for incontroverso ou estiver em condições de reconhecimento imediato, permitindo a execução das medidas de recomposição antes da conclusão definitiva do processo administrativo principal. Tal condição, será permitida, exclusivamente, quando a definição do valor de reequilíbrio exigir um procedimento de maior complexidade. Isso ocorrerá desde que

12 Art. 23. O Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar será aplicado quando houver necessidade urgente de mitigar impactos financeiros na concessão, com medidas destinadas a evitar danos maiores ao fluxo de caixa e à prestação dos serviços concedidos. §1º A Medida de Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar poderá ser adotada quando forem atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

- I — existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito da concessionária;
- II — risco de dano ou perigo à continuidade e qualidade da prestação dos serviços concedidos; e
- III — impacto financeiro estimado do evento ou do conjunto de eventos de desequilíbrio superior a 2% (dois por cento) da receita tarifária bruta do último exercício financeiro auditado da concessionária.

§2º A Medida de Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar é excepcional e deve ser justificada detalhadamente, com indicação dos motivos da urgência e dos riscos envolvidos.

BRASIL. *Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024*. Estabelece procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária sob gestão da Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, nos termos do art. 80 da Resolução nº 6.032, de 21 de dezembro de 2023. Disponível em: https://anttleis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&tipo=INM&numeroAto=00000033&seqAto=000&valorAto=2024&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=623&cod_menu=9230. Acesso em: 8 dez. 2024.

seja possível para a Agência Reguladora estabelecer um valor estimado do reequilíbrio futuro, o qual será ajustado ao final do processo administrativo principal de recomposição.

Obviamente, em ambos os casos, trata-se de medidas mitigadoras de caráter excepcional e que requerem a demonstração da existência que evidenciem a probabilidade do direito da concessionária e o risco ao dano ou perigo à continuidade e à qualidade da prestação dos serviços concedidos. Tais medidas devem atender aos critérios da Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024.

Resta claro que o intuito da norma é garantir que o problema não se prolongue em longas discussões e, com isso, estanque o prejuízo dos contratos vigentes. É necessário que continue a atender o interesse público, permitindo a sequência da prestação do serviço. Estamos diante de um dever estatutário e constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro por parte do Poder Público, de mitigar os próprios prejuízos — ou *duty to mitigate the loss* — *os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano.*¹³

Além disso, a norma está em consonância aos preceitos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especificamente em seus arts. 26 e 27, que, a fim de eliminar irregularidades ou incertezas na aplicação do direito público, buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais e a decisão do processo. Ademais, nas esferas administrativa poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.¹⁴

13 ALVES, L. J. L. F. T. Você sabe do que se trata o instituto “duty to mitigate the loss”? *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/voce-sabe-do-que-se-trata-o-instituto-duty-to-mitigate-the-loss/643735188#:~:text=Duty%20to%20mitigate%20the%20loss%3A%20o%20dever%20de%20mitigar%20o,deliberadamente%20inerte%20diante%20do%20dano>. Acesso em: 8 dez. 2024.

14 BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#art26. Acesso em: 8 dez. 2024. “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso

2.2 A Decisão nº 683, de 23 de agosto de 2024 da Anac

Outra importante decisão publicada no âmbito federal, atinente à aplicação de medida cautelar em face de desequilíbrios contratuais nas concessões, foi a Decisão nº 683, de 23 de agosto de 2024, proferida pela Agência Nacional da Aviação Civil (Anac), a fim de viabilizar a reconstrução do Aeroporto Internacional de Porto Alegre.

É sabido que a calamidade pública instaurada no estado do Rio Grande do Sul, ocasionada por fortes chuvas e com consequências extremas de alagamentos e inundações, trouxe grande impacto ao projeto concessionário. Sendo assim, foi necessário que a própria Agência Reguladora tomasse medidas regulatórias em diversos aspectos, entre elas a aplicação cautelar de proibição de operações de pouso e decolagem de aeronaves de asa fixa no Aeroporto Salgado Filho.¹⁵

O impacto foi imediato e de grandes proporções, não possibilitando a continuidade das operações aeroportuárias, o que também trouxe a interrupção do fluxo de caixa do projeto. Logo, a existência do risco e do perigo ao interesse público e a manutenção do contrato de concessão eram iminentes.

com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I — buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II — (VETADO);

III — não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV — deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§2º (VETADO).”

BRASIL. *Lei nº 13. 655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 8 dez. 2024.

“Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

- 15 ANAC. *Portaria nº 14.654/SIA, de 20 de maio de 2024*. Aplica medida cautelar de proibição de operações de pouso e decolagem de aeronaves de asa fixa no Aeroporto Salgado Filho, localizado em Porto Alegre (RS). Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/2024/portaria-14654>. Acesso em: 8 dez. 2024.

Nesse sentido, o Diretor-Relator na 2ª Reunião Deliberativa Extraordinária da Diretoria Colegiada apresentou seu voto com os seguintes dizeres:

Destaco, mais uma vez, a **necessidade de atuação do Poder Concedente para fins de minoração das perdas decorrentes do evento identificado**, garantindo que não seja agravada a situação de desassistência da comunidade até então atendida pela infraestrutura do Aeroporto Internacional de Porto Alegre.

A medida cautelar ora adotada considera que a conclusão acerca da acomodação do evento climático na matriz de risco do contrato de concessão depende de uma instrução mais aprofundada, a demandar a interação com outros agentes e uma posição definitiva acerca da extensão da apólice do seguro contratado pela Concessionária. Em outras palavras, consome tempo. Assim, a medida cautelar compreende a plausibilidade do direito à revisão extraordinária do contrato, que depende da apuração de haveres e deveres entre Concessionária e Poder Concedente e será devidamente discutida na esfera administrativa em procedimento próprio.

Mais especificamente, **a medida ora aplicada acautela o bem público em que se constitui o aeroporto e se dirige à continuidade da prestação do serviço à sociedade**. Em atenção às recomendações da Procuradoria e ao posicionamento da SRA, a medida cautelar se reveste de natureza excepcional e reversível. Adoto, portanto, tais argumentos como razões do presente voto, inclusive quanto à definição dos valores envolvidos e a forma de recomposição¹⁶ (grifos nossos).

Nessa perspectiva, a Agência Reguladora, para garantir um ambiente regulatório seguro, rápido e eficaz, agiu de maneira assertiva ao aplicar a medida mitigadora, com o pagamento de valor à concessionária, a título de antecipação de parte do montante a ser recomposto em sede de eventual revisão extraordinária do contrato de concessão. Isso após prévia anuência do Ministério de Portos e Aeroportos e condicionada à

16 ANAC. VOTO. Processo: 00058.047564/2024-26. Relator: Tiago Sousa Pereira. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/reunioes-da-diretoria/reunioes-deliberativas/2024/arquivos-2a-redir-del-extraordinaria/1-voto.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2024.

avaliação da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA) dessa Agência.¹⁷

A situação ensejava uma resposta à eficiência administrativa. Nesse sentido, a Agência Nacional da Aviação Civil possibilitou, por meio dessa medida mitigadora de desequilíbrio, a redução dos prejuízos ao projeto concessionário, a viabilidade da reconstrução do Aeroporto Salgado Filho e a manutenção do contrato de concessão.

É certo que aquele cenário inevitável e incalculável criou para o operador a impossibilidade intransponível de executar/cumprir com o contrato de concessão.

A Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 45, estabeleceu a medida cautelar como forma de mitigar o dano em caso de risco iminente. Vejamos:

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Esse arcabouço normativo-regulatório que viabilizou o Poder Público, aplica mecanismos que garantem a mitigação dos riscos e prejuízos à concessão sob a luz da boa-fé objetiva, conduzindo a decisões céleres e eficazes que objetivam o interesse público envolvido e do dever da Administração Pública em preservar o contrato de concessão nas condições primárias da oferta na época do leilão. Com isso, há uma segurança no ambiente regulatório e na manutenção dos programas de concessão.

17 DOU. *Decisão nº 683, de 23 de agosto de 2024*. Aplica medida cautelar para viabilização da reconstrução do Aeroporto Internacional de Porto Alegre (RS). Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, ed. 164, p. 67, 23 ago. 2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decisao-n-683-de-23-de-agosto-de-2024-580375457>. Acesso em: 8 dez. 2024. Art. 2º A medida cautelar de que trata o art. 1º desta Decisão será efetivada por meio de pagamento de valor à concessionária, a título de antecipação de parte do montante a ser recomposto em sede de eventual revisão extraordinária do Contrato de Concessão, após prévia anuência do Ministério de Portos e Aeroportos e condicionada à avaliação da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos — SRA desta Agência.

A situação é inédita e demandou agilidade de todos os stakeholders. De igual forma, a ocorrência de um evento climático dessa natureza reuniu todas as urgências, e os riscos eram iminentes, o que ensejou soluções igualmente inéditas em prol do interesse público, da manutenção da execução contratual e da preservação/reconstrução da infraestrutura aeroportuária.

Considerações finais

Nos contratos administrativos, a Constituição Federal de 1988 garantiu ao administrado, no art. 37, inciso XXI, que a equação econômico-financeira da concessão será intangível durante toda a execução do contrato. Em outras palavras, caso seja tal equação quebrada, nasce ao particular o direito de restabelecê-la.

A garantia constitucional à manutenção e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão são um dever estatutário da Administração Pública cujo intuito é assegurar a estabilidade do projeto concessionário.

Essa busca pela manutenção do contrato de concessão é a resposta certa à efetividade do programa de concessões. Assim, a aplicação da matriz nos contratos é essencial para garantir que o equilíbrio econômico-financeiro seja preservado ao longo do projeto concessionário, bem como a responsabilidade objetiva de mitigar os prejuízos — *duty to mitigate the loss*.

Neste artigo, buscamos apresentar o arcabouço regulatório que dispõe de mecanismos e assegura à Administração Pública a tomada de medidas mitigadoras céleres e eficazes. Tais critérios visam restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro e a manutenção do contrato de concessão, principalmente em situações de grande complexidade e com impacto brutal às concessões, que eram imprevisível, inevitável e incalculável nas projeções econômicas à época do leilão.

Demonstramos, no presente texto, os atos mais recentes da Administração Pública que aplicaram e estabeleceram medidas mitigadoras diante de eventos de desequilíbrios inesperados. Estes ocorreram recentemente e causaram grande impacto de ordem operacional, financeira, regulatória e econômica nos contratos de concessão de serviço público.

Parece-nos razoável e eficiente, por parte da Administração Pública, implementar procedimentos céleres concomitantes ao desequilíbrio, com o objetivo de mitigar danos e prejuízos. Isso deve ocorrer visto

que, nesses casos, a Administração Pública deve se pautar no princípio da eficiência administrativa, na continuidade da prestação do serviço e na manutenção do contrato de concessão para um bom resultado do projeto concessionário.

Referências

- ALVES, L. J. L. F. T. Você sabe do que se trata o instituto “duty to mitigate the loss”? *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/voce-sabe-do-que-se-trata-o-instituto-duty-to-mitigate-the-loss/643735188#:~:text=Duty%20to%20mitigate%20the%20loss%3A%20o%20dever%20de%20mitigar%20o,deliberadamente%20inerte%20diante%20do%20dano>. Acesso em: 8 dez. 2024.
- ANAC. *Portaria nº 14.654/SIA, de 20 de maio de 2024*. Aplica medida cautelar de proibição de operações de pouso e decolagem de aeronaves de asa fixa no Aeroporto Salgado Filho, localizado em Porto Alegre (RS). Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/2024/portaria-14654>. Acesso em: 8 dez. 2024.
- ANAC. VOTO. Processo: 00058.047564/2024-26. Relator: Tiago Sousa Pereira. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/reunioes-da-diretoria/reunioes-deliberativas/2024/arquivos-2a-redir-del-extraordinaria/1-voto.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2024.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#art26. Acesso em: 8 dez. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 8 dez. 2024.
- BRASIL. *Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024*. Estabelece procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária sob gestão da Agência Nacional de

Transportes Terrestres — ANTT, nos termos do art. 80 da Resolução nº 6.032, de 21 de dezembro de 2023. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00000033&sgl_tipo=INM&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2024&seq_ato=000&cod_modulo=623&cod_menu=9230 — consulta realizada em 08/12/2024, às 14:47hs.. Acesso em: 8 dez. 2024.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 281 e 282.

DOU. *Decisão nº 683, de 23 de agosto de 2024*. Aplica medida cautelar para viabilização da reconstrução do Aeroporto Internacional de Porto Alegre (RS). Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, ed. 164, p. 67, 23 ago. 2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decisao-n-683-de-23-de-agosto-de-2024-580375457>. Acesso em: 8 dez. 2024.

GUIMARÃES, F. V. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 325.

JUSTEN FILHO, M. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessões de serviços públicos. *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. t. 2. p. 145.

MOREIRA, E. B. *Direito das concessões de serviço público*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 114 e 115.

Reequilíbrio cautelar de contratos de longo prazo e a necessidade de regulamentação em âmbito federal

Raquel de Britto Sobral dos Santos Carvalho¹

Fábio Rogério Teixeira Dias de Almeida Carvalho²

Resumo

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de longo prazo é fundamental para sua execução adequada e para a prestação dos serviços concedidos com a qualidade e a eficiência desejadas. Considerando que esses contratos são, por natureza, complexos, a Administração Pública enfrenta um grande desafio ao analisar eventos que provocam desequilíbrios, muitas vezes demandando o uso de técnicas e metodologias sofisticadas para sua apuração.

Diante desse contexto, o presente estudo busca avaliar a importância de tutelar o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de longo prazo, refletindo sobre a complexidade das análises necessárias para restabelecer a equação original do contrato, bem como os prejuízos causados pela demora na resolução desses processos. Além disso, o estudo aborda as recentes iniciativas regulatórias voltadas para estabelecer procedimentos e medidas cautelares que mitiguem os impactos de desequilíbrios econômico-financeiros em contratos dessa natureza.

1 Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo, em Licitações e Contratação Pública e em Gestão de Infraestrutura e Governança. Acumula experiência com modelagem, gerenciamento e fiscalização de contratos de concessão e contratos administrativos. Especialista jurídica em regulação na Aeroportos do Brasil (ABR) na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

2 Advogado. Pós-graduado em Regulação de Serviços de Transportes Terrestres; em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário e MBA em Regulação e Concorrência; além de ter cursado Política Regulatória Avançada pela George Washington University-DC. CEO da ABR e ex-diretor da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Palavras-chave: Contrato de longo prazo. Equilíbrio econômico-financeiro. Medida cautelar. Concessão. Serviço público.

Introdução

Nos contratos de longo prazo, como é o caso dos contratos de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro torna-se elemento essencial do negócio jurídico, sem o qual a execução da política pública avençada pode ter sua efetividade comprometida. Trata-se de mecanismo jurídico para assegurar que as condições originalmente pactuadas (econômicas e financeiras) sejam preservadas ao longo da vigência contratual. A relevância do tema é tão significativa que a produção acadêmica a seu respeito é extensa.³

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de longo prazo é premissa para sua execução adequada e a consequente prestação dos serviços concedidos, com a qualidade e a eficiência almejadas. Essa premissa guarda respaldo no ordenamento jurídico brasileiro na medida em que a Constituição Federal de 1988 a estabeleceu no art. 37, inciso XXI,⁴ e a legislação infraconstitucional específica seguiu o mesmo ditame, como é possível verificar no art. 9º, §2º, 3º e 4º, e art.10º da Lei nº 8.987/1995,⁵ que reverbera o preceito constitucional.

Observa-se, portanto, que a preservação do estado de equilíbrio contratual decorre, sobretudo, do respeito à manutenção dos parâmetros originais

3 MOREIRA, E. B. *Direito das concessões de serviço público*: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

GARCIA, F. A. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

4 Art. 37, XXI da CF/88: Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

5 Art. 9º. [...] §2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. §3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. [...] Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

estabelecidos no ato da avença. No caso dos contratos de longo prazo, por serem acordos fundamentalmente complexos, exigem da Administração Pública demasiado esforço na análise dos eventos causadores de desequilíbrios, que quase sempre necessitam de técnicas e metodologias sofisticadas de apuração. Nesse contexto, tornou-se comum a lentidão no processamento dos mais variados pleitos de reequilíbrio contratual e alterar esse status representa relevante desafio ao poder público.

Tendo em vista esse cenário desafiador, o presente estudo objetiva avaliar a importância da tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de longo prazo, apresentando importantes premissas teóricas a respeito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de longo prazo; assim como aspectos relevantes sobre o processamento das análises dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro e o agravamento do efeito do evento danoso, em razão da demora na resolução desses processos. No tópico seguinte, serão abordadas as iniciativas regulatórias de entes subnacionais e de agências reguladoras federais, que visam estabelecer procedimentos e medidas cautelares para a mitigação do impacto de desequilíbrios econômico-financeiros em contratos de longo prazo. Por fim, no último tópico, serão apresentadas as principais conclusões deste trabalho.

1. Equilíbrio econômico-financeiro

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, assegura a manutenção das “condições efetivas da proposta” nas contratações públicas. Isso resguarda o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos como um direito daqueles que contratam com a Administração Pública⁶ (Guimarães, 2019, p. 99).

Em seara de legislação ordinária, a recente lei de licitações e contratação pública, Lei nº 14.133/2021, estabeleceu a possibilidade de alteração

6 GUIMARÃES, F. V. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação de metodologias para recomposição. In: MOREIRA, E. B. (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 99-117.

contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro no art. 124, II, “d”⁷, conforme instituía a Lei nº 8.666/1993 em seu art. 65, II, “d” e §6º.⁸

Os contratos de concessão são espécies de contratos administrativos, sendo-lhes, pois, aplicável a regra constitucional do dever de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Tal previsão legal está sedimentada na Lei nº 8.987/95, art. 9º, parágrafos 2º, 3º e 4º e art.10º⁹, tipificando, desse modo, o preceito constitucional balizador. Nessa linha, cuida a previsão legislativa de proteger os parâmetros acordados entre partes contratantes no momento da celebração do contrato, como sendo aqueles em que se reconhecem as condições necessárias para que o parceiro privado realize os investimentos (na forma e ao tempo previstos), execute os serviços (com a eficiência e a qualidade contratualizada), e receba a justa remuneração, por tempo determinado. É dizer que essa é a forma de garantir que o concessionário tenha condições

7 Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II — por acordo entre as partes: [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

8 Art. 65. Os contratos regidos por essa lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II — por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [...] §6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o reequilíbrio econômico-financeiro inicial.

9 Art. 9º [...] §2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

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

de manter a prestação de serviço de maneira adequada, mesmo diante da ocorrência de eventos que acarretem desequilíbrio contratual.

Esse apreço é importante frente às inúmeras possibilidades de alterações da realidade contratual ao longo da sua vigência. Tais alterações podem ocorrer por modificações unilaterais impostas pelo poder concedente ou mesmo por fatores imprevisíveis que possam onerar ou ampliar os ganhos de uma das partes, para além do originalmente pactuado.

Sobre o tema, Rafael Vêras (2023) assinala que a parte final do já mencionado art. 37, XXI, da CF/88, assegura ao contratado a manutenção das condições efetivas da proposta apresentada no âmbito da licitação. No entanto, para o autor, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é estabelecido no âmbito da execução contratual, em um modelo de regulação endógeno experimental que retrata um sistema de incentivos, por meio do qual se busca estabelecer o reequilíbrio contratual, em caso de efetiva consumação de eventos classificados como riscos ou incerteza.

Para Floriano Azevedo (2002), no caso das concessões, há de se atentar para o dinamismo do equilíbrio desses contratos, uma vez que, sendo de longo prazo, implicam a possibilidade de existirem períodos de grandes investimentos sem retorno e fluxo de caixa negativo. Tratam-se de motivos pelos quais o equilíbrio desses empreendimentos deverá sempre ser aferido a cada momento a partir de parâmetros específicos e diferenciados.

Sob outro olhar, a lição do professor Egon Moreira (2002) nos ensina que a chave para o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato está nas escolhas primárias de política pública. Essas decisões são condensadas na legislação e na regulação, e concretizadas no contrato.

Assim, cuidar do equilíbrio econômico-financeiro, restabelecendo-o sempre quando for necessário, é garantir segurança jurídica ao longo da execução contratual. Esse fator assegura a continuidade da prestação dos serviços conforme previsto, preservando, desse modo, o interesse público tutelado.

Estamos tratando de contratos complexos e que, dotados de longo prazo, são propositalmente incompletos, possuindo certa mutabilidade intrínseca, imperativa ao enfrentamento das incertezas futuras e os riscos que disso decorrem. Nesse sentido, Guimarães afirma que:

[...] o desenho de contratos de longo prazo deve comportar abertura necessária para não inibir eficiências que possam ser alcançadas com um detalhamento futuro acerca de expansões de infraestrutura e atualizações no serviço (Guimarães, 2019, p. 105).

Com certeza, ao estruturar um projeto de concessão e estipular as condições contratuais, a Administração Pública, na qualidade de poder concedente, procura antever o máximo de riscos e situações que possam comprometer a equação econômico-financeira original. Isso inclui os investimentos projetados e a prestação de serviço público; razão primária da concessão.

No entanto, esses contratos de longo prazo são pautados em estudos empíricos de bases históricas, para projeções futuras, que, no caso do Brasil, podem reservar grande incerteza político-econômica. Esse fator é capaz de desequilibrar, alterar ou mesmo inviabilizar o objeto contratado, se não houver o devido cuidado com a segurança jurídica dos preceitos primários projetados.

Sobre o tema, Flávio Amaral Garcia (2014) nos ensina que os contratos de longo prazo são:

[i]ncompletos, porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução (Garcia, 2014, p. 276).

Assim, é importante que o instrumento contratual contemple mecanismos que permitam a atuação flexível das partes, com vista ao realinhamento dos parâmetros, seja de escopo, seja financeiro, com o objetivo de manter a continuidade da prestação do serviço público e o investimento na infraestrutura, conforme inicialmente previsto.

Em relação à previsibilidade sobre a concretização das projeções contratuais, Egon Bockmann Moreira (2002) afirma que:

[é] fato incontroverso que, por mais bem planejada que seja a cronologia da execução contratual, ela sempre corresponderá a uma aproximação do que se verificará concretamente. As projeções feitas pelo edital, proposta e contrato envolvem série limitada de variáveis que nem sempre se comportam de maneira adequada. (Moreira, 2002, p. 33).

Deduzimos, portanto, que, ao celebrar uma concessão, pelo menos dois fatores são consenso entre as partes: (i) não se deseja a ocorrência de eventos que comprometam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a prestação do serviço público; porém, (ii) é sabido que as incertezas fazem parte do contexto típico de contratos de longo prazo. Logo, dispor de mecanismos que flexibilizem o tratamento de eventos futuros (incertos, imprevisíveis ou mesmo fruto do interesse público tutelado) trazem ao contexto da concessão a estrutura necessária para mantê-la viva, produzindo os efeitos almejados na sua concepção, ainda que com convenientes adaptações.

Um dos mecanismos contratuais cujo objetivo é mitigar possíveis efeitos negativos ao contrato, por consequência de eventos futuros e não previstos, é a matriz de risco. Considerada por Flávio Amaral Garcia (2019) um dos maiores avanços da dogmática contemporânea nos contratos de concessão, a matriz de risco estabelece parâmetros macro, para uma partilha de riscos entre as partes de forma racionalizada, tendo em conta as capacidades de cada agente do pacto.

Nessa lógica, segundo Vianna e Garcia (2023), a adoção de uma matriz de risco bem estruturada, que leve em conta uma divisão de risco racional entre as partes, poderá funcionar como indutor de comportamentos. Esses costumes consideram a assunção de responsabilidades um fator de proteção, e, principalmente, consideram as consequências financeiras no caso da ocorrência dos eventos descritos no contrato.

Para além da discussão sobre melhor alocação de riscos no contrato e de quem melhor suporta determinado risco, essa metodologia já é bastante utilizada nos contratos de concessão modernos no Brasil, sobretudo sob a ótica da Resolução do Conselho PPI nº 01/2016¹⁰, art. 7º, que preceitua

10 Art. 7º. Na elaboração do edital e da minuta de contrato, a adoção de matriz de repartição de riscos do empreendimento deverá ser prevista e deverão ser consideradas, no mínimo,

a adoção de matriz de repartição de riscos, identificando e alocando o risco à parte que melhor suportá-lo, de modo que seja minimizado o custo de transação do processo, além de que sejam evitadas futuras revisões contratuais extraordinárias.

Compreendidas essas premissas teóricas, no tópico a seguir serão avaliados aspectos relevantes do processamento de reequilíbrios econômico-financeiros na experiência brasileira.

2. O processamento do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro: a demora da análise e o agravamento do efeito do evento danoso

Nas últimas décadas, o Brasil vivenciou uma significativa evolução na agenda de concessões de ativos nos setores de infraestruturas estratégicas para o desenvolvimento nacional. Notadamente nos setores de rodovias e aeroportos, houve um crescimento exponencial no número de projetos concedidos a terceiros privados,¹¹ tanto na esfera nacional quanto no âmbito de entes subnacionais.

Fatores como a crescente demanda por serviços, a necessidade de melhorar a qualidade e a oferta de serviços públicos, aliados ao significativo déficit fiscal e à consequente necessidade de aprimorar a gestão dos recursos públicos, levaram o Poder Público a optar por transferir ao setor privado a responsabilidade pela operação e pela manutenção de determinados serviços por meio das concessões.

a identificação, a avaliação e a alocação dos riscos à parte que melhor puder gerenciá-los, com o menor custo para o processo, de maneira a minimizar futuras revisões contratuais extraordinárias. Resolução do Conselho Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República — PPI nº 1 de 13 de setembro de 2016.

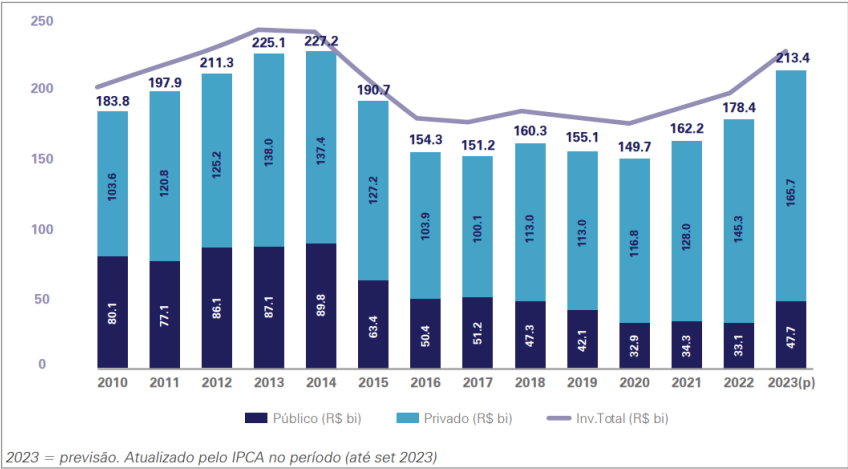
- 11 Somente no âmbito da União, desde 1994, quando o Governo Federal iniciou a política de concessões rodoviárias, 32 contratos de concessão foram firmados. Porém, atualmente, 26 estão vigentes. O setor de infraestrutura de aeroportuária soma 59 aeroportos da União concedidos em sete rodadas de leilões. Tanto no setor rodoviário quanto no aeroportuário, a Administração Pública brasileira tem utilizado, predominantemente, duas estratégias de concessão: (i) concessões em bloco, estando nessa categoria concessão conjunta de vários ativos ou serviços de infraestrutura; e (ii) concessão de infraestruturas únicas.

Em muitos desses projetos, foram incluídas obrigações de investimento em infraestruturas estratégicas. Exemplo disso são a expansão e a recuperação da malha viária de rodovias relevantes; a reforma; e a modernização e a ampliação de importantes aeroportos.

Passadas duas décadas da adoção da política pública de concessões, sem entrar em detalhes sobre equívocos e acertos dos projetos de concessão efetivados, podemos observar o expressivo avanço no desenvolvimento de setores de infraestrutura.

Sobretudo os setores de infraestruturas de transportes tiveram relevante incremento, resultado diretamente ligado aos vultosos investimentos privados realizados por meio dos contratos de concessão celebrados. Na figura a seguir, verifica-se a redução de investimento público em infraestrutura ao longo do tempo, em contraponto ao crescente volume de investimentos privados realizados.¹²

Figura 1: Investimento público e privado na infraestrutura: em valores constantes de 2023 (R\$ bilhões)



Fonte: Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústria de Base (Abdib). Relatório Anual 2024. p. 26.

12 Segundo o Relatório Anual de 2024 da Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base (Abdib), observa-se a evolução do investimento em infraestrutura no Brasil. Merece destaque a importância dos recursos privados tanto nos investimentos realizados quanto na viabilização de projetos futuros. Relatório Anual Abdib 2024. p. 26 e 27. Disponível em: https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2024/04/Abdib_Relatorio-Anual-2024-1.pdf.

Nesse contexto, o desenvolvimento da infraestrutura nacional, diante das restrições fiscais e econômicas que o país enfrenta, exige importante esforço para atrair e manter investimentos privados como parte fundamental e complementar desta “equação”.¹³

Outro importante avanço pode ser observado no âmbito regulatório e na estruturação contratual. Os contratos mais modernos apresentam inegável aprimoramento, fruto das experiências adquiridas com as primeiras concessões firmadas.

No que tange ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões, o avanço é igualmente perceptível, com o aprimoramento das matrizes de risco dos contratos e dos mecanismos de revisão ordinária e extraordinária. Entre as inovações implementadas, destaca-se a introdução da metodologia de cálculo para aferição do reequilíbrio com base no fluxo de caixa marginal. De maneira simplista e objetiva, essa metodologia visa isolar o evento-base de reequilíbrio dos custos e das receitas estimadas pelo fluxo de caixa originalmente projetado, tornando o cálculo um sistema compensatório independente.

Conforme explica Maurício Portugal (2011):

A sua utilização implica em — todas as vezes que se realizar evento cujo risco não seja do parceiro privado e que cause desequilíbrio do contrato — o Poder Concedente gerar um fluxo de caixa paralelo para o parceiro privado que compense o desvio criado pelo evento

13 Para isso, de acordo com a Abdib, é imprescindível enfrentar questões como: (i) segurança jurídica, a fim de combater retrocessos regulatórios, evitar a redução da autonomia das agências reguladoras, preservar marcos regulatórios já consolidados, e resolver questões como a cobrança de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) sobre ativos concedidos à iniciativa privada, entre outros pontos; e (ii) reequilíbrio econômico-financeiro, sendo necessário avançar na apuração dos valores relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de infraestrutura, em razão de eventos passados como a pandemia de covid-19 e o aumento extraordinário e imprevisível dos preços de insumos decorrente da guerra na Ucrânia. Além disso, é **fundamental a criação de mecanismos eficazes para apurar e processar os desequilíbrios resultantes da reforma tributária, atualmente em fase de regulamentação no Congresso Nacional, de forma a permitir que esses ajustes ocorram de maneira contemporânea aos fatos**. Dessa forma, evita-se impor às concessionárias dificuldades de caixa que comprometam sua sustentabilidade financeira. Livro Azul da Infraestrutura. Edição 2023. p.259-260 Disponível em: <https://www.abdib.org.br/livro-azul-da-infraestrutura-edicao-2023/>.

causador do desequilíbrio econômico-financeiro. Esse fluxo de caixa que compensará o desvio poderá ser criado por qualquer das formas lícitas de realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: aumento do prazo do contrato, aumento do valor da contraprestação pública, redução do pagamento pela outorga, pagamento à vista, aumento de tarifa ou redução de custos ou encargos do parceiro privado.¹⁴

A metodologia de fluxo de caixa marginal foi um incremento às demais metodologias já utilizadas para cálculos de recomposição, por exemplo, a recomposição pela taxa interna de retorno (TIR), baseada no fluxo de caixa do projeto. A questão aqui não é estabelecer qual a melhor forma de calcular a recomposição, vez que todas as metodologias vão apresentar aspectos positivos e negativos. Cabe ao agente público entender qual alternativa melhor se adequa à situação contratual e negocial. O que importa ao presente ensaio é registrar, ainda que brevemente, a evolução das técnicas utilizadas.

De todo modo, observa-se, na prática, que a metodologia de fluxo de caixa marginal ganhou força, sendo largamente utilizada e positivada nos contratos de concessão e em normativos das Agências Reguladoras.¹⁵

Essas são algumas das características intrínsecas aos contratos de longo prazo, que evidenciam a complexidade envolvida na gestão do negócio, tanto para o concessionário quanto para o poder concedente.

Nesse contexto, quando observamos na perspectiva do poder concedente, é certo que a gestão e a fiscalização dos contratos de concessão têm avançado com melhorias no marco regulatório e no fortalecimento das agências reguladoras. No entanto, os desafios persistem, exigindo esforços contínuos para aprimorar a capacidade institucional, a coordenação interinstitucional e a integridade dos processos.

14 RIBEIRO, M. P. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 121-122.

15 Por exemplo, o Regulamento Anac nº 528, de 28 de agosto de 2019 — Dispõe sobre procedimentos, formas de recomposição e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de revisão extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

Fatores como a complexidade jurídica e burocrática, aliados à limitação de recursos humanos¹⁶ e financeiros, comprometem a qualidade da fiscalização e do gerenciamento dos contratos, provocando atrasos no processamento de análises e procedimentos. Tais razões demonstram a ineficiência institucional em dimensionar uma estrutura administrativa multidisciplinar, condizente com o número de contratos firmados e a complexidade dos seus respectivos projetos.

O cenário que se verifica na prática é uma persistente dificuldade da Administração Pública em analisar os pleitos referentes a eventos extraordinários. Portanto, seja pela falta de capacidade técnica, seja pela complexidade que envolve as análises, que em regra envolvem diversas diligências e procedimentos, a multiplicidade de elementos pode prolongar em demasia o processo e, consequentemente, agravar a situação financeira já desequilibrada da concessão.

Nas palavras de Egon Moreira (2002):

A relevância social e a magnitude dos investimentos dos serviços públicos exigem segurança jurídica reforçada — tanto para os investidores quanto para o Poder Público e usuários. A solidez institucional e a consciência na execução dos contratos são dados que atenuam os custos de transação — o que em sede de serviços públicos concedidos pode implicar melhores serviços, menores tarifas e lucros razoáveis. (Moreira, 2002, p. 33).

Assim, o grande desafio torna-se encontrar métodos mais adequados para processar essas demandas de forma ágil e eficiente. Isso deve ocorrer sem agravar a situação de desequilíbrio suportada por uma das partes, tendo em conta a estrutura de processamento disponibilizada pela Administração Pública de forma (comumente) deficitária e a incompletude própria dos

16 Segundo artigo publicado no Portal 360, após levantamento realizado nas Agências Reguladoras Federais, constatou-se que as entidades têm em média 1/3 de seus cargos vagos. O problema da falta de pessoal tem se mostrado cada vez mais grave, refletindo, diretamente, na prestação do serviço público. De acordo com o levantamento do Portal, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) possui 47,7% dos cargos vagos e a Anac apresenta uma taxa de cargos desocupados na ordem de 32,4%. (CAMPOS JÚNIOR, G. Agências reguladoras têm em média 1/3 dos cargos vagos. Poder 360, 29 jun. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/agencias-reguladoras-tem-em-media-1-3-dos-cargos-vagos/>. Acesso em: 11 fev. 2025.)

contratos de longo prazo, carregada por sua característica de vulnerabilidade às adversidades temporais. Sobre isso, Marco Aurélio (2023), bem pontuou:

Mal algum haveria nas vicissitudes temporais, se as cláusulas dos contratos fossem capazes de captá-las. A racionalidade humana, contudo, não costuma ter acerto nessa função, e ante a realidade que se impõe, os contratos falham. Para não ruírem, é preciso construir respostas para a sua sustentação.¹⁷

No enfrentamento do desafio de “construir respostas para a sustentação” dos contratos de longo prazo, ante a imposição das mudanças fáticas, Eric Castro e Marcos Nóbrega (2024),¹⁸ ao analisarem o impacto da recente reforma tributária nos contratos de concessão, sugerem a criação de mecanismos automáticos do contrato, capazes de promover o seu realinhamento com a trajetória do equilíbrio sem ampliar as consequências negativas e com baixo custo de transação. Nessa linha, os autores indicam a criação de gatilhos de reequilíbrio e do reequilíbrio cautelar, espécies de “reequilibradores” internos, “como uma medida proativa para evitar crises contratuais, permitindo resposta rápida a choques exógenos antes que causem danos significativos ao contrato.”¹⁹ Tais mecanismos, no entender dos autores,

17 SILVA, M. A. B. Reequilíbrio em concessões: o barquinho em apuros precisa desvirar. *Portal Jota*, 27 out. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/art.s/reequilibrio-no-contratos-de-concessao-o-barquinho-em-apuros-precisa-desvirar-27102023>. Acesso em: 11 fev. 2025.

18 SILVA, Eric Castro e; NÓBREGA, Marcos. A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo: a inadequação do modelo mecanicista; os pontos focais e a teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais. Versão 01. PSP HUB – *Infrastructure and Urbanism Studies*, 17 jun. 2024. Disponível em: <https://psphub.org/conhecimento/working-paper/a-reforma-tributaria-e-o-equilibrio-economico-financeiro-dos-contratos-administrativos-de-longo-prazo-lei-complementar-n%C3%9A-214-25a-inadequacao-do-modelo-mecanicista-os-pontos-focais-e-a-teoria-2>. Acesso em: 11 fev. 2025.

19 SILVA, E. C.; NÓBREGA, M. A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo: a inadequação do modelo mecanicista; os pontos focais e a teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais. Versão 01. PSP HUB – *Infrastructure and Urbanism Studies*, 17 jun. 2024. Disponível em: <https://psphub.org/conhecimento/working-paper/a-reforma-tributaria-e-o-equilibrio-economico-financeiro-dos-contratos-administrativos-de-longo-prazo-lei-complementar-n%C3%9A-214-25a-inadequacao-do-modelo-mecanicista-os-pontos-focais-e-a-teoria-2>. Acesso em: 11 fev. 2025.

funcionam como amortecedores contratuais, absorvendo os impactos, mantendo a estabilidade contratual e a adaptabilidade à realidade dos fatos.

A seguir, serão abordados os recentes exemplos de mecanismos regulatórios criados na esteira da busca por soluções mais eficientes aos problemas de processamento dos pleitos de desequilíbrios econômico-financeiros de contratos de longo prazo, especialmente no que tange às concessões de serviço público, tendo por princípio a mitigação dos efeitos danosos decorrentes da demora em recompor o equilíbrio perdido.

3. Iniciativas regulatórias para mitigação dos efeitos dos desequilíbrios econômico-financeiros em contratos de longo prazo

Frente ao cenário desafiador posto, algumas iniciativas regulatórias vêm se sobressaindo no sentido de normatizar procedimentos para a realização de recomposição cautelar do equilíbrio de contratos de longo prazo.

Assim, destacamos, inicialmente, as resoluções emitidas pelos estados de São Paulo e Pernambuco, vez que despontaram como os primeiros a regulamentar espécie de mecanismo de reequilíbrio cautelar.

Seguindo lógica semelhante, a Administração Pública federal,²⁰ no âmbito das agências reguladoras, iniciou um movimento no sentido de estabelecer ações, procedimentos e normativos. O objetivo era de disciplinar medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão, como será detalhado adiante.

3.1 A Resolução SPI nº 19/2023 da Secretaria de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo

No que concerne à regulamentação do reequilíbrio cautelar, o estado de São Paulo foi pioneiro quando, em abril de 2023, publicou a Resolução SPI nº 19/2023.²¹ O documento era responsável por regulamentar as medidas de mitigação dos impactos de desequilíbrios econômico-financeiros nos

20 A ANTT e a Anac despontam como as primeiras agências federais a apresentarem iniciativas que procuram estabelecer alguma tratativa mitigatória para o enfrentamento de situações de análises complexas de desequilíbrios econômico-financeiros de contrato de concessões. O objetivo é evitar o agravamento das situações danosas e o comprometimento do serviço público.

21 Resolução da Secretaria de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo — Resolução SPI nº 19 de 29 de maio de 2023.

contratos de delegação de serviços públicos normatizados pelo Decreto nº 67.435/2023.²²

Fruto de experiência anterior positiva na recomposição de contratos de concessão de rodovias em desequilíbrio,²³ a Secretaria de Parcerias em Investimentos do estado de São Paulo materializou a figura do reequilíbrio cautelar, dispondo, na resolução mencionada, sobre os critérios e os procedimentos para sua utilização. A publicação da Resolução SPI nº 19/2023 reconhece que a análise de pleitos de reequilíbrios econômico-financeiro envolve elevada complexidade e exige tempo prolongado para sua conclusão, representando a demora na análise um potencial agravante ao estado de desequilíbrio, podendo impactar negativamente o interesse público.

Desse modo, a Resolução trouxe ao arcabouço regulatório a possibilidade de, a título cautelar, ser aplicada uma medida que produza efeitos econômico-financeiros,²⁴ tais como: (i) antecipação, postergação ou cancelamento de investimentos; (ii) inclusão de investimentos adicionais; (iii) suspensão da exigibilidade de pagamentos devidos; (iv) elevação ou redução de valores devidos; (v) elevação ou redução de tarifa ou outros valores contratualmente devidos à concessionária, inclusive a título de aporte de recursos; (vi) pagamento de valores à concessionária; (vii) elevação ou desoneração de encargos; e (viii) transferência a uma das partes de custos ou encargos originalmente atribuídos à outra.

A avaliação do cabimento de qualquer das medidas cautelares será obrigatória quando se constatar:²⁵ (i) risco de comprometimento da continuidade

22 Decreto do Governo de São Paulo nº 67.435 de 1º de janeiro de 2023.

23 ABCR. *ABCR em movimento*: relatório de atividades 2023. São Paulo: ABCR, 2023. Disponível em: <https://melhoresrodovias.org.br/wp-content/uploads/2024/04/Relatorio-ABCR-2023.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2025.

24 Art. 2º [...] III Poderá envolver a aplicação, a título cautelar, de medida que produza efeitos econômico-financeiros, em especial: a) antecipação, postergação ou cancelamento de investimentos programados; b) inclusão de investimentos adicionais; c) suspensão da exigibilidade de pagamentos devidos ao Poder Concedente ou à autarquia responsável pela fiscalização da execução contratual; d) elevação ou redução de valores devidos ao Poder Concedente ou à autarquia responsável pela fiscalização da execução contratual; e) elevação ou redução de tarifa ou outros valores contratualmente devidos à concessionária, inclusive a título de aporte de recursos ou contraprestação pecuniária; f) pagamento de valores à concessionária, a título de indenizações, ressarcimentos ou afins; g) elevação ou desoneração de encargos previstos no contrato de parceria; h) transferência a uma das partes de custos ou encargos originalmente atribuídos à outra.

25 Art. 3º. Será obrigatória a avaliação do cabimento da aplicação de medidas cautelares de

do serviço público; (ii) indicativo de subsistência de saldo regulatório em vista do prazo contratual remanescente; e (iii) desequilíbrio econômico-financeiro com projeção de impacto significativo.

O inovador normativo, além de estabelecer critérios para o reequilíbrio cautelar dos contratos, permitiu que a medida adotada se estenda até o limite de 80% do impacto econômico-financeiro estimado do evento de desequilíbrio. Ressalta-se, porém, que essa medida não poderá importar em antecipação de recursos ao efetivo impacto financeiro do evento de desequilíbrio.²⁶

No entanto, cabe ponderar que o condicionamento da concretização dos reequilíbrios cautelares à conclusão definitiva dos respectivos processos de análises quanto ao reconhecimento do evento de desequilíbrio ou a materialização do risco de continuidade da prestação dos serviços, ou da solvência da concessionária,²⁷ traz ao contexto processual a necessidade de que o poder concedente atue com diligência. Isso no sentido de que a efetividade pretendida com as medidas cautelares previstas não se perca em meio à dificuldade de processamento e análises que se pretende contornar.

3.2 Resolução CPPPE nº 87/2024 do Conselho do Programa de Parcerias Estratégicas do Estado de Pernambuco

Inspirada no exemplo do estado de São Paulo, a Secretaria de Projetos Estratégicos do Estado de Pernambuco, pelo Conselho do Programa de Parcerias Estratégicas, publicou a Resolução CPPPE nº 87, em 4 de junho de 2024.²⁸

A resolução pernambucana reflete, praticamente em sua integralidade, os parâmetros dispostos no normativo paulista, sendo adaptada à estrutura

mitigação de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de delegação a que se refere o art. 1º desta resolução nos casos: a) o Índice de Cobertura do Serviço da Dívida (ICSD) for inferior a 1,3; ou b) a razão da Dívida Líquida pelo EBITDA for superior a 4,5.

26 Art. 6º, §único — A aplicação de medida cautelar será limitada a 80 (oitenta por cento) do impacto econômico-financeiro estimado do evento de desequilíbrio e não poderá importar em recebimento de recursos antecipadamente ao efetivo impacto financeiro do evento de desequilíbrio.

27 Art. 6º. [...] I — a ocorrência do evento de desequilíbrio tenha sido definitivamente reconhecida pelo órgão competente ou possa ser presumida, nos termos do §2º do art. 3º desta resolução.

28 Resolução CPPPE nº 87 de junho de 2024 da Secretaria de Projetos Estratégicos do Estado de Pernambuco.

administrativa do estado de Pernambuco, apresentando apenas pequenas diferenças quanto ao procedimento.

Entre as diferenças mencionadas, destaca-se o prazo que a resolução dispensa à Secretaria Executiva do Conselho do Programa de Parcerias Estratégicas do Estado de Pernambuco (CPPPE) para a apresentação da avaliação sobre a admissibilidade da medida cautelar proposta. Segundo a norma, o órgão mencionado disporá de cinco dias úteis para realização dessa análise.²⁹ Em que pese o objetivo princípio ser a mitigação dos impactos de desequilíbrios que, em tese, já estejam em curso, há de se manter a ponderação quanto à necessidade de que haja, por parte dos agentes públicos envolvidos no processo, o esforço máximo no cumprimento do novo regramento, tendo em vista o reduzido prazo para avaliação de admissibilidade, sob pena de se tornar mais um mecanismo ineficaz.

3.3 A Instrução Normativa nº 33/2024 da Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT)

Motivada por motivos semelhantes aos expostos pelos entes subnacionais ao normatizar mecanismos de mitigação,³⁰ a ANTT, antes da edição da norma, promoveu o Processo de Participação e Controle Social.³¹ A intenção foi a coleta de contribuições para a construção de Instrução Normativa (IN), destinada a estabelecer procedimentos para a tutela do

29 Art. 5º Recebida a manifestação de que trata o art. 4º desta Resolução, a Secretaria Executiva do CPPPE apresentará, no prazo de 5 dias úteis, com base nas melhores informações disponíveis, juízo prévio de admissibilidade sobre a edição da medida proposta.

30 Restou consignado, na análise da Procuradoria Federal da ANTT, que “[...] a falta de clareza nos procedimentos e prazos pode resultar em processos mais lentos e decisões que, por vezes, não contemplam de maneira adequada as peculiaridades de cada situação.” Nota Técnica SEI nº 6500/2024/PF-ANTT/ANTT, de 22 de agosto de 2024, no âmbito do Processo SEI nº 50500.158185/2024-63.

31 O Processo de Participação e Controle Social aberto pela ANTT, na modalidade reunião participativa aberta ao público, foi realizada em 3 de setembro de 2024. O objetivo foi discutir e receber contribuições orais e escritas sobre a proposta de instrução normativa que estabelece procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária sob gestão da ANTT, conforme disposto no art. 80 da Resolução ANTT nº 6.032, de 21 de dezembro de 2023.

equilíbrio econômico-financeiro e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios dos contratos de concessão de rodovia sob gestão daquela agência.

A elaboração da instrução normativa foi coordenada por um grupo de trabalho constituído pela Procuradoria da agência. O conjunto contou com a ativa participação das áreas técnicas, em especial da Superintendência de Infraestrutura Rodoviária (Surod).

Os trabalhos resultaram na edição da Instrução Normativa nº 33, de 14 de novembro de 2024, que estabelece procedimentos para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia e para a aplicação de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária.

A norma tem caráter procedimental, estabelecendo as ações temporárias e provisórias, que podem ser adotadas em regime excepcional para minimizar os impactos financeiros negativos em contratos de concessão de rodovias. A intenção seria recompor, ainda que de maneira transitória, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, objetivando, assim, proteger o fluxo de caixa dos contratos e evitar danos maiores que pudessem trazer consequências definitivas à concessão.

A IN nº 33/2024 foi estruturada em capítulos que tratam de disposições gerais; definições; esclarecimentos de como se solicita e opera a recomposição; e a explicação das medidas mitigadoras e disposições finais.

A norma visa organizar a gestão dos pleitos na medida em que, ao adotar as medidas acautelatórias, a ANTT poderá interromper o processo gravoso de desequilíbrio, resguardando a manutenção da prestação do serviço público ou o agravamento dos impactos negativos do evento desestabilizador e sobre a concessão.

No entanto, cabe destacar que não se trata de medida de aplicação geral, sendo cabível apenas em casos específicos. O primeiro desses casos, ocorrerá em situações que mostrem a urgente necessidade de mitigar impactos financeiros na concessão, a fim de evitar danos maiores ao caixa da concessionária e à prestação dos serviços concedidos, no caso do reequilíbrio parcial de natureza cautelar. A segunda hipótese será aplicada quando o direito ao reequilíbrio for incontroverso ou estiver em condições

de reconhecimento imediato, permitindo, desse modo, a adoção de medidas de recomposição antes da finalização do processo administrativo apurador.

Nesse sentido, a IN indicou duas modalidades de recomposição cautelar: o reequilíbrio parcial de natureza cautelar e o reequilíbrio cautelar de evidência, e, para que sejam efetivamente concedidas, há de ser verificado, no caso concreto, o atendimento cumulativo de condições.

A medida de reequilíbrio parcial de natureza cautelar foi assim prevista:

Art. 23. O Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar será aplicado quando houver necessidade urgente de mitigar impactos financeiros na concessão, com medidas destinadas a evitar danos maiores ao fluxo de caixa e à prestação dos serviços concedidos.

§1º A Medida de Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar poderá ser adotada quando forem atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

I — existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito da concessionária;

II — risco de dano ou perigo à continuidade e qualidade da prestação dos serviços concedidos; e

III — impacto financeiro estimado do evento ou do conjunto de eventos de desequilíbrio superior a 2% (dois por cento) da receita tarifária bruta do último exercício financeiro auditado da concessionária.

§2º A Medida de Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar é excepcional e deve ser justificada detalhadamente, com indicação dos motivos da urgência e dos riscos envolvidos.

§3º Não será promovido o Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da medida adotada, devendo ser observado o disposto no art. 28, §2º desta norma.

Na modalidade de reequilíbrio parcial de evidência, pretende o regulador implementar medida mitigatória quando a definição do valor do reequilíbrio exigir um procedimento de maior complexidade. Entretanto, há, no caso concreto, o incontroverso direito ao reequilíbrio ou o processo de avaliação está em vias de reconhecer esse direito, nos seguintes termos:

Art. 24. O Reequilíbrio Parcial baseado em Evidência será aplicado quando o direito ao reequilíbrio for incontroverso ou estiver em condições de reconhecimento imediato, permitindo a execução das medidas de recomposição antes da conclusão definitiva do processo administrativo principal.

§1º A implementação do Reequilíbrio Parcial Baseado em Evidência será permitida exclusivamente quando a definição do valor de reequilíbrio exigir um procedimento de maior complexidade, desde que seja possível para a ANTT estabelecer um valor estimado do reequilíbrio futuro, o qual será ajustado ao final do processo administrativo principal de recomposição.

§2º A aplicação do Reequilíbrio Parcial Baseado em Evidência é excepcional e será considerada apenas quando o prazo para a apuração definitiva do reequilíbrio for longo e o valor em questão for significativo, de forma a minimizar os impactos sobre a tarifa e preservar a estabilidade e modicidade tarifária, assegurando a possibilidade de ajustes futuros após a conclusão do processo principal de recomposição.

§3º Eventuais prorrogações ou transcurso dos prazos estabelecidos no art. 17 serão considerados na avaliação da necessidade de Reequilíbrio Parcial Baseado em Evidência.

Para as duas possibilidades de recomposição cautelar, a norma evidencia o caráter excepcional de sua aplicabilidade, sendo cabível tão somente nos casos em que for possível evidenciar o atendimento às condicionantes regulatórias estabelecidas. Além disso, existe a possibilidade de reversibilidade das medidas adotadas, caso se configurem inadequadas ao final do processo administrativo.

Ao avaliar as disposições sobre o processamento do pedido de medida cautelar, apresentado pela concessionária, um ponto chama a atenção na norma: o requisito de renúncia ao direito futuro de discutir a medida.

Art. 25. As medidas mitigadoras de desequilíbrios econômico-financeiros possuem natureza precária e provisória, não constituem um direito da concessionária, estão sujeitas a reversão por decisão da

Diretoria Colegiada da ANTT e somente poderão ser implementadas de comum acordo entre as partes.

[...]

§2º No pedido, a Concessionária deverá declarar expressamente sua adesão às normas desta Instrução Normativa, reconhecer o caráter precário e reversível das medidas, admitir que tais medidas não constituem direito adquirido, e comprometer-se a não pleitear, em qualquer foro judicial ou tribunal arbitral, a concessão de medidas liminares, tutelas de urgência ou antecipações de tutela que, de qualquer forma, busquem obstar eventual decisão da Agência que reverta as medidas concedidas.

Tal condicionante consiste em pesado encargo à concessionária pleiteante, visto que, mesmo reconhecendo o caráter reversível das cautelares concedidas, é necessário renunciar ao direito de contestar decisão revogatória que possa eventualmente ser emitida sob fundamentos arbitrários. A regra pode gerar discussões jurídicas futuras, inclusive quanto à existência de vício de vontade, uma vez que a situação impulsiona a concessionária a um caminho inexorável e de uma renúncia sobre a qual nem se podem dimensionar, de modo adequado, os possíveis efeitos, dada a precariedade e a urgência que caracterizam a situação. Além disso, a condicionante despreza o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, consignado no art. 5º, XXXV da CF/88,³² colocando em risco a efetividade do mecanismo mitigatório.

Pelo que se avalia, a norma é benfazeja e consiste em importante e corajosa inovação na regulação de serviços de infraestrutura de transportes. No entanto, desde já, existem pontos que mereciam aprimoramento e podem ser objeto de melhorias no âmbito da própria ANTT em sede revisional, bem como inspirar as regras para outros setores regulados, como ferrovias, portos e aeroportos.

32 Art. 5º. [...] XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

3.4 A medida cautelar aprovada pela Anac no caso da reconstrução do Aeroporto Internacional de Porto Alegre — RS

A adoção de medida cautelar debatida neste trabalho, embora ainda não tenha procedimento regulatório formalmente definido, já possui precedente no setor aeroportuário federal.

O evento climático extremo que atingiu o Rio Grande do Sul, em abril de 2024, impactou, drasticamente, o Aeroporto Internacional Salgado Filho, de Porto Alegre, paralisando por completo as operações e causando graves danos à infraestrutura do sítio aeroportuário.

A situação extrema levou o contrato de concessão a uma conjuntura de estresse jamais vivenciada pelas partes. Nem mesmo durante a pandemia de covid-19, quando houve uma queda abrupta na demanda, o impacto do desequilíbrio contratual atingiu a magnitude que se enfrenta na atualidade.

Diante desse cenário sem precedentes, a Anac publicou a Decisão da Diretoria Colegiada nº 683, de 23 de agosto de 2024,³³ com o objetivo de aplicar medida cautelar para a viabilização da reconstrução do Aeroporto Internacional de Porto Alegre.

Para fundamentar sua decisão, a Anac considerou alguns aspectos relevantes no caso concreto: (i) o Aeroporto Internacional de Porto Alegre ostenta natureza de bem público federal, afetado ao serviço de infraestrutura aeroportuária e, como tal, requer a necessidade de atuação do Poder Público Federal; (ii) o caráter excepcional e urgente de conter as perdas econômicas em andamento na concessão; (iii) a necessidade de assegurar o restabelecimento célere das operações aéreas e aeroportuárias; e (iv) a necessidade de viabilizar a urgente reconstrução do aeroporto.

Assim, a medida cautelar estabeleceu o pagamento antecipado de valor à concessionária, que poderá ser recomposto em eventual revisão extraordinária do contrato de concessão.

Privilegiando a proteção do interesse público, a decisão prevê a possibilidade de modificação ou revogação da medida cautelar concedida. Essa alteração pode ser feita a qualquer momento, se revistos, alterados ou extintos os pressupostos e os fatos que ensejaram sua aplicação.

33 Decisão nº 683 de 23 de agosto de 2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decisao-n-683-de-23-de-agosto-de-2024-580375457>.

Nessa mesma linha, eventuais créditos que a concessionária disponha com o Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC) poderão ser utilizados para compensação. Isso ocorrerá no caso de uma avaliação técnica em sede de revisão extraordinária em valor inferior àquele pago inicialmente, mediante procedimento de apuração de haveres e deveres entre concessionária e poder concedente.

No caso da Anac, é importante destacar que ainda não existe uma regulamentação para o mecanismo de recomposição cautelar. O que se observa nessa agência **é a atuação diligente da** Administração Pública diante de uma situação extrema. A urgência em adotar medidas que restabeleçam o equilíbrio contratual assegurou a continuidade da concessão e possibilitou a reconstrução da infraestrutura danificada ou destruída pela enchente, garantindo a retomada do serviço público com a celeridade necessária.

Considerações finais

Por todo o exposto, verifica-se que a tarefa de manter contratos de longo prazo, complexos e incompletos por natureza, equilibrados e economicamente saudáveis perante os impactos de incertezas tem sido desafiador para as partes contratantes.

À vista disso, a evolução regulatória trouxe avanços significativos na modelagem dos contratos de concessão, o que impulsionou o desenvolvimento de setores estratégicos de infraestrutura, como o rodoviário e o aeroportuário.

Tal evolução melhorou as modelagens contratuais, mas não avançou na mesma medida no que pertine aos procedimentos de análise e aferição de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro. Ao contrário do que a legislação preceitua e a boa doutrina defende, via de regra, os processos de análises de pleitos que visam recompor a equação econômico-financeira dos contratos de longo prazo (neste estudo, especificamente tratados os contratos de concessão) são complexos e morosos, ampliando os prejuízos do evento que deu causa ao desequilíbrio.

Nesse cenário de incertezas, os mecanismos cautelares que objetivam mitigar os danos decorrentes da morosidade na resolução de desequilíbrios econômico-financeiros surgem como alternativas viáveis para as partes envolvidas, tanto para o concessionário privado quanto para o poder

concedente. Esses mecanismos oferecem uma forma de minimizar o impacto negativo enquanto as questões que causam o desequilíbrio são processadas.

As recentes iniciativas regulatórias dos governos de São Paulo e de Pernambuco representam um avanço significativo na busca por maior eficiência no processamento dessas demandas. Da mesma forma, as medidas cautelares adotadas pela Anac no caso do Aeroporto Internacional de Porto Alegre e a Instrução Normativa nº 33/2024 da ANTT, que visa regulamentar o reequilíbrio cautelar, compartilham os mesmos objetivos. Tais iniciativas demonstram a importância de estabelecer mecanismos mitigadores para reequilíbrios cautelares e a necessidade de regulamentação em âmbito nacional, sobretudo pelas agências reguladoras, assegurando maior segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade.

Registre-se que a importância e a novidade do tema podem inspirar trabalhos futuros, aptos a avaliar efeitos *ex-post* dos reequilíbrios cautelares empreendidos pela Administração Pública. Nesse sentido, é importante que a liberação dos recursos financeiros concedidos em caráter cautelar aconteça concomitantemente ao seu deferimento, assegurando o reequilíbrio com efeito imediato. Apenas reconhecer a relevância e a pertinência da medida mitigadora, por si só, não é o bastante. Para que sejam gerados os efeitos desejados no caixa da concessionária, é imprescindível que os recursos sejam disponibilizados em tempo hábil.

A sociedade brasileira não pode prescindir de investimentos privados, e o tratamento contratual a situações de desequilíbrio determinarão a capacidade do Estado de atrair e reter bons concessionários. Nesse sentido, a previsão de mecanismo cautelar para as situações de reequilíbrio é **medida adequada** a garantir previsibilidade para o fluxo de caixa e, assim, permitir que uma das mais sensíveis questões controversas dos contratos de concessão possa ser bem dirigida.

Referências

- ABCR. ABCR em movimento: relatório de atividades 2023. São Paulo: ABCR, 2023. Disponível em: <https://melhoresrodovias.org.br/wp-content/uploads/2024/04/Relatorio-ABCR-2023.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2025.
- CAMPOS JÚNIOR, G. Agências reguladoras têm em média 1/3 dos cargos vagos. *Poder 360*, 29 jun. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/agencias-reguladoras-tem-em-media-1-3-dos-cargos-vagos/>. Acesso em: 11 fev. 2025.

- FREITAS, R. V. de. *Equilíbrios econômico-financeiros das concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 391-392.
- GARCIA, F. A. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revistas de Contratos Públicos — RCP*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.
- GARCIA, F. A. *Concessão, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- GARCIA, F. A. A mutabilidade nos contratos de concessão. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- GUIMARÃES, F. V. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação de metodologias para recomposição. In: MOREIRA, E. B. (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 105.
- MARQUES NETO, F. A. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 105-109, jan./mar. 2002.
- MOREIRA, E. B. *Direito das concessões de serviço público: concessões, parcerias, permissões e autorizações*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2002. p. 365.
- RIBEIRO, M. P. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 121-122.
- SILVA, M. A. B. Reequilíbrio em concessões: o barquinho em apuros precisa desvirar. *Portal Jota*, 27 out. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/art.s/reequilibrio-no-contratos-de-concessao-o-barquinho-em-apuros-precisa-desvirar-27102023>.
- SILVA, E. C.; NÓBREGA, M. A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo: a inadequação do modelo mecanicista; os pontos focais e a teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais. Versão 01. PSP HUB – *Infrastructure and Urbanism Studies*, 17 jun. 2024. Disponível em: <https://psphub.org/conhecimento/working-paper/a-reforma-tributaria-e-o-equilibrio-economico-financeiro-dos-contratos-administrativos-de-longo-prazo-lei-complementar-n%C3%9A-214-25a-inadequacao-do-modelo-mecanicista-os-pontos-focais-e-a-teoria-2>.
- VIANNA, F. V. A.; GARCIA, F. Reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão para a exploração de infraestrutura aeroportuária decorrente da pandemia da covid-19. In: VIANA, F. V. A; JUCÁ, P. R. (coord.) *Regulação de infraestruturas aeroportuária e portuária*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio; Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 107-108.

Parte III

PREVIDÊNCIA, FUNDOS E SEGUROS

Investimentos e precificação de ativos financeiros nos fundos de pensão

Alcinei Rodrigues¹

Ricardo Pena²

Resumo

A edição da Resolução CNPC nº 61, em 2024, representou um marco há muito tempo aguardado pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) ao permitir novamente (depois de cinco anos) o registro contábil de títulos públicos federais na categoria “mantidos até o vencimento” para planos de Contribuição Definida (CD) e Contribuição Variável (CV), dado que, nos Planos de Benefício Definido (BD), essa possibilidade já estava contemplada. Dessa forma, a Resolução possibilitou uma adequação mais flexível entre os modelos de negócios (planos; maturidade; fase acumulação/pagamento de benefícios) das EFPC e o gerenciamento contábil de seus ativos financeiros, promovendo maior estabilidade e segurança previdenciária, sem reduzir a transparência nos resultados dos planos, ao mesmo tempo que contribui para o fortalecimento da gestão da dívida pública federal, sobretudo para a parte longa da curva de juros. Este artigo discute os impactos e as oportunidades geradas por essa nova norma, considerando os desafios e as necessidades de ajustes regulatórios no setor.

1 Economista com mestrado pela PUC/SP. Foi gerente de participações por 20 anos na Funcef e na Petros. Diretor de normas da Previc.

2 Economista e demógrafo com doutorado pelo Cedeplar/UFGM. Foi presidente da Funpresp-Exe por nove anos. Servidor público e diretor-superintendente da Previc pela segunda vez.

Introdução

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) têm papel essencial no sistema financeiro brasileiro, contribuindo tanto para a segurança previdenciária de seus participantes quanto para o desenvolvimento do mercado financeiro e de capitais. Em atenção à importância das EFPC, a recente aprovação da Resolução CNPC nº 61 buscou resolver problemas estruturais relacionados à precificação dos ativos financeiros das EFPC, voltando a permitir que os planos de CD e CV registrem títulos públicos federais como “mantidos até o vencimento” (ou, na denominação do CPC nº 48, “de custo amortizado”). Essa medida visou fortalecer a capacidade de gerenciamento dos ativos e passivos das EFPC, bem como contribuir para a gestão da dívida pública no país.

O trabalho pretende discutir os efeitos da recente Resolução CNPC nº 61, de 2024, na dinâmica do portfólio de investimentos das EFPC, a partir da sua composição e dos seus resultados, considerando o tamanho da participação relativa (76%) dos TPF na carteira de aplicação dos planos previdenciários.

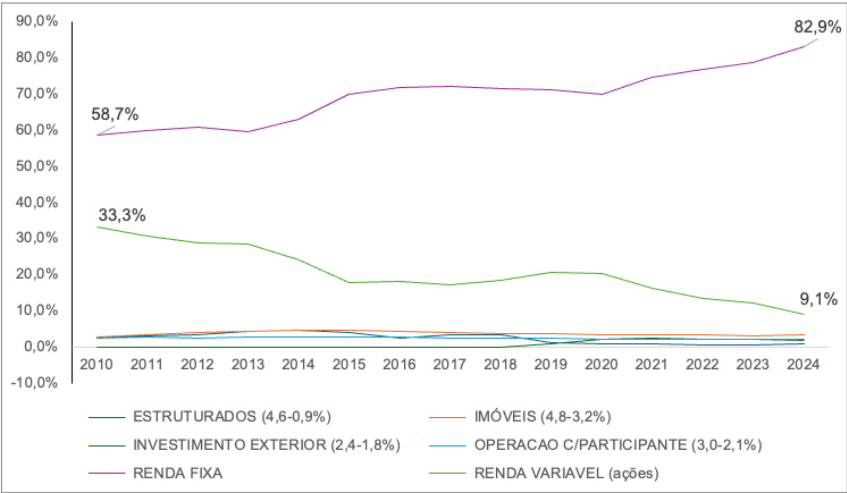
1. Perfil da carteira de investimentos das EFPC

O setor acumula, até dezembro de 2024, patrimônio previdenciário de R\$ 1,31 trilhões em 267 EFPC que administram 1.174 planos para 8 milhões de participantes e assistidos e 4.200 empresas patrocinadoras.

No Gráfico 1, podemos visualizar a evolução percentual da alocação entre os seis segmentos de aplicação das carteiras de investimentos dos planos de benefícios administrados pelas EFPC, conforme estabelece a Resolução CMN nº 4.994, de 2022.

Percebe-se que, nos últimos 15 anos, ocorreu uma expressiva concentração no segmento de renda fixa, tendo forte redução (72%) na participação relativa do segmento de renda variável dentro do portfólio das fundações.

Gráfico 1: Evolução na alocação das EFPC entre os segmentos de aplicação/ investimentos permitidos pelo CMN

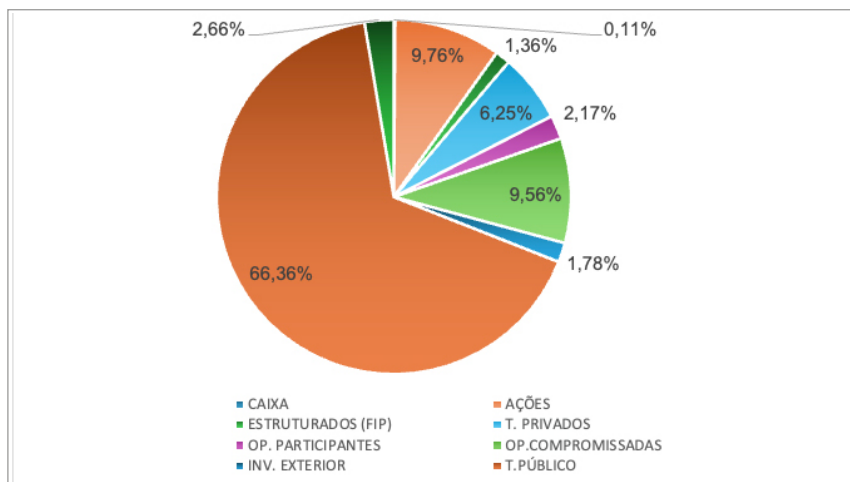


Fonte: Adaptado pelos autores da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc).

Dentro do segmento de renda fixa, podemos também ver, no Gráfico 2, a escolha dos títulos públicos federais (+ operações compromissadas que chegam a 76% do total) como o ativo financeiro preferido do portfólio das EFPC. Essa preferência ocorre independente do modelo de plano (BD, CD ou CV), da maturidade da população (mais jovem, maduro, ou em fase de run-off) ou da *duration* do passivo (CD/CV mais longo e BD mais encurtado em função do fechamento, extinção ou saldamento).

No segmento estruturado — ou de investimentos alternativos, como no caso do Fundo de Investimentos em Participação (FIP) e do Fundo de Investimentos Multimercado (FIM) —, vimos, ao contrário, no Gráfico 1, uma redução de 4,6%, na alocação para esses ativos de maior risco em 2014, para 0,9%, em 2024.

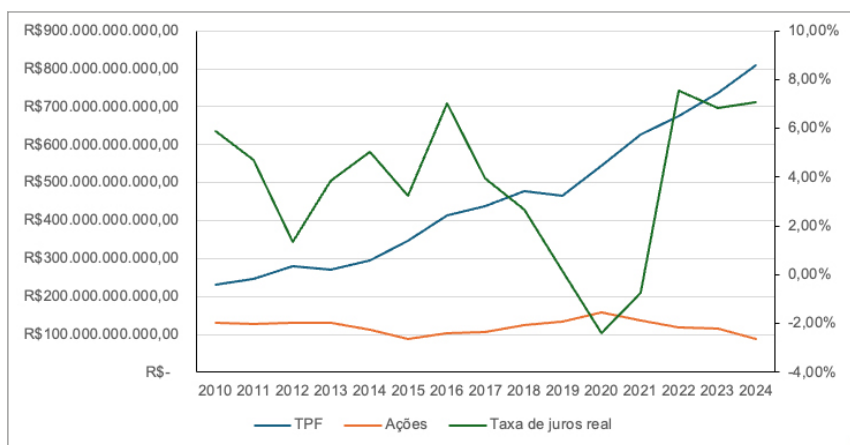
Gráfico 2: Portfólio de investimentos das EFPC, em dez./2024



Fonte: Adaptado pelos autores de Previc, posição dez. 2024.

Mesmo em um cenário de juros reais mais baixos, como no intervalo de 2017 a 2021, com taxa média próxima de 1,00% a.a., não é possível visualizar uma diversificação do portfólio. Não se observavam acréscimos na carteira de ações listadas em Bolsa ou em títulos privados (de instituições financeiras ou de companhias abertas) por parte das EFPC.

Gráfico 3: Evolução dos investimentos das EFPC em TPF/Títulos Públicos Federais e Ações vs. Taxa de juros real no Brasil, no período de 2010 a 2024



Fonte: Adaptado pelos autores de Previc.

Nos últimos quinze anos, a média da taxa de juros reais no Brasil ficou em 3,74% a.a.³ como pode ser visto no Gráfico 3, mas esse fator foi insensível (ou inelástico) à grande concentração ocorrida em TPF nas carteiras de investimentos das EFPC. Ao contrário, depois de 2013 e de 2020, tivemos dois pontos de inflexão nessa direção de menor diversificação.

Isso pode trazer componentes de riscos de descasamento de *duration* (ativo vs. passivo) e de risco de investimentos quando há a oferta de TPF de longo prazo, em função das condições macroeconômicas de inflação sob controle, combinado com juros reais de longo prazo estabilizados em patamares menores.

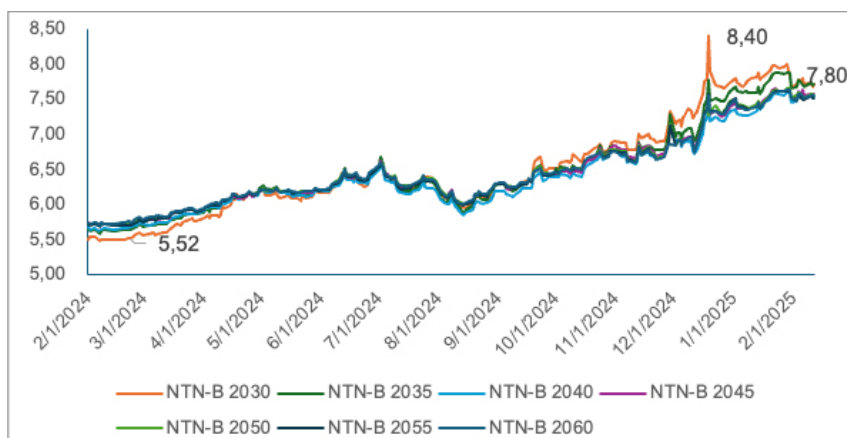
1.1 Títulos Públicos Federais na Carteira de Investimentos das EFPC

A relevância dos títulos públicos para as carteiras das EFPC é facilmente percebida em função da natureza de suas características com o fluxo das obrigações atuariais de longo prazo dos planos de benefícios. Por gerenciarem recursos destinados à complementação da futura aposentadoria de seus participantes, as entidades naturalmente são grandes demandantes de títulos públicos de longo prazo (sobretudo os atrelados à inflação, como as Notas do Tesouro Nacional série B, NTN-B).

Os títulos públicos, no atual cenário macroeconômico, são, por definição na escala e no balanço dos investimentos, os ativos financeiros com menor risco, melhor rentabilidade e com liquidez imediata. Como os *spreads* têm sido expressivos no Brasil (ver Gráfico 4), atualmente pagando 7,80% (para vencimento em 2030) e 7,54% (para vencimento em 2060), percebe-se uma ótima relação risco-retorno.

3 Talvez explicado pela regra de precificação do passivo previdenciário (art. 5º da Resolução CNPC nº 30, de 2018), que utiliza a média diária dos prêmios de risco da NTN-B nos últimos cinco anos, em função da *duration* do passivo previdenciário de cada plano.

Gráfico 4: Evolução das Taxas de Juros Reais pagas pelas NTN-Bs por vencimentos



Fonte: Adaptado pelos autores de Broadcast, 12. fev. 2025.

Como consequência e pelas características dos contratos previdenciários de longo prazo, as EFPC são detentoras de 11,34% do estoque da dívida pública mobiliária federal interna. Isso de acordo com dados do Tesouro Nacional demonstrados na Tabela 1, e com perfil de investidor de longo prazo.

Tabela 1: Detentores da dívida pública interna e das operações compromissadas,⁴ em 2024

Detentores	DPMFi/STN		Oper. compromissadas/Bacen	
	R\$ bi	%	R\$ bi	%

4 As operações compromissadas podem ser definidas como a venda (ou a compra) de títulos públicos pelo Banco Central do Brasil (Bacen) com compromisso de recompra (ou revenda), assumida pelo vendedor (ou comprador), em data preestabelecida no momento da negociação. A transação ocorre normalmente em um dia, “*overnight*”, podendo ser em prazos de até um ano. O Bacen atua por meio de instituições credenciadas (*dealers*), ao realizar os leilões dessas operações. As operações compromissadas são disciplinadas pela Resolução CMN nº 3.339/2006 e pela Resolução Bacen nº 75/2021. Essa operação financeira é lastreada em títulos públicos emitidos pelo Tesouro Nacional e tem relação direta com o valor estabelecido para a taxa Selic. A utilização pelo Bacen das operações compromissadas almeja reduzir o excesso de liquidez e controlar a inflação tornando, assim, o ambiente econômico mais previsível e estável. Tais operações são atualmente empregadas por grande parte dos bancos centrais no mundo para a execução da política monetária, pois são bastante flexíveis e de alcance imediato na regulação dos meios de pagamento.

Bancos	1.929,42	28,59%	-288,6	-17,70%
Fundos de investimento	1.508,61	22,36%	1.527,5	93,60%
Investidores estrangeiros	725,28	10,75%	11,8	0,70%
EFPC	764,89	11,34%	89,7	5,50%
EAPC	674,46	10,00%	104,4	6,40%
RPPS	160,91	2,38%	28,1	1,70%
Outros	984,17	14,58%	168,6	9,80%
Total	6.747,74	100,00%	1.641,50	100,00%

Fonte: Adaptado pelos autores da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), out. 2024.

Se somarmos as Entidades de Previdência (EFPC, EAPC e RPPS), o setor tem participação direta relativa de 23,72%, próximo à participação das instituições financeiras (28,59%) e *assets* (22,36%).

Para as operações compromissadas de curtíssimo prazo, as EFPC detêm 5,50% do total dessas operações realizadas pelo Bacen, denotando a perspectiva de curto prazo estimulada a partir da Resolução CNPC nº 37, de 2020, que passou a exigir a marcação a mercado dos ativos financeiros para os planos CD e CV.

Tabela 2: Detentores da dívida pública mobiliária interna por perfil de indexadores, em 2024

Detentores	NTN-B	LFT	Pré (LTN, NTN-F)	Total
Bancos	15,14%	55,42%	29,44%	100,00%
Fundos de investimento	20,12%	74,55%	5,33%	100,00%
Investidores estrangeiros	6,04%	16,53%	77,43%	100,00%
EFPC	87,57%	11,33%	1,10%	100,00%
EAPC	16,35%	70,86%	12,79%	100,00%
RPPS	71,32%	19,73%	8,95%	100,00%
Outros	36,31%	51,78%	11,91%	100,00%

Fonte: Adaptado pelos autores de STN, out. 2024.

Ao examinar, na Tabela 2, a distribuição dos TPF entre os detentores e por indexador, é possível visualizar a diferenciação dos gestores de curto prazo [bancos (55% em LFT), *assets* (74% em LFT) e EAPC (70%

em LFT)] e gestores de longo prazo [EFPC (87% em NTN-B) e RPPS (70% em NTN-B)].

Para as EAPC em que os contratos de Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) e de Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) permitem resgates e portabilidades a qualquer momento durante o período de acumulação, os gestores dessas entidades têm preferência por ativos de curto prazo vinculados ao CDI/Selic.

Para as EFPC em que os contratos previdenciários (planos BD, CD e CV) não permitem (pelo art. 14 da LC nº 109, de 2001) resgates e portabilidades sem o respectivo rompimento do vínculo empregatício, os gestores dessas entidades têm preferência por ativos financeiros de longo prazo. Tais ativos são lastreados ao compromisso atuarial do pagamento mensal das aposentadorias e pensões (índices de preços da cesta de consumo dos participantes e assistidos), como o IPCA-IBGE, o que coaduna com as NTN-B com vencimentos mais longos e que compõem a dívida pública mobiliária interna administrada pela STN/Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda.

2. Contexto e importância regulatória

A Resolução CGPC nº 04, de 30 de janeiro de 2002, regulamentou, pela primeira vez, a contabilização de títulos e valores mobiliários, fossem eles públicos ou privados do segmento de renda fixa, nos planos de benefício definido (BD), contribuição variável (CV) e contribuição definida (CD).

Para esse fim, estabeleceu a possibilidade de registro tanto pela taxa de mercado quanto pela taxa contratual (curva do papel). Nessa linha, definiu duas categorias contábeis para esses ativos: títulos destinados à negociação (TN/*MtM-Market to Market*) e títulos mantidos até o vencimento (TMV/*HtM-Held to Maturity*).

Para a segunda classificação, exigiu-se o cumprimento de requisitos específicos. Entre eles destacam-se o prazo mínimo de 12 meses para o vencimento do título, a comprovação da capacidade financeira da EFPC para manter o ativo até a data prevista e a classificação de baixo risco de crédito, conforme avaliação de agência classificadora em operação no país.

Posteriormente, a Resolução CNPC nº 29, de 13 de abril de 2018, consolidou (inclusive a Resolução CGPC nº 15, de 2005) as normas contábeis

aplicáveis às EFPC, ao contrário da Resolução CGPC nº 04/2002, que se restringia à classificação de títulos e valores mobiliários.

Na prática, já havia um alinhamento parcial entre os procedimentos contábeis adotados pelas EFPC e o Pronunciamento Contábil nº 48 (CPC 48), em vigor desde 1º de janeiro de 2018. Esse pronunciamento revogou o CPC nº 38 e internalizou os padrões internacionais previstos na Norma Internacional de Relatório Financeiro (International Financial Reporting Standards, IFRS), em um modelo misto entre a abordagem puramente financeira e a tradicionalmente atuarial. Isso foi feito a partir de uma estrutura conceitual de consistência temporal, relevância, confiabilidade e comparabilidade.

A Resolução CNPC nº 37, de 13 de março de 2020, não revogou a norma anterior. No entanto, trouxe alterações pontuais e de grande impacto na conformidade com o CPC nº 48.

Entre as mudanças relevantes, restringiu, sem uma explicação técnica sustentada na realidade previdenciária das EFPC, a possibilidade de contabilização de títulos na categoria “mantidos até o vencimento”. A partir dessa resolução, essa classificação passou a ser permitida exclusivamente para títulos públicos federais com vencimento superior a cinco anos e somente para planos da modalidade BD.

Por fim, a Resolução CNPC nº 43, de 6 de agosto de 2021, atualmente em vigor, revogou as Resoluções CNPC nº 29/2018 e nº 37/2020 e trouxe novas diretrizes. Entre as inovações, ampliou a restrição de classificação de títulos públicos federais como “mantidos até o vencimento” para planos CD e CV, haja vista que previu a possibilidade dessa marcação apenas durante a fase de concessão de benefícios e desde que fossem utilizadas hipóteses atuariais.

Além disso, em um movimento prejudicial de “indução” para precificação a mercado, passou a permitir a reclassificação de ativos dessa categoria para “títulos para negociação” em situações específicas, como redução da taxa de juros ou aumento da longevidade, desde que atendidos determinados critérios. Apesar da revogação do CPC nº 38 pelo CPC nº 48, a norma manteve a nomenclatura “títulos mantidos até o vencimento”, oriunda do modelo anterior.

Percebeu-se, a partir de 2020, uma regulação do CNPC muito restritiva e com impactos profundos nos resultados e na composição do portfólio de investimentos das EFPC, ao vedar a marcação na curva (HTM) para os planos CD e planos CV (sobretudo na fase de acumulação). Esses representam o fluxo novo de contribuições para o regime de previdência complementar, uma vez que os planos BD estão fechados a novos entrados e já não se criam, há muito tempo, novos planos nessa modalidade, em especial em função do risco de longevidade e de taxa de juros que podem apresentar déficit financeiros para equacionamento pelos participantes e pelas empresas patrocinadoras dos planos.

O impacto dessa limitação pode ser observado no encurtamento das carteiras de títulos públicos federais nos planos CD e CV, dado que o investimento em títulos de curto prazo tende a minimizar a volatilidade que a marcação a mercado impõe ao passivo previdenciário do plano de benefícios. Essa estratégia causa um descompasso entre os ativos financeiros das EFPC e seus passivos previdenciários de longo prazo, com sérias consequências sobre a performance (rentabilidade) e o resultado (déficit ou superávit) dos planos previdenciários.

A Tabela 3, a seguir, demonstra que 79% da carteira de TPF/Títulos Públicos Federais nos planos CD atualmente possuem vencimento em até cinco anos. Esse fator evidencia a desconexão entre a *duration* dos ativos financeiros das EFPC e suas necessidades do passivo previdenciário no longo prazo.

Tabela 3: Prazo médio da carteira dos TPF/Títulos Públicos Federais por modalidade do plano de benefícios em dez. 2024

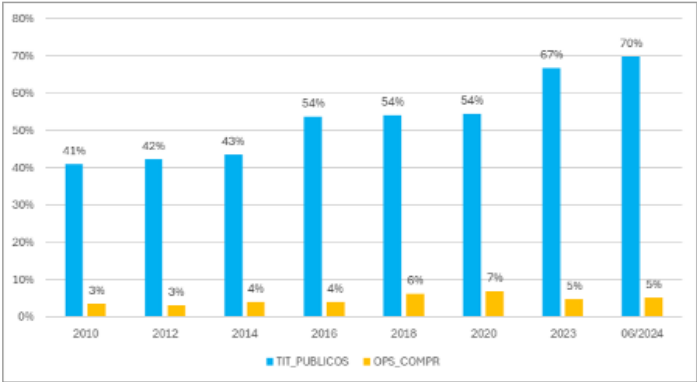
Modalidade do plano	Prazo da carteira dos TPF				
	2030	2040	2050	2060	Total
CD	79%	7%	12%	2%	100%
CV	51%	19%	26%	4%	100%
BD	33%	20%	43%	4%	100%

Fonte: Adaptado pelos autores de Previc.

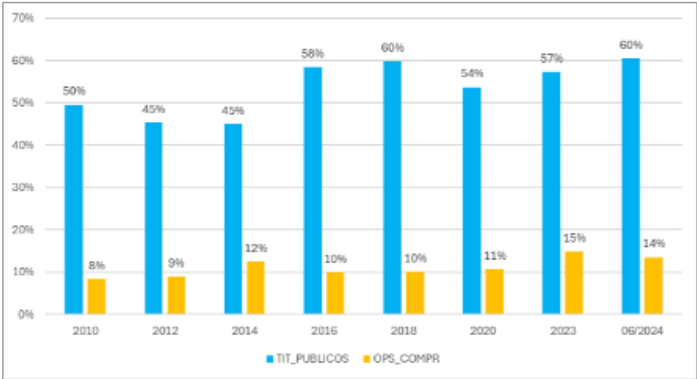
Com essa regulação na forma de precificação dos ativos financeiros, observou-se, a partir da Resolução CNPC nº 37 em 2020, um encurtamento das operações quando comparadas as alocações de cada modalidade de plano de benefícios. Enquanto planos BD têm cerca de 5% alocados em operações compromissadas; planos CV e CD possuem, respectivamente, 15% e 20%, como pode ser visualizado no Gráfico 5.

Gráfico 5: Distribuição entre Títulos Públicos Federais (TPF) e Operações Compromissadas (OC) entre as modalidades dos planos administrados pelas EFPC, em 2024

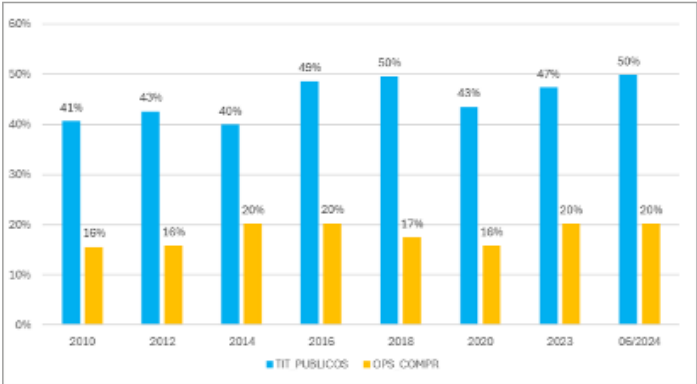
Planos BD



Planos CD



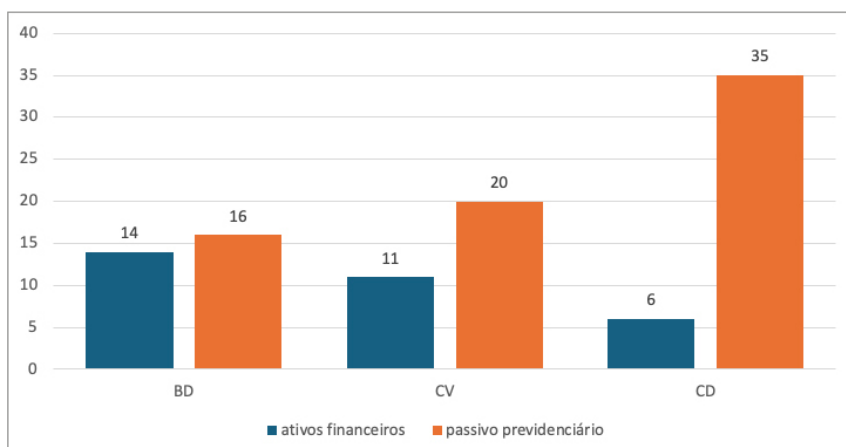
Planos CV



Fonte: Adaptado pelos autores de Previc.

O impacto das Resoluções CNPC nº 37/2020 e CNPC nº 43/2021 também é nitidamente percebido em relação às *durations* médias de cada modalidade de plano previdenciário, conforme demonstra o Gráfico 6. Nele, planos CD abertos a novos entrados com *durations* longas no passivo previdenciário (+ 35 anos) procuraram encurtar os prazos médios de vencimentos dos ativos financeiros em função da regra mandatória de marcação a mercado, causando descasamento nos fluxos previdenciários e com sérios riscos de reinvestimento quando do vencimento desses papéis que compõem o portfólio dos planos de benefícios.

Gráfico 6: *Duration* médio dos ativos financeiros e do passivo previdenciário das EFPC por modalidade de plano de benefícios, em 2024



Fonte: Adaptado pelos autores de Previc.

A Resolução CNPC nº 61, de 2024, redefiniu essa dinâmica ao permitir que todos os planos, independentemente de suas modalidades e fases (acumulação de recursos/pagamento de benefícios), possam registrar títulos na categoria “mantidos até o vencimento”. Essa possibilidade é válida desde que comprovem capacidade financeira e atuarial de mantê-los até o vencimento.

Essa alteração está em conformidade com padrões internacionais de contabilidade, como o IFRS 9, e busca corrigir distorções que comprometiam a eficiência da alocação de recursos das EFPC e, por consequência, a gestão da dívida pública federal. Além disso, o novo modelo permite que as EFPC tenham um papel mais relevante no fortalecimento do mercado

de títulos públicos de longo prazo, promovendo um alinhamento mais robusto com os objetivos macroeconômicos do país.

Outro debate relacionado à Resolução CNPC nº 61, de 2024, diz respeito aos questionamentos de eventual transferência de riqueza entre os participantes do plano de benefícios. Contudo, a gestão da liquidez do plano e a forte restrição de saída por parte dos participantes — diferentemente do praticado pelos cotistas na indústria de fundos de investimento — conforme estipulado na LC nº 109/2001 (cessação do vínculo empregatício para optar pelos institutos previdenciários de resgate ou portabilidade), são fatores relevantes. Esse cenário, somado ao modelo de negócio da EFPC — por exemplo, de um plano CD para servidores públicos que somente mudam de carreira no setor público e tendem a permanecer o tempo requerido para aposentadoria (quarenta anos), vis-à-vis um plano CD para profissionais do setor de Tecnologia da Informação com forte probabilidade de rotatividade inferior a três anos —, são parâmetros definidores da escolha (a mercado ou na “curva”) da contabilização desses ativos financeiros pela EFPC.

Dessa feita, ocorreram contestações recentes nesse sentido junto a órgãos de controle externo da Previc e do CNPC, que após exame⁵ detalhado das bases normativas e contábeis do processo decisório do órgão regulador das EFPC, concluiu que a Resolução nº 61 apresentou sólida fundamentação técnica e jurídica. Além disso, estava alinhada às melhores práticas internacionais de contabilidade, buscando corrigir desalinhamentos regulatórios que impactavam negativamente a sustentabilidade de longo prazo dos planos de previdência complementar, promovendo maior estabilidade e eficiência na gestão dos ativos financeiros pelas EFPC.

3. Impactos no gerenciamento de ativos e passivos

A Resolução CNPC nº 61 promoveu avanços significativos na gestão de ativos e passivos das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC). Ao permitir que planos BD, CD e CV registrem títulos públicos federais como “mantidos até o vencimento” a norma introduz maior previsibilidade na gestão financeira dessas entidades, reduzindo a exposição

5 Ver Relatório da AudBancos/TCU no processo de Representação nº TC 003.220/2025-7, de 09/abril/2025, e o Acórdão TCU nº 870/2025, de 23/abril/2025.

a oscilações do mercado de capitais e alinhando os ativos financeiros às obrigações previdenciárias futuras.

Entre os principais impactos positivos, destacam-se os descritos a seguir.

- i. Aprimoramento na segurança atuarial dos planos: a extensão da marcação na curva para os planos CD e CV possibilita uma melhor correspondência entre ativos financeiros e passivos previdenciários, reduzindo riscos de reinvestimentos e conferindo maior previsibilidade aos fluxos financeiros.
- ii. Mitigação na volatilidade das carteiras de investimentos: a nova abordagem protege as EFPC de variações bruscas nos preços dos títulos (veja a Tabela 4, a seguir, que demonstra forte oscilação nos preços/taxas dos TPF em função dos vencimentos, em 2024), minimizando impactos negativos em períodos de instabilidade econômica e garantindo um ambiente mais estável para os participantes e assistidos. Isso minimiza os riscos da carteira, dado que reduz a volatilidade, sem artificialismos contábeis, observando o padrão internacional do IFRS.

Tabela 4: Variação percentual das taxas dos TPF/Títulos Públicos Federais nos últimos 12 meses

TPF/ Vencimento	NTN-B2030	NTN-B2035	NTN-B2040	NTN-B2045	NTN-B2050	NTN-B2055	NTN-B2060	LTN-2030	NTN-F2035
% abertura taxa	39,93%	35,92%	31,28%	30,83%	32,81%	30,99%	29,91%	44,12%	37,93%

Fonte: Adaptado pelos autores de Broadcast, 18 fev. 2025.

- iii. Fomento ao investimento de longo prazo: a flexibilização das regras contábeis incentiva uma alocação mais eficiente dos recursos previdenciários, promovendo investimentos alinhados ao horizonte de longo prazo das entidades. A adoção de possibilidade de títulos públicos na curva abre possibilidades para o estudo de títulos privados de longa, com especial cuidado e reflexo posterior no estabelecimento de rating e outras condições de sustentabilidade da carteira de crédito privado de longo prazo.
- iv. Convergência com normas internacionais: a adoção dos princípios do CPC nº 48 e do IFRS nº 9 reforçou a transparência e a credibilidade da contabilidade das EFPC, garantindo harmonização com as melhores práticas contábeis do mundo.

Os reflexos da nova norma também são evidentes na estrutura de *duration* dos planos de benefícios, que nos últimos quatro anos apresentava desalinhamento entre prazos dos ativos e obrigações futuras. Dados da Previc indicam que 79% da carteira de títulos públicos federais dos planos CD possuem vencimento em até cinco anos, revelando um descompasso com o horizonte previdenciário de longo prazo. Com a ampliação da possibilidade de marcação na curva, espera-se um reposicionamento gradual dessas alocações, tornando a estrutura de investimentos mais aderente às necessidades de liquidez e solvência das EFPC.

Adicionalmente, a norma também impacta as operações compromissadas, uma vez que planos CD e CV tradicionalmente possuem maior exposição a esses instrumentos financeiros do que planos BD. A possibilidade de alocação de longo prazo sem necessidade de marcação a mercado pode reduzir a dependência dessas operações, promovendo um gerenciamento mais eficiente do fluxo de caixa e dos ativos financeiros.

A Resolução CNPC nº 61 busca, portanto, corrigir distorções cometidas, a partir de 2020, no modelo de gestão de ativos financeiros das EFPC, viabilizando estratégias mais robustas e alinhadas ao caráter previdenciário dessas entidades. A adequação contábil, alinhada às práticas internacionais (IFRS 9) agora permitidas, fortalece a capacidade financeira das EFPC e reforça seu papel na estruturação do mercado de títulos públicos de longo prazo. Isso beneficia o sistema previdenciário e ajuda no achatamento da curva (redução do nível) ou no pivotamento da atual curva de juros, sobretudo na parte longa em que as Entidades de Previdência e os investidores estrangeiros são os maiores detentores, como demonstrou a Tabela 1.

4. Com a Resolução CNPC nº 61 a marcação a mercado do passivo previdenciário ainda é viável?

A marcação a mercado do passivo previdenciário das EFPC é uma abordagem controversa. Ela é adotada em países desenvolvidos com taxa de juros reais mais estáveis nos últimos vinte anos, com amplitude e acesso irrestrito ao mercado de capitais mundial, além de regras de investimentos prudenciais (sem imposição de limites máximos quantitativos). No entanto, essa prática pode gerar volatilidade artificial e distorcer os

resultados dos fundos de pensão sem que haja alteração na estrutura de pagamento dos benefícios.

Em 2024,⁶ o assunto da marcação a mercado do passivo apareceu com força na pauta dos fundos de pensão no Brasil como contrapartida para se aperfeiçoar as diretrizes de investimentos estabelecidas na Resolução CMN nº 4994, de 2022, partindo de uma premissa não comprovada de que tais assuntos tivessem relação causal para incentivar a aquisição de ativos financeiros de maior risco (e de maior retorno) para o portfólio das EFPC.

A precificação do passivo dos planos previdenciários das EFPC atualmente segue a regra do art. 5º da Resolução CNPC nº 30/2018:

...

Art. 5º A taxa de juros real anual a ser utilizada como taxa de desconto para apuração do valor presente dos fluxos de benefícios e contribuições de um plano de benefícios corresponderá ao valor esperado da rentabilidade futura de seus investimentos.

§1º Deverá ser demonstrada, em estudo técnico, a convergência das hipóteses de rentabilidade dos investimentos ao plano de custeio e ao fluxo futuro de receitas de contribuições e de pagamento de benefícios.

§2º A EFPC poderá adotar taxa de juros real anual limitada ao intervalo compreendido entre 70% (setenta por cento) da taxa de juros parâmetro e 0,4% (quatro décimos por cento) ao ano — a.a. acima da taxa de juros parâmetro.

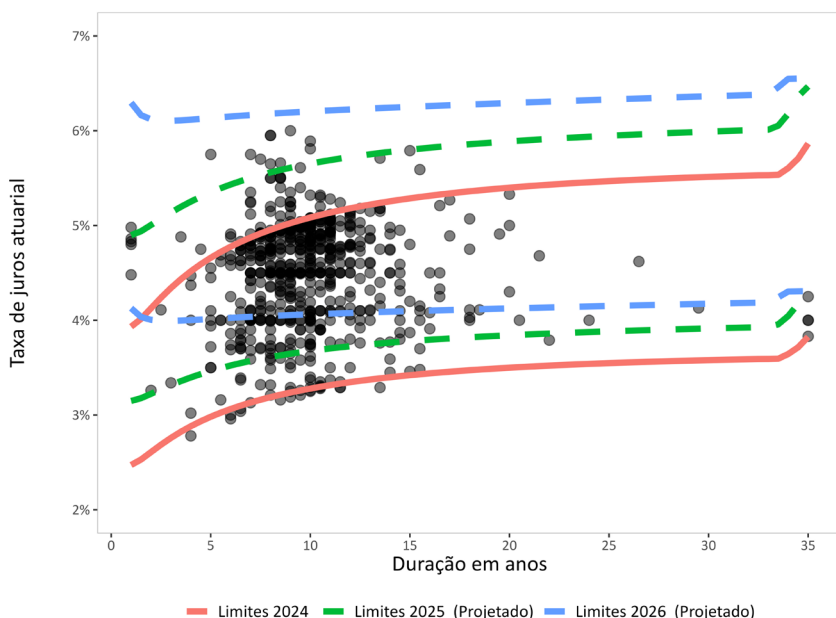
§3º Caso a taxa de juros real correspondente ao ponto de dez anos da Estrutura a Termo de Taxa de Juros Média (média diária das operações captadas pela ANBIMA, nos últimos 5 anos, dos prêmios de risco da NTN-B em função da duration do plano previdenciário), seja inferior a 4% (quatro por cento) a.a., o limite superior do intervalo definido no parágrafo anterior será ampliado em 0,03% (três centésimos por cento) a.a. a cada decréscimo de 0,1% (um décimo por cento) a.a. naquela taxa.

6 VALORECONÔMICO. Ministério da Fazenda quer atacar ‘raiz do problema’ dos fundos de pensão: proposta é que fundos de pensão façam marcação a mercado de passivos. 24 jun. 2024. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2024/06/24/fazenda-quer-marcacao-a-mercado-para-passivo-de-fundos-de-pensao.ghtml>. Acesso em: 1 mar. 2025.

§4º A EFPC deverá enviar estudo técnico específico para autorização pela Previc, caso pretenda adotar taxa de juros real anual que não esteja no intervalo estabelecido no §2º, observado o disposto no §3º. (grifos nossos)

O Gráfico 7 reflete, com base uma abordagem atuarial, a atual regulação para a precificação do passivo previdenciário. Tal regulação parte de um intervalo de tolerância da taxa de juros em função da *duration* de cada plano de benefícios, baseada no valor esperado da rentabilidade futura dos investimentos dos planos administrados pelas EFPC.

Gráfico 7: Taxa de juros de referência (túnel) para desconto do passivo previdenciário das EFPC em função da *duration* (duração) de cada plano de benefícios, em 2024 (projetado para 2025)



Fonte: Adaptado pelos autores de Previc.

Infere-se que o modelo atual talvez já possa ter cumprido seus objetivos, considerando o contexto da edição da regra pelo CNPC em 2018. No entanto, atualmente está apresentando problemas ao incentivar (mesmo que intuitivamente) os gestores das EFPC — seja pela “sugestão” da regulação

ou pelo “apagão das canetas” (ambiente de paralisação e de decisões subótimas) a partir da Operação *Greenfield* (2016-2020) — na aquisição, desde 2018, de TFP. Também se destaca a utilização da média dos últimos cinco anos descolada das reais taxas de juros praticadas no mercado naquele momento da precificação do passivo pelas EFPC. Talvez seja um período oportuno (depois da publicação da Resolução CNPC nº 61) de atualizar a regra de precificação ou até mesmo de modificar a abordagem baseada na expectativa de retornos dos ativos financeiros, atualmente muito concentrada (76%) em TPF, e sem estímulo à diversificação para ativos de maior risco e de maior retorno, tão importante em um regime de capitalização financeira, sobretudo para os novos planos CD com extensa *duration* para as obrigações previdenciárias de pagamento das aposentadorias e pensões.

A precificação dos passivos com base em taxas de mercado, especialmente em economias como a brasileira, pode criar distorções contábeis e atuariais ao desconsiderar a natureza de longo prazo das obrigações previdenciárias das EFPC. Como a taxa de desconto dos passivos passa a ser determinada pelas oscilações do mercado financeiro, déficits e superávits gerados de modo artificial podem surgir, levando a: equacionamentos desnecessários, exigência de contribuições adicionais e impacto nos saldos dos planos CD e CV. Isso pode induzir participantes a escolhas precipitadas, como o resgate prematuro ou até mesmo a troca de perfis de investimentos baseados em finanças comportamentais, em estilo de vida ou *life cycle*.

Além disso, essa abordagem financeira contraria diretamente (e com isso, talvez, inviabilize sua adoção) os princípios previdenciários da Resolução CNPC nº 61, de 2024, que visa garantir previsibilidade e sustentabilidade aos planos de benefícios, ao passo que a marcação a mercado pode acentuar a volatilidade e compromete a estabilidade da gestão previdenciária pelas EFPC.

Considerações finais

A Resolução CNPC nº 61, de 2024, trouxe um marco regulatório relevante para o setor das EFPC, permitindo uma adequação significativa na gestão de ativos e passivos dos fundos de pensão. A possibilidade de registrar títulos públicos federais como “mantidos até o vencimento” para planos de CD e CV vai fortalecer a gestão e a governança das EFPC, alinhando, no longo prazo, seus portfólios às obrigações atuariais, mitigando, assim, os riscos

de descasamento de *duration* e de reinvestimento dos ativos financeiros pertencentes aos planos previdenciários.

A medida também contribui para a estabilidade do mercado de títulos públicos e para o aprimoramento da segurança previdenciária, com maior previsibilidade dos fluxos financeiros. Ao adotar as normas nacionais do CPC nº 48 e internacionais do IFRS nº 9, a Resolução CNPC nº 61 assegura a transparência e o fortalecimento das práticas contábeis no setor. Além disso, permite um gerenciamento mais eficiente dos ativos financeiros, favorecendo o cumprimento das obrigações previdenciárias futuras, contribuindo, dessa forma, para a melhora no perfil da dívida pública gerenciada pela STN/MF, sobretudo para a parte mais longa da curva de juros.

Referências

- BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Complementar. Resolução nº 61, de 2024. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição: 242, p. 103, 17 dez. 2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cnpc-n-61-de-11-de-dezembro-de-2024-602263594>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Complementar. Resolução nº 37, de 2020. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição: 108, p. 35, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-37-de-4-de-junho-de-2020-260629588>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Complementar. Resolução nº 43, de 2021. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição: 164, p. 200, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cnpc-n-43-de-6-de-agosto-de-2021-341365068>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- BUSILLO, J.; HARVEY, T.; HOFFMAN, B. *Mark-to-Market Accounting for United States Corporate Pensions: Implementation and Impact*. Pension Research Council Working Paper PRC WP2015-16, The Wharton School, University of Pennsylvania, Aug. 2015.
- CLACHER, I; MOIZER, P. *Accounting for Pensions*. [S. l.]: University of Leeds, 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/267448273_Accounting_for_Pensions. Acesso em: 28 fev. 2025.

INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARDS. IFRS 9: Financial Instruments. [S. l.]: IASB, 2018. Disponível em: <https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ifrs-9-financial-instruments/#about>. Acesso em: 28 fev. 2025.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria do Tesouro Nacional/SubSecretaria da Dívida Pública. *Nota Técnica SEI nº 3783/2024/MF*. Brasília, DF: MF, 2024. Previc. Relatório Anual de 2024. Brasília, DF: STN/MF, 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 870/2025, de 23/abril/2025 e Relatório nº TC 003.220/2025-7, de 09/abril/2025, da Auditoria Especializada em Bancos Públicos e Reguladores Financeiros.

Propostas legislativas para o fomento da previdência complementar

Devanir Silva¹

Resumo

O presente artigo analisa a necessidade de fortalecimento da Previdência Complementar no Brasil, destacando seu papel essencial na sustentabilidade financeira dos trabalhadores na aposentadoria e na economia nacional. A Previdência Social pública tem dificuldades para prover renda adequada aos aposentados, tornando indispensável o estímulo a modelos complementares baseados em capitalização.

1. Importância da Previdência Complementar

A experiência internacional demonstra que países com sistemas previdenciários robustos combinam repartição e capitalização. No Brasil, a Previdência Complementar:

- reduz a pressão sobre o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), aliviando os gastos públicos;
- garante uma poupança de longo prazo, que financia investimentos produtivos na economia; e
- evita a volatilidade do mercado de capitais, contribuindo para a estabilidade econômica.

1 Administrador de empresas atuante no setor desde 1981. Há 41 anos, ocupa o principal cargo executivo da Associação Brasileira das Entidades de Previdência Complementar (Abrapp). Participou de cursos no Brasil e no exterior, incluindo a Wharton School da Universidade da Pensilvânia, nos Estados Unidos, e seminários promovidos por entidades nacionais do sistema em diversos países. Representou a Abrapp na Organização Ibero-americana de Seguridade Social.

Sem estímulos adequados, os trabalhadores podem desviar sua poupança para o consumo imediato, prejudicando a formação de reservas de longo prazo.

1.1 Modelo previdenciário e ajustes necessários

O Brasil já adota um tripé previdenciário, composto por:

1. Regime de repartição — Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e regimes próprios —: financiamento intergeracional.
2. Previdência complementar (planos coletivos).
3. Previdência privada voluntária (planos individuais).

O presente artigo sugere ajustes, como:

- capitalização obrigatória para faixas salariais mais altas, reduzindo o déficit previdenciário;
- diminuição do teto do regime de repartição, estimulando adesão à Previdência Complementar; e
- flexibilização tributária, tornando os planos mais atrativos.

1.2 Impactos econômicos e regulatórios

A reforma previdenciária de 2019 trouxe mudanças paramétricas, mas não implementou a capitalização como regime complementar, devido a resistências políticas. A experiência chilena, citada neste artigo, mostrou os riscos de um sistema exclusivamente privatizado, sem garantias mínimas para os segurados.

Sendo assim, a Previdência Complementar Fechada é fundamental na economia ao:

- canalizar poupança para investimentos de longo prazo;
- reduzir a dependência do Brasil de capital estrangeiro; e
- gerar empregos e fomentar o crescimento sustentável.

1.3 Necessidade de reformas e incentivos

O presente artigo defende mudanças regulatórias e tributárias para estimular a adesão à Previdência Complementar. Entre as propostas, estão:

- dedução fiscal para contribuições de baixa renda;
- redução da tributação sobre aportes de longo prazo; e
- incentivos fiscais para micro e pequenas empresas que patrocinam planos.

Além disso, a educação financeira é essencial para conscientizar a população quanto à importância do planejamento previdenciário.

A Previdência Complementar Fechada é um instrumento vital para garantir a segurança financeira dos trabalhadores e a sustentabilidade do sistema previdenciário. O fortalecimento desse modelo depende de: reformas estruturais; incentivos tributários; digitalização e ampliação da adesão, sobretudo entre trabalhadores autônomos e informais. A modernização do setor permitirá ao Brasil construir um sistema previdenciário mais equilibrado, eficiente e sustentável no longo prazo.

2. Os papéis da Previdência Social e da Previdência Complementar

Na experiência brasileira e internacional, é possível encontrar muitas lições. E, entre elas, a que mais deve ser valorizada é a solidariedade, uma vez que a previdência, inclusive a complementar, pode fortalecer a atividade econômica, mas seu principal compromisso é com as pessoas.

Em vista disso, cabe afirmar, da maneira mais categórica, que a previdência estatal não pode abdicar da sua condição de provedora de proteção social, pois este é um dever do Estado em relação aos mais vulneráveis. Nesse caso, não se pode renunciar ao modelo de repartição complementado por uma renda mínima de caráter assistencial para os idosos.

Conforme mostraram as dificuldades que veio a enfrentar o modelo chileno, o regime de capitalização não pode substituir, mas sim complementar o de repartição. Assim, os trabalhadores com capacidade de formar poupança deverão ter a oportunidade de fazê-lo, reduzindo os encargos entre gerações, pois cada uma delas acumulará as suas próprias reservas.

No caso da previdência, os bons exemplos internacionais adotaram o tripé previdenciário: (i) repartição; (ii) capitalização, inclusive obrigatório em diversos casos; e, por fim, (iii) caráter individual, de modo optativo. No caso brasileiro, há espaço para uma composição dos regimes de repartição e de capitalização mandatória até determinado teto, deixando espaço para os planos capitalizados coletivos e individuais.

O Brasil, cabe lembrar, já pratica um tripé em que os regimes de repartição e capitalização são adotados de forma voluntária. E o faz com sucesso. Pequenos ajustes, como a introdução da capitalização compulsória

acompanhada de um teto e a redução do teto do regime de repartição, poderiam ser um bom começo.

3. Um regime em construção

É comum a afirmação de que os tempos atuais são de incerteza e de justificados temores. De fato, hoje não faltam desafios a nos testar, mas isso é apenas parte da verdade e, com certeza, a menor parte dela. E pensamos assim não só pelo conhecido axioma de que toda crise esconde oportunidades, mas sobretudo porque se acumulam provas de que uma nova e melhor realidade vai sendo concretamente construída.

A vertente fechada da Previdência Complementar no Brasil fornece claros exemplos disso. Porém, antes de tratar dessas evidências, um motivo de particular orgulho é a elevada qualificação de nossos quadros de dirigentes e profissionais. São pessoas que se fortalecem no exercício diário dos próprios conhecimentos, competências e habilidades; uma combinação que permite ver com essa clareza toda que um novo sistema está sendo construído, além de ajudar demais a propiciar tal construção. São milhares de certificados e habilitados, público fiel de dezenas de variados eventos e cursos destinados a garantir uma educação continuada capaz de atualizar saberes e assegurar os melhores resultados.

Um êxito, por certo. Um sucesso com raízes nos primeiros anos do século XX — mas essa origem remota é mais matéria de historiadores —, cabe melhor definir a Lei nº 6.435, de 1977,² como aquela que deu, de fato, origem legal à Previdência Complementar tal qual a conhecemos hoje. Era um tempo em que o Estado empresário, livre das amarras orçamentárias que existem hoje, alinhava-se a grandes grupos privados brasileiros e multinacionais para liderar o país, apontando caminhos e viabilizando projetos.

Esses mesmos grandes atores, pode-se dizer o Estado à frente de todos, juntaram-se também na missão de reproduzir no Brasil uma experiência social bem-sucedida no exterior, qual seja oferecer uma Previdência Complementar aos funcionários de estatais e de grandes grupos do setor privado. As empresas com capital majoritariamente governamental ressentiam-se, então, de oferecer menos atrativos aos seus colaboradores do que o governo

2 Lei nº 6.435/1977, de 15/07/1977 — Dispõe sobre as entidades de previdência privada.

aos servidores públicos, perdendo, assim, na comparação. Já as companhias privadas sentiam-se na obrigação de ofertar aos seus empregados brasileiros o mesmo tratamento responsável ofertado em suas matrizes, com o objetivo de estreitar laços no trabalho e reter talentos.

As então nascentes, nos dizeres da Lei nº 6.435/1977, Entidades Fechadas de Previdência Privada (EFPC) chegavam, portanto, para cumprir o importante papel social de proteção aos trabalhadores. Passado hoje quase meio século, efetuam o pagamento regular, todos os anos, de R\$ 101 bilhões³ em aposentadorias e pensões. Tais benefícios chegam a 4 milhões de participantes e assistidos, e a 8,3 milhões de população protegida.

Entretanto, as EFPC já estavam destinadas, desde o início, a outras importantes missões. A existência de uma firme poupança capitalizada interessa, sobremaneira, à própria Previdência Social, assim dispensada de ter de cuidar também de uma importante parcela de trabalhadores com maior renda. Afinal, dos ombros do INSS sai uma responsabilidade difícil de atender em tempos de orçamentos públicos crescentemente limitados.

Trata-se de algo que, desde sua origem, e ao longo de quase cinco décadas de regulamentação, demonstrou-se de fato necessário e benéfico para todos. Nesse sentido, é possível afirmar que a sociedade brasileira como um todo é ganhadora. Em um país que reconhecidamente poupa pouco, a disponibilidade de uma poupança que se acumula em longo prazo, até que os benefícios previdenciários comecem a ser pagos, é uma verdadeira dádiva ao alavancar a atividade econômica. O dinheiro gera prosperidade ao se transformar em investimentos e, em seguida, em produção, empregos e renda.

Nesse ponto, voltamos um pouco à questão do muito que o nosso sistema ajuda, entre vários outros, o Regime Geral da Previdência do Estado. Hoje, a Previdência Social estatal, como segue o regime de caixa, e não o de capitalização, depende das contribuições dos trabalhadores atualmente em atividade para pagar os aposentados, uma vez que não há acumulação de reservas para tal. Enfim, prevalece uma indesejável transferência de encargos entre gerações, quando muito mais inteligente seria termos os jovens concentrados na tarefa de poupar para a sua própria aposentadoria.

3 Relatório de Gestão 2024 da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc).

Contudo, essa mudança acabará acontecendo, ainda que de forma gradual, em consequência das transformações que ocorrem na demografia. Com menos nascimentos, é forçosa a redução paulatina do contingente de trabalhadores e, sem que precisemos esperar muito, a queda no número de contribuintes. Lembrando que, na outra ponta, a dos recebedores dos benefícios previdenciários, a longevidade prolonga a expectativa de vida dos idosos. Se a conta fecha mais ou menos agora, no futuro cabe a dúvida se isso continuará acontecendo. Na incerteza, convém que os brasileiros comecem a se capitalizar o quanto antes, virando a chave do tempo a seu favor.

4. A demografia e a nova reforma da Previdência

A aceleração do ritmo de envelhecimento da população brasileira, anunciada recentemente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), causou surpresa e apreensão. A maioria se surpreendeu nem tanto pelo crescimento do número de pessoas com idade avançada, mas principalmente pela velocidade com que essa ampliação tem ocorrido. Várias preocupações voltaram à tona e, mais ainda, reforçou-se a necessidade de agir com rapidez para evitar que esse quadro se torne insustentável para a nossa sociedade.

Os números revelados pelo IBGE mais do que justificam essas reações. Segundo o levantamento do Instituto, a população acima de 60 anos era de 32,1 milhões no Censo de 2022, uma alta de 56% em comparação ao Censo anterior. Como se não bastasse, o IBGE revelou que o número de pessoas com idade de 65 anos ou mais no Brasil chegou, em 2022, a 10,9% da população, superando 22,169 milhões de pessoas — ou seja, essa faixa da população teve crescimento de 57,4% em comparação a 2010.

Na outra ponta, os dados mostraram que o número de crianças com até 14 anos de idade recuou 12,6% no período, para pouco mais de 40 milhões (o que significa um recuo de quase 6 milhões de brasileiros).

Esses e outros dados do IBGE provocaram um novo despertar para temas diretamente ligados a tal realidade, entre os quais se destaca a previdência. A pergunta que surgiu de imediato após a divulgação da pesquisa foi: o que o Brasil pode fazer para assegurar uma aposentadoria digna diante da atual realidade demográfica?

Há múltiplas respostas possíveis a uma pergunta tão ampla, mas é certo que a Previdência Complementar Fechada tem papel-chave no encaminhamento de soluções para o problema. Para cumprir essa missão, no entanto, o sistema defende a adoção de um conjunto de medidas que viabilizem sua colaboração no sentido de melhorar a qualidade de vida das pessoas que se aposentam, ao mesmo tempo que colaboram para fortalecer a economia brasileira.

Um equívoco que não se pode cometer é postergar o que precisa ser feito. Pode parecer precipitado falar em nova reforma da previdência, já que tivemos um conjunto de medidas nesse sentido anunciadas pelo governo em 2019.⁴ No entanto, como lembram as Entidades Fechadas de Previdência Complementar — representadas pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (Abrapp) — no final de 2029, o Brasil precisa de outra reforma (ou de várias reformas) em seu sistema previdenciário. Em relação às medidas corretivas adotadas, então, é preciso fazer muito mais, sem demora.

O Brasil não está sozinho neste barco. Grande parte de países considerados desenvolvidos vem há anos buscando mudar seus modelos previdenciários, em vista da maior longevidade. Para citar alguns exemplos, países como França, Alemanha, Itália e Grécia — que mais gastam com previdência no mundo, 14% do Produto Interno Bruto (PIB) em média — têm buscado, via sucessivas reformas, soluções para o problema, mas esbarram em inúmeras dificuldades para conseguir o objetivo, entre as quais a forte resistência da sociedade.

No Brasil, o cenário é semelhante. O país gasta 12% do PIB⁵ com a previdência, quando levamos em conta regime geral, regimes próprios, servidores federais e militares. Temos um regime na previdência do Estado brasileiro que se baseia na repartição simples, em que as pessoas que estão trabalhando contribuem para pagar os benefícios dos aposentados. Fica claro que esse modelo não se sustenta, já que é inviável em um quadro como o atual, de maior longevidade associada à queda da participação dos

4 Emenda Constitucional nº 103, de 12/11/2019 — Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.

5 ZYLBERSTAJN, H. “Reforma da Previdência: o que fazer?”. Encontro Regional Sudoeste Abrapp, 23 de maio de 2019.

jovens na população. É aritmético: o número de pessoas que contribuem está em queda, ao contrário do que acontece com os que se aposentam.

Uma reforma paramétrica, como a de 2019, ajusta a idade e o tempo mínimo de contribuição e tem impactos positivos, como o alívio no curto prazo para as contas públicas. Entretanto, o passar do tempo mostra que o acelerado envelhecimento da população e o encolhimento do total de jovens exigem novas mudanças em curto espaço de tempo.

Assim, nota-se como central a adoção do regime de capitalização em que a reforma da Previdência, aprovada em 2019, teve vários méritos. No entanto, incluiu apenas medidas paramétricas com prazo de validade que, se não complementadas, exigirão uma nova e ampla mudança na Previdência em poucos anos. Já no início de 2024, diversos especialistas apontaram essa necessidade, considerando que o déficit da Previdência atingiu R\$ 306 bilhões em 2023.⁶ O número equivale a um aumento de 17,2% em relação a 2022 e se refere ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo que a alta coincide com o recorde de concessões de novas aposentadorias e pensões do INSS e o pagamento de precatórios.

Batemos com força na mesma tecla. Na reforma de 2019, ficou faltando adotar o regime de capitalização que, em consequência de uma visão equivocada dos parlamentares que votaram a reforma, ficou de fora do novo desenho previdenciário, apesar dos resultados positivos obtidos pelo modelo em vários países.

5. A capitalização é parte da solução

Na discussão da reforma da Previdência de 2019, a capitalização foi demonizada, sendo infelizmente entendida pela população como privatização da previdência, como benefício para o setor financeiro, e como prejuízo para o trabalhador de baixa renda. Ao apresentá-la à sociedade,

6 INFOMONEY. *Precatórios e redução da fila do INSS ampliaram déficit da Previdência, diz secretário do Tesouro*, 29 jan. 2024. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/precatorios-e-reducao-da-fila-do-inss-ampliaram-deficit-da-previdencia-diz-secretario-do-tesouro/>. ICDS. *Déficit da previdência cresce 17,2%, com recorde de concessões e precatórios*, 7 mar. 2024. Disponível em: <https://www.icdsconnect.com.br/blog-item/deficit-da-previdencia-cresce-172-com-recorde-de-concessoes-e-precatorios#:~:text=O%20d%C3%A9ficit%20da%20previd%C3%Aancia%20atingiu,os%20trabalhadores%20do%20setor%20privado.>

de fato, o governo também cometeu erros e podemos apontá-los, mas nada explica ou justifica a demonização a que a capitalização foi submetida. Os países que realizaram reformas sérias, basicamente toda a Europa e sobretudo os países que fazem parte da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), adotaram o novo regime de forma complementar, jamais tentando substituir a previdência pública em sua dimensão básica e no papel em que o Estado é insubstituível de proteção da população mais vulnerável. No entanto, o Governo não deixou isso claro na proposta de emenda constitucional; pareceu que a intenção era substituir o atual regime de repartição pelo de capitalização individual e ainda usou o exemplo do Chile, que foi o pior possível, como será comentado a seguir.

Além disso, o governo, não bastasse esses equívocos, propôs uma novidade: a capitalização nocional, que é feita escrituralmente. Explica-se ao trabalhador que ele terá um crédito que será contabilizado; então, dali a 40 anos, o Tesouro Nacional pagará o benefício com base nesse crédito. É óbvio que não é fácil acreditar nessa promessa. Era isso que os institutos dos anos 1930 prometiam e não entregavam, até porque, no escritural, no nocional, quem estabelece a correção e a remuneração? Quem define a taxa de longevidade? Nada fica claro para as pessoas.

5.1 Erros do modelo chileno

Neste ponto, chegamos ao que aconteceu no Chile. O governo do presidente Pinochet, nos anos 1980, deu um aumento generalizado de salários de 10%, mas o reajuste foi acompanhado da transferência das responsabilidades previdenciárias para o cidadão. Então, a previdência, na visão do Estado chileno, passou a ser um problema individual, algo a ser tratado e resolvido por cada um. Nessa linha, radicalizou-se, desaparecendo a contribuição das empresas. Aos trabalhadores, foi passada a incumbência de escolher uma Administradora de Fundo de Pensão (AFP) e o valor do benefício restou em aberto, sem a garantia de um piso mínimo. O mercado foi incumbido de estabelecer a taxa de administração. Isso ocorreu sob um regime militar, sem qualquer tipo de debate.

O que aconteceu depois disso foi, primeiro, uma luta intensa entre as AFPs, valendo-se da portabilidade, para atrair recursos para si tirando

das outras. Valia até dar brindes, como bicicletas e eletrônicos, para seduzir o trabalhador.

No entanto, a realidade acabou se impondo: o governo Pinochet relegou a existência do mercado informal de trabalho, com a não contratação por meio de carteira de trabalho, levando o trabalhador a deixar de contribuir para a sua conta por vários anos. Como resultado desse esquecimento, 43 anos após a reforma, por volta de 60,4% do PIB do Chile está concentrado em 7 AFPs.

Tais fatos renderam outros frutos indesejados. A renda média proporcionada por uma AFP é de aproximadamente R\$ 1.750, lembrando que o salário mínimo no Chile é equivalente a R\$ 2.530.⁷ Enfim, essa é a situação hoje de quem se aposentou no Chile: um resultado muito bom para as instituições financeiras, péssima para o trabalhador e que não tem as mínimas condições de se repetir no Brasil.

É inevitável a conclusão de que o governo Pinochet errou ao substituir um regime por outro, ainda que, ao retirar o peso da Previdência, a privatização tenha alavancado a poupança interna e a economia chilena de modo geral. Porém, isso não impede que devamos reconhecer que ofertar uma previdência básica é dever do Estado. A ausência total do poder estatal deixou órfãos. O equívoco aconteceu na partida: a falta da definição de um benefício mínimo e a inexistência de uma contribuição por parte das empresas.

6. A proposta da Fipe

Diferentemente dessa falta de transparência, a Abrapp e a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe) — esta última, um braço da Universidade de São Paulo (USP), sob a coordenação do professor Hélio Zylberstajn — construíram uma proposta de capitalização bastante inovadora. Valeria para os trabalhadores nascidos a partir de 2005. Pelo que ali se propõe, todos os brasileiros nascidos a partir daquele ano teriam direito, ao atingir os 65 anos, a uma renda básica de R\$ 550, o que poderia

7 SP Superintendencia de Pensiones mar./24. MARUSIC, M. “Fondos de pensiones aún no recuperan nivel previo a retiros de AFP y están 20 puntos porcentuales más bajos en relación al PIB”, *La Tercera*, mar. 2024.

parecer pouco, mas, por outro lado, seria concedida sem a necessidade de nenhuma comprovação. Além disso, haveria um segundo pilar, baseado no regime de repartição, como dever do Estado, que cobriria valores do piso mínimo de R\$ 550 até R\$ 1.650.

Nesse ponto, é possível verificar que a proposta da Fipe, apoiada pela Abrapp, exhibe uma preocupação social bastante evidente ao proteger as pessoas. Assim, se o trabalhador estiver, no mínimo, nesse segundo pilar de R\$ 550, somaria com os R\$ 550 já referidos e isso daria R\$ 1.100, o que já é basicamente o salário mínimo, à época. Esse seria o piso. Contudo, se ele contribui pelo teto, mais R\$ 1.650 somam-se aos R\$ 550 e chega-se aos R\$ 2.200, valor que significa ao redor de 75% da renda média nacional, em 2019. Ou seja, pelo que estamos propondo, o sistema de repartição estaria intacto, de fato preservado em seus efeitos protetivos.

Em seguida, no terceiro pilar, vamos para a capitalização compulsória, sempre lembrando que o nível de educação financeira é muito baixo, e não apenas no Brasil. Há muitos exemplos de regimes capitalizados que deram certo no mundo, como o da Suíça, Holanda (em que a previdência privada veio antes da estatal, inspirando todo o modelo previdenciário), Dinamarca, Noruega, entre outros. Nesse espaço teríamos uma capitalização compulsória no intervalo entre R\$ 2.200 e R\$ 8.000. Sendo assim, caberia perguntar: como isso seria financiado?

Na proposta nocional que o governo ofereceu, apela-se para o escritural a fim de enfrentar o período de transição. Já o proposto aqui é que o financiamento seja feito por meio de contribuições mantidas, temporariamente, em níveis atuais, na ordem de 30%, entre empresas e empregados, que serão destinadas a um fundo voltado para bancar o estoque. Na verdade, o novo modelo proposto se sustenta com a contribuição paritária de 5% entre empregadores e empregados. O excedente seria utilizado para amortizar a transição. Ao longo do tempo, essas contribuições excedentes seriam reduzidas de modo gradual até atingirem o nível necessário à cobertura previdenciária. No modelo nocional, o proposto é um sistema de capitalização sem emprego de dinheiro e que só terá chances de funcionar em países como a Suécia, em que a cultura é entregar o que se promete.

A proposta da Fipe apoiada pela Abrapp usaria também os recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); um capital que já tem esse

caráter previdenciário. Indo por esse caminho, estaríamos atingindo um segundo objetivo da cartilha liberal, visto que desoneraríamos as empresas. Por fim, o quarto pilar seria a capitalização voluntária.

A capitalização, incluindo o projeto que apoiamos, tem chance de ser implementada no futuro. Há espaço para uma capitalização que não é nem a chilena nem a sueca. Há, no setor da construção civil, quem defenda que o dinheiro do FGTS é “carimbado”, isto é, destinado obrigatoriamente a determinado segmento, mas trata-se de uma visão presa a um Brasil arcaico.

Com cada vez maior certeza, vemos à frente não mais uma reforma apenas paramétrica, mas em breve uma outra; desta vez, estrutural. Nesse viés, uma previdência capitalizada pode não ser apenas o pilar complementar, mas participar também do obrigatório, gerando um círculo vicioso de poupança previdenciária, investimento, geração de riquezas e pagamento de benefícios previdenciários.

Quando esse momento chegar — e acreditamos que não irá demorar —, o Brasil contará com uma Previdência Complementar Fechada consistente e capaz, como já possui na atualidade, mas em condições ainda mais favoráveis para retomar seu crescimento de forma acelerada. E espaço para esse salto não faltará, considerando que, com uma população economicamente ativa (PEA) de aproximadamente 105 milhões de pessoas, o número de trabalhadores ativos participantes de fundos de pensão, hoje, gira em torno dos 3,1 milhões. Quando comparamos esse contingente com a população que ganha acima do teto previdenciário (um total próximo a 6,5 milhões de pessoas), a relação ainda é desfavorável. Tanto do lado da PEA consolidada, quanto entre os que ganham acima do teto previdenciário do INSS, há um potencial enorme de novos participantes a ingressar em planos complementares.

Conquistas importantes foram obtidas, sobretudo no último ano, no sentido de reforçarmos a chance de termos essa avenida de crescimento. O Ministério da Previdência e sua Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) vêm claramente trabalhando em sintonia com várias de nossas pautas e compartilhando objetivos que há muito almejamos. Conseguiu-se um quadro normativo mais enxuto e consolidado, disso resultou uma redução nos custos das entidades, além de um melhor ambiente de trabalho. Nesse sentido, um pleito antigo foi atendido, a inscrição

automática nos planos, ainda que de forma menos ampla do que o pretendido. Ao contrário de antes, quando os novos participantes eram obrigados a escolher o regime tributário praticamente no mesmo momento em que ingressavam nos planos e quase no escuro, sem informações suficientes, agora podem fazê-lo mais tarde; momento em que estão se aposentando ou sacando suas reservas.

O mercado como um todo irá se adequar a esse novo ambiente, inclusive para melhor resolver a questão da transferência do risco da longevidade. Afinal, as pessoas, quando ingressam em um plano de Contribuição Definida (CD), não estão interessadas em adquirir uma renda temporária; não podem ficar presas, por exemplo, a uma opção por consumirem as suas reservas em 15 anos, até porque podem viver por mais tempo. A solução, como mostra a experiência internacional, é a pessoa poder adquirir uma renda vitalícia com uma seguradora, como acontece em outros países. Aliás, essa é a parte boa do Chile, em que as AFPs não concedem benefícios, mas sim transferem o valor acumulado para uma seguradora, sendo ela que vai conceder e pagar a aposentadoria ou pensão.

Acima de tudo, porém, pensando em todo o contexto que nos cerca, a conclusão a tirar é que o momento é para reinventar. Inclusive, é exatamente isso que a Previdência Complementar Fechada está fazendo: reinventando-se com o surgimento de planos setoriais, planos família e o PrevSonho, impulsionada pela revolução digital — que veio resolver um antigo problema enfrentado pelo nosso sistema, historicamente marcado pela ausência de uma rede física de distribuição. Enquanto, de um lado, é fácil para qualquer pessoa ir a uma agência bancária e sair dela com um plano de Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), por outro lado, as nossas entidades nunca puderam contar com uma estrutura de vendas nem de longe parecida e eficiente como essa. Ou seja, capaz até de vender algo que as pessoas nem sempre querem comprar.

Estamos desenvolvendo um projeto com todas as operações concentradas dentro de uma plataforma. Por meio dela, se o cidadão deseja uma previdência, vai tê-la sem precisar preencher formulário, enviar papel. É tudo pelo celular porque o futuro é esse. Entretanto, para avançar nessa direção, é necessário ter uma mudança de atitude, com a ajuda valiosa das áreas de RH. Afinal, esse é o momento de empreender, de renovar, inovar.

No nosso sistema, tentamos pensar de forma ampla e estruturante. Em relação aos novos produtos — Fundo Setorial, Plano Família e PrevSonho —, estamos convencidos de que são elementos de uma grande revolução. Todos já vimos que mudou o perfil do trabalhador, os ativos tomaram uma forma digital, vieram as gerações X, Y, Z. As mudanças nas relações de trabalho todos sabem como estão acontecendo e com que rapidez e profundidade. Teremos cada vez mais os indivíduos protagonizando as suas escolhas, a “pejotização”, e é preciso estar preparados para isso. Nas empresas que patrocinam planos, frequentemente se ouve falar em redução de custos e o que faz parte do nosso dia a dia. Isso se justifica em grande parte, ainda que se voltar para as pessoas seja investimento, e não custo. Ao mesmo tempo, não é fácil falar em contribuição para um benefício a ser concedido daqui a 40 anos para uma geração que tende ao imediatismo.

Para convencer o jovem, será preciso tocá-lo em sua mente e coração, ajudá-lo a fazer as suas escolhas, falando na realização de “sonhos” para seduzi-lo, mesmo porque está chegando um tempo em que teremos serviço, mas não emprego. Assim, será sempre mais preciso trabalharmos em novas formas de nos ligarmos aos participantes de planos.

Nesses novos planos, qualquer entidade representativa de classe ou de setor pode tomar a iniciativa, na forma de um plano CD, sem riscos, portanto. Chegamos, assim, a um fundo instituído de multiplanos, com o selo da qualidade de uma associação com 46 anos de trajetória e que teve a coragem de mudar o seu estatuto para poder avançar nesse seu novo papel.

Como o sistema não vinha conseguindo retomar o seu crescimento com os planos patrocinados, agora o faz por meio dos planos instituídos. Dessa maneira, qualquer associada da Abrapp passou a poder criar o seu fundo instituído setorial. Funciona assim: a entidade tem o seu plano e pode se vincular à Abrapp, com a vantagem de poder fazer um desenho de plano bastante flexível. Isso é interessante, em particular, na modalidade do plano família, pois, dessa forma, a entidade cria certa independência em relação à patrocinadora e muitas delas vão adicionalmente se tornar sustentáveis via economia de escala.

Existem dois tipos de planos — o CD4 e o CD5 — disponíveis no conceito desenvolvido pela Abrapp, de PrevSonho, e admissível com facilidade na Previc. Nesse modelo, não se fala diretamente em previdência,

mas sim na realização de “sonhos”. Tudo fácil, simples e atraente ao gosto dos mais jovens.

Não é necessário esperar 30 ou 40 anos para receber uma renda continuada. Após um tempo mínimo de 5 ou 10 anos, será possível adquirir um valor continuado entre 24 e 60 meses, atendendo, assim, às necessidades de quem deseje, por exemplo, estudar fora do país, comprar um imóvel, estando a previdência embutida, mas sem fazer parte do discurso principal. E a gestão? Temos dois instrumentos: o convênio de adesão e o contrato particular. A gestora será a própria entidade. A vinculação ao fundo setorial da Abrapp é uma opção, sem qualquer ônus, sendo a associação apenas uma facilitadora, assim como outras podem desempenhar tal papel.

O potencial é grande. Atualmente, temos 4 milhões de participantes ativos e assistidos. Caso apenas um familiar de cada um deles decidir em participar, o sistema dobrará de tamanho, atingindo 8 milhões de pessoas.

Nessa mesma toada, a Abrapp, por meio do seu fundo setorial, criou o plano instituído corporativo. Com ele, uma empresa que não faça parte do conglomerado acionário poderá aderir ao plano, sem o compromisso de contribuições regulares, como na condição de patrocinadora. Caberá aos participantes contribuírem com regularidade; já a empresa poderá fazê-lo, a seu critério, esporadicamente.

Entretanto, isso pede venda, atitude empreendedora, gente qualificada, sem perder, é claro, a natureza previdenciária, já que recursos permanecerão no plano para atender à finalidade da aposentadoria.

Todas essas conquistas são importantes e capazes de somar pontos no esforço para aproximar o Brasil de modelos globais bem-sucedidos, como são as previdências complementares da Holanda, da Suíça, da Inglaterra e do Canadá, entre outras nações cujos êxitos nos inspiram. Porém, que fique claro que essa admiração pelo sucesso alcançado lá fora nem de longe significa que esses países tenham propriamente melhor gestão ou maior qualificação profissional. O que os diferencia é terem conseguido — por motivos legais e normativos, que têm a ver com o tratamento tributário que recebem e o ambiente institucional no qual operam — multiplicar várias vezes o valor de suas reservas. São dotados de patrimônios que há tempos variam entre 100% e 250% de seus PIB nacionais, quando o Brasil patina há décadas em torno de 12% de seu PIB.

Então, os passos dados em favor da poupança previdenciária, sobretudo os mais recentes, são reconhecidamente importantes, mas não prescindem de novos avanços. Novas conquistas não são menos relevantes, como a ampliação da educação financeira e previdenciária: mais cursos e programas de educação financeira e previdenciária no Ensino Médio, com base em contribuições e sugestões do setor privado ao Conselho Nacional de Educação e ao Ministério da Educação.

É igualmente prioridade, para que tenhamos um ambiente amigável à Previdência Complementar Fechada no país, que consigamos reduzir o risco institucional de que benefícios não previstos no contrato previdenciário sejam reconhecidos, mais tarde, como direitos de alguns participantes por parte da Justiça. A redução da incerteza jurídica implica definir melhor as escolhas dos participantes, que, por sua vez, devem ter liberdade para escolher o tipo de plano que melhor se adaptar às suas demandas.

Pensando ainda nessa indispensável segurança, talvez nada mais importante do que podermos contar, um dia, com uma Previc tornada órgão de Estado, dotada de diretoria com mandato a cumprir e com autonomia orçamentária e estável, sem depender mais do governo de plantão.

7. Regime tributário

Por sua extrema relevância, é fundamental termos clareza dessa importância. Trata-se da Lei nº 14.803/2024, versando sobre opção pela tabela regressiva ou progressiva do imposto de renda (IR), ao final na concessão ou no resgate do benefício, e que traz consigo um sensível avanço. No modelo anterior, o participante, com pouco conhecimento do sistema, tinha de fazer uma opção irretratável.

Nesse ponto, é possível citar o conjunto de medidas tributárias que, se aprovadas, darão um grande impulso, por exemplo: 1) o incentivo tributário para trabalhadores de baixa renda; 2) a flexibilização da tabela regressiva de Imposto de Renda, chegando à alíquota zero para recursos com acumulação superior a 14 anos; 3) o incentivo fiscal para empresas patrocinadoras sujeitas à apuração do IR pelo lucro presumido; 4) a isenção para portabilidade de recursos destinada a custear planos de saúde; 5) o diferimento tributário para as contribuições pagas pelos empregadores para planos de Previdência Complementar que corresponderem à participação

dos trabalhadores nos lucros ou nos resultados das empresas; 6) a base de cálculo para contribuição do Programa de Integração Social (PIS) e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), vinculada à folha de salários; e 7) a dedução das contribuições extraordinárias para apuração do IR de pessoas físicas e jurídicas.

8. Reforma tributária

Cabe destacar a avaliação da equipe técnica da Abrapp sobre a importância da revisão de antigas premissas que desmotivam as adesões aos planos previdenciários. O poupador de longo prazo precisa de um justo tratamento tributário que o incentive e não o direcione para o curto prazo.

REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132/2023 — REFORMA TRIBUTÁRIA — DA IMPRESCINDIBILIDADE DE SE ESTABELECEER REGIME ESPECÍFICO DE TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE BENS E SERVIÇOS (IBS) E A CONTRIBUIÇÃO SOBRE BENS E SERVIÇOS — CBS APLICÁVEL AOS SERVIÇOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA PRESTADOS POR ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS

I — DO TRATAMENTO CONFERIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132/2023 À QUESTÃO E DA NECESSIDADE DE DIFERENCIAR A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COM FINS LUCRATIVOS E SEM FINS LUCRATIVOS NO PLP

Com a aprovação da Reforma Tributária, pela Emenda Constitucional nº 132/2023, restou estabelecida, no art. 10, inciso I, alínea “a”, a qualificação da previdência privada, de modo abrangente, na classe de serviços financeiros, estando, portanto, sujeita ao regime tributário diferenciando, no que trata da incidência da CBS e do IBS.

Quando da tramitação da PEC nº 45/2019, esta acabou por não abranger a diferenciação entre a Previdência Complementar com fins lucrativos e sem fins lucrativos, o que poderia, ao cabo, igualar, de forma indevida, o tratamento tributário conferido a duas formas diversas de operação da Previdência Complementar, como a própria legislação regente da matéria reconhece. A fim de evitar eventual distorção, é essencial a inclusão de tal diferenciação no âmbito do Projeto de Lei Complementar (PLP).

Há de se destacar que as entidades fechadas de Previdência Complementar não são ou se equiparam às entidades abertas de Previdência Complementar pelas seguintes razões: (i) não prestam serviços ao público em geral; (ii) não possuem finalidade lucrativa (vedação expressa prevista no art. 31 da LC nº 109/2001), não tendo, portanto, caráter comercial ou empresarial; (iii) porque toda a atividade, custeada exclusivamente por contribuições dos seus próprios participantes, volta-se à garantia dos benefícios previdenciários, do mesmo universo de participantes; e (iv) recebem tratamento constitucional específico conferido pelo art. 202 da Constituição da República.

Assim, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar estão inseridas no Capítulo II do Título VIII (“Da Seguridade Social”) e têm sua atividade (social e não econômica) disciplinada pela Lei Complementar nº 109/2001, sendo que tais entidades são constituídas unicamente como instrumentos a viabilizar tais benefícios futuros, por meio da gestão dos recursos relativos às contribuições de seus membros, os quais são investidos a fim de assegurar a rentabilidade dos recursos de modo a zelar pelo pagamento futuro de aposentadorias e outros benefícios previdenciários.

II — DA PROPOSTA E SUA FUNDAMENTAÇÃO

A solidariedade e a ausência de finalidade lucrativa ou empresarial no âmbito da contratação dos planos de benefícios geridos pelas entidades fechadas é de tal modo inerente à relação previdenciária que os resultados superavitário e deficitário são repartidos na proporção da participação de cada membro (arts. 20 e 21 da LC nº 109/2001); ou seja, como em um grande condomínio em que perdas e ganhos são repartidos entre os seus condôminos.

Mesmo a parcela destinada ao pagamento das despesas administrativas (art. 18 da LC nº 109/2001), necessárias à manutenção da entidade e de suas finalidades (tarifas bancárias, manutenção das instalações físicas etc.), segue esse regramento pela ausência de finalidade lucrativa.

Dessa forma, por não deterem as entidades fechadas de patrimônio próprio (considerado aquele livremente disponível), qualquer intervenção nas reservas constituídas desequilibra o pacto previdenciário, atingindo trabalhadores e aposentados que almejam receber o benefício contratado.

É por essa razão que carecem, as referidas entidades, de capacidade contributiva no que tange aos tributos, como já assegurado nas leis que

lhes conferem isenção de imposto de renda (Decreto-lei nº 2.065/1983, art. 6º, e Lei nº 11.053/2004, art. 5º) e contribuição social sobre o lucro (Lei nº 10.426/2002, art. 5º).

É também por isso que o parágrafo 1º do art. 69 da Lei Complementar nº 109/2001 garante que:

[...] sobre as contribuições de que trata o caput [contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária] não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

O disposto no citado art. 69 da Lei Complementar nº 109/2001 deve ser interpretado sistematicamente com o comando do art. 18 da mesma Lei Complementar supratranscrito (“[...] o plano de custeio estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas”). Com efeito, as contribuições previstas no plano de custeio abrangem os valores necessários à constituição das reservas garantidoras do benefício contratado e os valores necessários à cobertura das “demais despesas” do plano previdenciário.

Pelas razões expostas, foram afastadas, pelo Congresso Nacional, a cobrança do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), por ocasião da aprovação do PLP nº 68/2024. Ato seguinte, foi sancionada a Lei Complementar 214, que, por meio do inciso IX, do art. 26, consagra a não aplicação dos tributos citados à Previdência Complementar.

9. Cenário promissor

As bases factuais e conceituais desse repensar estrutural da Previdência, capazes de iluminar esse futuro desejado, têm muitas de suas raízes em um profundo estudo acadêmico do professor José Roberto Afonso, então no Instituto Brasileiro de Economia (IBRE), um braço da FGV, e uma equipe de especialistas. O fato de a Academia ter se voltado para um trabalho

dessa natureza e de tal envergadura, apoiado em pesquisas e discussão aprofundada das hipóteses, reforça a gravidade do tema para o país.

Economistas e pesquisadores são levados pela urgência a repensar o modelo previdenciário, diante das mudanças no perfil do trabalhador (geração *millennials*), no mercado de trabalho (crescimento da “pejotização” e de *freelancers*), na sociedade e na economia (Revolução 4.0 e grandes empresas com modelos de negócios com ativos intangíveis), na falta de poupança para animar a economia e nas carências manifestadas pela própria Previdência Social, que, cada vez menos, garante ao cidadão de maior renda a manutenção de seu padrão de vida após os 65 anos.

A criação de regras trabalhistas para atividades profissionais dos motoristas e entregadores por aplicativos, como iFood, Uber, Rappi, 99 e outros está ganhando força no atual governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT).

O governo tem declarado que é uma prioridade a inclusão desta classe na Previdência Social. Para isso, defende uma modernização da relação entre capital e trabalho, com o que seria um novo sistema de seguridade social para os trabalhadores por aplicativos e plataformas. No entanto, não há uma definição certa de como ocorrerá essa modernização.

Em seu discurso de posse, o ministro do Trabalho, Luiz Marinho, disse que dará prioridade à regulação das relações de trabalho mediadas por aplicativos e plataformas, considerando sobretudo questões relativas à saúde, segurança e proteção social.

Na avaliação do governo, essas plataformas cresceram demais, nos últimos anos, e é um caminho sem volta, que necessita ser regulado. Segundo o presidente Lula em uma conferência realizada com centrais sindicais:

Um trabalhador de aplicativo percebe que não é microempreendedor quando ele se machuca e não tem nenhum sistema de seguridade social. Nós queremos construir, com todos, uma nova estrutura sindical, com direitos e numa economia diferente dos anos 1980. O mundo do trabalho mudou.

Esse movimento que o governo menciona tem nome e ganhou muita força durante a pandemia. A *gig economy* é uma nova forma de

trabalho, que consiste na prestação de serviços sob demanda de forma autônoma ou *freelancer*.

De fato, o contingente de trabalhadores por aplicativos não para de crescer. De acordo com a Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia (Amobitec), que reúne empresas como iFood, 99, Uber e Zé Delivery, no Brasil já são cerca de 1,6 milhão de pessoas trabalhando com transporte de passageiros e delivery por meio de aplicativos. Desse total, cerca de 385 mil são entregadores, como os que trabalham com o iFood (os outros, 1,27 milhão de pessoas, são motoristas).

A Associação defende a ampliação da proteção social dos trabalhadores em plataformas em um ecossistema de ampla concorrência. Na Carta de Princípios sobre a Proteção Social de Trabalhadores em Plataformas, a Amobitec sugere “que essa inclusão seja eficiente, desburocratizada e não represente aumento de custos para nossos parceiros ou para nossos consumidores”. Sobre a Previdência, o texto diz:

A melhor forma de proteger os entregadores e motoristas parceiros em plataformas é garantir a sua integração ao sistema público de previdência, para que possam ter a cobertura para os casos de doença, acidentes e outras adversidades, além da aposentadoria por idade; [...]

Como parte do ecossistema, as plataformas devem também assumir um papel de responsabilidade, participando na contribuição à previdência social, ajudando a aliviar os custos dos parceiros e facilitando o acesso aos benefícios;

[...]

Portanto, as contribuições à previdência devem ser proporcionais ao nível de engajamento nas respectivas plataformas;

[...]

Portanto, a ampliação da proteção social não deve acontecer com base em regras antigas que não se adequam à realidade do trabalho em plataformas.

[...]

A Uber, plataforma de mobilidade, defende uma regulação que promova a inclusão dos motoristas via aplicativo na Previdência Social, com as plataformas facilitando a inscrição e pagando uma parte das contribuições, em modelo proporcional aos ganhos de cada parceiro.

Segundo a empresa, em 2021, a plataforma gerou R\$ 36 bilhões de valor para a economia do Brasil; dado que representa 0,4% do PIB brasileiro. E, ainda, de acordo com o seu relatório de impacto econômico, desde a sua entrada no Brasil em 2014 até 2021, a plataforma repassou R\$ 76 bilhões aos motoristas parceiros e pagou R\$ 4,9 bilhões em tributos.

A Uber também divulgou que o número de usuários ativos na plataforma passou de 30 milhões em 2022; a maior quantidade desde o início das operações no país, superando o que havia antes da pandemia.

Sendo assim, estudos e pesquisas foram produzidos e enviados para o governo que deve avaliar, junto com essas empresas, a melhor forma de regular essa relação de trabalho.

10. Projeto de Micropensões

Com o propósito de colaborar com o poder público a Abrapp encaminhou ao Governo Federal o Projeto de Micropensões, aqui apresentado de forma resumida.

Esse projeto tem como objetivo estruturar um modelo de Previdência Complementar Fechada voltado para motoristas de aplicativos e entregadores autônomos, garantindo proteção social por meio do regime de capitalização. Esse modelo busca ampliar a cobertura previdenciária para essa categoria, que atualmente possui alta informalidade e baixa participação no sistema previdenciário oficial.

10.1 Justificativa e diagnóstico

- Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua (IBGE, 2023), mais de 1,5 milhão de pessoas trabalham como motoristas e entregadores no Brasil.
- Cerca de 70% desses profissionais não contribuem para o RGPS.
- A Reforma da Previdência de 2019 tornou ainda mais necessária a busca por modelos complementares, sobretudo para trabalhadores informais e autônomos.

10.2 Modelo de capitalização e contribuições

O projeto propõe a criação de Planos de Benefícios Previdenciários no modelo de CD, administrados por EFPCs. Esse sistema permite que cada participante acumule reservas individuais, garantindo previsibilidade financeira sem riscos atuariais.

10.2.1 Opções de contribuição

1. Contribuição individual dos trabalhadores: percentual fixo ou variável sobre seus ganhos, com flexibilidade para momentos de menor renda.
2. Contribuição adicional para cobertura de morte e invalidez: pagamento opcional para obter cobertura securitária.
3. Contribuição compartilhada com as plataformas: empresas como Uber, iFood e 99 poderiam contribuir com valores proporcionais ao faturamento do trabalhador, incentivando maior adesão.

A operacionalização poderá ser automatizada via Interface de Programação de Aplicações (Application Programming Interface, API), permitindo o desconto direto das contribuições nos pagamentos feitos pelas plataformas.

10.3 Cooperação público-privada e incentivos fiscais

Para viabilizar a adesão e garantir a sustentabilidade do modelo, o governo poderia oferecer incentivos fiscais, como:

- dedução das contribuições no Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) para os trabalhadores; e
- redução da carga tributária para as empresas que aderirem ao programa.

10.4 Uso de tecnologia para eficiência operacional

A proposta prevê o uso de tecnologia para minimizar custos administrativos e garantir transparência na gestão dos recursos. Confira alguns exemplos, a seguir.

- Plataformas digitais de previdência para adesão, consulta de saldo e solicitação de benefícios via aplicativos móveis.
- Blockchain e *smart contracts* para segurança e rastreabilidade das contribuições.

10.5 *Experiências internacionais*

O modelo se baseia em iniciativas de sucesso em países emergentes, listados a seguir:

- Índia (Atal Pension Yojana — APY): previdência para trabalhadores informais com incentivos estatais.
- México (Afore para Trabajadores Independientes): sistema de contas individuais para autônomos.
- Nigéria (Micro Pensions Plan): capitalização individual para trabalhadores informais.
- Colômbia (BEPS — Beneficios Económicos Periódicos): modelo flexível com pequenas contribuições e acúmulo progressivo.

Os principais fatores de sucesso nesses países incluem facilidade de adesão, incentivos fiscais, contribuição automática e transparência na gestão.

10.6 *Fomento à cultura previdenciária*

O projeto também visa educar financeiramente os trabalhadores, incentivando hábitos de poupança e conscientizando sobre a importância do planejamento previdenciário.

A implantação das Micropensões para motoristas e entregadores representa uma solução inovadora para ampliar a proteção social dessa categoria. A combinação de capitalização individual, incentivos fiscais e tecnologia torna o modelo viável e sustentável.

10.7 *Recomendações para implementação*

1. Estudos de viabilidade para definir parâmetros ideais de contribuição e benefícios.
2. Aprimoramento legal e normativo para garantir segurança jurídica ao modelo.
3. Projeto-piloto com adesão voluntária, permitindo ajustes antes da expansão nacional.
4. Parcerias com o setor privado e órgãos reguladores para operacionalização eficiente.

O projeto busca reduzir os impactos da informalidade e ampliar a segurança financeira desses trabalhadores, aumentando significativamente a cobertura previdenciária no Brasil.

Ainda sobre esse tema, em abril de 2024, um Projeto de Lei do senador Rogério Marinho (PL/RN) foi apresentado ao Congresso. Segundo informa a jornalista Roberta Soares, especializada em mobilidade, em sua coluna, o PL propõe que motoristas e entregadores passem a ser segurados obrigatórios da Previdência Social. Para isso, a contribuição previdenciária teria alíquotas de 11% pagas pelas empresas e pelos trabalhadores. Os 11% seriam cobrados sobre 30% do valor bruto que o motorista ou o entregador ganha em cada plataforma. Veja o exemplo: se o profissional ganhar R\$ 1.000 em determinado aplicativo durante o período, seria cobrado 11% sobre R\$ 300, tanto da empresa quanto do motorista. Neste caso, ambos pagariam R\$ 66.

Ademais, de acordo com a coluna, o trabalhador também poderia optar por uma Previdência Complementar, por meio de uma alíquota de 20%. Esse foi o quarto projeto apresentado ao Congresso Nacional em 2023.

A Previdência ganha cada vez mais importância nesse novo ecossistema de trabalho. Como os números citados mostram, a *gig economy* já é uma realidade no desenvolvimento econômico do país. É preciso uma mudança na lei, muito incentivo e educação financeira para proteger esse novo perfil de trabalhador.

Foi assim que economistas ligados a uma das maiores instituições de pesquisa econômica do país transformaram-se em defensores da proposta da Abrapp de uma lei de proteção ao poupador previdenciário. Assim como existe uma legislação específica para proteção ao consumidor, a proposta visava à criação de uma lei para proteger e incentivar o fomento da poupança previdenciária de longo prazo.

Tantas conquistas na direção de uma proteção social efetiva, sejam as já realizadas ou aquelas pelas quais ainda trabalhamos, pressupõem muito esforço e, antes disso, uma extraordinária capacidade de planejar. A Abrapp conhece bem isso, pois há décadas soube tornar esse entendimento um hábito; uma quase rotina responsável por transformar muitos sonhos concretizáveis em realidade festejada.

11. O planejamento estratégico da Abrapp e o futuro da Previdência Complementar

O futuro da Previdência Complementar no Brasil depende de estratégias eficazes que ampliem sua cobertura e assegurem sua sustentabilidade. O planejamento estratégico da Abrapp para o período de 2023 a 2033 define um conjunto de ações essenciais para expandir e fortalecer o sistema previdenciário fechado, garantindo que ele tenha um papel central na segurança financeira dos trabalhadores brasileiros.

Por conseguinte, o planejamento estratégico da Abrapp visa transformar a Previdência Complementar Fechada em um instrumento acessível a toda a população e aumentar, de forma significativa, o número de participantes. Os principais objetivos incluem:

- universalizar o acesso à Previdência Complementar para trabalhadores formais, informais e autônomos;
- incentivar a cultura de poupança previdenciária, por meio de educação financeira e novas soluções acessíveis;
- aprimorar a governança e a regulação, fortalecendo a Previc e promovendo um ambiente institucional mais seguro;
- criar incentivos tributários e regulatórios que estimulem a adesão de empresas e trabalhadores; e
- digitalizar e modernizar a oferta de planos, garantindo facilidade no acesso e na gestão dos benefícios.

Uma das principais metas da Abrapp é ampliar o número de participantes nos planos de Previdência Complementar Fechada. Atualmente, o sistema atende cerca de 3 milhões de trabalhadores ativos e 8 milhões de pessoas protegidas (incluindo familiares). O objetivo é aumentar bastante esse número nos próximos anos por meio das ações listadas a seguir.

- Planos família: permitem que familiares dos participantes ingressem na Previdência Complementar, aumentando a adesão.
- Planos setoriais: criados para categorias profissionais específicas, facilitam o acesso a grupos que ainda não possuem Previdência Complementar estruturada.
- Adesão automática: facilita a inclusão de novos participantes nos planos, garantindo um fluxo contínuo de novos aderentes.

A Abrapp defende que a próxima reforma previdenciária inclua um modelo de capitalização complementar ao regime de repartição. Entre as propostas sugeridas, destacam-se:

- capitalização obrigatória para faixas salariais mais altas, garantindo a formação de reservas individuais;
- redução progressiva do teto do INSS, incentivando os trabalhadores a aderir à Previdência Complementar; e
- flexibilização do modelo tributário, com isenção ou redução de impostos para contribuições de longo prazo.

O planejamento estratégico também destaca a importância da educação financeira como ferramenta para aumentar a adesão à Previdência Complementar. Para isso, a Abrapp desenvolve iniciativas como:

- parcerias com escolas e universidades para incluir a previdência no currículo educacional;
- campanhas de conscientização sobre a importância do planejamento para aposentadoria; e
- uso de tecnologia e redes sociais para engajar as novas gerações no debate sobre previdência.

Além disso, a Abrapp aposta na transformação digital para modernizar a Previdência Complementar e facilitar o acesso aos planos. Algumas das inovações incluem:

- plataformas digitais para adesão e gestão de benefícios, reduzindo a burocracia e facilitando a experiência do participante;
- uso de inteligência artificial para personalizar soluções previdenciárias e melhorar o atendimento aos participantes; e
- automação de processos administrativos, reduzindo custos operacionais e tornando a gestão mais eficiente.

Para garantir a sustentabilidade do setor, a Abrapp trabalha para aperfeiçoar a regulação e reduzir a insegurança jurídica. As principais propostas incluem:

- fortalecimento da Previc como órgão de Estado, garantindo sua autonomia regulatória;
- definição mais clara das regras tributárias, evitando interpretações conflitantes sobre a cobrança de impostos; e
- proteção dos direitos dos participantes, assegurando que os planos sejam administrados de forma transparente e eficiente.

A Previdência Complementar Fechada também deve contribuir para um modelo de desenvolvimento sustentável. A Abrapp incentiva a adoção de critérios ESG (Environmental, Social and Governance; Ambiental, Social e Governança) nas estratégias de investimento dos fundos de pensão, garantindo que os recursos aplicados contribuam para o crescimento econômico e para a sustentabilidade ambiental.

O Planejamento Estratégico de 2023 a 2033 trata-se de onde desejamos chegar. São muitas páginas, ou telas, tratadas como um documento vivo. Esse material foi elaborado com seriedade para servir como um passo a passo, ligando o momento presente ao ponto em que queremos e vamos chegar. Tudo é acompanhado de perto, de forma a permitir um monitoramento efetivo. Dentro dele, sobressai o projeto tendo como objetivo tornar a Previdência Complementar algo alcançável por todos, uma meta a ser atingida até 2033. Isso porque tudo é feito para pensarmos uma década à frente e, dentro desse intervalo, concretizarmos esse futuro desejável.

Esse sonho realizável inclui uma Previdência Complementar Fechada capaz de superar 100% do PIB. Envolve também planos de benefícios oferecidos desde a primeira infância e que atendam a mais da metade da população. Ademais, prevê a atuação da Previc operando como órgão de Estado, uma reforma estrutural da Previdência, o surgimento de uma legislação tributária verdadeiramente fomentadora, o uso compartilhado de soluções e plataformas digitais, educação financeira e previdenciária para todos.

No entanto, há algo que abre espaço para certa ousadia de quem sonha, do tipo que faz pensar que objetivos, mesmo trabalhosos, parecem próximos o suficiente para nos induzir a trabalhar mais e mais para

alcançá-los. Nessa perspectiva, o que nos torna assim ousados é pensar que os mercados, inclusive o previdenciário, agora buscam o novo. Enfim, os desafios a serem vencidos são diversos e complexos. Simplesmente não há mais tempo para insistir em antigos modelos.

Sabendo o que queremos, pavimentamos o caminho com pensamentos e iniciativas condizentes com a urgência de chegarmos a esse futuro desejável. São muitos os ingredientes que, por certo, irão nos ajudar a chegar mais cedo, sendo que alguns podemos apontar, como dotar o conjunto normativo de um efetivo poder fomentador; fazer a Previdência Complementar Fechada integrar o ESG; reforçar a autorregulação; disseminar os atuais produtos e criar novos; criar incansavelmente valor para os participantes; reforçar a governança; insistir na profissionalização com foco nos negócios; encorajar a reorganização de processos (e igualmente de sistemas e pessoas) nas EFPC visando escalar a produtividade; provocar mudança de mindset sobre o compartilhamento de custos e serviços, e favorecer as conexões com ecossistemas de nosso interesse; e desenvolvermos uma cultura de reestruturação contínua (ambidestria), ao mesmo tempo analítica (*data driven*) e que nos torne negocialmente mais ágeis.

Entretanto, há algo maior que nos aproxima desse futuro que estamos construindo: é a capacidade que dirigentes e profissionais de EFPC têm revelado de tornar a vida associativa a força propulsora a assegurar o êxito desse esforço sempre coletivo. Engajamento é o substantivo que traduz o que está por trás disso.

É uma força tal que seu peso garante o sucesso. E, para comprová-lo, não é possível pensar em nada mais contemporâneo do que convocar o testemunho da Inteligência Artificial. A IA (ChatGPT) é certa ao afirmar que:

[...] a Previdência Complementar Fechada é a esperança de um futuro financeiro seguro e a garantia de um bem-estar social duradouro, bem como um investimento no desenvolvimento econômico de nosso país.

Considerações finais

O momento é de reinvenção. A Previdência Complementar Fechada está se modernizando, criando novos produtos e modelos de adesão, aproveitando o avanço digital e promovendo maior inclusão previdenciária. O desafio, agora, é ampliar o alcance desses planos, garantindo maior segurança financeira para os trabalhadores e contribuindo para a estabilidade econômica do país. Sendo assim, a combinação entre reformas estruturais, incentivos tributários, digitalização e educação financeira será determinante para transformar a Previdência Complementar no principal pilar da segurança financeira dos brasileiros no futuro.

Inteligência artificial e discriminação indireta no mercado de seguros: problemas e estratégias regulatórias

Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli¹

Péricles Gonçalves Filho²

Introdução

A digitalização da economia, a “datificação” das coisas e o aumento da capacidade de processamento de informação, por meio do uso de algoritmos e inteligência artificial (IA), são eventos que implicam em profundas transformações em diversos mercados. No mercado de seguros, em especial, essas novidades impactam quase todas as dimensões da cadeia contratual da relação securitária: do desenho e oferta do produto, passando pelo processo de precificação e subscrição, comunicação e gerenciamento de demandas dos clientes, e regulação de eventuais sinistros ocorridos.

Embora essa nova realidade ofereça diversas vantagens ao setor de seguros, permitindo, por exemplo, a diversificação e personalização de produtos, o aprimoramento das vias de tratamento das demandas dos clientes, e uma percepção e classificação mais precisa dos riscos segurados, é necessário compreender que ela também apresenta desafios a serem solucionados pela regulação setorial. O presente artigo considera como um

1 Doutorando em Direito da Regulação, pela FGV Direito Rio, com período de pesquisa (Doctoral Exchange Student) na Harvard Law School. Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.

2 Professor e coordenador de Projetos Institucionais da FGV Direito Rio. Doutor em Direito da Regulação, na modalidade de doutorado-sanduíche, pela FGV Direito Rio, com período de pesquisa (Research Fellow) na Harvard Kennedy School. Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio, com período de pesquisa (Visiting Scholar) na University of California Irvine School of Law.

desses desafios a possibilidade de práticas de precificação discriminatórias decorrentes de processos de classificação de risco com base em algoritmos.

Em certo sentido, o coração da operação securitária reside no processo de classificação de riscos. O contrato de seguro, importa ressaltar, constitui um instrumento de gerenciamento de riscos através da sua distribuição para uma massa de indivíduos e/ou entidades. Com base nessa lógica, seguros diversos são alocados em categorias de risco para fins de precificação de suas obrigações contratuais, notadamente dos chamados “prêmios”. O desafio da empresa seguradora é equilibrar os prêmios, de forma que eles possam cobrir os custos dos sinistros e os custos da operação da empresa, além de proporcionarem lucro.

Dadas as suas características, é possível afirmar que a atividade securitária possui um caráter discriminatório imanente, o que não é necessariamente um problema — até que os efeitos dessas práticas se façam sentir sobre determinadas categorias de pessoas protegidas pelos ordenamentos jurídicos. A preocupação contra práticas discriminatórias indevidas não é exatamente algo novo, já havendo exemplos históricos de normas que endereçaram o tema. A questão é que, com a inserção da IA nos processos de tomada de decisão em matéria de classificação de risco, tem-se a possibilidade que essa discriminação se dê de forma indireta (não se valendo diretamente de categorias protegidas, como raça, gênero, religião, perfil genético, dentre outras) e opaca até mesmo às próprias seguradoras. Nesses casos, a abordagem tradicional de proibir o uso de certas categorias é apenas ineficaz para fins de solucionar o problema da discriminação.

A pergunta de pesquisa que se pretende responder no presente artigo é: por que e como regular o problema da discriminação indireta por meio de inteligência artificial? Para tanto, tendo em vista a novidade do tema, desenvolve-se uma pesquisa de caráter exploratório, analisando algumas das soluções propostas pela literatura em relação à matéria.

A estrutura do presente artigo se desenvolve em quatro seções. Na primeira, analisa-se o impacto do *big data* e da inteligência artificial no setor de seguros, a fim de compreender o que são essas tecnologias, como funcionam, quais seus prós e contras e como podem resultar em práticas discriminatórias. Na segunda, analisam-se as razões para a regulação das práticas discriminatórias, oferecendo objeções ligadas à moralidade e à

equidade, bem como à eficiência no mercado de seguros. Na terceira seção, analisam-se possíveis estratégias regulatórias para lidar com os problemas da discriminação. Por fim, a quarta seção analisa o seguinte questionamento: haveria uma estratégia preferível ou sua adoção dependeria dos valores mais salientes em relação a uma determinada linha de seguro?

1. O mercado de seguro na era do *big data*

1.1 *Big data e inteligência artificial*

Considerando que o tema a ser trabalhado no presente artigo refere-se ao impacto do uso de novas tecnologias no mercado de seguros e os potenciais problemas regulatórios por elas causados, uma boa forma de iniciar a investigação é pela definição de quais são essas tecnologias. Dois conceitos, em especial, são particularmente relevantes aqui: o de *big data* e o de inteligência artificial.

É possível iniciar a explicação sobre o conceito de *big data* a partir da constatação, feita por Cuckier e Mayer-Schoenberger, de que a sociedade atual vive um processo de expansão na produção de dados. Umbilicalmente associado a esse processo está o fenômeno que se pode nomear de “datificação”: a transformação em dados de aspectos da sociedade antes impassíveis de quantificação.³ A expansão de dados e a datificação são essenciais para o surgimento do que se denomina *big data*. Embora haja muita discussão sobre o significado do termo em si, observa-se que ele designa uma particular qualidade de um conjunto de dados. Em especial, três seriam os elementos caracterizadores do *big data*: (i) o volume/quantidade de dados; (ii) a velocidade com que esses dados são gerados; e (iii) a variedade de tipos de dados coletados.⁴

De onde provêm as informações que compõem o *big data*? A literatura identifica origens variadas. Seguradoras, para ficar no mercado objeto do

3 CUCKIER, Kenneth; MAYER-SCHOENBERGER, Viktor. The rise of big data: how it's changing the way we think about the world, *Foreign Affairs*, vol. 92, n.3, p. 28-29, 2013.

4 HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol 93, n. 4, p. 867, 2016. Também em sentido similar: SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 353-354, 2014; MCGURK, Brendan. *Data profiling and insurance law*. Oxford: Hart Publishing, 2019. Versão Kindle.

presente artigo, sempre obtiveram dados dos seus clientes, o que se dá, por exemplo, por meio de questionários de avaliação de riscos. Contudo, na atualidade, é possível ainda a utilização de outras fontes menos usuais. Conforme Helveston, uma das fontes mais óbvias de dados é a internet. Por meio dela, empresas passaram a coletar grandes quantidades de dados dos seus clientes, por meio do monitoramento de suas ações online. Porém, a informação pode ser coletada também por meio de bancos de dados públicos (por exemplo: registros criminais) e até mesmo de outros dispositivos capazes de armazenamento de dados, como celulares, câmeras de segurança, dentre outros.⁵ McGurk, por sua vez, referindo-se à categoria das fontes privadas identifica uma série de origens dos dados, dentre as quais estão: dados de navegação na internet, dados sobre compras online, dados de geolocalização, dados provenientes da “internet das coisas” (Internet of Things, IOT), dados decorrentes das redes sociais, dentre outras fontes.⁶

Para compreender a relevância das novas tecnologias no setor de seguros, é necessário relacionar essas grandes quantidades de dados com as técnicas usadas para analisá-los e extrair descrições e previsões úteis para os agentes econômicos.⁷ Aqui entra a importância das noções de algoritmo e de inteligência artificial. De acordo com Mendes, Matiuzzo e Fujimoto, um algoritmo pode ser descrito como um “conjunto de instruções organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito”.⁸ Embora os algoritmos sejam, na verdade, tão antigos quanto a própria civilização, sua forma mais conhecida na modernidade é a de programas

5 HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol 93, n. 4, p. 868, 2016.

6 MCGURK, Brendan. *Data profiling and insurance law*. Oxford: Hart Publishing, 2019. Versão Kindle.; ver também o relatório da IAIS (INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*. 2 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.)

7 HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol 93, n. 4, p. 867, 2016; SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 354-355, 2014.

8 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão Kindle.

de computador, cuja complexidade e o âmbito de aplicações práticas têm crescido em tempos recentes.⁹

A IA por sua vez, corresponde a um campo interdisciplinar do conhecimento que estuda as diferentes formas pelas quais computadores (hardware e software) podem solucionar problemas complexos, o que pode envolver a reprodução do modo humano de pensar.¹⁰ Conforme Helfand, de particular relevância para o mercado de seguros, no âmbito da inteligência artificial, é o chamado “*machine learning*”: um conjunto de algoritmos capazes de “aprender”, revisando suas próprias instruções a partir de novas informações, de forma a melhorar a sua performance.¹¹

Essas observações permitem inferir que a noção de *big data* como instrumento potencialmente transformador do mercado de seguros está intimamente associada à utilização de algoritmos e da inteligência artificial. Ambos, em conjunto, modificam a forma como se analisa informação no mundo contemporâneo.¹² A fim de visualizar isso, é útil compreender como esses algoritmos são preparados para a geração de previsões. Esse processo é descrito por Prince e Schwartz a partir das seguintes etapas: (i) algoritmos de inteligência artificial são “treinados”¹³ com base em conjuntos de dados para os quais os *outputs* esperados são conhecidos; (ii)

9 OCDE. *A data-driven public sector: Enabling the strategic use of data for productive, inclusive and trustworthy governance*. OECD Working Papers on Public Governance No. 33, Paris, 2019. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/a-data-driven-public-sector_09ab162c-en. Acesso em: 17 maio 2022.

10 REMOLINA, Nydia. *The Role of Financial Regulators in the Governance of Algorithmic Credit Scoring*. SMU Centre for AI & Data Governance Research Paper No. 2/2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4057986. Acesso em: 09 jun. 2022.

11 HELFAND, Robert D. Big data and insurance: what lawyers need to know and understand. *Journal of internet law*, vol. 21, n. 3. p. 6, 2017. Também nesse sentido: MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de dados: *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão Kindle; REMOLINA, Nydia. *The Role of Financial Regulators in the Governance of Algorithmic Credit Scoring*. SMU Centre for AI & Data Governance Research Paper No. 2/2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4057986. Acesso em: 09 jun. 2022.

12 HELFAND, Robert D. Big data and insurance: what lawyers need to know and understand. *Journal of internet law*, vol. 21, n. 3. p. 6, 2017.

13 Sobre o treinamento de algoritmos e seus problemas, ver: BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*, v. 104, p. 680-687, 2016.

a partir desse treinamento, os algoritmos passam a ser capazes de derivar complexos modelos estatísticos, ligando os *inputs* fornecidos aos outputs desejados. O modo de produzir inferências por meio desses algoritmos, contudo, é bastante diferente daquele utilizado por métodos estatísticos mais tradicionais. Nele, a IA ignora potenciais explicações causais, focando no estabelecimento de correlações¹⁴ entre certos dados e variáveis-alvo.¹⁵

1.2 Vantagens oferecidas pelas novas tecnologias

Bem compreendidas as tecnologias, cabe agora entender como elas alteram o mercado de seguros e quais seus atrativos, tanto do ponto de vista dos agentes econômicos quanto do ponto de vista dos consumidores,¹⁶ dos serviços. Quais etapas da contratação de seguros podem se beneficiar do uso da análise de *big data* por algoritmos de inteligência artificial?

Os potenciais do *big data* e da inteligência artificial parecem se aplicar para todo o ciclo da contratação de seguros. Conforme a Associação Internacional de Supervisores de Seguros (International Association of Insurance Supervisors, IAIS), o chamado *big data analytics* apresenta possíveis vantagens nos processos de desenho de produtos, marketing e vendas, nas operações de precificação e subscrição, no gerenciamento de produtos, na regulação de sinistros e na interação com os consumidores.¹⁷

No que concerne aos processos de formulação de produtos, uma das utilidades claras do *big data* e de ferramentas de inteligência artificial é a possibilidade de customização e individualização de contratos securitários. Isso se dá, evidentemente, pelo maior acesso e capacidade de processamento de dados referentes a aspectos comportamentais dos consumidores de seguros. Essa customização pode ocorrer tanto em produtos massificados,

14 Um dos dados importantes acerca do *big data* e de seus instrumentos de análise é a confiança em leituras de mundo a partir de correlações. Nesse sentido, ver: CUCKIER, Kenneth; MAYER-SCHOENBERGER, Viktor. The rise of big data: how it's changing the way we think about the world, *Foreign Affairs*, vol. 92, n. 3, p. 31-34, 2013.

15 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1272-1273, 2020.

16 Usa-se aqui o termo “consumidor” como sinônimo de “segurado”, e não no sentido técnico jurídico associado à incidência do Código de Defesa do Consumidor.

17 INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*. 2 de setembro de 2019. p. 14. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

agregando-se *insights* fornecidos pela análise de dados, quanto no desenvolvimento de produtos mais complexos e específicos para o consumidor. É o caso, por exemplo, do *usage-based insurance*, seguros de curtíssimo prazo adquiridos pelo consumidor sobre demanda específica (por exemplo, um seguro de automóveis ativado pelo consumidor a partir do momento que o carro é retirado da garagem).¹⁸

O *big data* também se faz útil no campo de marketing e vendas. Tendo maior acesso a dados comportamentais dos consumidores, as empresas do ramo de seguros possuem mais condições de direcionar e personalizar suas propagandas de forma a gerar maior engajamento dos seus destinatários — o que é particularmente relevante na medida em que cada vez mais as companhias realizam suas propagandas por meios digitais.¹⁹ Ademais, o uso de *big data* pode facilitar os processos de contratação, evitando burocracias típicas da negociação de seguros. Exemplo prático disso é a facilitação de preenchimento de formulários com as informações dos aplicantes, o que pode ser minimizado com a obtenção direta dessas informações a partir do uso de fontes de dados não convencionais.²⁰

Big data e IA também se fazem instrumentos úteis no momento pós-contratação. Diferente da contratação tradicional, que confia em dados históricos e cálculos atuariais, a tecnologia viabiliza a coleta de dados em tempo real, ajudando os consumidores a evitarem a ocorrência de sinistros

18 INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*. 2 de setembro de 2019. p. 15-16. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022. Também nesse sentido, ver: GENEVA ASSOCIATION. *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*. 2018. Disponível em: https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/big_data_and_insurance_-_implications_for_innovation_competition_and_privacy.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

19 HELFAND, Robert D. Big data and insurance: what lawyers need to know and understand. *Journal of internet law*, vol. 21, n. 3. p. 8-9, 2017.

20 INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*. 2 de setembro de 2019. p. 15-16. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022; TALESH, Shauhin; CUNNINGHAM, Bryan. The technologization of insurance: an empirical analysis of big data and artificial intelligence's impact on cybersecurity and privacy. *Utah Law Review*, n. 5, p. 984-985, 2021.

e contribuindo para a saúde financeira da operação de seguros. Por exemplo, o uso de dispositivos telemáticos pode permitir que as seguradoras monitorem o comportamento do consumidor e ofereçam alertas e incentivos ao melhor comportamento, como é o caso da redução de prêmios de motoristas que dirigem com maior segurança.²¹

A tecnologia é também útil nos processos denominados de regulação de sinistros.²² Algoritmos de inteligência artificial têm sido usados para processar as reivindicações dos clientes, agilizando a cobertura dos danos pela seguradora. Ademais, tem-se percebido também sua utilidade para a verificação de fraudes, o que é de particular relevância para a indústria de seguros.²³

Último potencial do *big data* e da inteligência artificial analisado neste tópico é a classificação de riscos, que guarda direta relação com a presente investigação. Considerada por Abraham como “o coração do sistema de seguros”,²⁴ a classificação de riscos é essencial para a precificação do seguro. Com efeito, faz parte da racionalidade econômica do contrato de seguros o fato de ele ser celebrado “em massa”, na medida em que a seguradora necessita trabalhar com uma multiplicidade de riscos. Por meio do agrupamento de riscos em conjuntos mais ou menos homogêneos, viabiliza-se o tratamento estatístico de dados necessário ao cálculo da probabilidade de conversão de riscos em sinistros e, por fim, o cálculo dos valores a serem cobrados pelos seguradores a título de prêmio.²⁵ Esses

21 INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*. 2 de setembro de 2019. p. 24-25. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

22 Como esclarece Junqueira, a regulação de sinistros é “o processo de análise da cobertura e extensão da prestação do segurador após a concretização do risco”. Trata-se, como indica o autor, de processo essencial tanto para o atendimento tempestivo do segurado quanto para evitar pagamentos indevidos às custas da seguradora e do fundo comum constituído para a garantia do risco. JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 42.

23 INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*. 2 de setembro de 2019. p. 27-28. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

24 ABRAHAM, Kenneth. Efficiency and fairness in insurance risk classification. *Virginia law review*, vol. 73, n. 3, p. 403, 1985.

25 Nesse sentido: RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 64; JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo:

prêmios terminam por formar o fundo comum do qual serão retirados os recursos para a cobertura dos sinistros, caracterizando a “mutualidade” do contrato de seguros.

A classificação de riscos cumpre outras tarefas além da mera precificação. Isso se dá em razão das assimetrias informacionais que permeiam o mercado de seguros. Via de regra, os segurados possuem mais informações sobre si mesmos do que as seguradoras. Isso tipicamente conduz a dois problemas: a seleção adversa e o risco moral.²⁶

O problema da seleção adversa no mercado de seguros decorre da constatação de que, na medida em que os segurados com maior taxa de sinistralidade percebem que não podem ser cobrados a mais pelos riscos que causam, possuem mais incentivos para adquirir produtos securitários. Como resultado, as seguradoras, incapazes de distinguir entre os “bons” e os “maus” riscos, e buscando evitar prejuízos financeiros, podem passar a elevar os preços dos contratos, prejudicando parte do conjunto de segurados. No limite, esse processo implicaria na saída de “bons riscos” do mercado e na prevalência dos participantes mais arriscados.²⁷

Assim, quanto maior a precisão nos modelos de classificação de risco, menores os problemas decorrentes da seleção adversa. Isso pode se traduzir em significativas vantagens competitivas entre seguradoras, permitindo que elas selecionem os contratantes menos arriscados e aloquem os problemáticos para os concorrentes.²⁸

Por outro lado, o risco moral no mercado de seguro diz respeito à possibilidade de que o segurado, após a contratação do produto securitário e da respectiva proteção em relação ao risco, passe a realizar uma alocação insuficiente de esforços para a prevenção do sinistro. Classificações de risco precisas podem contribuir para a mitigação do risco moral na medida

Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 43-47; ABRAHAM, Kenneth. Efficiency and fairness in insurance risk classification. *Virginia law review*, vol. 73, n. 3, p. 403-451, 1985.

26 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 202, 2014.

27 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 202, 2014; JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 54.

28 ABRAHAM, Kenneth. Efficiency and fairness in insurance risk classification. *Virginia law review*, vol. 73, n. 3, p. 408, 1985.

em que possam refletir o comportamento passado dos segurados e criar incentivos, através da precificação, para melhores comportamentos.²⁹

Finalmente, cabe destacar que a classificação de risco pode contribuir para a promoção de certas demandas equitativas do mercado de seguros. Em especial, refere-se aqui à questão da atribuição de um preço justo ao consumidor pelo risco efetivamente segurado. De acordo com o fato de que boas classificações de risco tendem a unir grupos cada vez mais homogêneos, tem-se que menor será o grau de subsidiação cruzada entre riscos menores e riscos maiores, o que é, *prima facie*, algo justo para os segurados sujeitos a riscos pertencentes ao primeiro grupo.³⁰

Feitas essas observações, questiona-se: como *big data* e a IA podem contribuir para a melhora nos modelos de classificação de risco tradicionalmente empregados pelas seguradoras? A resposta é bastante direta. Técnicas que se valem do uso de *big data* ampliaram de forma drástica a quantidade de informação que pode ser acessada, coletada e processada pelos participantes do setor de seguros. Isso detém o potencial de transformar o setor de seguros, de um setor que buscava previsões de riscos futuros com base em conjuntos limitados de informações, para um setor que se vale de uma quantidade quase ilimitada de dados para fins de análise.³¹

Não surpreende, em função desse diagnóstico, que algumas associações se refiram ao potencial do *big data* de redução das assimetrias informacionais no mercado de seguros e, por conseguinte, de aumento de eficiências e redução de custos.³² Porém, a visualização das transformações proporcionadas pode ser ainda mais drástica quando se considera que os produtos securitários se tornam cada vez mais individualizados. Isso porque, em vez de classificar os segurados em amplas categorias de risco, o negócio de seguro passa a levar

29 ABRAHAM, Kenneth S. *Distributing Risk: insurance, legal theory and public policy*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 14-15.

30 SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v.21, p. 346, 2014.; HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol. 93, n. 4, p. 884-885, 2016.

31 HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol. 93, n. 4, p. 882-883, 2016.

32 GENEVA ASSOCIATION. *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*. 2018. Disponível em: https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/big_data_and_insurance_-_implications_for_innovation_competition_and_privacy.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

cada vez mais em consideração as características individuais do segurado³³ — o que dificulta, evidentemente, a subsidiação cruzada dos riscos.

Em suma, a promessa do *big data* e de seus correspondentes instrumentos de análise é o aumento de eficiências no mercado; a redução de custos de operação, o aumento do lucro das seguradoras, a redução de custos ao consumidor e aumento de sua satisfação com o serviço.³⁴ Contudo, existem também preocupações relacionadas à utilização desses mecanismos. É o que passa a discorrer a seção a seguir.

1.3 Problemas associados às novas tecnologias: a discriminação por meio de sistemas de classificação de riscos e precificação

Um primeiro ponto potencialmente problemático das aplicações do *big data* é a questão da privacidade. De fato, conquanto não seja um problema exatamente novo,³⁵ ou exclusivo dos usos das novas tecnologias no mercado de seguros, essa questão ganha contornos bastante específicos nesse mercado. Em um contexto geral, o uso de ferramentas de análise de dados dificulta bastante a possibilidade de que as pessoas possam manter informações referentes à sua vida pessoal em caráter puramente privado. Isso porque a análise de *big data* por meio de algoritmos permite inferir dados pessoais a partir de outros dados disponíveis.³⁶ Ademais, na medida em que as seguradoras passam a poder

33 TALESH, Shauhin; CUNNINGHAM, Bryan. The technologization of insurance: an empirical analysis of big data and artificial intelligence's impact on cybersecurity and privacy. *Utah Law Review*, n. 5, p. 984-985, 2021.

34 TALESH, Shauhin; CUNNINGHAM, Bryan. The technologization of insurance: an empirical analysis of big data and artificial intelligence's impact on cybersecurity and privacy. *Utah Law Review*, n. 5, p. 984, 2021; GENEVA ASSOCIATION. *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*. 2018. Disponível em: https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/big_data_and_insurance_-_implications_for_innovation_competition_and_privacy.pdf. Acesso em: 17 maio 2022. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*. 2 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

35 Avraham, Ronen e Logue, mesmo sem discutir os avanços proporcionados pela IA e pelo *big data*, já chamavam atenção para o fato de que as seguradoras coletavam informações pessoais dos segurados para fins de desenvolvimento de suas atividades. AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 220, p. 202, 2014.

36 WILLIAMS, Anne Betsy; BROOKS, Catherine F; SHMARGAD, Yotam. How

extrair benefícios econômicos desses dados, criam-se incentivos para que elas se tornem cada vez mais vorazes na obtenção de informações dos segurados.³⁷

Esse avanço do mercado de seguros sobre os dados pessoais dos cidadãos gera outras preocupações, como a adoção, pelas seguradoras, de uma postura intrusiva na vida dos seus segurados. Não é desconhecida pela literatura a capacidade que essas entidades possuem de criar incentivos (por exemplo, através da precificação) para a modificação de comportamento dos seus contratantes, o que é inclusive reputado como uma função regulatória do seguro.³⁸ No âmbito pessoal, contudo, esse tipo de prática levanta preocupações quanto a possíveis comportamentos paternalísticos e indevida invasão da esfera de escolha privadas dos indivíduos.³⁹ Para além dessas questões associadas à autodeterminação informativa, cria-se também o risco de que, diante de um monitoramento mais pervasivo das seguradoras, se criem incentivos para práticas socialmente ineficientes. Seria o caso, por exemplo, de investimentos excessivos em prevenção, causados pelo objetivo da seguradora de maximizar seus próprios lucros e pela conseguinte imposição de mecanismos de segurança não custo-eficientes.⁴⁰

Outro problema relevante diz respeito à potencial criação de assimetrias informacionais entre seguradores e segurados, em desfavor destes. Se, como já colocado no item anterior, o mercado de seguro contém assimetrias informacionais que desfavorecem os seguradores, o contrário também

Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications. *Journal of Information Policy*, v. 8, p. 83-87, 2018.

37 HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol. 93, n. 4, p. 899, 2016.

38 Nesse sentido, ver: GONÇALVES, Péricles. *Seguro e risco moral: o seguro de responsabilidade civil dos administradores (directors & officers liability insurance) e as ferramentas regulatórias para mitigar o risco moral no contexto corporativo*. Dissertação (Mestrado) — Mestrado em Direito da Regulação: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27337/Seguro%20e%20risco%20moral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 maio 2022.

39 GENEVA ASSOCIATION. *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*. 2018. Disponível em: https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/big_data_and_insurance_-_implications_for_innovation_competition_and_privacy.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

40 HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol. 93, n. 4, p. 898, 2016.

é verdadeiro. Ou seja, o segurado nem sempre possui plena informação daquilo que contrata.⁴¹ Esse tipo de assimetria de informação é particularmente ampliado quando os seguradores passam a ter acesso aos dados dos segurados para fins de identificação de perfis de consumidores. O consumidor pode não saber que tipo de informação o segurador dispõe, nem para quais fins estes dados estão sendo utilizados. Por conseguinte, surgem os riscos de práticas abusivas.⁴² Exemplo disso na contratação de seguros é a possibilidade de diferenciação de preços com base única e exclusivamente na disponibilidade do segurado de desembolsar os pagamentos.⁴³

Outra preocupação se dá em relação a práticas discriminatórias no mercado de seguros. Esse tipo de prática pode ocorrer em várias etapas do processo de oferta, negociação e contratação de seguros, por exemplo, o direcionamento de campanhas de marketing a fim de evitar determinados grupos sociais marginalizados.⁴⁴

Relacionadas algumas preocupações que emergem da utilização de novas tecnologias no setor de seguros, passa-se a concentrar a análise na discriminação por meio de sistemas de classificação de riscos e precificação. Aqui, de novo, destaca-se que o tema é antigo no setor de seguros. A própria natureza da classificação de riscos é a de uma prática de discriminação, pela qual indivíduos são classificados com base nas suas exposições à ocorrência de sinistros.⁴⁵ Como visto na seção anterior, isso não é necessariamente um problema, havendo razões bastante cogentes para as seguradoras desenvolverem seus próprios sistemas de classificação. O problema ocorre quando essas classificações passam a se valer de critérios tidos pelos ordenamentos jurídicos como inadequados para fins de classificação de riscos.

41 ABRAHAM, Kenneth S. *Distributing Risk: insurance, legal theory and public policy*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 32-33.

42 SCHERMER, Bart. Risks of Profiling and the Limits of Data Protection Law. In: *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*. Heidelberg: Springer, 2013. p. 139.

43 HELFAND, Robert D. Big data and insurance: what lawyers need to know and understand. *Journal of internet law*, vol. 21, n. 3. p. 9-10, 2017.

44 HELFAND, Robert D. Big data and insurance: what lawyers need to know and understand. *Journal of internet law*, vol. 21, n. 3. p. 19, 2017.

45 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 197-198, 2014.

É o caso das “categorias suspeitas”, que, em resumo, se identificam por abrangerem determinados grupos sociais historicamente vítimas de discriminação pela sociedade, como a população negra.⁴⁶ Para além desses grupos, e por diversas razões, legislações sobre seguro em diversas jurisdições proíbem também outras formas de discriminação, como a por idade e por perfil genético.⁴⁷

Uma estratégia tradicional de solucionar problemas de discriminação é a proibição do uso dessa tecnologia nas análises de classificação de risco de determinadas categorias protegidas pelo ordenamento jurídico. Nos Estados Unidos, onde a regulação de seguros é eminentemente conduzida pelos Estados, ainda que essas proibições e seus escopos variem, é possível encontrar uma série de restrições ao uso de variáveis como raça, religião, origem nacional, gênero, orientação sexual, características genéticas, dentre outras.⁴⁸ No Brasil, inexistente uma norma geral aplicável ao setor de seguros que estabeleça um conjunto de categorias proibidas. Não obstante, é possível depreender de dispositivos legais esparsos que determinadas discriminações podem ser consideradas ilícitas. É o caso, por exemplo, dos dispositivos da Lei nº 7.716/1989, que estabelece em seu art. 1º que serão punidos “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.⁴⁹

A situação se torna problemática no setor de seguros com a introdução de novas tecnologias. O uso de *big data* e de IA viabilizam a modificação da forma como as seguradoras obtêm informações sobre seus segurados e classificam risco, tornando-se possível a aquisição de uma grande quantidade de dados a partir de fontes não convencionais (a exemplo de dados obtidos por meio de IOT e mídias digitais).⁵⁰ Ademais, por meio

46 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 215-216, 2014.

47 SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 360-361, 2014.

48 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 215-216, 2014.

49 No sentido da ilicitude do uso destas características, ver: MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de dados: In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão Kindle.

50 INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS — IAIS. *Draft*

da inteligência artificial, torna-se possível processar esses dados e extrair inferências com significativo poder preditivo, ainda que nem sempre as correlações estabelecidas sejam transparentes aos seres humanos.⁵¹ É aqui que se encontra o perigo de uma nova via de discriminação, que desta vez passa a se processar de forma indireta e não necessariamente intencional, mas que nem por isso deixa de comprometer os objetivos de normas e políticas antidiscriminatórias.

Para compreender exatamente como os algoritmos discriminam, é útil fazer, ainda que de forma breve, alguns comentários sobre a discriminação direta e indireta. Entende-se por discriminação direta aquela que uma determinada norma ou prática discrimina frontalmente por meio do emprego de um critério de classificação proscrito ou suspeito e por apresentar uma intenção objetiva ou subjetiva de marginalizar uma minoria.⁵² Já a discriminação indireta, conceito que no Brasil se desenvolveu à luz da doutrina americana, articula-se a partir da ideia de impacto desproporcional, deslocando o foco do propósito discriminatório para a análise dos efeitos discriminatórios das práticas sociais e normas.⁵³

O uso de *big data* e IA como instrumentos para o desenvolvimento de modelos de classificação de risco por parte das seguradoras impõe riscos severos da ocorrência de discriminação indireta. Isso se dá, sobretudo, em razão da forma como os algoritmos de inteligência artificial operam, a dizer, através do estabelecimento de correlações entre uma vasta quantidade de dados e certas variáveis alvo, pouco importando a existência ou não de relações causais. Uma vez “treinados”, os algoritmos passam a buscar aquelas características que possuem o maior valor preditivo para fins de consecução dos objetivos para os quais são programados.

Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance. 2 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

51 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, 2020, p. 1274.

52 CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. *RFD — Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 34, p. 214, 2018.

53 CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. *RFD — Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 34, p. 215, 2018.

Caso uma característica protegida seja diretamente preditiva do resultado objetivado, difícil que a IA não incorra em prática discriminatória. Isso pode se dar ainda que seja proibida legalmente a realização de classificações de risco com base em determinadas categorias, na medida em que é sempre possível recorrer a *proxies* menos intuitivas para as características diretamente preditivas, mas legalmente proibidas.⁵⁴

Prince e Schwarcz identificam pelo menos três formas pelas quais os algoritmos podem discriminar por meio de *proxies*. A primeira delas é denominada de “discriminação por *proxie* causal”, e ocorre quando a característica protegida é diretamente preditiva do resultado que se pretende verificar. Nesses casos, é muito provável que a IA, na impossibilidade de usar diretamente a categoria preditiva, se valha de outras características que parecem neutras, mas que estejam relacionadas com a característica protegida, comprometendo a finalidade da legislação protetiva.

O mesmo pode ocorrer no segundo caso de discriminação *proxies*, denominado “discriminação por *proxie* opaca”. Nesse caso, a própria categoria protegida serve como *proxie* de outra variável diretamente determinante do resultado desejado, mas que (i) não é passível de quantificação por não ser compreendida por completo, ou (ii) é compreendida, não obstante ser de difícil quantificação. Dada a impossibilidade de usar a categoria diretamente preditiva e a *proxie* direta, recorre-se a características que se correlacionam com esta última. Em ambos os casos, tem-se que a categoria protegida é preditiva do resultado almejado. Na segunda, contudo, há a possibilidade de que a categoria protegida deixe de ser utilizada caso seja possível encontrar novas características melhor relacionadas com a variável causativa.⁵⁵

Por fim, a última forma de discriminação por *proxies* identificada pelos autores chama-se “discriminação por *proxie* indireta”. Esse caso é particularmente interessante, uma vez que aqui a categoria protegida serve de *proxie* de uma variável diretamente preditiva que é quantificável e disponível. Nesse caso, as características *prima facie* neutras são utilizadas por se

54 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1275, 2020.

55 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1277-1279, 2020.

relacionarem com uma categoria protegida que, por sua vez, relaciona-se com outra categoria neutra e diretamente preditiva do resultado. Trata-se de uma forma de discriminação possível, mas não inevitável, na medida em que os modelos formulados pelos algoritmos podem ser aperfeiçoados para levar em consideração apenas a categoria diretamente preditiva, e não uma cadeia complexa de correlações.⁵⁶

O problema da discriminação no setor de seguros, portanto, se torna possivelmente mais pervasivo a partir da inserção dos algoritmos e da análise de *big data*. Não obstante, esses mesmos instrumentos são capazes de trazer, também, significativas vantagens do ponto de vista do consumidor. Tendo em vista isso, resta aqui o questionamento: por que se preocupar em regular a questão da discriminação? É o que se pretende responder na seção a seguir.

2. Por que se importar com o problema da discriminação? Eficiência e equidade no mercado de seguros

Modelos de classificação de riscos utilizados pelas seguradoras constituem forma de discriminar diferentes categorias de participantes do mercado de seguros, de modo a alocá-los em categorias que reflitam os riscos que representam. Há boas razões para que assim seja, dentre as quais a preservação da solvência da empresa seguradora, a administração de problemas de seleção adversa e risco moral e, por fim, a distribuição justa dos valores dos prêmios entre os segurados. Dentre as virtudes da IA e do uso de *big data* se encontra justamente a possibilidade de aprimoramento desses processos de classificação, o que pode se reverter em menores custos para os consumidores em geral e produtos mais individualizados à sua realidade.

Dentro desse contexto, é útil questionar se haveria, de fato, a necessidade de regular eventuais práticas discriminatórias no mercado de seguros. Afinal, como demonstrado, o que em geral acontecerá é que as seguradoras, sem se utilizarem de categorias proibidas, chegarão a resultados que, de alguma forma, refletem a realidade do risco promovido pelos seus segurados, ainda

56 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1279-1280, 2020.

que indiretamente isso afete certos grupos vulneráveis. Quais razões, então, haveria para a regulação da matéria da discriminação no setor de seguros?

Um primeiro conjunto de razões diz respeito a aspectos morais e solidarísticos que normalmente influenciam o direito de seguro. Embora seja nítido que esse campo de regulação possua caráter econômico, frequentemente é influenciado por objetivos sociais. Algumas formas de classificação de riscos podem se valer, para fins de precificação dos contratos, de categorias apenas inadmissíveis conforme normas legais, morais e sociais.⁵⁷ Este constitui um fator relevante que dificilmente se deve deixar de levar em conta no momento de optar pela regulação de determinada matéria. Não se deveria admitir, por exemplo, que classificações de risco se prestassem ao reforço a estereótipos e violações à dignidade de grupos vulneráveis.⁵⁸

Mais importante, é possível conceber como um dos objetivos da regulação de seguros a promoção de igualdade entre os segurados. Kimball, tratando do exemplo do direito norte-americano, refere-se à promoção do tratamento equitativo (e do consequente combate a práticas discriminatórias) como um dos objetivos da regulação de seguros.⁵⁹ De forma mais profunda, Abraham refere-se aos “princípios igualitários do direito de seguro”.⁶⁰ Avraham, Logue e Schwarcz fazem alusão a “considerações de solidariedade social”.⁶¹ Comum a esse tipo de visão é a compreensão de que o seguro deva ser um instrumento igualitário de distribuição de risco, permitindo a proteção das pessoas contra prejuízos.

Isso não significa necessariamente a vedação da possibilidade de classificação de risco, mas ressalta-se, pelo menos, uma demanda pela controlabilidade das condições usadas como critérios de classificação — isto é, que o segurado possa conhecer e ter controle sobre as variáveis que determinam sua alocação em uma determinada categoria. Do contrário, se

57 ABRAHAM, Kenneth. Efficiency and fairness in insurance risk classification. *Virginia law review*, vol. 73, n. 3, p. 419-420, 1985.

58 SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 360-361, 2014.

59 KIMBALL, Spencer L. The Purpose of Insurance Regulation: A Preliminary Inquiry in the Theory of Insurance Law. *Minnesota Law Review*, v. 45, p. 495, 1961.

60 ABRAHAM, Kenneth S. *Distributing Risk: insurance, legal theory and public policy*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 26-29.

61 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 214-215, 2014.

estaria apenas punindo pessoas pelo resultado aleatório da “loteria natural” da vida — porque nasceram com uma determinada cor, por serem de um determinado gênero, por provirem de certo território, dentre outros fatores.

A questão da controlabilidade é de particular relevância quando se retoma o fato de que os algoritmos utilizados em processos de classificação de risco se valem comumente de correlações e não de explicações causais para fins de formulação de seus modelos. Nesse sentido, Swedloff afirma que, quando as correlações realizadas são pouco claras, não é evidente que seja razoável punir o segurado em razão de sua verificação.⁶²

Um segundo conjunto de razões que militam a favor da regulação da discriminação por algoritmos diz respeito ao valor da eficiência da classificação de risco. A ideia é contraintuitiva, dadas as vantagens do modelo já descritas anteriormente. Entretanto, é possível elencar pelo menos duas situações nas quais modelos de classificação de riscos mais precisos podem ser ineficientes. Nesses casos, o ganho de precisão proporcionado pela IA e pelo *big data* pode ser socialmente ineficiente, o que recomenda cuidado com a sua aplicação.

A primeira situação em que a maior precisão na classificação de risco pode gerar resultados socialmente ineficientes é quando ela se coloca como um empecilho à aquisição privada de informações valiosas. A classificação de risco, como já mencionado, pode servir também como um mecanismo de criação de incentivos para os segurados. Ocorre que, quando o segurado é “punido” por adquirir uma informação, por via de uma precificação maior, cria-se incentivo para que ele não o faça. Isso é particularmente problemático quando a informação a ser adquirida é relevante do ponto de vista social. O caso clássico desse tipo de situação no setor de seguros é a informação sobre perfil genético. Diante da precificação mais alta de determinados tipos de seguro, é possível que segurados sejam incentivados a não buscar se informar sobre esse assunto. O problema óbvio é que a falta dessa informação impede o segurado de obter tratamento médico preventivo e, em casos extremos, de se planejar financeira e familiarmente para uma expectativa de vida mais curta.⁶³

62 SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 366-367, 2014.

63 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance

A segunda situação ocorre quando os incentivos criados pela classificação de risco dissuadem comportamentos arriscados, mas socialmente valiosos ou que possuem externalidades positivas significativas para a sociedade. A lógica aqui é a mesma. Um exemplo é o do médico que trabalha em especialidades de alto risco, desempenhando uma atividade necessária e socialmente valiosa, mas que nem sempre é de fato compensada por salários mais altos.⁶⁴

Dois pontos adicionais merecem ser destacados. Primeiramente, importa destacar que o investimento em instrumentos tecnológicos de classificação de risco representa um custo relevante para as seguradoras. Se esses custos são ou não justificados é algo que depende da sua capacidade de atrair novos segurados de baixo risco e maximizar os lucros das seguradoras. Ocorre que não é óbvio que esse será o resultado da utilização dessas tecnologias. Caso essas condições não sejam atingidas, o que é algo que só se pode verificar empiricamente, há a possibilidade de que os investimentos realizados se mostrem ineficientes no âmbito social.⁶⁵

Em segundo lugar, retomando o tema da operação por correlações, há a possibilidade de que os modelos analíticos desenvolvidos por algoritmos de IA sejam bastante opacos à análise humana. Isto é, sabem-se quais dados o algoritmo usou para chegar a uma conclusão, mas não se sabe como ele chegou àquela conclusão. Essa situação pode ser problemática por dois motivos: em primeiro lugar, porque pode comprometer a função de incentivo e de mitigação do risco moral desempenhada pela classificação de risco.⁶⁶ O raciocínio aqui é óbvio: se os indivíduos não sabem por qual razão estão sendo “punidos”, eles não têm como ajustar seu comportamento *ex post*. Por outro lado, há argumentos na literatura de que a opacidade pode ser também responsável por um “efeito congelante” na conduta de indivíduos pertencentes a categorias de pessoas protegidas contra a discriminação. Isso se daria quando a pessoa, consciente de que

antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 209-210, 2014.

64 AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *South California Law Review*, v. 87, n. 195, p. 210, 2014.

65 SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 359, 2014.

66 SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 367-368, 2014.

pode ser vítima de práticas discriminatórias, passa a ajustar seu comportamento mais que o necessário para evitar a discriminação.⁶⁷ Se esse tipo de situação ocorre ou não é algo a ser tomado em consideração, já que seus efeitos podem mesmo comprometer a promessa de maior eficiência realizada pelo *big data analytics*.

3. Soluções regulatórias

Compreendida a dinâmica da discriminação por meio de algoritmos, resta abordar as estratégias que podem ser utilizadas para minimizar os riscos decorrentes dos usos dessas tecnologias nos processos de tomada de decisão das seguradoras.

A primeira estratégia é a proibição do uso de determinadas características pessoais como base para a classificação de risco, como o caso da raça, do gênero, da procedência nacional, da religião, de informações sobre perfil genético, dentre outras. Este tipo de proibição tende a não funcionar uma vez que os algoritmos, ainda que não possam usar diretamente essas características, passem a usar *proxies* relacionadas a elas. É sempre possível ampliar o escopo das proibições para alcançar algumas *proxies* óbvias dessas características — por exemplo, dado que por vezes o endereço residencial possa ser preditivo da raça de um indivíduo, é possível apenas proibir o uso desse dado nos processos de tomada de decisão. O problema reside no fato de que, impedidos de usar essas características, os algoritmos podem sempre procurar outras *proxies* menos óbvias, o que pode tornar a proibição simplesmente ineficaz.⁶⁸

A segunda estratégia passível de utilização seria o uso dos institutos ligados à teoria do impacto desproporcional, notadamente o direito à adaptação razoável. Originário do direito estrangeiro, a literatura nacional sobre direito antidiscriminatório tem argumentado pela sua aplicação no direito brasileiro a partir da jurisprudência e da internalização da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York.⁶⁹

67 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1294, 2020.

68 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1300-1304, 2020.

69 CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta:

Isso significaria que a análise da juridicidade de um determinado modelo de tomada de decisão passaria por uma tripla análise: (i) da existência de discriminação *prima facie*; (ii) da existência de uma justificação da prática; e (iii) da existência e limites da possibilidade de uma adaptação da prática no caso concreto, no sentido da minimização dos efeitos discriminatórios.⁷⁰

O problema aqui residiria no fato de que as seguradoras estariam sempre amparadas por justificativas negociais para o uso dos algoritmos. Pior ainda, a indicação de uma possibilidade de adaptação da prática fica comprometida na medida em que não é óbvio que haja alternativas no mercado ao uso de algoritmos para a otimização dos seus negócios.⁷¹

Outras estratégias podem ser consideradas no contexto da regulação de *inputs* e da regulação de *outputs*.⁷² No âmbito da regulação de *inputs*, o foco recai sobre os dados que servem como parâmetro para a classificação de risco. Já no caso da regulação dos *outputs*, o foco é nos modelos estatísticos produzidos pela análise de dados promovida pelo algoritmo.

Iniciando pela regulação de *inputs*, uma primeira alternativa apresentada por Junqueira é a pura e simples proibição da classificação de riscos. Isso implicaria a cobrança igualitária de prêmios para todos os segurados, o que, por razões óbvias, elimina qualquer questionamento com relação à discriminação ilícita ou abusiva.⁷³ Em contrapartida, comprometem-se os ganhos de eficiência ganhos por meio de mecanismos de classificação de risco, o que, no limite, pode redundar no aumento de custo nos produtos securitários e na redução de oferta.⁷⁴

Há ainda outra estratégia, também no âmbito da regulação de *inputs*, que seria o condicionamento prévio dos critérios que podem ser utilizados

uma proposta metodológica. *RFD — Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 34, p. 215, 2018. p. 210.

70 CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. *RFD — Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 34, p. 215, 2018. p. 223-224.

71 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1304-1306, 2020.

72 JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 282-363.

73 JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 283.

74 JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 282-297.

para fins da classificação de riscos. Aqui a ideia seria alterar o padrão tradicionalmente adotado pela regulação de seguros: ao invés de permitir o uso amplo de informações para fins de classificação e proibir aquelas compreendidas como suspeitas, proibir-se-ia o uso de todos os dados exceto aqueles expressamente permitidos pela regulação. Este método reduziria a discriminação indireta por meio de algoritmos, tornando o uso dessas tecnologias relativamente pouco útil em relação aos métodos estatísticos tradicionais de tomada de decisão.⁷⁵ No mercado brasileiro, sugere Junqueira que essa medida poderia ser implementada por meio da exigência de aprovação, pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), das notas técnicas atuariais, ainda que instrumento não tenha sido de fato utilizado pelo regulador para tanto.⁷⁶

Ainda que menos interventiva que a primeira, deve-se ressaltar que esse tipo de abordagem não está livre de problemas. Restringir o escopo das informações utilizadas pelos seguradores pode, assim como a completa proibição da classificação de risco, implicar dificuldades de precificação para as seguradoras, o que, por sua vez, levaria a prêmios mais altos.⁷⁷

Por fim, uma terceira estratégia de regulação de *inputs* seria a exigência de que as seguradoras, conforme o caso, considerem mais informações para fins da realização de seus processos de classificação de risco. Embora contraintuitivo, esse processo poderia minimizar a discriminação indireta nos casos de discriminação por *proxies* indiretas: isto é, quando se utilizam *proxies* de categorias suspeitas porque essas categorias estão relacionadas a uma terceira, diretamente preditiva, compreensível e quantificável. Essa estratégia, contudo, tem dois problemas. Em primeiro lugar, o uso de mais informação pode prover mais ao invés de menos discriminação. Em segundo, a demanda por mais informações poderia levar a conflitos com o direito de privacidade, na medida em que aumentaria o avanço dos agentes econômicos sobre os dados pessoais dos cidadãos.⁷⁸

75 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1306-1310, 2020.

76 JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 298-303.

77 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1308, 2020.

78 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1310-1311. 2020. Também no

Partindo para as estratégias de regulação de *outputs*, uma primeira alternativa, sugerida por Swedloff, é a regulação direta do impacto desproporcional. Em vez de focar no uso de informações, reguladores deveriam focar em como classes particulares de pessoas estão sendo cobradas e em determinar se essas cobranças constituem ônus admissíveis. Isso implicaria (i) na necessidade adicional de que seguradores e reguladores, além de determinarem classes de risco, verifiquem se existe algum padrão nessa classe de risco; e (ii) na verificação de conformidade desses padrões com cálculos internos determinados pelos reguladores do que seria uma distribuição adequada de risco. O desafio dessa estratégia seria determinar a justa medida entre a distribuição do risco entre indivíduos com perfis de risco diversos e objetivos equitativos perseguidos pela regulação — o que poderia variar a depender do tipo de seguro.⁷⁹

Uma segunda estratégia na regulação de *outputs* seria o desenvolvimento de “algoritmos éticos”, ou seja, de algoritmos que expressamente consigam eliminar o uso de *proxies* para categorias suspeitas. Como explicam Prince e Schwarcz, isso seria possível por meio de um processo em que o algoritmo levaria em consideração, na construção do modelo estatístico, a característica objeto de proteção do direito.⁸⁰

Embora ambas as estratégias de regulação de *outputs* sejam promissoras, elas encontram alguns potenciais problemas, sobretudo em razão do fato de que demandam a posse, por parte de reguladores e seguradoras, de dados sensíveis dos segurados para fins de auditoria ou treinamento do algoritmo. Isso gera, a princípio, três preocupações: (i) de conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial com dispositivos constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana, sobretudo por conta da necessidade de divulgação de dados sensíveis; (ii) de riscos de utilização indevida dos dados coletados; e (iii) da viabilidade fática e

sentido da ampliação do uso de dados, ver: REMOLINA, Nydia. *The Role of Financial Regulators in the Governance of Algorithmic Credit Scoring*. SMU Centre for AI & Data Governance Research Paper No. 2/2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4057986. Acesso em: 09 jun. 2022.

79 SWEDLOFF, Rick. Risk Classification's Big Data Revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 370-371, 2014.

80 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1313-1315. 2020.

jurídica de coleta dos dados em razão da especial proteção que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) confere aos dados sensíveis.⁸¹

Uma última alternativa de regulação de *outputs* se dá por meio do estabelecimento de um “direito a inferências razoáveis”. Referida abordagem remonta à literatura sobre proteção de dados, remetendo-se aqui, por todos, ao artigo conjunto de Watcher e Mittelstadt.⁸² A ideia aqui seria a de que haveria um ônus por parte dos controladores dos dados de explicar (i) o porquê de determinados dados serem uma base aceitável para extração de inferências; (ii) o porquê dessas inferências serem normativamente aceitáveis ou relevantes para os propósitos escolhidos ou para o tipo de tomada de decisão automatizada; e (iii) se os dados e métodos utilizados para a realização de inferências são precisos e estatisticamente confiáveis. Ademais, atribuir-se-ia aos titulares dos dados o direito de contestar as inferências realizadas.⁸³ Essa abordagem contribuiria no combate à discriminação pois imporá aos seguradores o ônus de explicar as correlações estabelecidas pelos seus algoritmos, o que poderia contribuir para a eliminação do uso de determinadas *proxies* para categorias suspeitas.⁸⁴ Em contrapartida, deve-se atentar para o fato de que esse tipo de solução pode inviabilizar o uso de determinados algoritmos e, ao mesmo tempo, pode ser insuficiente para a solução da questão da discriminação, na medida em que endereça o problema apenas de forma indireta.⁸⁵

É possível afirmar que já existem institutos, no âmbito do direito brasileiro, conferindo fundamento jurídico à referida abordagem regulatória. É o caso do artigo 20 da LGPD. Referido artigo confere ao titular de dados o direito a solicitar a revisão de decisões tomadas apenas com base em tratamento automatizado de dados pessoais. Ademais, é obrigação

81 JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 332-340.

82 WATCHER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI. *Columbia Business Law Review*, n. 2, p. 494-620, 2019.

83 WATCHER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI. *Columbia Business Law Review*, n. 2, p. 581-591, 2019.

84 PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1316-1317, 2020.

85 JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 360-363.

daquele responsável pela tomada de decisão com base em dados pessoais o fornecimento, mediante solicitação, de informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a tomada de decisão automatizada (art. 20, §1º). A negativa no fornecimento dessas informações atrai a possibilidade de uma auditoria, a ser realizada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que poderá, então, verificar a ocorrência de aspectos discriminatórios no processo (art. 20, §2º).

Finalmente, identifica-se a regulação baseada em gestão como uma estratégia regulatória adequada para lidar com a temática da discriminação indireta no mercado de seguros. A regulação baseada em gestão preconiza o envolvimento direto dos administradores das entidades reguladas no gerenciamento do problema que enseja a regulação, exigindo que tais entidades “analisem suas operações e elaborem seus próprios planos e procedimentos internos com o objetivo de implementar melhorias que promovam o objetivo regulatório.”⁸⁶

A regulação baseada em gestão difere-se das tradicionais formas de regulação comando-e-controle, pois não fornece, de maneira *ex ante*, toda a definição do problema regulatório nem os meios para resolvê-lo. Antes, ampara-se na vantagem informacional detida pelas entidades reguladas, bem como em sua capacidade de inovação para alcançar os resultados políticos pretendidos, proporcionando a necessária flexibilidade para o enfrentamento de problemas dinâmicos e complexos, tudo de maneira eficaz e eficiente.⁸⁷

Cary Coglianese e Colton R. Crum preconizam a adoção de uma regulação baseada em gestão para lidar com os riscos que decorrem de diferentes aplicações da inteligência artificial. Os autores invocam como metáfora o *guardrail* — proteção lateral que impede que veículos desgovernados saiam de sua pista — para afirmarem que a IA “é muito heterogênea e dinâmica para circunscrever caminhos fixos ao longo dos quais deve operar”.⁸⁸ Em

86 COGLIANESE, Cary; STAROBIN, Shana. Management-Based Regulation (2020). In Policy Instruments in Environmental Law (Kenneth R. Richards and Josephine van Zeben eds., Edward Elgar, 2020), *U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 20-41*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3715057>. Acesso em: 9 abr. 2025. p. 2.

87 COGLIANESE, Cary; STAROBIN, Shana. Management-Based Regulation (2020). In Policy Instruments in Environmental Law (Kenneth R. Richards and Josephine van Zeben eds., Edward Elgar, 2020), *U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 20-41*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3715057>. Acesso em: 9 abr. 2025. p. 1-2.

88 COGLIANESE, Cary; CRUM, Colton R. Leashes, Not Guardrails: A Management-Based Approach to Artificial Intelligence Risk Regulation (February 12, 2025). *U of Penn Law*

vez de barreiras regulatórias rígidas e prescritivas, os autores invocam outra metáfora — o uso de “coleiras” (*leashes*) — para se referirem à adoção de uma regulação flexível, que oferece espaço para a exploração e inovação por parte das empresas que desenvolvem e utilizam IA, mas que ao mesmo tempo exige supervisão e responsabilidade humanas contínuas.

Coglianesi e Crum ressaltam três questões que exigirão uma análise refinada por parte do regulador na implementação da regulação baseada em gestão: (i) a identificação da hipótese em que a “coleira” é de fato necessária — a coleira será apropriada sempre que a IA puder causar danos significativos, o que torna necessário avaliar a ferramenta de IA, o seu funcionamento e os perigos associados ao seu ambiente —; (ii) a seleção da “coleira” certa — há um leque de opções, tais como análise interna de risco, auditoria, treinamento de pessoal, monitoramento, relatórios, que variam em seu escopo, rigor e especificidade —; e (iii) e o papel da supervisão humana — o regulador, que mantém o controle sobre a “coleira”, precisa definir como a empresa regulada irá supervisionar suas ferramentas de IA.⁸⁹

4. Apenas uma solução para todos os casos?

Vistas as possíveis soluções sugeridas pela literatura para o tratamento de problemas de discriminação causados pela IA e pelo *big data*, um aspecto final a ser abordado é: haveria apenas uma solução a ser adotada para todo o mercado de seguros, ou a solução deveria variar de acordo com as diversas linhas de seguros e seus respectivos objetivos do ponto de vista de política pública?

Parece não haver razão para crer que haja só uma solução para todos os casos. Em primeiro lugar, porque algumas das soluções propostas não são excludentes. É possível, por exemplo, imaginar exigências regulatórias para a programação de “algoritmos éticos” ao mesmo tempo em que implementam medidas no sentido da proteção de um direito a inferências

School, Public Law Research Paper No. 25-04, Risk Analysis, forthcoming. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=5137081>. Acesso em: 9 abr. 2025. p. 1.

89 COGLIANESE, Cary; CRUM, Colton R. *Leashes, Not Guardrails: A Management-Based Approach to Artificial Intelligence Risk Regulation* (February 12, 2025). *U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 25-04, Risk Analysis, forthcoming. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=5137081>. Acesso em: 9 abr. 2025. p. 14-19.*

razoáveis. Coglianese e Crum, por sua vez, argumentam que “coleiras” e *guardrails* não são mutuamente excludentes — empresas reguladas sujeitas a uma exigência de “coleira” presumivelmente instalariam *guardrails* em suas estruturas internas.⁹⁰

Em segundo, porque parece evidente que alguns segmentos do mercado de seguros são menos suscetíveis aos tipos de problemas elencados na presente pesquisa. Helveston menciona exatamente esse ponto ao separar seguros voltados para indivíduos e seguros voltados para empresas. Nesses últimos, parece haver pouca preocupação com relação a práticas discriminatórias, o que pode ser até mesmo uma consideração em favor de nenhuma regulação, em vez de se considerarem as alternativas regulatórias anteriormente elencadas.⁹¹

Por outro lado, as preocupações com práticas discriminatórias se fazem mais fortes nos contratos cujos consumidores são pessoas físicas. Aqui é necessário considerar os custos e benefícios dos modelos proporcionados pela IA e *big data* para fins de verificação da solução regulatória mais adequada para o tipo de seguro analisado. É possível elencar alguns fatores a serem considerados pelos reguladores na disciplina da matéria.

- Fator moral: as análises produzidas pelos algoritmos possuem, ou arriscam produzir, impacto sobre grupos de pessoas vulnerabilizados e protegidos pela legislação?
- Fator equitativo: o quão relevante é o elemento da solidariedade na linha de seguro analisada? É mais importante garantir que os causadores de menores riscos sejam premiados ou que sejam dadas condições de acesso igualitárias ao produto, ainda que haja alguma subsidiação cruzada?
- Fator incentivo: quais os incentivos criados pela classificação de risco? Ela contribui para a redução de problemas de risco moral e seleção adversa típicas do contrato de seguro? Ela cria desincentivos a atividades socialmente valiosas?

90 COGLIANESE, Cary; CRUM, Colton R. Leashes, Not Guardrails: A Management-Based Approach to Artificial Intelligence Risk Regulation (February 12, 2025). U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 25-04, Risk Analysis, forthcoming. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=5137081>. Acesso em: 9 abr. 2025. p. 12.

91 HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, vol 93, n. 4, p. 908, 2016.

- Fator preço: a classificação de risco contribui para a melhor precificação dos contratos de seguro e para a atração de melhores riscos para o segmento?

O conjunto de fatores indicado busca refletir, de forma sintética, os valores que devem orientar o regulador de seguros. A decisão por regular deve levar em conta um juízo de proporcionalidade em que se ponderem esses diversos fatores,⁹² e pode ser que não haja apenas uma resposta correta para tanto.⁹³ A decisão, no final, dependerá do peso que se conferir a esses fatores em um determinado caso concreto. Para algumas modalidades de seguro, é arguível que o aspecto da solidariedade terá um maior peso: é o exemplo do seguro de saúde, em que os fatores que podem ser levados em consideração pelas seguradoras na precificação são fortemente disciplinados pela regulação.⁹⁴ Para outros, por exemplo, o seguro de automóveis, não é evidente que as preocupações do regulador devam ser as mesmas.

Considerações finais

A utilização de *big data* e de técnicas sofisticadas de processamento de informações, como a IA, implicam em severas transformações no contexto do mercado de seguros. Essas transformações, conquanto possam trazer benefícios em diversas fases de operação da empresa securitária, trazem consigo riscos bastante peculiares. Dentre esses riscos está, justamente, o de viabilizar a ocorrência de práticas discriminatórias contra grupos vulneráveis.

Há uma série de razões para que se regule a questão da discriminação no setor de seguros. Algumas delas são de índole moral ou associadas a uma visão solidarista do mercado, na qual se privilegia a necessidade de proteção em vez da precificação mais precisa. Outras, por sua vez, dizem respeito às potenciais ineficiências causadas por sistemas de classificação de risco excessivamente precisos. Tais ineficiências residiriam na dissuasão

92 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 133.

93 Sobre a regra da proporcionalidade e a discricionariedade, ver: ALEXY, Robert. *Law's ideal dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 175-189; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 75-84.

94 JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020. p. 285-286.

de comportamentos arriscados do ponto de vista social, mas valorosos no desincentivo à produção privada da informação.

A fim de endereçar esses problemas, uma série de alternativas regulatórias foram identificadas na literatura. Algumas dessas medidas preocupam-se com os dados que estão sendo utilizados pelas IA para fins de gerar seus modelos de classificação de risco. Outras, por sua vez, preocupam-se diretamente com os resultados dessas análises, buscando realizar ajustes nos processos. No primeiro caso, as estratégias regulatórias podem ir da restrição absoluta da classificação de riscos, passando pela limitação dos fatores a serem levados em consideração na formulação dos modelos e indo até a exigência de consideração de informações adicionais. No segundo caso, surgem como soluções a regulação direta do impacto desproporcional causado sobre classes protegidas, o desenvolvimento de algoritmos éticos e a exigência da realização de inferências razoáveis a partir dos dados coletados. De maneira complementar a esses instrumentos, considerou-se também o uso de estratégias baseadas na gestão.

Por fim, o presente trabalho considerou a possibilidade de que diferentes linhas de seguros possam demandar do regulador variadas estratégias para a mitigação dos riscos de práticas discriminatórias. Considerando que os valores que orientem a regulação de seguros podem se fazer mais ou menos relevantes, a depender do tipo de contrato de que se esteja tratando e da própria visão do regulador sobre os objetivos a serem atingidos pela regulação, é necessário ponderar tais fatores a fim de alcançar a melhor solução para o caso concreto.

Referências

- ABRAHAM, Kenneth S. *Distributing risk: insurance, legal theory and public policy*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- ABRAHAM, Kenneth S. Efficiency and fairness in insurance risk classification. *Virginia Law Review*, v. 71, n. 3, p. 403–451, 1985.
- ALEXY, Robert. *Law's ideal dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle; SCHWARCZ, Daniel. Understanding insurance antidiscrimination laws. *Southern California Law Review*, v. 87, p. 195–274, 2014.
- BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big data's disparate impact. *California Law Review*, v. 104, p. 673–732, 2016.

- COGLIANESE, Cary; CRUM, Colton R. Leashes, not guardrails: a management-based approach to artificial intelligence risk regulation. *Risk Analysis*, forthcoming. University of Pennsylvania Law School, Public Law Research Paper, n. 25-04, 2025. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=5137081>. Acesso em: 9 abr. 2025.
- COGLIANESE, Cary; STAROBIN, Shana. Management-based regulation. In: RICHARDS, Kenneth R.; VAN ZEBEN, Josephine (ed.). *Policy instruments in environmental law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2020. University of Pennsylvania Law School, Public Law Research Paper, n. 20-41. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3715057>. Acesso em: 9 abr. 2025.
- CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica para aplicação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência nas relações privadas. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, n. 1, p. 63–98, 2008.
- GENEVA ASSOCIATION. *Big data and insurance: implications for innovation, competition and privacy*. 2018. Disponível em: https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/big_data_and_insurance_-_implications_for_innovation_competition_and_privacy.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.
- HELFAND, Robert D. Big data and insurance: what lawyers need to know and understand. *Journal of Internet Law*, v. 21, n. 3, p. 1–35, 2017.
- HELVESTON, Max N. Consumer protection in the age of big data. *Washington University Law Review*, v. 93, n. 4, p. 868, 2016.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS – IAIS. *Draft issues paper on the use of big data analytics in insurance*. 2 set. 2019. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/190902-Draft-Issues-Paper-on-Use-of-BDA-in-Insurance-For-Public-Consultation.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.
- JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: RT, 2020.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KIMBALL, Spencer L. The purpose of insurance regulation: a preliminary inquiry in the theory of insurance law. *Minnesota Law Review*, v. 45, p. 471–524, 1961.
- MCGURK, Brendan. *Data profiling and insurance law*. Oxford: Hart Publishing, 2019. Versão Kindle.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão Kindle.

- OCDE. *A data-driven public sector: enabling the strategic use of data for productive, inclusive and trustworthy governance*. OECD Working Papers on Public Governance No. 33, Paris, 2019. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/a-data-driven-public-sector_09ab162c-en. Acesso em: 17 maio 2022.
- PRINCE, Anya; SCHWARCZ, Daniel. Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data. *Iowa Law Review*, v. 105, n. 3, p. 1257–1318, 2020.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- REMOLINA, Nydia. The role of financial regulators in the governance of algorithmic credit scoring. *SMU Centre for AI & Data Governance Research Paper*, n. 2/2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4057986. Acesso em: 9 jun. 2022.
- RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SCHERMER, Bart. Risks of profiling and the limits of data protection law. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (ed.). *Discrimination and privacy in the information society: data mining and profiling in large databases*. Heidelberg: Springer, 2013. p. 57–76.
- SWEDLOFF, Rick. Risk classification's big data revolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 21, p. 339–373, 2014.
- TALESH, Shauhin; CUNNINGHAM, Bryan. The technologization of insurance: an empirical analysis of big data and artificial intelligence's impact on cybersecurity and privacy. *Utah Law Review*, n. 5, p. 967–1027, 2021.
- WATCHER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, n. 2, p. 494–620, 2019.

O cooperativismo como opção de atuação em seguros no Brasil

Walter A. Polido¹
Sidney Dias da Silva²

Introdução

Impressiona o fato de que este assunto permaneceu latente e sem qualquer tipo de movimentação desde 1966 e só mais recentemente passou a ser percebido. Ou o mercado tradicional de seguros, operando sob o regime de sociedades anônimas, sempre ofereceu respostas a todas as demandas que se apresentaram desde então, ou realmente o cidadão brasileiro não tem o seguro como fator de importância relevante no seu dia a dia e no desempenho de suas atividades econômicas. É notório que o mercado tradicional de seguros não atende a determinados interesses seguráveis no Brasil. A participação da produção de seguros no país (excluindo o Vida Gerador de Benefício Livre, VGBL) não ultrapassou, em 2023, a 1,7% do Produto Interno Bruto (PIB), uma participação que está estagnada há décadas, se comparada ao sistema de crédito bancário (53,4%) e ao mercado de capitais — títulos da dívida (15,5%).³ O Plano de Desenvolvimento do Mercado de Seguros, Previdência Aberta, Saúde Suplementar e Capitalização (PDMS), lançado pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSEG) em 2023, com quatro eixos de trabalho e dividido em 65 iniciativas com

1 Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Árbitro e parecerista em seguros e resseguro. Professor universitário. Membro do Comitê de Regulação de Seguros da FGV Direito Rio. Sócio do Conhecer Seguros. Autor de livros sobre seguros e resseguro.

2 Mestre e doutor em Informática pela PUC-Rio. Graduado em Administração Pública pela FGV/EAESP. Consultor em Gestão e Operações de Seguros. Sócio do Conhecer Seguros.

3 Fonte: Ministério da Fazenda, junho de 2024.

ações até 2030, além do *open insurance* que libera a concorrência entre as seguradoras tradicionais, menciona a criação de uma lei que estabeleça as condições para atuação de associações e cooperativas no mercado segurador, inclusive propondo determinados pressupostos, sob o olhar da Confederação.⁴ É preciso impulsionar a atividade seguradora nos próximos anos, mediante a adoção de medidas objetivas e eficazes. A ampliação da possibilidade de atuar, em relação a **novos entrantes**, mostra-se essencial.

O Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, ao regulamentar o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 (da política nacional de seguros), sequer fez menção ao disposto no art. 24 e parágrafo único⁵ deste, limitando-se a regulamentar as **sociedades seguradoras**. Por consequência, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep) nunca estabeleceram qualquer norma a respeito e permanece um vácuo legislativo-regulatório até o momento. A única exceção que merece destaque, é o fato de a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, a qual dispõe sobre os planos e os seguros privados de assistência à saúde, mencionar a **cooperativa**, na definição de “operadora de plano de assistência à saúde”, conforme o art. 1º, inciso II.⁶ A Lei nº. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, ao estabelecer a política

4 Iniciativa nº 56 proposta pelo PDMS da CNSEG: aprovação de lei que estabeleça as condições para atuação de associações e cooperativas no mercado segurador. Outra iniciativa de suma importância é a atuação das associações e cooperativas no mercado de seguros. É necessário que se aprove uma lei que estabeleça as condições para atuação de cooperativas e associações no mercado segurador, baseado do em cinco pilares: que a oferta de seguros por essas entidades seja autorizada e fiscalizada pela Superintendência de Seguros Privados (Susep); que haja regras de capital e de provisões adequadas ao risco da operação; que a relação entre essas entidades e os segurados sejam regidas pelo Código de Defesa do Consumidor; que haja isonomia tributária em relação às demais seguradoras; e que sejam preservados os modelos de distribuição já existentes, de sorte que o corretor de seguros continue exercendo a atividade fundamental de assessoramento do segurado em todo o processo. Esses são pontos fundamentais para que se tenha um ambiente concorrencial equilibrado, com respeito às melhores práticas de gestão de riscos e de relações com o consumidor.

5 DL 73/1966 — Art. 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas. Parágrafo único — As Sociedades Cooperativas operarão unicamente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho.

6 Lei nº 9.656/1998 — Art. 1º, II — Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, *cooperativa*, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o

nacional de cooperativismo no Brasil, também não tratou o tema no tocante a seguros. O assunto, portanto, somente voltou à luz quando do surgimento do PLP nº 101, de 29 de março de 2023; uma iniciativa do Ministério da Fazenda, a qual propõe modificação significativa no texto do art. 24 do DL nº 73/1966, definida nos parágrafos primeiro e segundo, assim preconizados:

§1º As sociedades cooperativas de seguros deverão ser constituídas exclusivamente para esta finalidade e poderão comercializar seguros somente para seus associados. (g. n.)

§2º As sociedades cooperativas somente poderão operar seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho e nos ramos de seguro definidos especificamente pelo CNSP. (g. n.)

O referido Projeto de Lei Complementar (PLP) determina que caberá ao CNSP indicar os ramos de seguros com os quais as cooperativas poderão operar, além daqueles já previstos e que se resumem a dois tipos (saúde e agrícola). Considera-se, pois, que os acidentes de trabalho são objeto de seguro obrigatório estatizado.

Quanto ao seguro agrícola, repise-se, não há qualquer tipo de regulamentação da operação por meio de cooperativas. Ademais, no seguro saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), regulamentou, especificamente, as operações das cooperativas médicas e odontológicas.⁷ Portanto, sob a jurisdição da ANS, e não da Susep.

A atuação de cooperativas nos diferentes ramos de seguros, em especial as voltadas para determinados nichos que sequer o mercado tradicional tem interesse, pode fazer a diferença substancial na oferta, no volume de produção e no desenvolvimento dos seguros no Brasil. No seguimento deste texto, serão abordadas as possíveis vantagens para o setor de seguros e,

inciso I deste artigo.

7 Por meio da Resolução Normativa nº 531, de 2 de maio de 2022, a ANS define cooperativa médica e cooperativa odontológica, ambas compostas, respectivamente, por profissionais médicos e cirurgiões dentistas, sem fins lucrativos, constituídas conforme a Lei nº 5.766/1971.

mais ainda, para os consumidores, muitos deles sem acesso ao instrumento garantidor representado pelo seguro.

Impende destacar, antes mesmo de avançar no texto, o fato de o Projeto de Lei Complementar Complementar (PLC) nº 519/2018 ter insistido,⁸ reforçando, a impossibilidade de as cooperativas atuarem além dos limites estabelecidos pelo DL nº 73/1966, estabelecendo relação de igualdade entre elas e as associações que atuam, de forma imprópria e ilícita, com a oferta de cobertura para determinados riscos, como se seguradoras fossem. Mais recentemente, em 2024, o referido PLC tramitou e foi apresentado um substitutivo,⁹ sendo que este ampliou o lastro de atuação, autorizando a operação não só para as cooperativas, como também para outras entidades de proteção patrimonial mutualista em relação aos ramos de seguros privados que forem aprovados pelo CNSP. O mesmo substitutivo estabelece que o CNSP definirá as hipóteses em que serão excepcionalmente admitidas operações de seguros referentes aos não associados às cooperativas. A Lei

8 “Art. 24. Somente poderão operar em seguros privados sociedades anônimas ou cooperativas, desde que devidamente autorizadas pelo órgão supervisor e fiscalizador do mercado de seguros. (NR)

§1º As sociedades cooperativas operarão unicamente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho. (renumerado) (g.n.)

§2º Ficam proibidas a constituição, operação, comercialização, venda e realização de contratos de natureza securitária, por associações, demais cooperativas e clubes de benefícios, pessoas naturais e jurídicas, que ofereçam, também, quaisquer produtos que prevejam coberturas, ressarcimentos, indenizações e proteção para quaisquer fins, inclusive aqueles que sejam assemelhados ou idênticos aos de seguros de danos ou de pessoas, assim como instituir e administrar fundos mútuos, para as finalidades aqui descritas. (NR)”. (Câmara dos Deputados, 2018).

9 CAPÍTULO VII-A — Das Sociedades Cooperativas de Seguros

Art. 88-A. As sociedades cooperativas de seguros deverão ser constituídas exclusivamente para esta finalidade e poderão, mediante prévia autorização da Susep, operar em qualquer ramo de seguros privados, exceto naqueles expressamente vedados em regulamentação específica editada pelo CNSP, observado o disposto no art. 36-A e no parágrafo único do art. 24 deste Decreto-Lei.

§1º As sociedades cooperativas operarão seguros somente com seus associados, podendo o CNSP definir as hipóteses em que serão excepcionalmente admitidas operações com não associados, para cumprimento do objeto social da cooperativa.

§2º As sociedades cooperativas de seguros poderão ceder riscos em resseguro e cosseguro como mecanismo de pulverização dos riscos assumidos, na forma regulamentada pelo CNSP. (NR).

Art. 88-B. As sociedades cooperativas de seguros serão reguladas pela legislação geral do cooperativismo, e, em especial, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras, incluídas as disposições do presente Decreto-Lei.

Complementar nº 126, de 15 janeiro de 2007, deve ser modificada para incluir as cooperativas e as outras entidades de proteção patrimonial mutualista, inclusive administradoras, no conceito de **cedente**, de modo que elas possam ter acesso direto aos resseguradores.

O tema, inquestionavelmente, avançou: o substitutivo foi aprovado nas duas casas do Congresso Nacional e foi sancionado pelo Presidente da República, originando a Lei Complementar nº 213, de 15 de janeiro de 2025. Resta, ainda, a também árdua jornada no âmbito regulatório, a ser desenvolvida pelo CNSP e pela Susep.

1. Surgimento e evolução das sociedades mutualísticas no Brasil

A palavra “mútua” é utilizada para referenciar uma grande diversidade de formas legais associadas à mutualidade — incluindo **cooperativas**, **associações** e **fundações** —, variando conforme o contexto cultural e histórico de cada país. Na Europa, existem cerca de 40 tipos de organizações similares a mútuas, refletindo a diversidade observada globalmente.¹⁰ Essa amplitude indica a necessidade de evitar uma definição taxativa para mútuas, permitindo uma abordagem flexível e inclusiva.

As mútuas possuem uma origem histórica que remonta às práticas de solidariedade e compartilhamento de riscos surgidas na Antiguidade. No século XIX e início do século XX, as mútuas se estabeleceram como redes de segurança para trabalhadores industriais e outros grupos socioprofissionais, reunindo fundos para se proteger contra riscos sociais e patrimoniais. Essas organizações foram precursoras do Estado de bem-estar social moderno (*welfare state*).¹¹

O **impulso associativo** que deu origem às sociedades mútuas também gerou outros tipos de organizações, principalmente cooperativas e associações. Juntas, essas organizações constituem os principais componentes

10 INTERNATIONAL COOPERATIVE AND MUTUAL INSURANCE FEDERATION. ICMIF. *A practical guide to understanding mutual insurance*. [S. l.]: ICMIF, 2020. Disponível em: https://www.icmif.org/wp-content/uploads/2020/07/Guide_Mutual-insurance_Icmif.pdf. Acesso em: 24 jun. 2024.

11 GRIJPSTA, D. et al. *The role of mutual societies in the 21st century*. Brussels: European Parliament, 2011. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110829ATT25422/20110829ATT25422EN.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

da economia social, que também inclui fundações. A **economia social** é caracterizada pela primazia do indivíduo e do objetivo social sobre o capital, de adesão voluntária e aberta, controle democrático pelos membros e gestão autônoma e independente das autoridades públicas.¹²

As formas organizacionais das entidades que compõem a economia social podem assumir um espectro amplo, variando de organizações tradicionais sem fins lucrativos a empresas tradicionais com fins lucrativos. As empresas sociais, incluindo as sociedades mútuas, ocupam uma posição intermediária nesse espectro. No entanto, essa distinção é frequentemente difusa, refletindo os diferentes aspectos da economia social.¹³

As principais formas organizacionais identificadas na Europa incluem **cooperativas**, mútuas, **associações e fundações**. No seguimento deste texto, os termos mútuas e cooperativas não são diferenciados.

2. Características e valores das mútuas

As mútuas distinguem-se pela ausência de capital social externo, o que impede sua aquisição no mercado financeiro. Operam como sociedades de pessoas que estão sujeitas à governança democrática e utilizam seus lucros em benefício dos membros. A Associação Internacional de Supervisores de Seguros (International Association of Insurance Supervisors, Iais) indica como referência um conjunto de características-chave¹⁴ detalhadas a seguir:

- i. Propriedade dos membros: pelo menos, alguns dos beneficiários dos serviços oferecidos pela organização são também seus proprietários ou possuem poderes semelhantes aos detidos por acionistas em empresas com capital social.
- ii. Democracia: os membros exercem poderes típicos de proprietários, formando a assembleia geral da organização e, por meio desse fórum, exercem direitos democráticos em decisões finais, como

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS. IAIS. *Application paper on regulation and supervision of mutuals, cooperatives and community-based organisations in increasing access to insurance markets*. [S. l.]: IAIS, 2017. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/170919-Application-Paper-on-Mutuals-Cooperatives-and-Community-based-Organisations-September-2017.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

a eleição de diretores e membros do conselho administrativo.

- iii. Solidariedade: os membros buscam um resultado benéfico que depende da adesão ao grupo, especialmente no que diz respeito ao capital.
- iv. Propósito definido: as organizações são estabelecidas para servir a um grupo e propósito específicos, filiando membros por meio de um objetivo, propósito ou característica comum.
- v. Ausência de fins lucrativos: os lucros (ou excedentes) ou perdas (déficits) são atribuídos aos membros, com o tratamento das perdas variando conforme a regulamentação em cada jurisdição.

Uma característica significativa das mútuas é a retenção de lucros ao longo dos anos para construir solidez financeira. Embora algumas delas acessem capital externo para o crescimento, como garantias ou dívida subordinada, a principal fonte de capital é a retenção de lucros. A estrutura de governança das mútuas, em que os membros elegem os diretores nas assembleias gerais, reforça a gestão democrática e o foco no benefício dos membros.¹⁵

Particularmente, as cooperativas — uma das formas assumidas pelas mútuas — operam sob valores e princípios estabelecidos pela Aliança Cooperativa Internacional, como adesão voluntária, controle democrático e compromisso com a comunidade. Esses princípios são compartilhados com as mútuas, evidenciando a estreita relação entre essas formas de organização.

3. Participação das mútuas no mercado de seguros mundial

Segundo o estudo da Federação Internacional de Cooperativas e Seguros Mútuos (International Cooperative and Mutual Insurance Federation, ICMIF),¹⁶ em 2022 as mútuas de seguros tinham presença significativa no mercado global de seguros, estando ativas em 73 dos 80 países analisados. As maiores proporções de negócios mútuos foram observadas em mercados de seguros mais maduros, como os da Europa continental, dos países nórdicos, do Japão e dos Estados Unidos.¹⁷ Por outro lado, os mercados

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ INTERNATIONAL COOPERATIVE AND MUTUAL INSURANCE FEDERATION. ICMIF. *Global mutual market share 2024*. [S. l.]: ICMIF, 2024. Disponível em: <https://www.icmif.org/wp-content/uploads/2024/04/ICMIF-Global-Mutual-Market-Share-2024-ENG.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024.

¹⁷ Segundo o relatório, em 2022 a fatia de mercado correspondente às mútuas nos países

emergentes na América Latina e na África apresentaram menores percentuais de participação de seguros mútuos, ainda que essas regiões tenham registrado algumas das maiores taxas de crescimento em termos de prêmios.

O estudo destaca que, em 2022, as mútuas detinham mais de um quarto dos mercados nacionais de seguros em 21 países e, em 14 deles, a participação de mercado era maior do que um terço. Os 8 maiores mercados de seguros mútuos por participação de mercado eram todos europeus, com destaque para a França (54,8%) e a Alemanha (46,5%). A Finlândia liderava com 61,0% de participação, seguida pelos Países Baixos (59,6%) e a Eslováquia (46,9%). Nos maiores mercados globais, o estudo também apresentou uma participação significativa de negócios das mútuas nos EUA (41,8%) e no Japão (38,9%).

Nos últimos anos, eventos significativos em todo o mundo impactaram a receita e o desempenho de muitas indústrias, incluindo o mercado global de seguros. Conforme apresentado no relatório da ICMIF, tanto o mercado total de seguros quanto o setor de seguros mútuos e cooperativos experimentaram contrações anuais no volume de prêmios em 2022, quando comparados ao ano de 2021. No entanto, as mútuas apresentaram maior resiliência: enquanto a retração total do mercado dos prêmios no período foi de 1,8%, a redução do faturamento das mútuas foi significativamente menor — de apenas 0,9%. Como resultado, a participação coletiva das mútuas no mercado global de seguros em 2022 foi de 26,3%; um aumento de 0,3 pontos percentuais para o período.

Segundo a ICMIF, a participação das mútuas no mercado global de seguros vida (com exceção da China) atingiu 27,3% em 2022 — um percentual elevado e recorde para o segmento. No caso dos seguros não vida, a fatia de mercado ocupada pelas mútuas (também com exceção da China) foi de 33,2% em 2022.

Quando se considera o volume total de faturamento das mútuas, globalmente, a parcela dos seguros não vida corresponde a 53,1% do total, com forte concentração em automóveis (31%), residencial/propriedades (25%) e saúde (21%). No caso dos seguros vida, a concentração está em produtos de previdência (52%) e vida tradicional (34%).

desenvolvidos era de 32,5%, sendo que, nos países emergentes, a participação das mútuas era de 2,7%; um percentual bem abaixo dos 4,8% observados em 2012.

4. Mutualismo no Brasil

No Brasil, instituições baseadas no mutualismo incluem cooperativas de crédito e associações mútuas, que compartilham a mesma base mutualista, mas apresentam diferenças operacionais devido a aspectos regulatórios específicos e estágios de desenvolvimento distintos. Ambas cresceram para atender a demandas não satisfeitas pelos canais tradicionais, sendo que esse mesmo fenômeno tem gerado a discussão do tema em relação ao mercado de seguros nacional.¹⁸

As cooperativas de crédito são autorizadas a operar pelo Banco Central do Brasil. Elas oferecem uma gama de produtos e serviços financeiros similares aos dos bancos comerciais. As características do mutualismo, presentes nas cooperativas, fazem com que existam diferenças fundamentais entre elas e os bancos. A distinção mais significativa reside no controle societário: enquanto os bancos são sociedades de capital, em que o poder de voto é proporcional à participação acionária, as cooperativas de crédito são sociedades de pessoas, nas quais cada membro tem direito a um voto nas assembleias, independentemente do valor de sua contribuição ao capital da instituição.

Segundo dados divulgados pelo Banco Central do Brasil,¹⁹ em dezembro de 2022, havia 799 cooperativas singulares, 32 cooperativas centrais e quatro confederações, além de dois bancos cooperativos. O relatório divulgado pelo Banco Central destaca que as unidades de atendimento das cooperativas de crédito chegaram a 9.122 pontos físicos, registrando-se a presença delas em aproximadamente 55% dos municípios brasileiros.

Esse conjunto de cooperativas de crédito atendia a um total de 15,6 milhões de cooperados, com crescimento da participação de associados pessoas jurídicas — que atingiu 15% do total de cooperados. O relatório

18 CONTADOR, C. R. *As mútuas no mercado de seguros: oportunidades, reformas e desafios*. Coordenação de Augusto Coelho Cardoso e Marcelo Augusto Camacho Rocha. Assessoria técnica de Ana Paula F. Lili e Lauro Vieira de Faria. Rio de Janeiro: ENS; Silcon, 2023. Disponível em: https://www.fenacor.org.br/download/Estudo_Mutuas.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024.

19 BANCO CENTRAL DO BRASIL. BCB *Panorama do Sistema Nacional de Crédito Cooperativo*. Data-base: dezembro/2022. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/coopc credpanorama/Panorama_do_sistema_nacional_de_credito_cooperativo_v3.pdf. Acesso em: 25 jun. 2024.

destaca que a parcela da população brasileira associada a cooperativas de crédito já alcançou 6,2%, observando-se aumento em todas as regiões do país, com destaque para a região sul.

A carteira de crédito, ou seja, os empréstimos concedidos pelas cooperativas aos seus associados, atingiu o total de R\$383 bilhões, mantendo-se como o segmento com maior expansão do Sistema Financeiro Nacional.

As entidades de autogestão contra riscos patrimoniais, incluindo associações e cooperativas que oferecem soluções de proteção automotiva, atendem a um segmento da população que, por não ter acesso ao mercado tradicional de seguros, une-se para dividir eventuais perdas entre os membros do grupo. Nos últimos anos, essas organizações têm registrado um crescimento significativo e, no Brasil, uma parte substancial da população tem se beneficiado dos diversos serviços oferecidos por essas entidades.²⁰

Embora não existam estatísticas oficiais a respeito da atuação das mútuas, estudos divulgados pela Agência de Autorregulamentação das Entidades de Autogestão de Planos de Proteção contra Riscos Patrimoniais (AAPV), entidade que representa um número significativo das organizações mutualistas em atividade no país, apresentam números representativos quanto à frota objeto da autoproteção em 2022 — aproximadamente 3,6 milhões de veículos, com uma arrecadação anual em torno de R\$ 9,1 bilhões.²¹

5. Atuação das cooperativas de seguros no Brasil

No âmbito do seguro, não há experiência formal da atuação de cooperativas no Brasil, mesmo porque aquelas vinculadas a serviços de saúde, assim como o sistema Unimed, constituíram uma sociedade seguradora de modo a subscreverem os seguros pertinentes. O Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), estatizado pela Lei nº 5.316, de 16 de setembro de 1967, excluindo a indústria de seguro privado na operação, mantém-se

20 AGÊNCIA DE AUTORREGULAMENTAÇÃO DAS ENTIDADES DE AUTOGESTÃO DE PLANOS DE PROTEÇÃO CONTRA RISCOS PATRIMONIAIS. AAPV. *Carta ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva*: apresentação do mercado mútuo. Panorama completo das entidades de autogestão de planos de proteção de riscos patrimoniais. Brasília: AAPV, 2023. Disponível em: https://aaapv.org.br/wp-content/uploads/2023/03/AAAPV-CARTA-AO-PRESIDENTE_DIGITAL.pdf. Acesso em: 25 jun. 2024.

21 *Ibid.*

como monopólio do Estado até os dias atuais, sendo que os estudos que já foram empreendidos sobre a possível participação da iniciativa privada no segmento não lograram nenhum êxito. O modelo estatal aboliu a indenização que antes era prestada pelas seguradoras privadas. Na preleção de Therezinha Corrêa:

[...] como o modelo previdenciário não faz distinção entre benefícios previdenciário e benefícios acidentários, o trabalhador passou a receber, a título de compensação ou reparação por acidentes do trabalho, o mesmo que qualquer afiliado da Previdência Social recebe por qualquer outra contingência.²²

Os seguros agrícolas, por sua vez, são comercializados por seguradoras. Com base em tais premissas, ainda que o DL nº 73/1966 permita a atuação de cooperativas nesses três segmentos, a prerrogativa não é exercida e sequer foi regulamentada pela Susep desde a promulgação do referido marco legislativo. Há, portanto, um **vácuo regulatório**. Caso tivesse ocorrido a pretensão de uma cooperativa em atuar nos dois segmentos restantes, em face da estatização do SAT, teria emergido uma dificuldade de pronto, mas que agora será ultrapassada uma vez que a Lei Complementar nº 213/2025 será regulamentada em breve. O tema saiu completamente do ostracismo em razão do movimento legislativo que se impôs, coroado pela promulgação da Lei Complementar nº 213/2025.

O não atendimento integral dos interesses seguráveis de diversos tipos pelo mercado tradicional de seguro no Brasil é uma realidade incontestada. As seguradoras elegem riscos e/ou categorias de atividades que simplesmente deixam de oferecer garantia, sem exceção, inviabilizando tratativas específicas, mesmo quando os proponentes dos seguros podem apresentar especificidades que melhorem a qualidade dos riscos declinados taxativamente. Esse fenômeno se acentuou com a desmonopolização do resseguro, ocorrida no ano de 2007, quando também o IRB(RE), atualmente um ressegurador privado e local, passou a selecionar, com total liberdade,

22 Texto produzido para o Grupo de Trabalho da Federação Nacional das Empresas de Seguros — Fenaseg (atual FenSeg), agosto 98/ — dezembro/99, o qual estudou, na ocasião, uma proposta de regulamentação para a privatização do SAT no Brasil.

as ofertas de resseguro. No regime de monopólio estatal, essa prática de seleção era impossível de acontecer de forma integral, ainda que as bases técnicas indicassem, uma vez que outros fatores se envolviam, inclusive de natureza política, pesando a exclusividade de aceitação da empresa.

Anteriormente a meados de 1990, antes da era das privatizações das estatais no país, o ressegurador monopolista se via obrigado a aceitar riscos dessas empresas, nem sempre com padrão de qualidade e de manutenção preventiva adequados. As desconformidades dos riscos certamente não ficavam, na ocasião, resumidas às empresas estatais, sendo que alguns setores de empresas privadas apresentavam deficiências nos sistemas de prevenção e de segurança de riscos.

No regime de mercado aberto, as empresas seguradoras e resseguradoras exigem padrões mínimos para a aceitação dos negócios e não sem razão. Entretanto, convém destacar: há segmentos específicos de riscos que, mesmo não se enquadrando em padrões de desconformidade quanto ao fator prevenção de danos, acabam sendo preteridos pelo mercado tradicional, impossibilitando o acesso aos seguros e pelas mais variadas razões. Veículos com mais de dez anos de idade, não importando o estado de conservação, para exemplificar.

Certas atividades industriais que, marcadas por exposições a riscos mais acentuadas, tornam-se de difícil aceitação. Essa realidade é ruína para os empresários, sobretudo para aqueles de médio e pequeno porte, que acabam sem alternativa, notadamente a eventual colocação dos seguros nos mercados externos. Setores como: moveleiro, fábrica de colchões, torrefação de café, fabricantes de artigos de borracha, conservas alimentícias, frigoríficos, *cyber* cafés fora de shopping centers, armazenagem de mercadorias sem fabricação, galpões, depósitos (produtos farmacêuticos, por exemplo) e armazéns logísticos, mercadorias estocadas ao ar livre (cabos de metal, aço, alumínio), fábricas de vernizes, colas, resinas e tintas industriais, e pequenos mercados de venda de produtos a varejo, ficam praticamente alijados do acesso aos seguros no mercado tradicional.

De igual sorte, as Pequenas Centrais Hidrelétricas (PHC), indústrias químicas, farmacêuticas, têxteis e confecções passam por ciclos de aceitação restritiva e negação integral intermináveis. As seguradoras tradicionais possuem uma lista contendo esses riscos, sendo que podem ser

classificados como não aceitáveis sob qualquer hipótese ou sob controle e análise mais rigorosa, usualmente precedido de inspeções técnicas nos locais de riscos. Alguns desses segmentos, entretanto, poderiam ter acesso aos seguros patrimoniais por meio de associações cooperativas, desde que a regulamentação permitisse a operação. Não há dúvida de que a oferta de garantia para riscos e interesses seguráveis deve ser amplificada no Brasil, deixando de ser restrita ao mercado tradicional de seguradoras. A manutenção do cenário atual é prejudicial ao país; sequer há justiça na previsão legal de mão única, ou seja, da colocação exclusiva dos riscos no mercado tradicional de seguros. As seguradoras não aceitam todos os riscos. Uma vez inviabilizado o acesso pelas próprias seguradoras, os proponentes interessados ficam sem opção e acabam assumindo os riscos das atividades integralmente.

O processo de colocação de riscos no mercado externo, a partir das negativas de aceitação pelas seguradoras que operam no país, não tem um procedimento regulamentar simplificado,²³ assim como no que se refere à nacionalização de divisas que entram no país a título de pagamento de indenização de sinistro. Mesmo que possa ocorrer a dinamização das normas procedimentais pertinentes, ainda assim o incremento do fluxo

23 As normas regulamentares acerca das contratações de seguros no exterior estão preconizadas pela Resolução CNSP nº 451, de 19 de dezembro de 2022, Seção II, a qual determina como pressuposto para a colocação, entre outros, a não aceitação do risco no país. O art. 33, §1º, prescreve o seguinte: “A caracterização da situação de não aceitação do risco no país, prevista no inciso I deste artigo, ocorrerá pelas negativas para a cobertura do seguro obtidas mediante consultas efetuadas a sociedades seguradoras brasileiras que operem no ramo de seguro em que se enquadre o risco, na forma estabelecida pela Susep em regulamentação específica”. A Circular Susep nº 683, de 18 de dezembro de 2022, determina os procedimentos operacionais para a contratação de seguro no exterior. Entre os referidos procedimentos, destaca-se o disposto no art. 10, incisos I, II e III, com o seguinte teor: “I — cópia de consultas efetuadas a, no mínimo, 5 (cinco) sociedades seguradoras autorizadas a operar no país que operem no ramo de seguro em que se enquadra o risco, devendo ser as consultas iguais para todas as sociedades seguradoras”; “II — cópia dos documentos emitidos pelas sociedades seguradoras mencionadas no inciso anterior, com a respectiva negativa para a cobertura do seguro, com a justificativa apresentada para o posicionamento;” e “III — cópia da consulta efetuada à seguradora no exterior nos mesmos termos daquelas efetuadas às sociedades seguradoras autorizadas a operar no país” (Obs.: os referidos documentos ficam na posse do segurado e/ou do seu intermediário, podendo ser exigida a demonstração, a qualquer tempo, pela Susep, sendo que a comunicação da contratação deve ser realizada por eles à Susep, em até 60 dias do início da vigência do seguro).

seria prejudicial ao país, uma vez que representa a saída de recursos financeiros que poderiam permanecer no Brasil.

A transferência de riscos brasileiros seguráveis para outros mercados de seguros estrangeiros não representa avanço e sequer modernidade, uma vez que tem efeito contrário ao ressaltar o subdesenvolvimento do setor. Toda uma cadeia produtiva nacional **perde** com a exportação dos prêmios de seguros, assim como os derivativos da operação: comissões de corretagem; honorários de reguladores de sinistros, de peritos e de advogados; prêmio de resseguro; conhecimento técnico que só é adquirido com o manuseio das diversas situações de riscos (subscrição, regulação de sinistros, experiência com o comportamento dos riscos ao longo de anos etc.); promoção de empregos e salários; pagamento de tributos; entre outros. As possibilidades de transferências de riscos para agentes diversificados no país, retendo divisas e conhecimento, são essenciais para o desenvolvimento do setor e a promoção do acesso de toda a sociedade ao mecanismo garantidor representado pelo seguro. O mercado tradicional já demonstrou que não é capaz de desempenhar, sozinho, essa missão de relevante importância econômica e interesse social.

O fato de uma cooperativa poder atuar na atividade seguradora e garantir riscos para os seus membros associados não significa que ela esteja obrigada a aceitar todos os tipos de negócios, tampouco deixar de selecionar os riscos e/ou os interesses que serão o objeto da operação. Não há dúvida de que a cooperativa pode apresentar uma política de subscrição de riscos muito mais elástica do que uma seguradora tradicional, até porque a referida entidade visa, antes de tudo, oferecer garantias aos seus membros e sem a prevalência do lucro. Todavia, a operação tem de ser hígida e sustentável, de modo a não prejudicar todos os membros. Sob essa ótica, é possível imaginar a cooperativa, no tocante ao Seguro de Automóvel, por exemplo, garantindo veículos usados com idade muito superior ao limite que normalmente as seguradoras impõem. Nessa mesma linha, a garantia para equipamentos das mais diversas utilidades, também com idade de uso mais avançada. Porém é igualmente verdade que a cooperativa precisa dispor de uma massa de riscos mais novos, de modo a balancear a produção e os resultados. Assim, elas atuarão concorrencialmente, com as seguradoras tradicionais em diversas frentes.

Os **maus riscos** não terão cobertura, em hipótese alguma, também pelas cooperativas. Maus riscos significam, primordialmente, a total ausência de condições técnicas mínimas, inclusive quanto à manutenção e aos cuidados sobre os bens que se pretende assegurar, cujas características acentuam a probabilidade de os eventos cobertos acontecerem. A certeza da frequência de ocorrências, a partir da constatação da precariedade dos bens sujeitos a riscos, não se coaduna com a boa técnica de seguro, cuja parcela de risco é intransferível. Não é diferente em qualquer parte do mundo a eliminação sumária dos maus riscos dos portfólios das seguradoras, mútuas, cooperativas e também dos resseguradores. Há a necessidade, inclusive, para determinados riscos de alta exposição e que também acabam tendo dificuldades de coberturas com os mercados tradicionais de seguros e resseguros, da criação de outros mecanismos garantidores, assim como as cativas²⁴ e os fundos de autogestão²⁵ de riscos. Para esses modelos,

24 “*Cativa é uma seguradora controlada por uma ou mais sociedades cujo propósito é assegurar todos ou parte dos riscos de sua sociedade ou sociedades matrizes ou outras empresas controladas por elas.*”, conforme Díez, P. P. *El reaseguro: nuevos pactos*. Pamplona: Thomson Civitas, 2007, p. 45. N.A.: Centrada no chamado *risk management* de grandes grupos empresariais, a cativa se reveste de um instrumento financeiro de transferência de riscos, notadamente para aqueles cuja aceitação pelo mercado tradicional de seguros é dificultada ou apresenta custo elevado (*riscos cibernéticos* têm propiciado a criação de Cativas no exterior, em face da escassez da oferta de cobertura pelo mercado tradicional; *riscos de falhas e interrupções de fornecimento de energia elétrica* — “*failure to supply*”; entre outros). Os resseguradores já se mostraram, no passado, reacionários em relação às cativas, até porque eles eram a parte alheia ao grupo econômico e podiam assumir riscos extraordinários de interesse exclusivo dos proprietários delas, mas acabaram se rendendo ao modelo, em face do profissionalismo crescente, cerceador de procedimentos oportunistas.

25 Modelo utilizado em diversos países, assim como na Europa em razão da Diretiva 35/2004/CE, cujo instrumento introduziu novo regramento acerca da responsabilidade dos poluidores, com transposição compulsória para os respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, previu **garantias financeiras**, representadas por **fundos próprios**, **caução bancária** ou **seguro**. Cada Estado-Membro teve a prerrogativa de determinar a compulsoriedade ou não da referida garantia, sendo que Espanha e Portugal, por exemplo, tornaram-nas obrigatórias. Ver: RIOS, P.; SALGUEIRO, A. A responsabilidade ambiental e as garantias financeiras. O regime português e o exemplo espanhol como referência para outros mercados. *Revista Gerência de Riscos e Seguros*, Fundación Mapfre, n. 112, p. 22-37, 2012. A Lei nº 23.291, de 25 de fevereiro de 2019, do Estado de Minas Gerais, instituiu a política de segurança de barragens no estado e, entre as obrigações do empreendedor, há a obrigatoriedade de apresentar **caução ambiental**, cujo instrumento compreende vários tipos e todos eles regulamentados pelo Decreto nº 48.747, de 20.12.2023 e Decreto nº 48.848, de 25.06.2024 (depósito em dinheiro; fiança bancária, seguro Garantia; título de crédito bancário; hipoteca de bens imóveis; alienação fiduciária de bens imóveis). Na atualidade, propugna-se pela criação de fundos de compensação em razão do avanço

em geral suportados financeiramente pelo próprio empreendedor e/ou pelo criador dos riscos, pode ser a única opção para a assunção de riscos totalmente desinteressantes para o mercado tradicional. Porém, mesmo nessa hipótese, havendo a pretensão de obter capacidade de resseguro em relação às cativas, o olhar técnico será novamente acurado, uma vez que os resseguradores são partes estranhas aos referidos empreendedores.

Não é difícil estabelecer que nem todo risco é segurável pelos padrões tradicionais. Essa realidade, trazendo com ela a necessidade de revisão dos tipos de tomadores de riscos, teve início tardio de discussão no Brasil, considerando-se a mudança de paradigma ocorrida desde a quebra do monopólio de resseguro pela Lei Complementar nº 126/2007. Não há como prosperar a pretensão de que tudo será resolvido por meio do seguro tradicional, a qualquer custo. Não é assim que funciona no mundo todo e já não funciona também no Brasil há muito tempo.

As cooperativas, ao atuarem com seguros, garantindo riscos, deverão manter um padrão de eficiência técnica de forma inquestionável. Na atividade de seguros, a eficiência passa pela escolha da política de aceitação de riscos: (i) postura técnica; ou (ii) postura temerária. De fato, há grande possibilidade de se tornar ruínosa, caso seja abraçada essa segunda hipótese. Os riscos seguráveis, mesmo aqueles representados pelos interesses dos membros associados de uma cooperativa, devem obedecer a determinados padrões mínimos de segurança e de prevenção de danos para terem a aceitação deles confirmada. O processo passa, necessariamente, por critérios objetivos de aceitação e de recusa dos riscos. Mesmo que a cooperativa venha a atuar com determinados nichos de riscos pelos quais o mercado tradicional não demonstra nenhum tipo de interesse, mesmo assim ela não poderá renunciar aos critérios técnicos de operação sustentável. Se a cooperativa pretender

dos mecanismos de **inteligência artificial** e a correspondente responsabilidade civil. Na preleção de Rosenvald e Faleiros Júnior, *“fundos de compensação financiados e operados pelo Estado ou por outras instituições com o objetivo de compensar as vítimas pelas perdas sofridas podem ser utilizados para proteger as vítimas que possuam direito à indenização de acordo com as regras da responsabilidade civil, mas cujas pretensões não podem ser atendidas quando os demais regimes de responsabilidade forem insuficientes como resultado da operação de tecnologias digitais emergentes e na ausência de uma cobertura de seguro”*, conforme ROSENVALD, N. FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. Seguros e fundos de compensação para sistemas de inteligência artificial: breves reflexões. In: PRADO, C. A.; MONTEIRO FILHO, C. E. R.; SOARES, F. R.; ROSENVALD, N. (coord.) Seguros e responsabilidade civil. São Paulo: Foco, 2024, p. 317.

envolver o resseguro, na condição de garantidor essencial da operação, razão maior para ela manter as boas práticas de aceitação de riscos.

Considerações finais

O tema objeto deste texto é de extrema importância e interesse para o Brasil e deve alcançar evolução nos próximos anos de forma exponencial, em comparação à inércia que sempre o acometeu. A época é outra e certamente não há mais espaço para o prolongamento do *status quo* vigente. Os grupos interessados, inclusive, têm se movimentado politicamente, sendo este o caminho a ser perseguido. As cooperativas espalhadas pelo vasto território nacional, atuando com as mais diversas atividades econômicas, podem ter papel preponderante na assunção de riscos, garantindo interesses que, na verdade, repercutem em estabilidade social e econômica, notadamente pela perspectiva da **continuidade dos negócios**, caso sobrevenham danos indesejáveis. As cooperativas singulares podem formar federações e confederações, sendo que os referidos grupos podem dispor da prerrogativa de operar em seguros, dos mais diversos ramos, beneficiando todos os membros, e não, necessariamente, com o estabelecimento de uma sociedade seguradora como condição única. No âmbito concorrencial que se estabelecerá ao admitir a operação ampla na assunção de riscos pelas cooperativas, o ganho é inquestionável. A aceitação e a pulverização de riscos se tornam muito mais socializadas, com possibilidade de atingir maior espectro de pessoas, bens e interesses garantidos, se comparadas ao cenário atual de reserva de mercado às sociedades seguradoras. No cenário ainda vigente, as seguradoras têm a supremacia de escolher tão somente os riscos e/ou as atividades que lhe sejam **mais lucrativas**. Tal paradigma está esgotado e precisa ser rompido.

Na proposta de reforma do Código Civil, cujo processo se encontra no Congresso Nacional, a reformulação do art. 757, §2º, preconiza o seguinte:

[...] todas as entidades organizadas para proteção de riscos de danos ou de pessoas *deverão ser autorizadas previamente pelo órgão regulador* e atenderão às exigências técnicas, administrativas, jurídicas e financeiras aplicáveis ao segurador (g. n.).

Na Lei nº 15.040, de 9 de dezembro de 2024 — originada do PLC nº 29/2017, o art. 2º, por sua vez, prescreve que “*somente podem pactuar contratos de seguro entidades que se encontrem devidamente autorizadas na forma da lei*”. Na primeira proposta legislativa, reforma do CC, há a nítida intenção de reduzir o alcance da atuação das cooperativas, na medida em que exige que elas fundem uma seguradora ou que as normas aplicáveis sejam exatamente as de uma seguradora, não as diferenciando em nada. Na Lei nº 15.040/2024, por sua vez, a determinação é extensiva, mesmo porque preconiza que a lei disporá **sobre os modelos de tomadoras de riscos**, fugindo do arbítrio exclusivo do órgão regulador, o qual pode ser movido por interesses políticos de ocasião. A preconização indicada na Lei de Seguros é muito mais coerente com o cenário atual dos interesses da sociedade brasileira, o qual requer solução efetiva para a possibilidade de assunção de riscos por outros entes que não apenas seguradoras tradicionais. Considerando-se que a Lei n.º 15.040/2024 revogou o Capítulo XV do Código Civil, a reforma proposta para o art. 757, §2º perdeu a razão de ser. A questão central, seja como for, é encontrar o ponto de equilíbrio quanto às exigências que serão requeridas das cooperativas que vierem a operar com seguros, diante daquelas já exigidas das sociedades seguradoras tradicionais. Todavia, essa investigação deve ser objeto de outro texto, de outra pesquisa, inclusive com parâmetros já empregados em outros países.

É certo que o Brasil precisa dispor de outros entes seguradores, além do modelo tradicional. Não há mais como discutir de forma a rechaçar tal iniciativa. É fato.

Referências

AGÊNCIA DE AUTORREGULAMENTAÇÃO DAS ENTIDADES DE AUTOGESTÃO DE PLANOS DE PROTEÇÃO CONTRA RISCOS PATRIMONIAIS. AAAPV. *Carta ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva*: apresentação do mercado mútuo. Panorama completo das entidades de autogestão de planos de proteção de riscos patrimoniais. Brasília: AAAPV, 2023. Disponível em: https://aaapv.org.br/wp-content/uploads/2023/03/AAAPV-CARTA-AO-PRESIDENTE_DIGITAL.pdf. Acesso em: 25 jun. 2024.

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. BCB *Panorama do Sistema Nacional de Crédito Cooperativo*. Data-base: dezembro/2022. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/coopcredpanorama/Panorama_do_sistema_nacional_de_credito_cooperativo_v3.pdf. Acesso em: 25 jun. 2024.
- CONTADOR, C. R. *As mútuas no mercado de seguros: oportunidades, reformas e desafios*. Coordenação de Augusto Coelho Cardoso e Marcelo Augusto Camacho Rocha. Assessoria técnica de Ana Paula F. Lili e Lauro Vieira de Faria. Rio de Janeiro: ENS; Silcon, 2023. Disponível em: https://www.fenacor.org.br/download/Estudo_Mutuas.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024.
- DÍEZ, P. P. *El reaseguro: nuevos pactos*. Pamplona: Thomson Civitas, 2007.
- GRIJPSTA, D. *et al. The role of mutual societies in the 21st century*. Brussels: European Parliament, 2011. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110829ATT25422/20110829ATT25422EN.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS. IAIS. *Application paper on regulation and supervision of mutuals, cooperatives and community-based organisations in increasing access to insurance markets*. [S. l.]: IAIS, 2017. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/170919-Application-Paper-on-Mutuals-Cooperatives-and-Community-based-Organisations-September-2017.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.
- INTERNATIONAL COOPERATIVE AND MUTUAL INSURANCE FEDERATION. ICMIF. *A practical guide to understanding mutual insurance*. [S. l.]: ICMIF, 2020. Disponível em: https://www.icmif.org/wp-content/uploads/2020/07/Guide_Mutual-insurance_Icmif.pdf. Acesso em: 24 jun. 2024.
- INTERNATIONAL COOPERATIVE AND MUTUAL INSURANCE FEDERATION. ICMIF. *Global mutual market share 2024*. [S. l.]: ICMIF, 2024. Disponível em: <https://www.icmif.org/wp-content/uploads/2024/04/ICMIF-Global-Mutual-Market-Share-2024-ENG.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024.
- RIOS, P.; SALGUEIRO, A. A responsabilidade ambiental e as garantias financeiras. O regime português e o exemplo espanhol como referência para outros mercados. *Revista Gerência de Riscos e Seguros*, Fundación Mapfre, n. 112, p. 22-37, 2012.
- ROSENVALD, N. FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. Seguros e fundos de compensação para sistemas de inteligência artificial: breves reflexões. In: PRADO, C. A.; MONTEIRO FILHO, C. E. R.; SOARES, F. R.; ROSENVALD, N. (coord.) *Seguros e responsabilidade civil*. São Paulo: Foco, 2024.

Parte IV

REGULAÇÃO RESPONSIVA, SETORIAL E JURISPRUDÊNCIA

Mensuração da efetividade dos eventos de participação social: metodologia e indicadores¹

Flávia Moraes Lopes Takafashi²

José Renato Ribas Fialho³

José Gonçalves Moreira Neto⁴

Diego Rafael Barboza Amorim⁵

-
- 1 Prêmio FGV Direito Rio 2024 — Melhores Práticas em Regulação.
 - 2 Mestra em Direito, pós-graduada em Regulação de Serviços Públicos e em Direito Marítimo e Portuário. Formação em Regulação pela Harvard Kennedy School e em Gestão Portuária pela Escola de Negócios da Normandia (IPER). Especialista em Regulação de Transportes Aquaviário da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e, atualmente, diretora da Antaq.
 - 3 Engenheiro civil pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), mestre em Geotecnia pela Universidade de Brasília (UnB) e especialista em Direito Marítimo e Portuário. Atua há 19 anos na Antaq, onde atualmente ocupa o cargo de superintendente de Regulação. Já exerceu as funções de gerente de Estudos, Regulação da Navegação Interior e Portos Organizados, superintendente de Fiscalização, Desenvolvimento e Sustentabilidade, além de ter atuado como diretor interino em 2022.
 - 4 Graduado em Estatística pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), é pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Fortium e em Regulação de Transportes pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Atuou em instituições do governo, como o Ministério das Cidades e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), além de ter prestado consultoria técnica à Unesco e ao PNUD no Brasil. É especialista em Regulação de Transportes Aquaviários da Antaq desde 2012, onde já exerceu diversas funções, como assessor técnico da Diretoria, gerente substituto de Planejamento e Inteligência da Fiscalização, gerente de Desenvolvimento e Estudos e gerente de Regulação da Navegação. Atualmente, é gerente de Regulação Portuária e superintendente substituto de Regulação da Antaq.
 - 5 Engenheiro mecânico pela Universidade de Brasília (UnB, 2012), com pós-graduação em Economia e Regulação em Transportes pela Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2020). Atua como especialista em Regulação na Antaq desde 2015. Foi gerente-substituto de Regulação da Navegação Marítima (2021–2022) e da Navegação (2022–2024), além de ter exercido a função de chefe da Seção de Assuntos Regulatórios Gerais até março de 2025.

Apresentação

Este documento tem por objeto apresentar sucintamente o projeto desenvolvido na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), no âmbito das iniciativas que envolvem o aperfeiçoamento do processo de participação social nessa agência, como forma de participação no Prêmio FGV de Melhores Práticas em Regulação — 2024.

O projeto trata da criação de metodologia e indicadores para mensuração da efetividade dos eventos de participação social promovidos pela Antaq, como parte do Programa de Qualidade Regulatória da agência. Esses eventos foram aprovados mediante o Acórdão Antaq nº 633/2023, publicado no Diário Oficial da União, de 23 de novembro de 2023.

Em atenção ao edital do prêmio em tela, neste trabalho serão abordados: (i) as causas que levaram à adoção das medidas compreendidas no projeto; (ii) a descrição das etapas já implementadas; (iii) a descrição das próximas fases de implementação; e (iv) os resultados observados até o momento de realização da inscrição.

1. Projeto

Em 2020, a Antaq realizou uma avaliação de maturidade regulatória com base nos critérios da Matriz de Qualidade Regulatória, elaborada pelo Ministério da Infraestrutura, em conjunto com a Antaq, com a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e com a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). A iniciativa foi desenvolvida no âmbito do Programa de Qualidade Normativa do Ministério.

A referida matriz se propôs a classificar a maturidade regulatória dos órgãos em quatro estágios de organização (inexistente, inicial, gerenciado e melhoria contínua), em relação a seis eixos de avaliação:

- Análise de Impacto Regulatório.
- Participação Social.
- Estoque Regulatório.
- Agenda Regulatória.
- Gestão do Processo Normativo.
- Avaliação do Resultado Regulatório.

No que tange ao eixo Participação Social, de acordo com os estágios de classificação estipulados (Quadro 1), o estágio da Antaq foi avaliado como “gerenciado”. Isso significa que havia necessidade de um conjunto de ações de aprimoramento para alcançar o estágio “melhoria contínua”.

Quadro 1: Estágios de avaliação de maturidade regulatória para o eixo Participação Social

Inexistente	Inicial	Gerenciado	Melhoria contínua
A Participação Social não é disciplinada pelo órgão	A Participação Social é institucionalizada formalmente	A Participação Social é institucionalizada formalmente	A Participação Social é institucionalizada formalmente
		A instituição divulga, de forma adequada, os instrumentos de Participação Social	A instituição divulga, de forma adequada, os instrumentos de Participação Social
		Todas as contribuições são analisadas e respondidas por meio de relatório	Todas as contribuições são analisadas; respondidas fundamentadamente, por meio de relatório; e divulgadas
	Todas as contribuições são analisadas	Existe metodologia e procedimento para realização de Participação Social	Existe metodologia e procedimento para realização de Participação Social
		A efetividade do evento de Participação Social é avaliada de forma intuitiva	A efetividade do evento de Participação Social é mensurada, conforme metodologia instituída
		Os relatórios da Ouvidoria são utilizados para subsidiar as decisões regulatórias	Os relatórios da Ouvidoria, pesquisas de satisfação e dados de atendimento são utilizados para subsidiar as decisões regulatórias

Fonte: Elaboração própria, com base na Nota Técnica nº 20/2020/GRM/SRG (SEI Antaq nº 0973323).

Após os resultados da avaliação de todos os eixos, a diretoria colegiada da agência aprovou um cronograma de iniciativas e projetos propostos para evolução de sua maturidade regulatória, consoante a Resolução Antaq nº 7.864/2020; entre os quais restaram consignados os seguintes:

- redesenho do processo de participação social, com foco na interlocução com a Ouvidoria e no aumento da transparência dos demais eventos além da consulta e audiência pública;
- melhoria do Sistema de Participação Social (Sipas), para abranger os demais eventos de participação social; e
- desenvolvimento de indicadores e metodologia para medir a efetividade dos eventos de participação social.

O último projeto é objeto deste trabalho.

1.1 Causas que levaram à adoção das medidas compreendidas no projeto

Após a identificação das fortalezas e das fraquezas da dimensão Participação Social na Matriz de Qualidade Regulatória, a Antaq optou por desenvolver metodologia e indicadores para medir a efetividade dos eventos de participação social e a satisfação dos usuários desses eventos.

Em 2021, a Agência estabeleceu as regras de participação social em suas decisões, consoante a Resolução Antaq nº 39/2021, e elencou os mecanismos de participação listados a seguir.

- Audiências públicas;
- consultas públicas;
- reuniões participativas;
- tomadas de subsídio; e
- consultas internas.

Nesse contexto, a Superintendência de Regulação (SRG) da Antaq elaborou a Nota Técnica nº 179/2022/GRN/SRG, com base especialmente no estudo “Projeto BRA/12/018 — Desenvolvimento de Metodologias de Articulação e Gestão de Políticas Públicas para Promoção da Democracia Participativa”, da Secretaria-Geral da Presidência da República.

No opinativo técnico, destacou-se que um processo participativo de qualidade deve proporcionar liberdade de expressão e deliberação para que sujeitos políticos diversos sejam capazes de influenciar decisões políticas relevantes. Nesse sentido, é importante avaliar:

- **quem participa** (participação mais ampla e representativa possível);
- **em que se participa** (participação em questões políticas relevantes, passíveis de serem influenciadas);
- **como se participa** (participação com suporte político, social e técnico, e com recursos humanos e materiais suficientes); e
- **quais as consequências da participação** (participação com influência real dos cidadãos sobre decisões públicas, favorecendo uma cultura política participativa).

De outra forma, os indicadores utilizados para medir a efetividade de quem participa devem mensurar a:

- **extensão**, que é a quantidade de membros do processo participativo;
- **representatividade**, que é a contabilização da diversidade de sujeitos presentes entre os membros participantes;
- **relevância**, que é a importância do objeto da participação; e
- **percepção da atratividade do tema**, que é a mensuração da retenção de membros participantes no evento.

A partir desses conceitos, a SRG propôs, inicialmente, os indicadores dispostos no Quadro 2. Em complemento, a diretoria colegiada solicitou a inclusão da forma de entrega dos dados para os cálculos dos indicadores.

Por fim, o Acórdão Antaq nº 633/2023 aprovou os indicadores propostos, na forma dos Quadros 2 e 3.

A fundamentação completa utilizada para proposição dos indicadores em tela está disponível no Anexo I (Nota Técnica nº 179/2022/GRN/SRG).

Quadro 2: Indicadores de mensuração da efetividade dos eventos de participação social na Antaq

Indicador	Sigla	Objetivo	Fórmula
Indicador de Eficácia da Comunicação	IEC	Avaliar a eficácia dos instrumentos de comunicação	Total de pessoas presentes na participação social
			Total de instrumentos utilizados na divulgação
Indicador de Representatividade 1	IR ₁	Avaliar a representatividade das entidades dos setores afetados pelo objeto do evento	Total de entidades representativas afetadas pelo objeto do evento presentes na participação social
			Total de entidades afetadas pelo objeto do evento
Indicador de Representatividade 2	IR ₂	Avaliar a representatividade de órgãos de controle	Total dos órgãos de controle representados na participação social
			Total de órgãos de controle que atuam nas atividades da Antaq
Indicador de Relevância	IRel	Analisar a percepção de relevância do tema pela sociedade afetada	Número de visualizações ao vivo no Youtube do evento da participação social
			Média ao vivo no YouTube dos eventos de participação social nos últimos 12 meses
Indicador de Importância	IP	Analisar a percepção de importância do tema pela sociedade afetada	Tempo de duração do evento de participação social
			Média dos tempos dos eventos nos últimos 12 meses

Fonte: Elaboração própria, com base na Nota Técnica nº 179/2022/GRN/SRG (SEI Antaq nº 1754699).

Quadro 3: Indicadores de mensuração da efetividade dos eventos de participação social na Antaq — Informações adicionais

Indicador	Fonte de dados	Atribuição	Universe de aplicação	Aplicabilidade	Entrega
IEC	Lista de presença, relação dos instrumentos utilizados para convocação (anúncio em site oficial, na plataforma do YouTube, redes sociais, lista de convidados)	Assessoria de Comunicação	Chamamentos públicos em geral, como audiências públicas, reuniões participativas ou eventos que envolvam ou participação presencial ou manifestação oral ou audiência virtual.	Quanto maior, mais eficaz.	Após cada evento (audiência pública, apresentação de projetos ou estudos), a ASCOM enviará à SRG dados sobre: quantidade de acessos à divulgação no Portal, tráfego das divulgações nas redes sociais, quantidade de confirmados (RSVP e telefonema de confirmação).

MENSURAÇÃO DA EFETIVIDADE DOS EVENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL...

Indicador	Fonte de dados	Atribuição	Universo de aplicação	Aplicabilidade	Entrega
IR ₁	Lista de presença; lista de entidades atuantes *O total de entidades representativas poderá ser obtido com ajuda da SDSI, SFC, SRG e SOG para cada evento.	Secretaria-Geral	Chamamentos públicos em geral, como audiências públicas, reuniões participativas ou eventos que envolvam ou participação presencial ou manifestação oral. *Excluem-se eventos que envolvam arrendamentos de áreas de portuárias.	Quanto maior, mais representativo.	Índice fará parte do relatório que é confeccionado após a conclusão do período de contribuições.
IR ₂	Lista de presença, site da Antaq	Secretaria-Geral	Chamamentos públicos em geral, como audiências públicas, reuniões participativas ou eventos que envolvam ou participação presencial ou manifestação oral. *Excluem-se eventos que envolvam arrendamentos de áreas portuárias.	Quanto maior, mais representativo.	Índice fará parte do relatório que é confeccionado após a conclusão do período de contribuições.
IRel	Canal da Antaq no YouTube	Assessoria de Comunicação	Transmissão de chamamentos públicos em geral, como audiências públicas, reuniões participativas ou eventos que envolvam ou participação presencial, manifestação oral ou audiência virtual.	Quanto maior, mais relevante.	Após cada evento (Audiência Pública, Apresentação de projetos ou estudos), a Assessoria Especial de Comunicação Social (Ascom) enviará à SRG relatório do YouTube sobre tráfego e audiência em cada transmissão e o comparativo com os últimos 12 meses.

Indicador	Fonte de dados	Atribuição	Universo de aplicação	Aplicabilidade	Entrega
IP	Plataforma interna de realização (Teams, Zoom) ou a do acesso público: YouTube	Assessoria de Comunicação	Transmissão de chamamentos públicos em geral, como audiências públicas, reuniões participativas ou eventos que envolvam ou participação presencial, manifestação oral ou audiência virtual.	Quanto maior, mais importante.	Após cada evento (audiência pública, apresentação de projetos ou estudos), a Ascom enviará à SRG relatório do YouTube com a média de tempo de permanência do público no canal e o comparativo com os últimos 12 meses. Quanto ao Teams, será estabelecida, na Ascom, a utilização de recursos de inscrição e lista de presença a partir da presente data. Nesse caso (Teams), o comparativo dos últimos 12 meses não será possível de imediato.

Fonte: Elaboração própria, com base na Nota Técnica nº 179/2022/GRN/SRG (SEI Antaq nº 1754699).

Já no que tange à satisfação dos usuários, a SRG utilizou como ponto de partida os estudos elaborados pela agência no âmbito da Pesquisa de Satisfação dos Usuários na Navegação de Travessia. É importante destacar que mensurar a satisfação de usuários é uma tarefa desafiadora, na medida em que trata de percepção subjetiva e intangível dos respondentes, não diretamente mensurável. Assim, o que se mede são os reflexos da satisfação, com vistas a construir um índice que reflita a percepção média dos respondentes.

Nessa esteira, a Antaq se baseou em um modelo segundo o qual se avalia a “qualidade percebida” em vez da “qualidade objetiva”, considerando cinco dimensões relevantes na prestação de serviços de qualidade:

- confiabilidade;
- garantia;
- tangibilidade;
- empatia; e
- capacidade de resposta.

Como resultado, a “Pesquisa de Satisfação dos Usuários dos Sistemas de Participação Social” da Antaq foi desenvolvida na forma de perguntas, para aplicação pela plataforma *Microsoft Forms* (Quadro 4).

Quadro 4: Pesquisa de Satisfação dos Usuários dos Sistemas de Participação Social da Antaq

Usabilidade do Sistema de Participação Social								
1) Qual o sistema de participação social você utilizou? • Sistema de Controle de Leilões (eletrônico) • Sistema de Controle de Atos Normativos e outros temas (Sipas v.2) (eletrônico) • Reunião Participativa (presencial)								
2) Quanto tempo você gastou para inserir cada contribuição? • Menos de 5 minutos • Entre 5 e 10 minutos • Entre 10 e 15 minutos • Mais de 15 minutos								
3) Qual é a sua percepção acerca da facilidade de utilização do sistema de participação social? • Fácil • Médio • Difícil								
4) Avalie sua satisfação com o Sistema de Participação Social conforme os critérios a seguir: <table border="0"> <tr> <td>• Utilização do sistema</td> <td>• Desempenho</td> </tr> <tr> <td>• Facilidade de uso</td> <td>• Integração com outros softwares</td> </tr> <tr> <td>• Apelo Visual</td> <td>• Estabilidade</td> </tr> <tr> <td>• Segurança</td> <td></td> </tr> </table> Opções de avaliação: Extremamente insatisfeito / Insatisfeito / Neutro / Satisfeito / Extremamente satisfeito	• Utilização do sistema	• Desempenho	• Facilidade de uso	• Integração com outros softwares	• Apelo Visual	• Estabilidade	• Segurança	
• Utilização do sistema	• Desempenho							
• Facilidade de uso	• Integração com outros softwares							
• Apelo Visual	• Estabilidade							
• Segurança								
5) *O sistema de participação social permitiu que você inserisse a contribuição conforme desejado? • Sim • Não *Pergunta aplicável para meios eletrônicos (Sistema de Controle de Leilões e Sistema de Controle de Atos Normativos e outros temas)								
5) **A reunião participativa permitiu que você trouxesse as contribuições conforme desejado? • Sim • Não • Parcialmente ** Pergunta aplicável para meio presencial (Reunião Participativa).								
6) Você gostaria de fazer mais algum comentário? Insira sua resposta								

Usabilidade do Sistema de Participação Social
7) Qual a sua nota a respeito do Sistema de Participação Social? De 0 a 10, em que 0 representa “Nem um pouco recomendável” e 10 representa “Extremamente recomendável”.

Fonte: Elaboração própria, com base na Nota Técnica nº 179/2022/GRN/SRG (SEI Antaq nº 1754699).

1.2 Etapas implementadas

A partir da aprovação dos indicadores e da pesquisa de satisfação em tela, as unidades organizacionais competentes foram instadas a incorporar rotinas relacionadas às novas atribuições.

Após a publicação do Acórdão Antaq nº 633/2023, de 23 de novembro de 2023, a Antaq promoveu três eventos de participação social mensuráveis, detalhados a seguir.

- **Consulta Pública nº 06/2023:** com vistas a obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta de Avaliação do Resultado Regulatório referente à Resolução-Antaq nº 62, de 29 de novembro de 2021, Tema 5.1.2 da Agenda de Avaliação do Resultado Regulatório da Antaq 2022.
- **Consulta e Audiência Públicas nº 02/2024:** com vistas a obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta normativa de alteração da Resolução Normativa-Antaq nº 7, de 31 de maio de 2016, que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão da administração do porto, no âmbito dos portos organizados.
- **Consulta e Audiência Públicas nº 08/2024:** com vistas a obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta normativa de alteração da Resolução Antaq nº 85/2022, para regulamentar a revisão extraordinária dos contratos de concessão nos portos organizados, e da Resolução Antaq nº 61/2021, para regulamentar o mecanismo de Proposta Apoiada.

Em atenção aos eventos de participação social listados, foram elaborados os Registros de Consulta e Audiência Públicas decorrentes (Anexos III, IV e V), sob a competência da Coordenadoria de Reuniões de Diretoria e Consultas Públicas (CRPC), da Secretaria-Geral (SGE) da Antaq.

Por sua vez, os relatórios a cargo da Ascom produzirão resultados apenas no intervalo de 12 meses a partir do primeiro evento de comparação.

A pesquisa de satisfação foi disparada aos usuários do último evento de participação social.

1.3 Próximas fases de implementação

Conforme mencionado, alguns indicadores necessitam do intervalo de 12 meses do primeiro evento de comparação para produzir resultados, a saber: Indicador de Relevância — e Indicador de Importância.

Nesse sentido, a fim de consolidar todos os dados coletados, a partir de novembro de 2024 será elaborado o 1º Relatório de Acompanhamento do Projeto de Mensuração da Efetividade dos Eventos de Participação Social da Antaq, pela Superintendência de Regulação.

O Relatório apresentará os indicadores apurados e resultados das pesquisas de satisfação, bem como promoverá a análise dos dados quantitativos e qualitativos para verificar se os objetivos almejados com o projeto foram alcançados, o que permitirá o aperfeiçoamento da metodologia utilizada a partir dos ajustes necessários, se for preciso.

1.4 Resultados observados

Para fins deste trabalho, serão apresentados apenas resultados preliminares, uma vez que ainda não foi atingido o período de 12 meses da implementação do projeto.

Para os três eventos de participação social acompanhados, foram obtidos os resultados que seguem.

**Quadro 5: Cálculo de indicadores de participação social —
Consulta Pública nº 06/2023-Antaq**

Registro — Consulta Pública nº 06/2023-Antaq
$IR_1 = 0,667$ Total de entidades representativas afetadas pelo objeto do evento presentes na participação social = 4 Total de entidades representativas afetadas pelo objeto do evento = 6 $IR_2 = 0$ Total de órgãos de controle representados na participação social = 0 Total de órgãos de controle que atuam nas atividades da Antaq = 4 Observações: Proposta de entidades para o cálculo dos indicadores IR_1 e IR_2: IR_1: Neste primeiro ciclo de mensuração de indicadores de participação social, propõe-se como metodologia, e com base no histórico de eventos de participação social ocorridos na Antaq ao longo dos anos, considerar as entidades representativas de cada nicho do ecossistema tutelado pela agência.

Registro — Consulta Pública nº 06/2023-Antaq**Evento:**

Resolução Antaq nº 62, exclusivamente referente à seção de sobrestadia de contêineres.

ROL de entidades afetadas pelo evento:

Transportadores marítimos: Associação Nacional de Direito Marítimo, Aduaneiro e Portuário (Andmap); Centro Nacional de Navegação Transatlântica (Centronave); Associação Brasileira dos Armadores de Cabotagem (Abac); Sindicato das Agências de Navegação Marítima e Atividades Afins do Estado do Rio de Janeiro (SindaRio); Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado de São Paulo (Sindamar); Federação Nacional das Empresas de Navegação Aquaviária (Fenavega); Associação Brasileira de Operadores Logísticos (Abol)*(Enquadrado aqui por aproximação); Associação Brasileira de Logística, Transporte e Cargas (ABTC); Associação Brasileira de Transportadores Internacionais (ABTI); Câmara Brasileira de Contêineres, Transporte Ferroviário e Multimodal (CBC); Federação Nacional das Agências de Navegação Marítima (Fenamar).

Despachantes aduaneiros: Sindicato Nacional de Comissárias de Despachos, Agentes Transitários e Intermediários de Carga, Logística e Fretes em Comércio Internacional (Sindicomis); Associação dos Despachantes Aduaneiros do Brasil (Adab); Federação Nacional dos Despachantes Aduaneiros (Feaduaneiros).

Exportadores ou importadores: Associação de Comércio Exterior do Brasil (AEB); Associação Brasileira de Logística (Abralog; Fiesp); Conselho dos Exportadores de Café do Brasil (Cecafé); Associação Brasileira da Indústria do Arroz (Abiarroz); Associação Brasileira dos Produtores Exportadores de Frutas e Derivados (Abafrutas); Associação de Usuários dos Portos da Bahia (Usuport); Logística Brasil.

Terminais portuários: Abratec; ABTP, ATP; Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados (Abtra).

IR₁: rol de órgãos de controle que atuam nas atividades da Antaq — Poder Legislativo; TCU; CNJ; SEAE/Ministério da Fazenda.

*Observação: a busca pelas entidades representativas levou à avaliação de qual critério usar para delimitar o denominador do IR₁. Explica-se: existem dois casos nos quais há escolha inadequada de critério para cômputo do total de entidades afetadas pelo objeto do evento.

O primeiro caso refere-se a entidades que, por mais que se possa entender como afetadas pelo objeto do evento, quando considerado o histórico de participação social, jamais se voluntariaram a contribuir com os eventos. Quanto a essas entidades, a busca pela solução, mediante reunião com a GRN, levou a duas propostas: (i) não computá-las no índice até atuarem em participações sociais da agência; ou (ii) computá-las, ao mesmo tempo que se convida essas entidades a conhecer o trabalho da Antaq e demonstrar como a agência pode contribuir com a regulação do setor que as afeta. Sob esse achado, a proposta preliminar é de que essas entidades sejam mantidas no denominador, salvo se houver manifestação expressa da convidada em não ter interesse em contribuir com quaisquer eventos de participação social realizados por esta Casa. A título de exemplo, propõe-se manter no denominador as associações AEB, Abralog e Abafrutas.

O segundo caso refere-se a entidades similares e que possuem, como associados, membros comuns ou objeto de atuação similar. Aqui, citam-se os seguintes exemplos:

- SindaRio, Sindamar e Fenamar representam, ainda que em localidades distintas, Agências de Navegação Marítima.
- ABTC e CBC podem incluir o mesmo rol de representados, simultaneamente, de Centronave e Abac. Muito embora não sejam identificados seus associados, o rol de atuação da ABTC, aplicado ao transporte marítimo, inclui a duplicidade de representação.

Registro — Consulta Pública nº 06/2023-Antaq

- ABTI tem como representados, na navegação marítima, o mesmo nicho representado pelo Centronave.
- Adab e Feaduaneiros representam os despachantes aduaneiros (*não se incluiu o Sindicomis por este também representar agentes transitários e agentes de carga).
- Usupport/BA e Logística Brasil representam donos de carga e usuários dos terminais.

O diagnóstico trouxe o entendimento de que considerar todas as associações que representam determinado nicho (ex.: despachantes aduaneiros), mesmo que sem contribuir para o histórico de participações sociais da agência, pode levar a um viés de cálculo, tendo em vista que é possível ser de escolha dos associados utilizar um único caminho para contribuir com a Antaq. Nesse sentido, o denominador pode refletir uma participação social menor do que a efetivamente ocorrida, dado que entenderia que o representado devesse usar múltiplos canais de representação com a agência, a fim de trazer exatamente a mesma contribuição.

Dessarte, a proposta inicial é que seja computado um participante por segmento, salvo se foram recebidas contribuições por mais de um. Sob o cenário oposto, caso determinado nicho não tenha trazido contribuições, que ele só seja contado uma vez no denominador.

No caso concreto, propõe-se aplicar o seguinte critério ao denominador do IR_1 :

- Escolher uma das associações SindaRio, Sindamar e Fenamar para cômputo do denominador, salvo se mais de uma houver contribuído para a presente participação social. Incluir todas as que houverem contribuído.
- Excluir ABTC e CBC do cálculo, salvo se contribuírem no futuro.
- Excluir ABTI do cálculo, salvo se contribuir no futuro.
- Escolher as associações Adab e Feaduaneiros para o cômputo do denominador, considerando o histórico de contribuições pelo Sindicomis, salvo se houverem contribuído para a presente participação social. Incluir todas as que houverem contribuído.

Apenas incluir Usupport/BA e Logística Brasil se ambas houverem contribuído para esse evento. Sem contribuição de nenhuma delas, considerar apenas uma para o denominador. Incluir a entidade, caso apresentada contribuição.

Fonte: Elaboração própria, com base no Registro da Consulta Pública nº 06/2023 — SEI Antaq nº 2133603.

**Quadro 6: Cálculo de indicadores de participação social —
Consulta e Audiência Públicas nº 02/2024-Antaq**

Registro — Consulta e Audiência Públicas nº 02/2024-Antaq
IR₁ = 0,657 Total de entidades representativas afetadas pelo objeto do evento presentes na participação social = 23 Total de entidades representativas afetadas pelo objeto do evento = 35 IR₂ = 0 Total de órgãos de controle representados na participação social = 0 Total de órgãos de controle que atuam nas atividades da Antaq = 6 Observações: Crítérios e base de cálculo Com o objetivo de entregar indicadores que se aproximem ao máximo da realidade, foi promovido grande esforço pela SRG em levantar os principais stakeholders (públicos e privados) que, de alguma maneira, são afetados pelos normativos de competência da Antaq. Desse levantamento, foi gerada uma base de cadastro que posteriormente foi complementada, em parceria com a CRCP, por meio de exaustivo levantamento de todos os contribuintes cadastrados nos sistemas Sipas V1 e Sipas V2. Em suma, a essa base foi adicionada a relação de usuários, empresas, órgãos e associações que, em algum momento do período de 2014 a 2024, fizeram contribuições em consultas públicas realizadas pela Antaq. A citada base ainda está em fase inicial e gradativamente será realimentada a cada nova consulta pública e seus critérios de contabilização para os IRs são passíveis de revisão e evolução. Proposta de entidades para o cálculo dos indicadores IR₁ e IR₂ IR₁: neste primeiro ciclo de mensuração de indicadores de participação social, propõe-se como metodologia, e com base no histórico de eventos de participação social ocorridos na Antaq ao longo dos anos, considerar as entidades representativas de cada nicho do ecossistema tutelado pela agência. Evento Alteração da Resolução Normativa Antaq nº 7, de 31 de maio de 2016, que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão da administração do porto, no âmbito dos portos organizados. Rol de entidades afetadas pelo evento O tema envolve alteração de normativo somente no âmbito portuário; dessa forma, foram consideradas no cálculo as seguintes entidades: • concessionárias (Cia. Docas e demais autoridades portuárias); • arrendatárias; • associações de portos públicos; e • operadores portuários. IR₂: rol de órgãos de controle que atuam nas atividades da Antaq — Poder Legislativo; TCU; CNJ; SEAE/Ministério da Fazenda, CADE e Marinha do Brasil. *Observação: Na busca pelas entidades representativas, utilizaram-se os seguintes critérios para delimitar o denominador do IR₁:

Registro — Consulta e Audiência Públicas nº 02/2024-Antaq

Não foram contabilizadas entidades cadastradas na base e que pertencem às áreas citadas anteriormente, mas que não enviaram contribuições desde 2018 (base cadastral do Sipas V2). Entidades similares e que possuem, como associados, membros comuns ou objeto de atuação similar. Considerar todas as associações que representam determinado nicho (ex.: despachantes aduaneiros), mesmo que sem contribuir no histórico de participações sociais da agência, pode levar a um viés de cálculo, tendo em vista que pode ser de escolha dos associados utilizar um único caminho para contribuir com a Antaq. Nesse sentido, o denominador pode refletir uma participação social menor do que a efetivamente ocorrida, dado o entendimento de que o representado devesse usar múltiplos canais de representação com a agência, a fim de trazer exatamente a mesma contribuição.

Fonte: Elaboração própria, com base no Registro da Consulta Pública nº 02/2024 — SEI Antaq nº 2213762.

**Quadro 7: Cálculo de indicadores de participação social —
Consulta e Audiência Públicas nº 08/2024-Antaq**

Registro — Consulta e Audiência Públicas nº 08/2024-Antaq

IR₁ = 0,314

Total de entidades representativas afetadas pelo objeto do evento presentes na participação social = 11

Total de entidades representativas afetadas pelo objeto do evento = 35

IR₂ = 0

Total de órgãos de controle representados na participação social = 0

Total de órgãos de controle que atuam nas atividades da Antaq = 6

Observações:**Crítérios e base de cálculo**

Com o objetivo de entregar indicadores que se aproximem ao máximo da realidade, foi promovido grande esforço pela SRG em levantar os principais stakeholders (públicos e privados) que, de alguma maneira, são afetados pelos normativos de competência da Antaq. Desse levantamento, foi gerada uma base de cadastro que posteriormente foi complementada, em parceria com a CRCP, por meio de exaustivo levantamento de todos os contribuintes cadastrados nos sistemas SIPASV1 e SIPASV2. Em suma, a essa base foi adicionada a relação de usuários, empresas, órgãos e associações que, em algum momento do período de 2014 a 2024, fizeram contribuições em consultas públicas realizadas pela Antaq.

A citada base ainda está em fase inicial e gradativamente será realimentada a cada nova consulta pública e seus critérios de contabilização para os IRs são passíveis de revisão e evolução.

Proposta de entidades para o cálculo dos indicadores IR₁ e IR₂

IR₁: Neste primeiro ciclo de mensuração de indicadores de participação social, propõe-se como metodologia, e com base no histórico de eventos de participação social ocorridos na Antaq ao longo dos anos, considerar as entidades representativas de cada nicho do ecossistema tutelado pela agência.

Registro — Consulta e Audiência Públicas nº 08/2024- Antaq
Evento Aprimoramento da proposta normativa de alteração da Resolução Antaq nº 85/2022, para regulamentar a revisão extraordinária dos contratos de concessão nos portos organizados, e da Resolução Antaq nº 61/2021, para regulamentar o mecanismo de Proposta Apoiada. ROL de entidades afetadas pelo evento O tema envolve alteração de normativos somente no âmbito portuário; dessa forma, foram consideradas no cálculo as seguintes entidades: • concessionárias (Cia. Docas e demais autoridades portuárias); • arrendatárias; • associações de portos públicos; e • operadores portuários. IR₂: Rol de órgãos de controle que atuam nas atividades da Antaq: Poder Legislativo; TCU; CNJ; SEAE/Ministério da Fazenda, CADE e Marinha do Brasil. *Observação: Na busca pelas entidades representativas, utilizaram-se os seguintes critérios para delimitar o denominador do IRI: Não foram contabilizadas entidades cadastradas na base e que pertencem às áreas citadas anteriormente, mas que não enviaram contribuições desde 2018 (base de cadastro do SIPASV2). Entidades similares e que possuem, como associados, membros comuns ou objeto de atuação similar. Considerar todas as associações que representam determinado nicho (Ex.: despachantes aduaneiros), mesmo que sem contribuir no histórico de participações sociais da agência, pode levar a um viés de cálculo, tendo em vista que pode ser de escolha dos associados utilizar um único caminho para contribuir com a Antaq. Nesse sentido, o denominador pode refletir uma participação social menor do que a efetivamente ocorrida, dado que entenderia que o representado devesse usar múltiplos canais de representação com a agência, a fim de trazer exatamente a mesma contribuição.

Fonte: Elaboração própria, com base no Registro da Consulta Pública nº 08/2024 — SEI Antaq nº 2276091.

Por fim, destaca-se que a pesquisa de satisfação de disparada aos usuários do último evento de participação social não obteve respostas.

Considerações finais

O presente trabalho visou apresentar os passos iniciais da Antaq em direção à melhoria dos mecanismos de participação social dessa agência, a partir da análise de maturidade regulatória empreendida no âmbito do Programa de Qualidade Normativa do então Ministério da Infraestrutura.

As ações planejadas e parcialmente implementadas vão ao encontro do reconhecimento da agência acerca da importância da participação social e do envolvimento dos diversos stakeholders nos processos regulatórios. Esse fator é fundamental para a legitimidade das decisões tomadas, além

de contribuir, sobremaneira, para um ambiente regulatório mais aberto e responsivo às demandas sociais e econômicas.

Conforme exposto, com base nos estudos técnicos empreendidos pela setorial de regulação, chegou-se, inicialmente, aos indicadores propostos e aprovados pela diretoria colegiada da Antaq mediante o Acórdão Antaq nº 633/2023. Entretanto, ainda não foram obtidos resultados conclusivos de sua efetividade, em razão do curto período de aplicação.

A partir do uso da metodologia proposta e da avaliação de sua pertinência, com a compilação dos dados obtidos no 1º Relatório de Acompanhamento deste projeto, a partir de novembro de 2024, a Antaq poderá verificar a necessidade de avaliar outros aspectos ou mesmo de aperfeiçoar os indicadores já propostos, caso constatadas deficiências ou a ausência de valor agregado para alcançar os resultados esperados.

Referências

- ANDUIZA, E.; MAYA, S. de. *La qualitat del participació: una proposta d'indicadors*. Barcelona: Fundació Jaime Bofill, 2005. Disponível em: <https://fundaciobofill.cat/publicacions/la-qualitat-en-la-participacio-una-proposta-dindicadors>. Acesso em: 13 fev. 2025.
- ANTAQ. *Nota Técnica nº 27/2020/GDE/SDS*. Assunto: Pesquisa de Satisfação dos Usuários — Travessia. SEI Antaq nº 1101008. Brasília, DF: Antaq, 2020.
- ANTAQ. *Nota Técnica nº 179/2022/GRN/SRG*. Assunto: Matriz de Qualidade Regulatória elaborada. Qualidade/efetividade dos processos de participação social. SEI Antaq nº 1754699. Brasília, DF: Antaq, 2022.
- ANTAQ. *Nota Técnica nº 197/2023/GRN/SRG*. Assunto: Matriz de Qualidade Regulatória elaborada. Qualidade/efetividade dos processos de participação social. Adequado ao Acórdão nº 633/2023-Antaq. SEI Antaq nº 1754699. Brasília, DF: Antaq, 2023.
- CORRÊA, J. C. B. *Proposta metodológica de indicadores de participação social nos processos de elaboração dos PMSB e PMGIRS dos municípios do estado do Espírito Santo*. 2017. 141 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia e Desenvolvimento Sustentável) — Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. p. 64. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/server/api/core/bitstreams/2f4e6b24-93e8-459f-8f42-3526242f41a6/content>. Acesso em: 13 fev. 2025.

JANNUZZI, P. M. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 56, n. 2, p. 137-160, abr./jun. 2005.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Projeto BRA/12/018 — Desenvolvimento de Metodologias de Articulação e Gestão de Políticas Públicas para Promoção da Democracia Participativa*. Brasília, DF: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.participa.br/articles/public/0010/8551/pnud_fwcruz_pmeirelles_produto5_vf.docx. p. 12 e 25. Acesso em: 13 fev. 2025.

SOUZA, C. H. L. de. *Partilha de poder decisório em processos participativos nacionais*. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) — Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/5718/1/2008_ClovisHenriqueLeitedeSouza.pdf. Acesso em: 13 fev. 2025.

2. Anexos

Anexo I — Nota Técnica nº 179/2022/GRN/SRG — SEI Antaq nº 1754699

Anexo II — Nota Técnica nº 197/2023/GRN/SRG — SEI Antaq nº 2093566

Anexo III — Registro da Consulta Pública nº 06/2023 — SEI Antaq nº 2133603

Anexo IV — Registro da Consulta Pública nº 02/2024 — SEI Antaq nº 2213762

Anexo V — Registro da Consulta Pública nº 08/2024 — SEI Antaq nº 2276091

Reflexões sobre THC2 à luz dos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP

Paulo Renato Jucá¹

Amílcar Vianna²

Introdução

O mar é, como sempre foi, elemento fundamental na vida global. Por meio dele, são transportadas diariamente milhares de mercadorias ao redor do planeta, do oriente ao ocidente e vice-versa. De sacos de arroz a turbinas de avião, dependemos dos oceanos para permitir que produtos e insumos circulem de produtores a usuários finais. Exportação e importação, majoritariamente realizadas por meio do transporte marítimo, são atividades essenciais para a economia mundial.

E, se o mar é tão importante, acessá-lo também o é. Os portos têm um papel fundamental³ no abastecimento dos mercados e da indústria. O mau funcionamento de um porto pode prejudicar a economia de uma região ou até mesmo de um país. Por outro lado, um sistema portuário eficiente

1 Mestre em Direito da Regulação pela FGV/RJ; pós-graduado em Direito Societário e Mercado de Capitais pela FGV/RJ; *visiting researcher* na Universidade de Lisboa; coordenador do Comitê de Regulação de Portos da FGV/RJ; advogado.

2 Graduado em Direito, com ênfase em Contencioso Civil, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; advogado.

3 A atividade portuária é considerada elemento estratégico para o desenvolvimento das nações, especialmente porque pelos portos transitam cerca de 80% do comércio global por volume e 70% por valor. Esse percentual é ainda maior em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, onde o setor portuário responde por 95% do comércio exterior, conforme aponta Osvaldo Agripino de Castro Junior. (CASTRO JUNIOR, O. A. de. Defesa da concorrência na Nova Lei dos Portos. *Revista de Defesa da Concorrência*, [s. l.], v. 4, n. 2, nov. 2016. p. 184.)

e regulado com equilíbrio permite que as mercadorias sejam escoadas com qualidade e rapidez, agregando eficiência ao ecossistema econômico.

No Brasil, a atividade dos portos marítimos⁴ é pluricentenária. Os mares, acessados por meio dos portos, foram por muito tempo a única rota comercial possível, servindo os mais diversos propósitos. Em 28 de janeiro de 1808, foi promulgado o Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas.⁵ Mais de dois séculos depois de tal decreto, a atividade portuária no Brasil segue ocupando papel de destaque. Segundo estudo feito pela Coordenação de Pesquisas e Desenvolvimento da Associação de Terminais Portuários Privados (ATP), o comércio brasileiro por via marítima somou US\$ 492,5 bilhões em 2024, registrando um crescimento de 2,24% em comparação a 2023. O mesmo estudo demonstra que os portos brasileiros foram responsáveis por 97,2% do volume total de exportações e importações no país.⁶

A regulação desse valioso setor é, portanto, tarefa extremamente relevante. A questão, contudo, não é simples, tendo em vista que a sua regulação deve atender a diversos interesses, por exemplo: a atração de investimentos; a manutenção da concorrência entre os atores que exercem a atividade portuária; o crescimento econômico; e o desenvolvimento social.

Ao longo dos últimos anos, a regulação, especificamente no setor portuário, permitiu a cobrança de operadores portuários da taxa *Terminal Handling Charge 2* (THC2) ou Serviço de Segregação e Entrega de

4 Aqui sequer estamos explorando os portos fluviais, que, mesmo em menor nível de complexidade, vêm sendo utilizados pelos povos tradicionais brasileiros há incontáveis gerações.

5 Por ele, rompeu-se o pacto colonial e passou-se a permitir que o Brasil mantivesse comércio exterior não só com a metrópole, mas também com suas nações aliadas. O texto completo do documento histórico pode ser consultado na *Coleção de Leis do Império do Brasil — 1808*, v. 1, p. 1, da Câmara dos Deputados, disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html. Acesso em: 28 jan. 2025.

6 Vide *Relatório Estatístico 1º Semestre de 2024 — ATP*, disponível em: <https://www.portosprivados.org.br/publicacoes/relatorios>. Acesso em: 28 jan. 2025. Informações também disponibilizadas na mídia em matéria jornalística intitulada “Comércio marítimo brasileiro cresce 2,2% em 2024, a US\$ 492,5 bi, diz ATP”. LUNA, D. *CNN Brasil*, 8 jan. 2025, disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/mercado/comercio-maritimo-brasileiro-cresce-22-em-2024-para-us-4925-bi-diz-atp/>. Acesso em: 28 jan. 2025.

Contêineres.⁷ Contudo, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) adotaram quanto a ela entendimentos diametralmente opostos.

Após anos de debate regulatório e jurisprudencial, a Antaq regulamentou especificamente a matéria e considerou legítima a cobrança de tal taxa.⁸ O TCU, por sua vez, suspendeu a regulamentação, por entender que a agência teria atuado em “desvio de finalidade” ao editar aquela norma.⁹ O Cade, a seu turno, entende que a cobrança representaria prática anticoncorrencial, vedada pela Lei nº 12.529/2011.

Nesse cabo de guerra interpretativo, adiante explorado em mais detalhes, o tema foi submetido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio dos recursos especiais¹⁰ nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP. Em tais recursos, a recorrente questionava acórdão¹¹ do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), no qual se entendeu que a cobrança da THC2, de fato, representaria infração concorrencial, na modalidade *price squeeze*, invalidando-a. Ao apreciar o tema, o STJ, por maioria, alinhou-se ao entendimento do Cade, mantendo o acórdão do TJSP.

O STJ, portanto, privilegiando o entendimento da autarquia de defesa da concorrência, distanciou-se da opinião técnica da Antaq. Mais ainda, embora a ação não fosse voltada diretamente à anulação de norma da agência reguladora — até porque, no momento, essa se encontra suspensa por determinação do TCU —, o STJ indicou que sua posição pode ser no sentido de que a Antaq sequer poderá vir a autorizar a cobrança de THC2, porque ela é, *per se*, ilegal.

7 Para todos os fins, as siglas SSE e THC2 serão utilizadas como sinônimas nesse trabalho, referindo-se à mesma cobrança.

8 A mais recente resolução da Antaq a tratar do tema, antes das determinações do TCU, foi a Resolução nº 72/2022.

9 Trata-se do Acórdão TCU nº 1.448/22. Ao proferi-lo, a Corte de Contas, em processo sigiloso, determinou, entre outros pontos, que a Antaq suspenda cautelarmente e anule “*todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade*” (grifos nossos). Em cumprimento às determinações do TCU, a Antaq prolatou o Acórdão Antaq nº 409-2022 e editou a Resolução Antaq nº 84/2022.

10 REsps no plural, ou REsp no singular.

11 Embora fossem dois casos, o TJSP proferiu acórdão único, apreciando ambos.

As diversas posições conflitantes, brevemente sintetizadas, provam, no mínimo, que a THC2 é tema complexo e controvertido. Por isso, sua análise depende de uma visão ampla e complementar das posições divergentes. Entender (i) do que se trata a cobrança; (ii) a posição dos órgãos relevantes; e (iii) o que decidiu o STJ nos parece essencial para compreender a THC2 no cenário atual. A partir daí, é possível refletir sobre a solução hoje alcançada pelo Poder Judiciário.

Conquanto o tema venha sendo objeto de estudo há anos no país, a divergência de opiniões ainda existente — presente no próprio STJ, tendo em vista a existência de voto divergente em ambos os recursos especiais — demonstra que o assunto segue atual e oferece ampla oportunidade para debates. Portanto, cientes da limitação de um artigo acadêmico, pretendemos analisar o cenário e apresentar algumas ponderações à posição do STJ ao longo deste texto.

1. Os agentes do setor portuário, os serviços prestados e a cobrança de THC2

De acordo com a Constituição Federal (CF), compete à União explorar — diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão — os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, 'f', da CF). Essa disposição foi ratificada e regulada pela Lei nº 8.630/1993, posteriormente revogada e substituída pela Lei nº 12.815/2013. Como se infere dos diplomas legais citados, o serviço público em questão foi confiado, por delegação da União, à autoridade portuária,¹² a quem cabe a administração do porto organizado e a implementação de diretrizes advindas da agência reguladora (Antaq).

Diversos agentes atuam no porto. A cada um deles compete uma diferente função, com diferentes custos e receitas. Ancorado nas disposições legais que definem e disciplinam a função de cada um desses agentes, o voto vencedor dos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP, proferido pela Exma. ministra Regina Helena Costa, bem resumiu:

12 No caso do Rio de Janeiro, por exemplo, tem-se a Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ).

Nesse sentido, em operações de importação de cargas provenientes do exterior, após a celebração de contrato de compra e venda entre *importador* e *exportador*, os bens são trasladados ao território nacional mediante transporte aquaviário a cargo de um *armador*, qualificado pelo art. 2º, III, da Lei n. 9.537/1997 como a “[...] pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta”. Quando de sua chegada às águas territoriais brasileiras, o navio empregado pelo *armador* atraca em um *porto organizado*, compreendido como o “[...] bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária” (art. 2º, I, da Lei n. 12.815/2013).

Nos *portos organizados*, para efeito de deslocamento dos contêineres do convés da embarcação até a área designada para o seu acondicionamento, o *armador* contrata um *operador portuário*, pessoa jurídica pré-qualificada pela autoridade competente, a quem incumbe, nos termos do art. 2º, XIII, da Lei n. 12.815/2013, “[...] exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado”. (itálicos no original)¹³

Firmados esses conceitos, tem-se que o operador portuário executa, entre outros, dois serviços que não se confundem, com tomadores diversos: (a) movimentação de contêineres na operação de desembarque, prestado aos armadores; (b) segregação e entrega de contêineres, prestado aos recintos alfandegados que atuam na zona secundária¹⁴ do porto (“portos secos”)¹⁵ ou outros terminais portuários.

Cabe ao importador contratar um armador, responsável pelo transporte e entrega do contêiner na zona primária do porto (terminal portuário).

13 STJ, REsp nos 1.899.040/SP e 1.906.785/SP, voto vencedor, relatora ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. 27.08.24.

14 Vide definições do art. 3º, I, ‘a’, ‘b’, ‘c’, II e §§1º a 5º do Decreto nº 6.759/2009.

15 Definidos pelo art. 11 do Decreto nº 6.759/2009 como “[...] recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, sob controle aduaneiro.”

Na sequência, o operador portuário é remunerado pelo armador para que retire o contêiner de dentro do navio e o coloque na **pilha comum, pilha do terminal portuário** ou **pilha no pátio**, mediante pagamento do preço denominado Cesta de Serviços — ou *box rate*,¹⁶ na comum expressão em inglês —, na qual está incluída a *Terminal Handling Charge* (THC1 ou apenas THC, em português), denominada taxa de movimentação no terminal.¹⁷

Nessa operação, o operador portuário: (i) retira o contêiner de dentro do navio; (ii) coloca o contêiner no caminhão do terminal portuário; (iii) confere os dados do contêiner e verifica o lacre; (iv) registra a descarga do contêiner; (v) retira o contêiner de cima do caminhão; e (vi) coloca o contêiner em pilha comum, localizada no pátio do operador portuário. A listagem dos serviços incluídos apenas nessa fase do procedimento portuário nos parece importante para que se possa compará-los àqueles que virão a ser prestados quando da eventual cobrança de THC2.

Objetivamente, o serviço remunerado pela Cesta de Serviços (*box rate*) inclui a THC1, sendo pago pelo armador para abranger apenas a retirada do contêiner do navio até sua colocação na pilha comum.

A partir dessa etapa, o importador pode (i) retirar os contêineres diretamente para suas instalações; (ii) manter os contêineres no mesmo operador portuário de desembarque pelo tempo que entender necessário; (iii) remover os contêineres para outros terminais portuários localizados na zona primária do porto; ou (iv) remover os contêineres para outros recintos alfandegados que não operam no cais (zona secundária do porto — portos secos — não regulada pela Antaq).¹⁸

16 O art. 2º, III, da Resolução nº 72/2022 da Antaq traz a seguinte definição: “[...] cesta de serviços ou box rate: preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação.”

17 Vide art. 2º, X, da Resolução nº 72/2022 da Antaq.

18 Veja-se o resumo de Filipe Rocha da Fonseca quanto ao procedimento de chegada das cargas nos portos: “Dentro do que seria a movimentação ‘horizontal’, logo após o depósito da carga importada no costado do navio, a carga desembarcada é transportada para um local denominado de *pilha comum, pilha do terminal portuário* ou *pilha no pátio*. A partir de seu depósito na pilha do terminal, a carga pode seguir para dois locais diversos, a depender da escolha feita pelo importador.

Uma primeira opção é pelo armazenamento da carga no próprio armazém do arrendatário-operador portuário, localizado dentro da zona primária do Porto Organizado, nesse caso não incide o prazo de quarenta e oito horas para segregação do

Nas duas últimas hipóteses (itens “iii” e “iv”), para que se possa realizar a remoção e a entrega da mercadoria, é necessário que o operador portuário realize serviços adicionais atinentes à segregação dos contêineres (inclusive para cumprir os requisitos relacionados ao processo de trânsito aduaneiro). Nesses casos, cabe ao operador: (i) retirar o contêiner da pilha comum, com o uso de empilhadeiras, guindastes e caminhões; (ii) posicionar o contêiner em pilha específica, separando-se por destinatários (recintos alfandegados ou outros operadores portuários); (iii) realizar a vigilância e a segurança da carga armazenada na pilha, com cobertura securitária; (iv) receber e conferir a Declaração de Trânsito Aduaneiro (DTA) dos portos secos ou operadores portuários; (v) fiscalizar as condições físicas dos caminhões dos importadores, recintos alfandegados ou demais operadores portuários; (vi) coordenar a chamada e a entrada dos caminhões na hora e no local certos e dar suporte aos motoristas; (vii) pesar a carga; (viii) acompanhar o fiscal para vistoria física e documental e colocação de lacre (somente no caso de recintos alfandegados localizados no interior); (ix) posicionar a carga em cima dos caminhões; (x) conferir o contêiner carregado; (xi) promover o cumprimento de responsabilidades alfandegárias; (xii) coordenar o procedimento de saída dos caminhões do terminal; (xiii) conferir a documentação no portão do terminal; (xiv) informar à alfândega por meio de sistema informatizado; e (xv) promover a saída no portão do terminal.

Em razão desses serviços, tidos pelos operadores portuários — e pela própria Antaq — como adicionais, porque foram excluídos da *box rate*, os operadores portuários passaram a cobrar THC2. De acordo com seus defensores, o valor cobrado remuneraria o operador portuário pelos serviços adicionais necessários

contêiner da pilha comum e sua submissão aos procedimentos de despacho aduaneiro. Nesse caso, portanto, a logística de movimentação pode ser realizada em maior período de tempo, sem incidir os *custos de preferência*, haja vista que o cumprimento de um prazo menor, consequentemente, acarreta serviços adicionais à carga importada. Ao importador também é possibilitado o envio da carga para armazenamento nos portos secos. Nesse caso, após a colocação da carga na pilha comum, ela é rapidamente retirada e movimentada à área pátio, que é destinada à atuação de agentes da Receita Federal, de modo que se efetuem os procedimentos fiscalizatórios e despacho aduaneiro, sendo exigido que a operação seja concluída no prazo máximo de quarenta e oito horas para a entrada da carga em regime de Declaração de Trânsito Aduaneiro (DTA).” (FONSECA, F. R. da. *Terminal Handling Charge 2: um estudo de caso acerca da relação entre regulação e concorrência no setor portuário brasileiro*. 2020. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) — Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020).

quando o importador opta por transportar a carga a outros terminais portuários da zona primária ou à zona secundária, nos chamados portos secos.

Por outro lado, agentes do setor portuário passaram a questionar a cobrança. Eles defenderam que não seria necessário nenhum serviço adicional em razão da escolha do importador quanto ao destino da carga importada.

Bem entendidos (a) os agentes relevantes que atuam no setor; (b) os possíveis caminhos da carga, uma vez que chega ao porto; (c) os serviços prestados pelo operador portuário; e (d) a definição da THC2 de acordo com as normas da Antaq, é possível avançar à análise das posições conflitantes a seu respeito e da conclusão a que chegou o STJ.

2. Cabo de guerra

Em um cabo de guerra, duas equipes tentam puxar uma corda em direções opostas. O objetivo é arrastar a equipe adversária para além de uma linha marcada no chão. A postura de diferentes órgãos estatais a respeito do THC2 ao longo dos anos se assemelha bastante com um cabo de guerra interpretativo — distante do que seria ideal para o setor.

Isso porque, primeiro, cria-se insegurança quando um órgão diz A, e outro diz B, em sentidos diametralmente opostos. Importadores, operadores portuários e os administradores de portos-secos¹⁹ veem-se incertos quanto à autorização, ou proibição, da cobrança de THC2. Segundo, porque afastamo-nos da desejável cooperação²⁰ entre os diferentes órgãos relevantes.

Em síntese, de um lado do “cabo de guerra” está a Antaq, agência reguladora do setor, que entende lícita a cobrança da THC2. Do outro, estão o TCU

19 A respeito da definição de cada uma dessas figuras e de seu papel na cobrança e no pagamento do THC2, nos remetemos ao capítulo 2 deste trabalho.

20 Em 1943, os editores da Revista do Serviço Público já nos lembravam: “O conjunto dos órgãos administrativos, apesar de sua diversidade aparente, constitui uma unidade. O objetivo do Estado é um só; mudam apenas os aspectos da sua realização, isto é, as formas de atingi-lo completamente. A unificação das múltiplas repartições, que executam funções tão diferentes, resulta, principalmente, dessa finalidade total, característica do Estado, que é exatamente a de promover o maior bem ao maior número.” (RSP, E. Cooperação. *Revista do Serviço Público*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 120-121, 1943. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8643>. Acesso em: 31 jan. 2025).

e o Cade, órgãos de controle, que entendem a THC2 como ilícita e violadora das normas concorrenciais. Veremos cada uma dessas posições a seguir.²¹

2.1 A posição da Antaq

Considerando que o setor já vinha praticando a cobrança da taxa, e as discussões existentes a seu respeito, a Antaq, em 13 de fevereiro de 2012, editou a Resolução nº 2.389/2012²² cujo art. 9º assim dispôs:

[...] o serviço de entrega de cargas na importação não faz parte dos serviços remunerados pela box rate, nem daqueles cujas despesas *são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.*

Em avanço da regulamentação, em 17 de agosto de 2019, a Antaq editou a Resolução nº 34/2019, que tratou do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) em mais detalhes. A nova resolução definiu expressamente a cobrança (art. 2º, IX²³, e art. 6º, §1º²⁴) e, assim como já constou da

21 Aqui, não nos propomos a realizar listagem exaustiva de todas as manifestações administrativas editadas pela Antaq, pelo Cade, pelo TCU ou mesmo dos posicionamentos do STJ sobre a THC2 ao longo dos anos. A despeito da validade de eventual análise histórica nesse sentido, o que nos parece central para o presente trabalho é registrar os principais marcos da posição dessas entidades ao longo dos atos e seu juízo **atual**. É a partir deste que sugerimos as reflexões adiante.

22 De acordo com seu preâmbulo, a resolução “[...] aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados”.

23 IX — Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE): preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.

24 §1º Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do

Resolução nº 2.389/2012, registrou que os serviços dela decorrentes não fazem parte da *box rate* (art. 9º). Ressalta-se, porém, que o tema poderia ser modificado por disposição contratual e que, caso verificados indícios de abusos, poderia a Antaq estabelecer limites ao valor cobrado (art. 9º, parágrafo único²⁵).

Em outras palavras, a agência reguladora não descartou a possibilidade de abusos, tampouco se sobrepôs à eventual vontade das partes em sentido diverso da regulamentação. Ainda assim, reconheceu a existência de serviços adicionais prestados e definiu que a eventual cobrança seria lícita, mas estaria sujeita ao controle da agência *in concreto*, para evitar qualquer abuso de direito (art. 187 do Código Civil²⁶) por parte dos operadores portuários.

Uma década depois da primeira resolução sobre o tema, em 30 de março de 2022, foi editada a Resolução Antaq nº 72/2022, que não trouxe grandes revoluções conceituais em relação à sua predecessora, a Resolução nº 34/2019. O ato novamente definiu²⁷ e autorizou²⁸ a cobrança do SSE. Além disso, em seu art. 8º, fortaleceu a política da Antaq de defesa da concorrência, tipificando as infrações à ordem econômica e criando

seu representante.

25 Parágrafo único — No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a Antaq poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição.

26 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

27 Art. 2º, IX — Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE): preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante

28 Art. 7º, §1º Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.

ferramenta para a análise de denúncias de eventuais condutas tidas como anticoncorrenciais.

A Resolução nº 72/2022 veio a ser suspensa por acórdão do TCU, como será visto adiante. Até a suspensão pelo TCU — portanto, desde 2012 —, a cobrança era autorizada e, desde 2019, vigorava a regulamentação específica editada pela Antaq naquele ano, reeditada com aprimoramentos em 2022.

A edição desses três principais atos regulamentadores deixa evidente a posição da Antaq no sentido de (i) reconhecer os serviços adicionais que são prestados quando o importador opta por não manter a carga importada no terminal portuário, como defendem os operadores; (ii) em razão desse serviço, autorizar e regular a cobrança da THC2 a fim de remunerá-lo; (iii) registrar que modificações contratuais são sempre permitidas e devem ser respeitadas; e (iv) sem prejuízo dos pontos i e ii, e da regulamentação do tema, caberá sempre à agência identificar e coibir eventuais abusos decorrentes da cobrança de THC2.

Eis, nas palavras na própria Antaq, a síntese de sua posição, apresentada em manifestação na qualidade de *amicus curiae* nos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP:

[...] [O] SSE é um pacote de serviço das instalações portuárias, cobrado das cargas de importação que serão alfandegadas em recintos retroportuários, fora do porto, que contempla serviços não remunerados pelos fretes. A existência de um pacote é favorável aos usuários, pois permite comparar uma cesta com outra, em termos de qualidade e preços, e garante que estão contemplados todos os serviços mínimos necessários para a segregação e entrega dos contêineres, dando previsibilidade para quem demanda e utiliza o serviço. A Antaq entende que o cancelamento desse pacote fragilizaria os usuários, pois as instalações portuárias estarão sujeitas a nenhum controle prévio, podendo fornecer o SSE como bem entenderem. Em termos das práticas abusivas na movimentação e armazenagem de contêineres alfandegados, a atual Resolução 72/2022 estabeleceu que, diante da ampla variedade de serviços acessórios e complementares, é indispensável a demonstração pelo menos da probabilidade razoável de haver efeitos negativos para a concorrência a jusante. É imprescindível a “verossimilhança”, isto é, uma confrontação dos

fatos, da probabilidade e da possibilidade no caso concreto — a abusividade deve ser algo crível e deve estar presente em todos os requisitos para o controle, a ser executado de forma excepcional. [...] [A] Agência Nacional de Transportes Aquaviários [...] esclarece que o Serviço de Segregação e Entrega decorre de uma relação jurídica válida e gera um custo adicional ao prestador de serviços, a ponto de merecer a devida remuneração, sendo certo que as ocorrências de abusividade devem ser enfrentadas e sancionadas pontualmente, sem prejudicar o ambiente e o sistema portuário.²⁹

A agência ainda alertou que “[...] o Poder Judiciário deve ter, *data maxima venia*, cautela na condução do tema” pois “[...] os potenciais prejuízos setoriais são incalculáveis”.³⁰ Isso porque, segundo a Antaq, a regulamentação do tema foi realizada “[...] após aprofundados estudos regulatórios”³¹ e só trouxe benefícios ao setor.³² No entender na agência, embora seja sempre necessário dispor-se de mecanismos capazes de identificar e coibir abusos concorrenciais, as evidências não corroboram que a cobrança da THC2 seja, por si só, considerada conduta ilegal, violadora da ordem econômica.

Pelo contrário, a Antaq entende que proibir a cobrança poderá gerar prejuízos a todos os envolvidos; não apenas aos operadores portuários, mas também aos importadores, aos terminais retroportuários e ao setor como um todo.

2.2 A posição do Cade

Nos idos de 1999, o Cade instaurou o processo administrativo nº 0812.007443/1999-47, visando apurar eventual infração à ordem econômica por abuso de posição dominante contra três operadores portuários

29 Nota técnica elaborada pela Superintendência de Regulação da Antaq — SRG/Antaq, anexa à manifestação da Antaq como *amicus curiae* no REsp 1.899.040/SP.

30 *Ibidem* (itálico no original).

31 *Ibidem*.

32 A Antaq cita os seguintes como principais: “[...] redução das denúncias relacionadas apresentadas na Antaq; alteração do posicionamento da Superintendência Geral do Cade; reforço dos precedentes no Poder Judiciário; eliminação da retenção de cargas indevida e associada ao SSE; aumento da quantidade de cargas em SSE no Porto de Santos (em torno de 45% para 60%), foco da problemática; recordes de movimentação nos terminais de contêineres.” (*Ibidem*).

do Porto de Santos, decorrente da cobrança de SSE/THC2. O caso veio a se tornar o *leading case* sobre o tema naquele Conselho. Em maio de 2005, foi proferida decisão final determinando a cessação da cobrança sob pena de multa e outras penalidades.³³ De acordo com síntese do próprio Cade:

[...] No Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17 o Cade reconheceu o exercício abusivo de poder econômico porque: 1) não há custos adicionais que justifiquem a cobrança; 2) ainda que houvessem [sic] custos adicionais eles seriam suportados pelo armador e não pelo terminal portuário; 3) os valores deveriam ser fixados pela Agência Reguladora e não deixados ao talante das partes; os quais deveriam guardar valor com os custos supostamente suportados.³⁴

De lá para cá, o Cade apreciou o tema em algumas outras oportunidades.³⁵ O Conselho, por diversas vezes, puniu operadores portuários pela cobrança de THC2, mesmo sendo ela autorizada pela regulamentação da Antaq. Ao contrário da agência reguladora, na visão do Cade, a THC2 seria cobrança ilegítima, porque age como violadora da ordem econômica, em postura anticoncorrencial.

Além de não vislumbrar a prestação de serviço adicional, o Cade entende que, ao restringir o acesso de seus concorrentes no setor de armazenagem aos contêineres que geram a cobrança da THC2, o operador portuário importaria um aumento unilateral e injustificado nos custos desses concorrentes. Isso favoreceria seus próprios armazéns, uma vez que ele pode isentar

33 Registre-se que, à época, contra essa decisão foram ajuizadas ações judiciais por meio das quais reconheceu-se a legitimidade da cobrança de THC2. A título de exemplo, vide: TRF-1, AC/RN 1005826-43.2019.4.01.3400, rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, 6ª Turma, j. 07.12.20; TRF-3, AC/RN nº 0014995-56.2005.4.03.6100, rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. 26.02.15. Essa segunda foi mantida pelo STJ (REsp 1.77.4301/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 11.04.23), mas sem apreciar o mérito da controvérsia.

34 Manifestação da Procuradoria-Geral Federal em nome do Cade, apresentada em 5 de dezembro de 2023, no REsp 1.899.040/SP.

35 Em *Terminal Handling Charge 2*: um estudo de caso acerca da relação entre regulação e concorrência no setor portuário brasileiro, dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Filipe Rocha da Fonseca analisa também os seguintes exemplos de casos apreciados pelo Cade envolvendo a THC2: PA 08012.07443/1999-17, PA 08012.003824/2002-84, PA 08012.001518/2006-37 e PA 08700.008464/2014-92.

da THC2 os importadores que elegerem seus serviços em detrimento das empresas que não acessam o cais do porto. Por isso, entendeu o Cade que a concorrência na área de armazenagem de contêineres seria prejudicada, em violação às normas da Lei nº 12.529/11.

Eis, portanto, o “cabo de guerra” que antecipamos anteriormente. De um lado, a agência reguladora do setor regulamenta e autoriza a cobrança de THC2. De outro, a autarquia federal de defesa da ordem econômica pune aqueles que cobram THC2, afirmando que incorreriam em condutas anticoncorrenciais.

Diante do antagonismo dos órgãos estatais, em uma aparente tentativa de apaziguação do tema, em 8 de outubro de 2015, o Cade e a Antaq celebraram o Memorando de Entendimentos nº 1/2015, por meio do qual ambas as entidades se comprometeram a

[...] envidar esforços de cooperação e a atuar de maneira integrada para estabelecer os procedimentos para a análise de indícios de abusividade e infrações à ordem econômica na cobrança do Serviço de Segregação e Entrega-SSE” (Cláusula 1).

Naquele documento, o Cade e a Antaq concordaram que “[...] a cobrança pelo SSE não configura, por si só, um ato ilícito” (Cláusula 2.1). Entre outros pontos, pactuaram também que (i) podem ocorrer abusos nessa cobrança, os quais, se identificados pelo Cade, deveriam ser comunicados à Antaq, para que se manifeste a respeito; (ii) ambas as entidades deveriam comunicar entre si “[...] a instauração de processos referentes à cobrança do SSE e suas correspondentes decisões” (Cláusula 2.2.1); (iii) promover-se-ia o “[...] intercâmbio entre as setoriais técnicas envolvidas na análise dos processos e na normatização da cobrança do SSE, visando integração e uniformização, sempre que possível, de entendimentos” (Cláusula 2.2.3); (iv) ambos os órgãos ofereceriam estudos sobre o tema, privilegiando a troca de experiências e a melhoria em seus bancos de dados relacionados à THC2; (v) caberia à Antaq, em conjunto com o Cade, editar metodologia para a apuração de denúncias no âmbito da agência (como de fato veio a prever o art. 8º da Resolução Antaq 72/2022).

Os pontos do Memorando de Entendimentos pareciam indicar que, em benefício do setor portuário, o Cade e a Antaq pretendiam caminhar de forma mais sincronizada. Embora reconhecendo que suas funções “[...] não se confundem, sendo distintas e complementares” (Considerando IV), os órgãos também registraram que “[...] há necessidade do uso racional e eficiente do aparelho estatal, por meio de uma ação integrada e eficaz dos entes da Administração Pública Federal envolvidos na cobrança do SSE” (Considerando VIII).

A celebração desse memorando, em louvável esforço de cooperação entre o Cade e a Antaq na fiscalização e na regulamentação do THC2, observou a necessidade de que a Administração Pública atue com eficiência e racionalidade, como determina o art. 2º da Lei nº 9.784/1999.³⁶ Do contrário, valendo-se mais uma vez da expressão que intitula este capítulo, a questão ficaria paralisada no “cabo de guerra”, prejudicando os envolvidos. Afinal, não pode haver segurança — para cobrar, não cobrar, pagar ou não pagar o THC2 — se os agentes do setor portuário recebem comandos conflitantes dos órgãos aos quais estão submetidos.

Como se viu, de um lado a Antaq regulamentou a matéria e permitiu a cobrança de THC2 — sem descartar, porém, a hipótese de que haja abusividade em casos específicos. O Cade, por outro lado, vinha punindo os operadores portuários apenas em razão da cobrança da THC2, entendendo ser essa, por si só, abusiva. Por isso, o Memorando de Entendimentos nº 1/2015 veio em boa hora.³⁷

36 Nas palavras de Eduardo Nery, diretor-geral da Antaq, “[...] é inadmissível que dois órgãos de Estado assumam posicionamentos diferentes, mesmo com toda autonomia e independência de que possam dispor.” (*In*: ALVES, E. Memorando entre Cade e Antaq permite maior segurança jurídica no setor portuário, *JOTA*, 24 ago. 2021).

37 Catharina Araújo Sá e Flávio Iglesias Pessuto concordam: “A assinatura do Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade sugere a possibilidade de eliminar ou, pelo menos, mitigar os conflitos entre decisões das autarquias, trazendo maior segurança jurídica para os agentes envolvidos. A segurança jurídica sobre essa questão, por sua vez, poderá conferir maior estabilidade ao setor como um todo, tornando-o mais atrativo para investidores e atraindo um maior número de interessados.” ARAÚJO SÁ, C.; PESSUTO, F. I. Conflito de competências: a cobrança do serviço de segregação e entrega ou Terminal Handling Charge 2 pode ser considerada uma infração concorrencial? *Caderno Virtual*, [s. l.], v. 3, n. 52, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6139>. Acesso em: 2 fev. 2025.

Mais recentemente, porém, ao manifestarem-se como *amici curiae* nos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP, o Cade e a Antaq mantiveram suas tradicionais posições antagônicas sobre o tema. Em sua manifestação, apresentada por meio da Procuradoria-Geral Federal, o Cade defendeu que a cobrança de THC2 é postura anticoncorrencial *per se* e, por isso, deve ser coibida pelo Poder Judiciário e por aquele Conselho.

É verdade que o Cade reconheceu a “[...] complementariedade de atribuições institucionais” entre si e Antaq. Ainda assim, nas suas palavras:

Ao condicionar o acesso dos seus concorrentes, no mercado de armazenagem, aos contêineres que ensejarão o pagamento da referida THC2, o operador portuário cria um aumento unilateral e arbitrário nos custos desses concorrentes, privilegiando seus próprios armazéns, na medida em que pode não cobrar a denominada THC2 daqueles importadores que optarem por contratar seus serviços, em detrimento das empresas que não têm acesso ao cais do porto, prejudicando a concorrência no setor de armazenagem de contêineres.

Em outros termos, estabelecendo-se em posição dominante, com poder de controlar as condições do mercado de armazenagem de contêineres, ao arbitrar quais serão os casos de cobrança de THC2, a ação do operador portuário aumenta os preços pagos pelo importador de determinada mercadoria, sendo posteriormente repassados ao consumidor final. A fim e ao cabo, no mercado de armazenagem, o operador portuário pode arbitrar qual importador irá pagar ou não a tarifa THC2.³⁸

O trecho demonstra que, ao manifestar-se em juízo sobre o tema, o Cade sequer excepcionou a possibilidade de haver cobrança lícita de THC2 (como parecia sugerir a Cláusula 2.1 do Memorando de Entendimentos nº 1/2015). Na visão da autoridade de defesa da ordem econômica, a cobrança de THC2 seria sempre equivalente à postura anticoncorrencial

38 Manifestação da Procuradoria-Geral Federal em nome do Cade, apresentada em 5 de dezembro de 2023 no REsp 1.899.040/SP.

por sua própria natureza. O Cade entende que, ao permitir-se que o operador portuário cobre THC2, ele prejudica seu competidor no ramo de armazenagem das mercadorias importadas (*i.e.*, os terminais retroportuários), pois inflaciona artificialmente o preço que será pago pelo importador. Com isso, a própria cobrança de THC2 seria conduta anticoncorrencial.

Suas manifestações nos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP são a materialização da oposição de interpretações entre o Cade e a Antaq. Um entende que, regulada, é possível e aconselhável a cobrança de THC2. Outro, a descarta por completo como conduta invariavelmente ilícita.

2.3 A posição do TCU

Há, ainda, um terceiro órgão que se envolveu no “cabo de guerra” da THC2: o TCU. No passado, em pelo menos duas oportunidades, a Corte de Contas havia reconhecido a discricionariedade técnica da Antaq para tratar da regulação do THC2 e a ausência de ilegalidade na política portuária adotada pela agência sobre a matéria.³⁹

No entanto, no âmbito da TC 021.408/2019-0, o TCU apreciou denúncia quanto à ocorrência de supostas irregularidades no processo de revisão da Resolução 2.389/2012, que levou à edição da Resolução nº 72/2022.⁴⁰

39 Vide Acórdão nº 923/2019 — Plenário e Acórdão nº 1.704/2018 — TCU — Plenário. Do segundo, destacamos o seguinte trecho: “Destarte, devo ponderar que a Antaq, dentro de sua discricionariedade técnica para proceder às escolhas regulatórias, sinalizou, ao longo do processo normativo, que sua atuação seria no sentido de garantir transparência, universalidade e isonomia aos serviços cobrados por THC2, objetivando uma redução das assimetrias de informação e privilegiando os contratos como forma de regulação. [...] Tal conclusão milita a favor de que seria de excessivo rigor a aplicação de multa aos diretores que, depois de anos de controvérsia acerca do SSE e THC2, deram o primeiro passo, mediante regulação normativa, com o objetivo de melhorar os contratos e solucionar conflitos” (Acórdão nº 1.704/2018 — TCU — Plenário).

40 Tivemos a oportunidade de analisar ambos os atos normativos no capítulo 2 deste trabalho.

Apesar de ter reconhecido as limitações de sua competência no controle de atividades-fim das agências reguladoras,⁴¹⁻⁴² o TCU entendeu que a Antaq teria agido em “desvio de finalidade”⁴³ na edição da Resolução nº 72/2022. Em seu Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, a Corte de Contas alinhou-se à posição do Cade, entendendo que:

[...] a cobrança de SSE dos recintos alfandegados independentes pelos operadores portuários constitui infração da ordem econômica ao menos pelos seguintes motivos: (1) o recinto seco é concorrente direto do recinto molhado; (2) o recinto molhado recebe pela movimentação horizontal da carga mediante tarifa denominada THC em contrato firmado com o armador; (3) caso o terminal não seja escolhido pelo dono da carga para nacionalizar a mercadoria, ele a entrega ao recinto seco mediante cobrança de SSE; caso seja escolhido, não há SSE; (4) a SSE é uma taxa cobrada por um serviço que existe tanto na importação quanto exportação, mas somente tem custos devidos quando as cargas chegam ao país; (5) o dono da carga e o recinto seco não podem escolher o operador portuário e ficam à mercê das tarifas cobradas por estes terminais; (6) a SSE resulta na imposição de custo artificial de um concorrente dominante para seu rival.

41 “54. Assinalo que a aludida decisão apenas acompanhou jurisprudência convergente desse Tribunal acerca da atuação desta Casa quando se defronta com matéria afeta à atividade finalística de agências reguladoras, tal qual transcrevo do voto do Acórdão 768/2005 — TCU — Plenário, em que o Ministro Valmir Campelo cita declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler acolhida pelo colegiado nos idos de 2004, quando se firmaram entendimentos sobre o tema: [...] 8. Nessa linha de entendimento, a deliberação que o Tribunal vier a adotar nestes autos deverá se guiar pela postura de fixar prazo certo para que a Agência efetivamente cumpra suas atribuições legais e regulamentares, no intuito de adotar as providências necessárias à regularização da situação administrativa e operacional verificada nos portos de Paranaguá e Antonina. (grifos acrescentados)” (Acórdão nº 1.448/22 do TCU, p. 7 do voto).

42 Para outros exemplos na jurisprudência do TCU: CABRAL, F. G.; SARAI, L.; IWAKURA, C. R. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal. *Revista da CGU*, [s. l.], v. 13, n. 24, p. 207-219, 2021. Os autores também refletem sobre a competência, ou não, do TCU para apreciar temas relacionados às atividades-fim das agências reguladoras.

43 Acórdão 1.448/2022 — TCU — Plenário.

Por isso, foi determinado cautelarmente, entre outros pontos, que a Antaq suspendesse e anulasse “[...] todos os dispositivos da Resolução nº 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do [vislumbrado] desvio de finalidade”.⁴⁴ A Antaq interpôs recurso contra essa decisão, o qual foi desprovido pelo TCU em 2024.⁴⁵

Em cumprimento às determinações do TCU,⁴⁶ a Antaq prolatou o Acórdão Antaq nº 409-2022 e editou a Resolução Antaq nº 84/2022. Por meio primeiro, a agência aprovou a suspensão cautelar da cobrança de THC2 pelos terminais portuários e determinou a imediata cessação de “[...] todas as cobranças relativas ao Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) por parte das instalações portuárias reguladas” — consumando, no plano concreto, o ato emanado do TCU.

A Corte de Contas, ao fim e ao cabo, partilhou do entendimento do Cade, afastando-se da posição da Antaq — tanto que suspendeu a resolução desta última. Sem prejuízo dos demais temas tratados ao longo do Acórdão nº 1.448/22, o TCU também viu postura anticoncorrencial na cobrança de THC2, como ilustra o trecho transcrito anteriormente. Para o Tribunal:

[...] a despeito de qualquer análise de impacto regulatório que venha a ser realizada, o resultado será sempre o mesmo: a cobrança da SSE não é legítima na medida em que obstaculiza a competitividade do serviço de armazenagem da operação portuária de importação e acarreta infração à ordem econômica.⁴⁷

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Tal como noticiado pela mídia especializada: TCU nega recurso e mantém ilegal regra da Antaq para cobrança de SSE/THC2, *Agência INFRA*, Rio de Janeiro, 5 set, 2024. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/tcu-nega-recurso-e-mantem-ilegal-regra-da-antaq-para-cobranca-de-sse-thc2/>. Acesso em: 2 fev. 2025.

⁴⁶ Registre-se que a competência, ou não, do TCU para a suspensão liminar — posteriormente confirmada — de ato de agência reguladora é tema que poderia ensejar relevante debate. Nos limites da análise aqui proposta, porém, cingimo-nos a descrever a posição tal como lançada. A competência, ou não, do TCU para decidir como o fez é tema que mereceria análise própria. Sobre a competência do TCU para a análise de atos de agências reguladoras, vide: STF, MS 35.715/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 03.08.21, DJe 25.11.21; STF, MS nº 35.192/DF, rel. Min. Dias Toffoli, Decisão de 20.09.17.

⁴⁷ Acórdão nº 1.448/22-TCU-Plenário, item 113.

Assim como o Cade, o TCU tampouco vê espaço para regulamentação e controle da THC2 pela Antaq, como a agência defende ser o melhor caminho. Para a Corte de Contas, a conduta é, por si só e invariavelmente, ilegal.

3. Os recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP

Estabelecido o contexto no qual é cobrada a THC2 e a visão dos órgãos relevantes a seu respeito, avancemos à análise dos precedentes firmados pelo STJ.

Conquanto as decisões não representem um posicionamento vinculante e definitivo da Corte — seja porque ainda pendem de julgamento embargos de declaração opostos pelos interessados, seja porque os recursos em questão não foram julgados sob o rito dos recursos repetitivos⁴⁸ —, os acórdãos proferidos (por maioria) podem ser uma bússola (independentemente de qualquer reflexão sobre o mérito) na interpretação do tema no âmbito judicial. Inclusive podem balizar condutas da Antaq na regulação do setor portuário.

Note-se que, também no Judiciário, o exame da THC2 não se deu de forma uniforme ao longo dos anos. A jurisprudência do TJSP, por exemplo, reconheceu em diferentes oportunidades a legalidade da cobrança de THC2.⁴⁹ Todavia, no acórdão contra o qual foram interpostos os recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP, o tribunal paulista entendeu de modo diverso.

Naquele caso, apreciavam-se duas demandas. Em uma, um terminal retroportuário alfandegado buscava a declaração de inexistência de relação jurídica entre si e a operadora portuária, de modo a inviabilizar a cobrança de THC2 por esta última. Na outra, o mesmo terminal retroportuário alfandegado buscava que se impedisse a mesma operadora portuária de protestar duplicatas contendo os valores do serviço referentes à questionada

48 Definido pelos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC). Como se sabe, com isso, a decisão tornar-se-ia vinculante a todos os tribunais do país.

49 A título de exemplo: TJSP, 1027203-19.2019.8.26.0562, 30ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marcos Gozzo, j. 21.02.24; TJSP, AC 1015346-78.2016.8.26.0562, rela. Desa. Lígia Araújo Bisogni, 14ª Câmara de Direito Privado; j. 31.07.19; TJSP, AC 1015214-21.2016.8.26.0562, rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 21.10.20; TJSP, AC 1015209-96.2016.8.26.0562, rel. Des. Nelson Jorge Júnior, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 11.12.18

THC2. Diante da evidente interrelação, as demandas foram apreciadas em acórdão único pelo TJSP.⁵⁰

Na contramão de precedentes anteriores, o TJSP, em síntese, reformou a sentença proferida naqueles casos, entendendo que (i) não há efetivo serviço adicional prestado pelos operadores portuários que justifique a cobrança de THC2; e (ii) a conduta representaria afronta à ordem econômica, na modalidade *price squeeze*, pois na qualidade de “[...] agente econômico em posição dominante” o operador portuário aumentaria o preço de matérias primas essenciais a seus concorrentes, sem aumentar seu próprio custo”.⁵¹ Alinhou-se, portanto, à interpretação do Cade.

O tema foi, então, devolvido à apreciação do STJ, sob relatoria da Exma. ministra Regina Helena Costa. Em um primeiro momento, a ilustre relatora assim delimitou a controvérsia:

Assim, o cerne da controvérsia submetida a este Tribunal Superior reside em definir, à vista da competência normativa conferida pelos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001, se a previsão de cobrança da Terminal Handling Charge 2 — THC2, autorizada em atos infralegais editados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários — Antaq, afasta a aplicação das normas protetivas da competitividade estampadas na Lei n. 12.529/2011, especialmente quanto às atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade em matéria de infrações antitruste, tema inédito nesta Corte.⁵²

50 A ementa bem resume o julgado: “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PORTUÁRIOS — AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO — TARIFA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (THC2) — COBRANÇA EFETUADA PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS EM FACE DOS TERMINAIS RETROPORTUÁRIOS — IMPOSSIBILIDADE — INFRAÇÃO CONCORRENCIAL — ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE — CONTROLE DE INSUMO INFUNGÍVEL E ESSENCIAL À ATIVIDADE ECONÔMICA DOS CONCORRENTES — POSSIBILIDADE DE ELEVÇÃO ARBITRÁRIA DOS CUSTOS DA EMPRESA CONCORRENTE — “PRICE SQUEEZE” — CARACTERIZAÇÃO — SITUAÇÃO NÃO ALTERADA PELA IMPOSIÇÃO DE UM TETO TARIFÁRIO POR PARTE DO ÓRGÃO REGULADOR. RECURSO PROVIDO”. (TJSP, ACs 1001243-37.2014.8.26.0562 e 1012148-04.2014.8.26.0562, 30ª Câmara de Direito Privado rel. Des. Andrade Neto, j. 05.02.20).

51 Nesse ponto, o TJSP lançou mão — e aqui também lhe fazemos referência — da definição extraída de: FORGIONI, P. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 318-319.

52 STJ, REsp 1.906.785/SP, rela. Mina. Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. 27.08.24.

No entanto, o ilustre ministro Gurgel de Faria inaugurou divergência quanto à delimitação da controvérsia. Conquanto tenha concordado com os demais fundamentos do voto da relatora — adiante explorados — o ministro Gurgel de Faria entendeu que estaria sob apreciação da Corte a própria ilicitude (ou não) da cobrança de THC2. Tal posicionamento, inclusive, foi acompanhado pela maioria dos demais ministros, entendendo-se que tal análise seria “[...] *elemento indissociável* da discussão referente à aparente dicotomia entre as normas de matriz econômica e anticoncorrencial e aquelas de direito regulatório editadas pela Antaq.”⁵³

Assim, vencida a relatora, o STJ entendeu ser o caso de apreciar a própria (i) licitude da cobrança de THC2, mesmo sendo ela permitida por norma da Antaq. A par das discussões processuais do caso concreto que levaram a maioria dos ministros a entender dessa forma, o fato é que o STJ ampliou consideravelmente o escopo de análise originalmente proposto pela ministra relatora e isso tem implicações relevantes às possíveis repercussões do precedente firmado.

Mais do que analisar a distribuição de competências que permitiria, ou não, ao Cade apreciar o tema de forma diversa da Antaq, o STJ atraiu a si a análise da própria legalidade da cobrança da taxa em si. Com isso, ainda que a Antaq venha a regular o tema de forma distinta, ou que o Cade venha a modificar seu entendimento, subsistirá o entendimento (não vinculante e *inter partes*) do STJ quanto à ilicitude da cobrança de THC2.

Na prática, o STJ superou o entendimento positivado pela Antaq — agência reguladora com expertise para regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária — e, no caso concreto, decidiu pela ilicitude da THC2.

Os principais motivos que levaram a maioria dos ministros a acompanhar a relatora nesse aspecto podem ser extraídos do Direito Concorrencial. A despeito da manifestação da Antaq em sentido diverso, o STJ se perfilhou ao entendimento do Cade de que a THC2 violaria as normas antitruste instituídas pela Lei nº 12.529/2011.

No mérito, a maioria entendeu que:

53 *Ibidem* (itálico nosso).

VII — Conquanto os arts. 12, VII, 20, II, b, e 27, IV e XXX, da Lei n. 10.233/2001 confirmam à Antaq, além de competências normativas e regulatórias voltadas a conformar a atuação dos agentes econômicos a práticas que estimulem a concorrência, atribuições para reprimir ações e fatos caracterizadores de competição imperfeita ou infrações à ordem econômica, tais disposições não significam a outorga de isenções antitruste aos setores de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária, sendo viável, por conseguinte, controle dos atos infralegais editados pela respectiva autarquia com base em critérios concorrenciais.

VIII — Em matéria de interrelação entre autoridades de defesa da concorrência e entidades normatizadoras setoriais, as Lei nos. 12.529/2011 e 13.848/2019 amparam os modelos de articulação complementar e coordenada, conferindo, de um lado, proeminência à atuação da agência reguladora no estabelecimento das políticas e projetos concernentes ao exercício de atividades econômicas, sem prejuízo, de outra parte, do desempenho das atribuições de defesa da competitividade pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade enquanto entidade dotada de expertise geral quanto à matéria e à qual incumbe, em última instância no âmbito do Poder Executivo, avaliar a existência de condutas ou regramentos contrários à legislação antitruste.

IX — Embora a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres — SSE, tarifa igualmente denominada de Terminal Handling Charge 2 — THC2, encontre arrimo em atos normativos editados pela Antaq, não há óbice a que as autoridades de defesa da concorrência e o Poder Judiciário avaliem sua validade à luz da legislação antitruste, descabendo cancelar, em consequência, a presença de zona infensa à incidência da Lei n. 12.529/2011 decorrente do mero exercício do poder regulamentar pela entidade setorial.

X — A exigência da Terminal Handling Charge 2 — THC2 (ou Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres — SSE) pelos operadores portuários em face dos terminais retroportuários configura abuso de posição dominante, na modalidade compressão de preços (price squeeze), porquanto, a um só tempo, (i) autoriza detentor de facilidade essencial verticalmente integrado a impor custos a serem suportados unicamente por seus concorrentes diretos no mercado subsequente, (ii) viabiliza a restrição das margens de fixação de preços pelos competidores

no contexto da armazenagem de cargas provenientes do exterior e, ainda, (iii) importa ofensa ao dever legal de garantir acesso isonômico às instalações portuárias, restringindo a competitividade no setor, em contrariedade às normas estampadas nos arts. 27, IV, da Lei n. 10.233/2001, 36 da Lei n. 12.529/2011, e 3º, V e VI, da Lei n. 12.815/2013⁵⁴

Primeiro, o STJ registrou que o setor portuário não está isento das normas de defesa da ordem econômica e da fiscalização do Cade e do Poder Judiciário. Embora a lei também confira tal dever à própria Antaq, isso não impede os demais órgãos competentes — e o próprio Estado-juiz — de analisar o tema, mesmo que eventualmente atinjam conclusões distintas das da agência reguladora. Isso porque a atuação em defesa da concorrência deve ser “complementar e coordenada”,⁵⁵ não excludente.

Nesse agir, amparado pelas previsões normativas, o STJ entendeu que não seria possível imaginar sistema no qual a autoridade antitruste se vê impedida de agir em razão da competência específica da Antaq. Ao revés, caberia a **ambas** proteger a concorrência no setor portuário, sendo importante reconhecer a expertise do Cade na identificação de condutas anticoncorrenciais. Tanto assim, que seu entendimento acabou não só validado, mas perfilhado pelo STJ.

É importante perceber a distinção, fruto da ampliação da controvérsia acordada pela maioria, como se descreveu anteriormente. Uma coisa seria validar a atuação do Cade e afirmar que, a despeito da competência e da regulamentação da Antaq, o Conselho tem também sua própria competência para avaliar e, sendo o caso, punir casos de cobrança de THC2. Até aí haveria análise apenas de competências, sem adentrar-se no mérito da cobrança em si.

O STJ, porém, foi além. Mais do que afirmar a competência do Cade para dessoar das normas da Antaq, a Corte afirmou a ilegalidade da THC2.

Eis o cenário: a Antaq reconhece a existência de serviço adicional e regula (i) a forma como deve ser cobrado; e (ii) os casos nos quais pode haver abuso antitruste. O STJ afirma, em acórdão não unânime, que a conduta é anticoncorrencial e, por isso, ilícita.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

Porém, em sentido diverso, entendeu o ministro Sérgio Kukina. A despeito da maioria já formada, o ministro registrou sua posição alinhada ao entendimento da Antaq. Isso porque, ainda que caiba ao Cade “[...] averiguar contexto de condutas anticoncorrenciais”, o ministro reconheceu ser a Antaq quem

[...] detém a expertise para, com primazia, detectar a existência de serviço adicional no serviço que envolve a movimentação e a entrega do contêiner para o terminal retroportuário [...], agência vocacionada a fazer essa verificação no nosso modelo regulado de atividades portuárias, e não o Cade.

Em outras palavras, a posição minoritária não discordou da maioria no que se refere à possibilidade de o Cade controlar eventuais condutas anticoncorrenciais no âmbito do setor portuário. Ainda assim, entendeu por privilegiar a Antaq quanto ao entendimento sobre a legalidade da cobrança de THC2. O ministro Sérgio Kukina registrou que, em um conflito de entendimentos entre a agência reguladora e o órgão de defesa da concorrência, parecia-lhe ser a agência o órgão mais capacitado a opinar sobre o tema.

De acordo com o voto vencido:

[...] quem detém a expertise para, com primazia, detectar a existência de serviço adicional no serviço que envolve movimentação e a entrega do contêiner para o terminal retroportuário é exatamente a Antaq, agência vocacionada a fazer essa verificação no nosso modelo regulado de atividades portuárias, e não o Cade.

O Cade, é verdade, deverá atuar quando se evidenciar a existência de um típico vício concorrencial, mas, num primeiro instante, ou seja, dentro do ambiente operacional portuário, para bem se fiscalizar e aferir a real dinâmica de movimentação da mercadoria (contêiner), isto é, verificar se existe o serviço adicional, ou não, capaz de legitimar a cobrança da tarifa THC2, parece-me que essa tarefa deva, por sua apriorística capacitação técnica, tocar privativamente à Antaq.

Penso, pois, que o Cade não detém essa expertise, com todo respeito

que essa entidade possa merecer. A expertise, pelo menos intuitivamente, para se fiscalizar toda a metodologia, o procedimento de movimentação de cargas, desde seu descarregamento do navio até a entrega do contêiner no portão de saída para o Terminal Retroportuário Alfandegado, quero crer que, tal especialização, quem a detém seja exatamente a Antaq.

Em outras palavras, a posição minoritária não negou a possibilidade de atuação do Cade na verificação e na coibição de eventuais abusos. Ainda assim, privilegiou a expertise técnica da Antaq. Se a agência reguladora diz que há serviço adicional sendo prestado e fiscaliza, como entende correto, tal serviço, cabe àqueles sem essa expertise técnica específica curvar-se a esse posicionamento independentemente da visão do Cade.

Por isso, votou o ministro Kukina no sentido de dar parcial provimento aos recursos especiais para reformar o acórdão do TJSP e reconhecer a legalidade na cobrança da tarifa THC2.

Como já se viu, porém, essa posição não prevaleceu. A maioria acompanhou o voto da ministra relatora no mérito, vencida no que se refere à delimitação da controvérsia, quanto à qual prevaleceu a posição do ministro Gurgel de Faria. Com isso, abraçou o STJ a posição do Cade em detrimento daquela da Antaq, entendendo-se que a cobrança da THC2 seria conduta violadora da concorrência e, por isso, ilícita.

Ao fim e ao cabo, afastou-se o entendimento técnico do setor regulado pela agência reguladora de portos, em prol do entendimento concorrencial esboçado pelo Cade. Embora não se tenha analisado de modo direto a validade da regulamentação editada pela Antaq, a prevalecer o entendimento do STJ tal como lançado, a agência talhada e designada para regular, controlar e fiscalizar os portos se vê esvaziada. Apesar de parcela da doutrina defender que cabe à agência setorial o encargo de elaborar a regulação técnica e a regulação econômica — levando em conta os reflexos concorrenciais da aludida atuação —,⁵⁶ a

56 Sobre esse modelo, vale ressaltar a avaliação de Gesner Oliveira de que “[...] embora as realidades de cada jurisdição e setor apresentem especificidades que devem ser levadas em consideração, um sistema de concorrências complementares parece conceitualmente adequado e historicamente frequente”. OLIVEIRA, G. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73.

situação fática envolvendo o processo originário do TJSP demonstra que, no STJ, prevaleceu a tentativa simples de preservar a ordem econômica e garantir a livre concorrência no setor portuário.⁵⁷

A regulação da Antaq, a nosso ver, não pretendeu restringir ou prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência dos agentes econômicos (ao contrário, a intervenção do Estado e de seus agentes é para garantir esses princípios). A competição é sadia e útil ao desenvolvimento do mercado, inclusive porque permite a descentralização dos centros de tomada de decisões, privilegiando o direito de escolha dos indivíduos (favorecendo, assim, em última análise, o interesse da sociedade).⁵⁸

Contudo, a concorrência não pode ser vista com um fim em si mesma — até mesmo porque, em algumas circunstâncias, sob o viés de “competição”, podem ser criadas iniquidades ou injustiças. Por essa razão, no item subsequente, de forma breve, será proposto um olhar também para o operador portuário no que se refere à THC2 por um prisma do Direito Civil.

4. Um olhar civil ao tema

Como se viu, o STJ analisou o tema da THC2 sob o ponto de vista do Direito Concorrencial. Em síntese, entendeu-se que cobrar THC2 é conduta anticoncorrencial porque aumenta o custo de um concorrente a partir do preço de insumo que apenas os operadores portuários controlam. Uma pergunta essencial, porém, não foi respondida no STJ: **há serviço adicional ou vantagem adicional a ser remunerado?**

Esse aspecto atrai o exame de um ponto importante: poderia haver enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil) dos importadores que optam por levar suas mercadorias ao porto seco, por receberem um

57 Note-se: o setor portuário não é infenso à jurisdição do Cade para determinar a ocorrência de infrações à ordem econômica. As normas setoriais da Antaq não têm prevalência sobre as normas de defesa da concorrência. A competência do Cade não é excepcionada em quaisquer dos setores econômicos (regulados ou não), inclusive nos portos. Não se fala, portanto, em isenção antitruste. Por outro lado, o que merecia ser examinado de forma minudente pelo STJ era a natureza da norma editada pela Antaq, que se tratava de um ato visando à regulação técnica e econômica dos portos, de modo a orientar a atividade econômica e buscar um equilíbrio no mercado.

58 SAMPAIO, P. R. P. *Regulação e concorrência: a atuação do Cade nos setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

serviço privilegiado — “*premium*”, nas palavras do voto vencido do ministro Sérgio Kukina e da Antaq — mas nada pagarem por ele?

Nesse sentido, surge uma segunda dúvida: o importador aufere, ou não, algum tipo de vantagem econômica (direta ou indireta) nos casos em que opta por levar sua carga diretamente ao porto seco, em vez de mantê-la na zona primária, controlada pelo operador portuário?

Veja-se que o auferimento de vantagem não está necessariamente atrelado à existência de serviço específico, tampouco ao aumento do custo do operador portuário. Seria, em tese, possível o oferecimento de vantagem mesmo sem o aumento de custo. Nesse caso, o eventual valor cobrado — se entendido como devido e lícito — serviria para remunerar não o serviço em si, mas a vantagem que o importador recebe em decorrência de postura operacional adotada pelo operador portuário.

O STJ não deixa claro se o importador aufere algum tipo de vantagem ao optar pela dinâmica que levaria à cobrança de THC2 ou se há prestação de serviço pelo operador portuário. Porém, se entender-se que o importador recebe um serviço *premium*, sem pagar por ele, tal ponto merece um olhar mais atento.

Para Agostinho Alvim, a configuração do enriquecimento sem causa não exige, necessariamente, o empobrecimento da contraparte:

Não é necessário que o patrimônio do empobrecido registre propriamente uma baixa de valor, que pode não existir, por exemplo, no caso de serviços prestados. [...]

Este é o caso de quem deu uma preciosa informação, ou prestou um serviço de grande valia para o enriquecimento, mas que nada custou a quem o fez, a não ser uma mínima perda de tempo.⁵⁹⁻⁶⁰

59 ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 259, p. 3-36, maio 1957.

60 Giovanni Ettore Nanni explica a evolução do instituto: “Em variadas vicissitudes, inclusive de vantagem obtida não patrimonial, o empobrecimento pode não ser configurado de forma concreta no patrimônio do empobrecido, mas, de qualquer forma, fica tipificado o enriquecimento sem causa. Nessas circunstâncias, negar a utilização da ação de enriquecimento pela ausência do requisito do empobrecimento significaria obnubilar a segurança jurídica que representa o acolhimento do enriquecimento sem causa na nova ordem civil. O empobrecimento, como requisito para configuração do instituto, não mais predomina na forma clássica, como foi concebido pela doutrina e jurisprudência francesa e alastrado aos demais direitos.” (NANNI, G. E. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. p. 213).

Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes identificam duas formas de enriquecimento:

Para a configuração do enriquecimento sem causa exige-se, em primeiro lugar, o enriquecimento, isto é, o incremento patrimonial do sujeito obrigado a restituir. Identificam-se duas formas de avaliação do enriquecimento: (i) o enriquecimento real, que se vincula ao objeto do enriquecimento e consiste na quantificação objetiva do valor de uso do bem ou direito, ou da vantagem adquirida; e (ii) o enriquecimento patrimonial, ligado ao sujeito enriquecido, e relativo à diferença entre a situação real e a hipotética, considerando-se hipotética a situação em que o agente se encontraria caso o fato gerador do enriquecimento não tivesse ocorrido. O parâmetro utilizado para fins de restituição é o enriquecimento patrimonial.⁶¹⁻⁶²

Como destacam as autoras, o que se avalia no enriquecimento patrimonial é a distinção entre a situação em que se encontra a parte e aquela em que ela se encontraria caso não tivesse ocorrido o fato que suscita ter gerado enriquecimento. No caso da THC2, as situações comparadas seriam armazenar a carga importada (a) na zona primária; ou (b) na zona secundária do porto. De acordo com a Antaq, cada cenário gera consequências distintas ao importador, em especial no que se refere à velocidade com que sua carga é desembarçada. Sendo esse o caso, há enriquecimento patrimonial.

Sob uma lupa civilista, parece ser necessário auferir não se há serviço adicional prestado, tampouco se tal serviço implica um custo adicional ao operador portuário. O mais importante é perquirir se o importador tem, ou não, qualquer tipo de vantagem a partir da conduta do operador portuário que o leva a armazenar a carga no porto seco. O voto vencido proferido pelo ministro Sérgio Kukina, ancorado nas informações prestadas pela Antaq, entende que sim, por se tratar de serviço *premium* oferecido ao

61 TERRA, A. M. V.; GUEDES, G. S. C. Revisitando o lucro da intervenção. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 281-305, jul./set. 2021.

62 Nesse ponto, as autoras referem-se, e aqui fazemos o mesmo, a KONDER, C. N. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, G. (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 383.

importador, que lhe assegura vantagem em relação àqueles que têm suas cargas desembaraçadas na zona primária do porto.

A posição majoritária do STJ, por outro lado, não avança nessa análise. Ao entender-se que (i) a conduta é anticoncorrencial; e (ii) não há serviço ou custo adicionais, não se apreciou se o incontroverso agir diferenciado do operador portuário nesses casos — ainda que, por hipótese, dentro dos serviços da *box rate* — representa serviço diferenciado oferecido ao importador — o que não é o mesmo que adicional.

Por esses motivos, lançar um olhar civilista sobre o entendimento do STJ, em complemento ao olhar concorrencial pelo qual primou a Corte, parece-nos importante. Isso porque a intenção é que se reflita sobre o tema e se avaliem os avanços jurisprudenciais necessários daqui por diante.

5. Um olhar técnico portuário

O professor Cass R. Sunstein nos ensina que:

In the presence of ambiguity, it is not possible to make an assessment without making judgments of policy and principle. Meaning is not a brooding omnipresence in the sky. Those who know the most are in the best position to ascertain meaning, and they are not federal judges.⁶³

Na obra *The Most Knowledgeable Branch*, Sunstein afirma que há uma relevante divergência de informações entre os três Poderes. Segundo ele, o Poder Executivo é, de longe, o mais bem informado, por ser auxiliado por técnicos e órgãos capazes de processar um número muito maior de informações. Os Poderes Legislativo e Judiciário, por outro lado, possuem inegável déficit informacional em relação ao Executivo, por mais nobres e capazes que sejam seus agentes. Por isso, o autor destaca a importância de deferir-se ao entendimento dos órgãos especializados quando o assunto é técnico.

O STJ não procedeu dessa forma no que se refere à análise técnica do setor portuário — embora, é verdade, tenha se valido da análise técnica de

63 SUNSTEIN, C. R. *The Most Knowledgeable Branch*. *University of Pennsylvania Law Review*, [s. l.], v. 164, p. 1616, 2016.

outro órgão do Poder Executivo, responsável pela defesa da concorrência. Ainda assim, é possível ponderar: quem está mais apto a analisar a prestação de um serviço no âmbito portuário, o Cade ou a Antaq?

O voto vencido bem respondeu: a Antaq. Como operadores do Direito, por mais especializados que nos tornemos, nossas condições de analisar os serviços prestados em um porto (se são adicionais ou não, suas consequências sistêmicas e outros aspectos essenciais) são invariavelmente limitadas. Ou, pelo, menos, inferiores em relação àqueles que de fato atuam no setor, para além de analisar seus enquadramentos jurídicos. Estudar a lei aplicável a um porto é bastante diferente de trabalhar nele.

É a chamada **discricionariedade técnica** das agências reguladoras, assim sintetizada por Sérgio Guerra, autoridade no tema:

Considerando as manifestações doutrinárias colacionadas, sobre a teoria da discricionariedade técnica e sua distinção da discricionariedade pura exercida pela Administração Pública, notadamente aquelas desenvolvidas pelos pensadores italianos e ibéricos, pode-se inferir que o termo “discricionariedade técnica” visa apenas uma limitação jurisdicional do controle do seu exercício, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz.⁶⁴

Embora não descuidemos da competência do Cade também sobre o setor regulado pela Antaq,⁶⁵ parece-nos que uma coisa é analisar ofensa à concorrência; outra é analisar os impactos de determinado serviço ao setor portuário. É verdade que, no caso em análise, essas duas análises

64 GUERRA, S. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 205; 208.

65 O primeiro autor assim já se manifestou sobre o tema: “Esses dispositivos revelam que o setor portuário não é infenso à jurisdição do Cade para determinar a ocorrência de infrações à ordem econômica. As normas setoriais da Antaq não têm prevalência sobre as normas de defesa da concorrência. A competência do Cade não é excepcionada em quaisquer dos setores econômicos (regulados ou não!), inclusive nos portos. Não se fala, portanto, em isenção antitruste. Esse quadro conduz à conclusão de que, conquanto a Antaq deva nortear sua atuação para zelar a livre concorrência, a competência para a aplicação da legislação antitruste, mesmo no âmbito do setor portuário, permanece reservada ao Cade.” (JUCÁ, P. R. *Regulação do setor portuário*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 87).

estão intimamente conectadas. Ainda assim, mesmo reconhecendo a competência do Cade, a tomada de decisão judicial merecia ter sido mais atenta à posição técnica da Antaq.

Na linha de Sunstein, o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu que, confrontado com matéria técnica, cabe observar os limites cognitivos e institucionais de especialização do Poder Judiciário. Nesse sentido, o voto oral do ministro Luiz Fux no julgamento da ADPF nº 309, declara que:

Eu me refiro especificamente à questão das capacidades institucionais. Esse caso é um caso emblemático sobre esse ângulo constitucional. [...] uma instância pode muito, mas não pode tudo, e isso se refere a todos os poderes. Então também não se pretende um governo de juízes. Até porque, nos falta, dentre outras coisas, essa capacidade institucional, que foi introduzida nesse debate sobre ativismo e judicialização das questões, [...]. E é exatamente essa questão da capacidade institucional que fez com que o Min. Marco Aurélio tenha evidenciado uma perplexidade: o que que nós entendemos sobre isso?⁶⁶

O STJ ponderou as posições do Cade e da Antaq, chamando ambas a oferecer contribuições aos processos na qualidade de *amici curiae*. Ainda assim, ao final, a Corte se afastou do entendimento técnico da Antaq sobre os serviços prestados nos portos. Mais ainda: por via transversa — já que não se tratava de ação para anulação — revogou toda a regulação estabelecida pela Antaq sobre o tema, na prática apreciando o mérito daquele ato regulatório.⁶⁷

O olhar técnico que se propõe lançar neste capítulo, claro, não é o dos autores. Até porque não seriam capazes de oferecê-lo, como não é o Poder Judiciário. O olhar técnico aqui exaltado é o da Antaq. Se a agência reguladora diz que há serviço adicional e que o setor sofreria pela ausência de

66 STF, ADPF nº 309 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 25.09.2014, p. em 01.12.2014. Em igual sentido: v. SL nº 1.425 AgR, Rel. Min. Luiz Fux (Presidente), Tribunal Pleno, j. em 24/05/2021, DJe 02/06/2021.

67 No passado, o ministro Cesar Asfor Rocha afirmou: “É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei.” (STJ, RMS 1.288/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 1ª Turma, j. 04.04.94. No mesmo sentido: STJ, MS nº 9942-DF, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 3ª Seção, j. 09.3.05).

regulação ou até pela ausência de cobrança, devemos ponderar a deferência devida a essa informação técnica.⁶⁸ Até porque o julgador e os operadores do Direito sequer possuem condições de avaliar os impactos de longo prazo daquela medida no setor regulado.⁶⁹

A despeito das relevantes ponderações apresentadas pelo Cade — e acolhidas pelo STJ —, reflete-se quanto ao avanço do Poder Judiciário sobre a discricionariedade técnica da Antaq. Em cenário de incertezas e divergências sobre a THC2, a Antaq optou por autorizá-la e regulá-la. O Poder Judiciário, porém, viu de forma diferente. Não em razão de vício formal no processo de regulamentação, mas porque se discordou da leitura de mérito feita pela agência reguladora quanto à tarifa praticada no mercado por ela regulado.

Com todos os elogios à tentativa do STJ de pacificar o tema, tampouco ignorando as relevantes preocupações do Cade, cabe refletir sobre a preponderância a ser conferida à posição da Antaq.

Como propõe Sunstein sobre o Executivo e suas agências: “[...] it knows far more”.⁷⁰ Parece sensato permitir que a decisão seja tomada com base no que informa quem mais sabe.

68 Ainda sobre discricionariedade técnica: “A discricionariedade técnica, que tanto deve a Massimo Severo Giannini sua atual configuração na doutrina jus administrativa, tem o mérito de pôr em evidência a importância da regra técnica na administração pública, legando o ilustre e venerando jurista a excluir a possibilidade de utilização de regras técnicas, que são a seu modo vinculantes não só da melhor como, e por tantas vezes, da única escolha possível, no âmbito da discricionariedade administrativa.

Assim é que ‘nos casos em que a lei prescreve à Administração uma atividade de esclarecimento da realidade tecnicamente complexa que importa no emprego de disciplinas especializadas, ou mesmo nos casos em que esse esclarecimento for necessário ao exercício do poder, esta doutrina (críticável, porém consolidada) considera atribuído um verdadeiro e adequado poder discricionário (de conteúdo técnico)’ (MOREIRA NETO, D. F. Natureza jurídica, competência normativa: limites de atuação. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, p. 81-82, 1999).

69 O Judiciário, inclusive, já se atentou a isso: “Há, por fim, o problema das consequências indesejáveis da decisão judicial. A intromissão do Judiciário em assuntos de outros poderes gera, comumente, consequências que sequer são previstas pelo magistrado. Essas consequências são, com frequência, indesejáveis, pois geram resultados piores do que aqueles (positivos) imaginados pelo juiz.” (TRF1, RN 1002013-22.2017.4.01.4000, 7ª Turma, Desa. Rel. Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas, j. 07.12.21)

70 SUNSTEIN, C. R. The Most Knowledgeable Branch. *University of Pennsylvania Law Review*, [s. l.], v. 164, p. 1616, 2016.

Considerações finais

Diferentes órgãos da Administração Pública federal travaram verdadeiro “cabo de guerra” quanto à legalidade e à possibilidade de regulamentação da cobrança, ou não, de THC2. De um lado, a Antaq, autarquia federal responsável pela regulamentação dos portos no Brasil, como determina o art. 23, II e III da Lei nº 10.233/2001. De outro, o Cade, outra autarquia federal, incumbida pela Lei nº 12.529/2011 de zelar pela ordem econômica nacional.

De acordo com a Antaq, a opção dos importadores de armazenar as cargas importadas na chamada zona secundária do porto acarretaria serviço adicional a ser prestado pelo operador portuário, a quem incumbe a segregação e a entrega dessas mercadorias. Isso gera incremento de custo ao operador e benefício ao importador. Por isso, seria legítima a cobrança de THC2, que foi regulamentado pela agência. O Cade, por outro lado, entende que a cobrança de THC2 caracteriza ato anticoncorrencial. Segundo o Conselho, o valor serve apenas para artificialmente aumentar o custo de armazenagem em zonas secundárias, com quem os operadores portuários concorrem nesse segmento específico.

O TCU também entrou no debate. O Tribunal suspendeu liminarmente resolução da Antaq que permitia a cobrança, por entender que a agência agiu em “desvio de finalidade” ao editar a norma. Na prática, portanto, alinhou-se à posição do Cade, afastando a possibilidade de cobrança de THC2.

Em meio a essa multitude de opiniões administrativas, o tema foi devolvido à apreciação do STJ por meio dos recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP. Ao apreciá-los, o STJ manteve o entendimento do TJSP no sentido de que a cobrança de THC2 é conduta violadora da concorrência, reconhecendo-a como ilícita em qualquer circunstância. Mais do que reconhecer a competência do Cade para supervisionar a possibilidade de violação da concorrência no setor portuário, o STJ privilegiou sua posição em relação à da Antaq. Embora ambos os órgãos tenham se manifestado na qualidade de *amici curiae*, prevaleceu a posição do Cade.

Ainda assim, em voto vencido, o ministro Sérgio Kukina entendeu no sentido oposto. De acordo com o ministro, seria o caso de alinhar-se à posição da Antaq, e não à do Cade, pois é a agência que detém a expertise técnica necessária para avaliar (i) se há ou não serviço sendo prestado; e (ii) se tal serviço merece ser regulado e como. Divergindo da maioria, o

ministro Kukina destacou que, a despeito da competência do Cade para avaliar eventual conduta anticoncorrencial, era preciso dar ouvidos à autoridade técnica em matéria portuária.

A despeito do entendimento do STJ, o tema da THC2 parece longe de estar pacificado. Tamanha sua importância e controvérsia, refletir a seu respeito parece sempre proveitoso.

Afinal, o STJ analisou a THC2 sob uma perspectiva puramente concorrencial, mas não averiguou o tema sob o prisma do Direito Civil. Nessa seara, caberia, por exemplo, avaliar se há enriquecimento sem causa do importador em razão da possível vantagem que auferir quando opta por armazenar a carga importada na zona secundária do porto. A doutrina reconhece que pode haver enriquecimento sem causa mesmo em casos nos quais não há empobrecimento de uma das partes, mas apenas se constata que a outra obteve vantagem em razão de determinado agir — que pode ser caracterizada pelo caráter *premium* descrito no voto do ministro Kukina.

Por isso, mesmo a prevalecer o entendimento do STJ, deve-se refletir não apenas sobre serviço e custos adicionais, mas sobretudo em vantagem auferida pelo importador. Isto é, como o Direito Civil veria o tema.

Além disso, também parece importante refletir sobre a necessidade de o Poder Judiciário conferir preponderância à análise técnica, em detrimento de seu próprio entendimento — por natureza jurídico, e não técnico — sobre o tema. De fato, ao julgar os recursos especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP o STJ, ainda que em precedente não vinculante e *inter partes*, invalidou regulamentação da Antaq — que autorizava a cobrança de THC2. O resultado, portanto, foi a substituição da regulamentação pelo entendimento de mérito do Poder Judiciário.

Os portos sempre tiveram papel de destaque na história brasileira. Hoje não é diferente. Por isso mesmo, tão relevante é sua regulamentação e a consolidação de segurança jurídica nas decisões dos órgãos administrativos e do Poder Judiciário que lhes digam respeito. De igual relevância, porém, é o acerto de tais decisões, que necessariamente evoluem e se aprimoram com o tempo. Desse modo, é essencial refletir sobre o cenário atual da cobrança de THC2, assim como eventuais repercussões e lacunas das normas — legais, regulamentares ou criadas pela jurisprudência — que lhe dizem respeito.

Referências

- ALVES, E. Memorando entre Cade e Antaq permite maior segurança jurídica no setor portuário, *JOTA*, 24 ago. 2021.
- ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 259, p. 3-36, maio 1957.
- ARAÚJO SÁ, C.; PESSUTO, F. I. Conflito de competências: a cobrança do serviço de segregação e entrega ou Terminal Handling Charge 2 pode ser considerada uma infração concorrencial? *Caderno Virtual*, [s. l.], v. 3, n. 52, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6139>. Acesso em: 2 fev. 2025.
- ASSOCIAÇÃO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS PRIVADOS. *Relatório Estatístico 1º Semestre de 2024 — ATP*. Disponível em: <https://www.portosprivados.org.br/publicacoes/relatorios>. Acesso em: 28 jan. 2025.
- CABRAL, F. G.; SARAI, L.; IWAKURA, C. R. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal. *Revista da CGU*, [s. l.], v. 13, n. 24, p. 207-219, 2021.
- CASTRO JUNIOR, O. A. de. Defesa da concorrência na Nova Lei dos Portos. *Revista de Defesa da Concorrência*, [s. l.], v. 4, n. 2, nov. 2016.
- FONSECA, F. R. da. *Terminal Handling Charge 2: um estudo de caso acerca da relação entre regulação e concorrência no setor portuário brasileiro*. 2020. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) — Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.
- FORGIONI, P. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 318-319.
- GUERRA, S. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 205; 208.
- JUCÁ, P. R. *Regulação do setor portuário*. São Paulo: Almedina, 2021.
- KONDER, C. N. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, G. (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- LUNA, D. Comércio marítimo brasileiro cresce 2,2% em 2024, a US\$ 492,5 bi, diz ATP. *CNN Brasil*, 8 jan. 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/mercado/comercio-maritimo-brasileiro-cresce-22-em-2024-para-us-4925-bi-diz-atp/>. Acesso em: 28 jan. 2025.
- MOREIRA NETO, D. F. Natureza jurídica, competência normativa: limites de atuação. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999.
- NANNI, G. E. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.
- RSP, E. Cooperação. *Revista do Serviço Público*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 120-121, 1943. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8643>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- OLIVEIRA, G. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73.
- SAMPAIO, P. R. P. *Regulação e concorrência: a atuação do Cade nos setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.
- SUNSTEIN, C. R. The Most Knowledgeable Branch. *University of Pennsylvania Law Review*, [s. l.], v. 164, p. 1607-1648, 2016.
- TCU nega recurso e mantém ilegal regra da Antaq para cobrança de SSE/THC2, *Agência INFRA*, Rio de Janeiro, 5 set, 2024. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/tcu-nega-recurso-e-mantem-ilegal-regra-da-antaq-para-cobranca-de-sse-thc2/>. Acesso em: 2 fev. 2025.
- TERRA, A. M. V.; GUEDES, G. S. C. Revisitando o lucro da intervenção. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 281-305, jul./set. 2021.

Regulação responsiva: uma análise sobre o atual modelo e projeto de regulação responsiva da Anac, bem como seus impactos no setor aeroportuário

Renata de Abreu Martins¹

Francisco Cesar Lucas de Oliveira Filho²

Resumo

A regulação responsiva, além da teoria, é um importante mecanismo utilizado pelas agências reguladoras no Brasil e no mundo, que visa, em síntese, promover a conformidade regulatória de seus entes regulados, por meio de estímulos, para que o regulado atenda voluntariamente às exigências estabelecidas pelo regulador. Pode, ainda, ser adotada em variados formatos pelas agências reguladoras, não tendo um modelo único. Além disso, a regulação responsiva pressupõe uma flexibilidade na atuação do regulador, incentivando boas práticas e uma conduta responsável do regulado, sendo uma alternativa ao modelo clássico de “comando e controle”. A Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), na qualidade de agência reguladora da aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, adota ações responsivas em suas atividades fiscalizatórias e tem buscado aprimorar,

1 Diretora jurídica da Aena Brasil. Mestra em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui pós-graduação em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas e graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2008). Atua na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo e Regulatório.

2 Com mais de 10 anos de atuação no setor de aviação, possui ampla experiência em companhias aéreas e aeroportos. Graduado em Direito pela FMU e pós-graduado em Direito Aeronáutico pela UAM, atuou como advogado sênior no Aeroporto de Guarulhos, e, atualmente, coordena a área de Direito Regulatório na Aena Brasil, operadora aeroportuária responsável pela gestão de 17 aeroportos no Brasil.

por meio de projeto específico, uma de suas principais normas, que regula suas atividades fiscalizatórias e o processo sancionador perante a Agência. Isso ocorre com o objetivo de suprir eventuais deficiências e aprimorar o espírito colaborativo com os entes regulados.

Palavras-chave: Regulação responsiva. Infraestrutura aeroportuária. Agências reguladoras.

1. Regulação responsiva

A regulação responsiva é uma alternativa ao modelo regulatório que se baseia sobretudo em penalidades, também conhecido como de “comando e controle”. Quando adotado exclusivamente, o comando e controle enfrenta diversas restrições, pois não há estímulos para que o regulado atenda, voluntariamente, às exigências estabelecidas pelo regulador. Além disso, as penalidades como multas, suspensões e cassações costumam ser excessivamente severas, gerando, também, custos para a Administração Pública e causando um desincentivo ao regulado, que demonstra um histórico de cooperação e dedicação aos propósitos regulatórios.

Ademais, a utilização exclusiva de instrumentos de comando e controle pode resultar em várias implicações, tais como normas excessivamente prescritivas, grande quantidade de processos administrativos sancionadores e judiciais, custos administrativos aos cofres públicos, limitação da autonomia do regulador diante da variedade de comportamentos dos regulados e baixa eficácia das penalidades aplicadas. Portanto, a migração de reguladores de vários setores para um modelo de regulação responsiva está se tornando cada vez mais comum, sendo praticada em diversas agências reguladoras brasileiras como a Agência Nacional de Transportes (Antaq), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), entre outras.

Segundo a doutrina, a regulação responsiva não possui um formato exato e prescritivo, mas, de modo contrário, depende de diversos fatores, como o contexto no qual está inserida, da cultura regulatória e da história, sendo uma **atitude** que permite o florescimento de diversas abordagens regulatórias. Portanto, ela pressupõe uma flexibilidade na atuação do regulador.

Responsive regulation is not a clearly defined program or a set of prescriptions concerning the best way to regulate. On the contrary, the best strategy is shown to depend on context, regulatory culture, and history. Responsiveness is rather an attitude that enables the blossoming of a wide variety of regulatory approaches [...] (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 5.).

A regulação responsiva ainda é caracterizada pela existência de uma pirâmide regulatória, conhecida como pirâmide de *enforcement*, de autoria de Ayres e Braithwaite (1992), na qual a fiscalização e a responsabilização estão organizadas em níveis. Nesse sentido, no topo da referida pirâmide, encontram-se as medidas mais severas e, em sua base, as medidas mais brandas. Assim, a seriedade da pena estaria colocada em uma escala.

As sanções mais severas estariam, portanto, concentradas no topo dessa pirâmide, no qual há uma concentração de regulados com histórico de não conformidade regulatória maior. À vista disso, a maior parte das ações regulatórias deveria estar localizada e focada na base dessa pirâmide, posição em que a cooperação deve ser incentivada e prevalecer, avançando para medidas mais rigorosas conforme a necessidade de sua aplicação.

No Brasil, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, possui, entre outras competências, a responsabilidade pela regulação e fiscalização das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Exceção a isso seriam as atividades e dos procedimentos relacionados ao sistema de controle do espaço aéreo e ao sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

Nesse contexto, a referida Agência, apesar de já adotar algumas ações responsivas em suas atividades fiscalizatórias e normativas, identificou a oportunidade de aprimoramento da regulação, em especial da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018. Afinal, a resolução é o principal normativo que regula o exercício das atividades de fiscalização e o rito dos processos preventivos e sancionadores sob competência da Anac.

De forma a estimular a conformidade regulatória dos entes por ela regulados, promover as melhores práticas e a melhor combinação de soluções e esforços para a garantia da segurança, bem como da excelência

da aviação civil, o projeto realiza uma profunda revisão de conceitos e do modo de agir da Agência como reguladora. Esse aspecto será objeto de análise neste artigo, especialmente sob a ótica aeroportuária.

2. O atual modelo de regulação responsiva na Anac

Antes de abordar, especificamente, o novo projeto da Agência sobre o tema, é importante destacar que a Anac já possui, na atualidade, diferentes formatos de **ações responsivas em prática**, que utilizam uma abordagem diferenciada das ações clássicas de comando e controle. As principais que merecem destaque no contexto de aeroportos são: (i) providências preventivas de fiscalização, como o Aviso de Condição Irregular (ACI) e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI); (ii) proposta apoiada em contratos de concessão de aeroportos; e (iii) aeroportos sustentáveis.

2.1 O ACI e a SRCI

Embora esses dois instrumentos preventivos não sejam sempre utilizados e devidamente explorados pelo regulador e pelos entes regulados, é importante destacar um avanço. As resoluções atuais da Anac, que estabelecem o rito dos processos infracionais na referida Agência, já contemplam mecanismos de regulação responsiva que visam estimular a correção da não conformidade antes mesmo da instauração de um processo infracional sujeito a multas e outras sanções administrativas.

Nesse contexto, a Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, que estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da Anac. A solução aplicável a todas as apurações de infrações aos normativos da Agência, com exceção das infrações contratuais das concessões aeroportuárias, prevê, em seu capítulo I, as denominadas **providências administrativas preventivas**.

TÍTULO II

DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 5º A aplicação de providência administrativa preventiva não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz.

CAPÍTULO I

DOS TIPOS DE PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 6º Constituem-se providências administrativas preventivas:

I — Aviso de Condição Irregular — ACI; e

II — Solicitação de Reparação de Condição Irregular — SRCI.
(Resolução nº 472, arts. 5º e 6º, 2018)

O ACI e a SRCI, em síntese, teriam o condão de possibilitar a correção do comportamento inadequado do regulado, sem a necessidade de a Agência recorrer às sanções previstas na norma, que é, justamente, o objetivo da regulação responsiva. Em um contexto de pirâmide de *enforcement*, tanto o ACI quanto o SRCI estariam dispostos em sua base, sendo ferramentas brandas de incentivo à conformidade.

Enquanto o ACI é aplicável à infração de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas, o SRCI não apresenta, na norma, um escopo de aplicação definido. Este pode ser emitido pelo agente fiscalizador quando constatada infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo, requerendo, todavia, a apresentação de um plano de ação corretiva — Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) pelo ente regulado.

Seção I

Do Aviso de Condição Irregular

Art. 7º O ACI pode ser emitido quando constatada infração de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas.

Parágrafo único. A Anac emitirá o ACI por meio de notificação ao regulado, contendo a descrição da infração detectada.

Seção II

Da Solicitação de Reparação de Condição Irregular

Art. 8º A SRCI pode ser emitida quando constatada infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo.

§1º A SRCI conterá a descrição da infração detectada.

§2º Da SRCI deverá constar prazo para correção da infração constatada ou concessão de prazo máximo de 60 (sessenta) dias ao regulado para apresentação de Plano de Ações Corretivas — PAC.

§3º O PAC será considerado aceito caso não haja manifestação da Anac no prazo de 60 (sessenta) dias a partir de seu recebimento.

§4º O regulado deverá comprovar à Anac a correção da infração dentro dos prazos estabelecidos na SRCI ou no PAC, sob pena de adoção de outras providências administrativas. (Resolução nº 472, arts. 7º e 8º, 2018)

O PAC, por sua vez, é um documento fornecido pelo regulado, que inclui uma descrição das medidas a serem tomadas para corrigir a situação irregular, um cronograma para a execução das medidas e a designação de um responsável.

No âmbito das concessões aeroportuárias, o PAC é um instrumento fundamental e bastante utilizado. Isso porque as medidas corretivas, muitas vezes, demandam a execução de ações complexas, com a realização de investimentos vultosos, bem como obras e intervenções na infraestrutura que devem ser realizadas sem interromper as operações aéreas e as demais atividades que acontecem em um aeroporto.

É oportuno observar que a aplicação de medidas preventivas no contexto da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, está, todavia, amarrada ao Compêndio de Elementos de Fiscalização (CEF). Tratam-se da Agência que predeterminam a aplicação de providência sancionatória para alguns casos e, para outros, a aplicação de providência preventiva. Tal rigidez acaba, na prática, por retirar a possibilidade de adoção de medidas alternativas quando analisado o caso concreto, levando, muitas vezes, à instauração imediata de um processo administrativo sancionatório.

Art. 4º As decisões de aplicação do tipo de providência administrativa devem seguir o disposto nos Compêndios dos Elementos de Fiscalização — CEF, os quais poderão considerar critérios relacionados ao histórico de providências administrativas adotadas pela Anac, ao atendimento aos planos de ações corretivas e aos indicadores de risco e de desempenho dos regulados. (Resolução nº 472, art. 4º, 2018)

Por outro lado, a Resolução nº 599, de 14 dezembro de 2020, que determina o procedimento administrativo específico para a apuração de infrações das concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas presentes nos contratos de concessão. Essa norma também prevê os

mesmos mecanismos alternativos presentes na Resolução nº 472/2018, quais sejam o ACI e SRCI.

A Resolução nº 599/2020 restringe o âmbito de adoção das providências preventivas a infrações consideradas de baixa lesividade. Outrossim, a norma também veda a sua adoção em determinadas situações, como no caso de reincidência da não conformidade.

CAPÍTULO I

DA APLICAÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 8º A aplicação de providência administrativa preventiva não constituirá sanção à concessionária e tem por objetivo estimular seu retorno à situação de conformidade de forma célere e eficaz.

Art. 9º As providências administrativas preventivas poderão ser aplicadas quando, após considerados o impacto da conduta sobre a segurança das operações, a sanção abstratamente cominada para a prática infracional, os danos, efetivos ou potenciais, resultantes da infração para o serviço e para os usuários, e as vantagens, efetivas ou potenciais, auferidas pela Concessionária em razão da infração, restar caracterizada sua baixa lesividade.

§1º Impedem a aplicação de providências administrativas preventivas, mesmo quando preenchidos os requisitos previstos neste artigo:

I — a aplicação de providência administrativa sancionatória à concessionária pela mesma espécie de infração nos 3 (três) anos anteriores à prática da infração constatada, contados da decisão administrativa transitada em julgado, salvo quando outro prazo for fixado no respectivo contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária; ou

II — a aplicação de providência administrativa preventiva à concessionária pela mesma espécie de infração nos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração constatada, salvo quando outro prazo for fixado pela autoridade competente para a fiscalização.

§2º Não são aplicáveis providências administrativas preventivas quando a multa estipulada para a infração constatada for calculada com base nos valores indevidamente auferidos pela concessionária em razão de sua prática.

Art. 10. As providências administrativas preventivas serão aplicadas pela autoridade competente para a fiscalização por meio de notificação à concessionária, contendo a descrição da infração detectada. (Resolução nº 599, arts. 8º, 9º e 10º, 2020)

Em que pese a Resolução nº 599/2020 já contemplar critérios mais claros acerca de sua aplicação, observa-se que alguns conceitos, por exemplo, o de baixa lesividade, ainda estão sujeitos a uma interpretação subjetiva por parte do ente regulador. Afinal, o que seria a baixa lesividade?

À vista disso, embora as normas vigentes tenham um importantíssimo papel na atividade fiscalizatória atual da Anac, possibilitando ao regulado alcançar a conformidade regulatória sem a aplicação de sanções mais severas que seriam desnecessárias ou que não teriam o efeito prático esperado, verifica-se que o atual arcabouço regulatório da Agência pode ser objeto de melhoria.

Nesse sentido, poderiam ser criados critérios mais abrangentes de aplicação das providências preventivas, inclusive para que constituam, em determinadas situações, etapa obrigatória preliminar ao processo sancionador ou, ao menos, que seja devidamente justificada a sua não adoção no caso concreto.

Embora ambas as normas prevejam que a instauração do processo administrativo sancionador ocorrerá quando houver situação que “justifique” sua adoção, na prática não se verifica nos autos de infração da Agência o enquadramento de condutas em um rol claro de acordo com sua lesividade. Da mesma forma, não se observa a apresentação de motivação para a não adoção de uma providência administrativa preventiva, contemplando as razões que levaram o agente fiscalizador a entender que determinada conduta seria considerada grave e que esta não poderia ser corrigida pelo ente regulado por meio desses dois mecanismos responsivos.

Assim, o ACI e a SRCI constituem, atualmente, os dois principais pilares da regulação responsiva presentes nas normas da Anac e em sua atividade fiscalizatória, os quais estão sob reformulação no novo projeto de revisão da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, pela Agência. Embora muito utilizados no setor aeroportuário, conforme observado, sua adoção poderá ainda ser objeto de melhorias e de maior clareza em um contexto de incentivo da conformidade regulatória.

2.2 *Proposta apoiada em contratos de concessão de aeroportos*

No que se refere à regulação responsiva nos contratos de concessões aeroportuárias, com o advento da quinta rodada de concessões, cabe rememorar que foram introduzidos pelo poder concedente mecanismos complementares para ampliar a participação dos operadores aeroportuários e dos principais usuários nas decisões relativas ao planejamento e ao uso do aeroporto. Nessa linha, a proposta apoiada é um instrumento de flexibilidade regulatória destinado a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, bem como a eficácia na administração aeroportuária durante o período de concessão.

A proposta apoiada visa, em síntese, assim como nos *consultations*, promover o diálogo entre as partes interessadas relevantes na operação aeroportuária. Além disso, busca flexibilizar a rigidez dos contratos de concessão, ao permitir a mudança e/ou a criação de novos compromissos e parâmetros contratuais formulados, em consenso, pelos aeroportos e pelos operadores aéreos.

Seção III — Da Proposta Apoiada

6.16. A Proposta Apoiada constitui mecanismo de flexibilização regulatória cujo objetivo é permitir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da eficiência na gestão aeroportuária ao longo do período da concessão.

6.17. A Concessionária poderá, apoiada pelas Empresas Aéreas, apresentar Proposta Apoiada para, em conjunto ou isoladamente:

6.17.1. Alterar valores de Receita Teto e Teto Tarifário ou estabelecer modelos alternativos de tarifação;

6.17.2. Estabelecer um ou mais parâmetros da concessão que irão vigorar no quinquênio subsequente a partir da Revisão de Parâmetros da Concessão seguinte.

6.17.3. Estabelecer novos compromissos relativos à oferta de infraestrutura e serviços aeroportuários não previstos no Contrato; ou

6.17.4. Alterar obrigações contratuais relativas à oferta de infraestrutura e serviços aeroportuários.

6.18. A Anac deverá aprovar ou rejeitar a proposta levando em consideração (i) critérios de boas práticas em termos de tarifação, de

investimentos, eficiência operacional ou de qualidade de serviço nos aeroportos e/ou (ii) os interesses dos usuários finais dos aeroportos. (Contrato de Concessão nº 001/Anac/2019 — Bloco Nordeste, Cláusula 6.16. e seguintes)

Em outras palavras, as concessionárias aeroportuárias têm a possibilidade, por meio de negociações e acordo com as demais partes envolvidas, de propor mudanças em determinados parâmetros estabelecidos diretamente pelo regulador. A Anac, por sua vez, precisa aprovar a proposta apresentada pelo operador aeroportuário, que tem uma duração de cinco anos, sempre vinculada às revisões dos parâmetros da concessão.

Segundo a Anac, o mecanismo de proposta apoiada se fundamenta no conceito de engajamento construtivo (*constructive engagement*), recomendado pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) e aplicado na regulamentação de aeroportos em outras nações.

Esse princípio pressupõe que os operadores aeroportuários, aéreos e usuários de um modo geral detêm mais informações do que o regulador sobre as particularidades da infraestrutura e da operação de aeroportos. Desse modo, podem, de forma mais adequada e efetiva, estabelecer obrigações e parâmetros contratuais diferenciados, ou seja, mais alinhados com a realidade da operação de cada aeroporto.

Apesar de esse ainda ser um mecanismo de regulação responsiva relativamente novo nas concessões aeroportuárias brasileiras, haja vista que foi incluído nos contratos das concessões mais recentes, e não se tenha conhecimento sobre sua ampla utilização, é fato que a proposta apoiada se revela uma superação da regulação convencional. Isso ocorre por causa da adoção nos contratos de concessão de formas alternativas para o estabelecimento e da modificação de obrigações contratuais e outros parâmetros, antes rígidos, a fim de estimular o equilíbrio econômico-financeiro e a busca dos melhores resultados nos aeroportos.

2.3 Programa Aeroportos Sustentáveis

Assim como a regulação responsiva pode estar prevista nas normas e nos contratos de concessão, ela também está presente em outras ações do órgão regulador, como é o caso do programa **Aeroportos Sustentáveis** da Anac.

Trata-se de uma ferramenta não regulatória da Agência destinada a promover práticas sustentáveis de gestão ambiental em aeroportos e premiar ações proativas voltadas à sustentabilidade das operações aéreas. Com o lançamento da primeira edição, em dezembro de 2019, a participação no projeto é voluntária e sem custos, e os aeroportos são categorizados conforme a quantidade de passageiros transportados, de acordo com a respectiva classe do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil — RBAC nº 153 em que o aeroporto se enquadra.

Tal programa reflete justamente o objetivo da regulação responsiva, que, para além de garantir o cumprimento da legislação, visa incentivar a conformidade regulatória por meio da concessão de premiações, criando uma **competição positiva** entre os aeroportos no tema da sustentabilidade, visando beneficiar o meio ambiente e a sociedade como um todo.

3. Projeto Regulação Responsiva da Anac e seus principais impactos

A presente análise não pretende esgotar todos os aspectos do projeto prioritário que tramita na Agência Nacional de Aviação Civil, mas tem como objetivo analisar os principais pontos propostos de mudança relacionados à revisão da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, especificamente as mudanças que afetam o setor aeroportuário em um contexto da regulação responsiva.

O projeto de regulação responsiva teve início em 2020, visando aumentar a efetividade e incentivar a conformidade regulatória. Ele estava alinhado com o plano estratégico da Agência 2020-2026, que orienta a Agência a elaborar um modelo de regulação responsivo e inteligente de acordo com objetivos estratégicos, entre os quais, destaca-se o Objetivo Estratégico (OE5).

OE5 — Garantir a regulação efetiva para a aviação civil de forma a permitir a inovação e a competitividade.

A Anac deve promover um ambiente regulatório favorável ao desenvolvimento e à inovação tecnológica do setor, alinhada à garantia da segurança da aviação civil. Para tanto, é primordial valer-se de uma regulação efetiva, capaz de responder tempestivamente às mudanças e inovações do mercado. Isso se reflete na necessidade de monitorar o

estoque regulatório, fortalecer a Análise de Impacto Regulatório (AIR), ampliar a participação social e mensurar o impacto de suas regulações. Significa, portanto, construir um modelo de regulação responsiva e inteligente, sem barreiras e intervenções desnecessárias ao desenvolvimento e à competitividade (Planejamento estratégico Anac 2020-2026, p. 22).

Assim, o projeto sugere que a Anac reavalie seu modelo de regulação atual, empregando apenas ferramentas de comando e controle quando realmente necessário. O objetivo será estabelecer incentivos, prevenir e cumprir as regulamentações, em vez de sancionar. Espera-se que, com o uso apropriado de mecanismos de persuasão e penalidades, a regulamentação se torne mais eficaz, trazendo benefícios tanto para o ambiente regulado quanto para a sociedade.

A iniciativa da Agência também visa promover a implementação de intervenções menos prescritivas em assuntos de menor risco, inclusive por meio da utilização de selos, prêmios e soluções consensuais.

Embora já existam ações responsivas em prática, o relatório de análise de impacto regulatório da Agência sobre o tema mapeou causas centrais como possíveis responsáveis por um modelo regulatório que, atualmente, seria deficiente.

1.3. Chegou-se então à seguinte definição do problema regulatório: “Modelo regulatório deficiente em termos de incentivos para que regulados retornem de forma célere e efetiva à conformidade e/ou busquem ultrapassar proativamente os padrões mínimos estabelecidos”.

1.4. Na apuração do problema, foram mapeadas como possíveis causas centrais:

- Critérios de definição de providências (sancionatória ou preventiva) e de dosimetria das sanções (valores de multa e prazos de suspensão) que não refletem em normativos os melhores incentivos à conformidade.
- Evolução do modelo sancionatório com pouco foco na efetividade (no longo prazo) — norma geral (Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018) e normas específicas (materiais).
- Tratamento normativo único em termos de providências aplicáveis para diferentes perfis de regulados.

- Incompreensão por parte do regulado acerca dos requisitos (situações esperadas).
- Divulgação limitada (penalidades aplicadas, após trânsito em julgado, não são divulgadas de forma mais ampla para o setor e potenciais outros interessados, o que pode reduzir efeitos preventivos para os demais agentes e incentivos indiretos perante terceiros contratantes, consumidores e outros atores que tenham interesse no histórico dos regulados).
- Critérios normativos complexos ou que abrem margem para interpretações diversas.
- Discrepância de julgamento (entre diferentes instâncias) para casos análogos.
- Desconhecimento por parte do regulado acerca do processo e dos objetivos do enforcement.
- Não acompanhamento dos efeitos das decisões que aplicam providências (monitoramento da efetividade e dos impactos em cada tema ou regulamento).
- Limitações à efetiva cobrança das multas aplicadas (incentivo extrínseco que na prática acaba limitado).
- Fiscalização com efetividade limitada na identificação de problemas mais complexos e profundos, bem como na promoção do tratamento efetivo das causas dos problemas.
- Dispersão de informações sobre o histórico e a conduta do regulado (entre Unidades, entre instâncias e entre sistemas).
- Tratamento único de fiscalização para perfis diferentes de regulados (com risco e desempenho semelhantes). (Relatório de AIR Nº 1/2023/PPRR/GT-ESPRO/GAPI/SPI, 2023, p.1)

Em razão da amplitude do tema, o referido relatório e os trabalhos da Agência têm tido como enfoque as deficiências identificadas no modelo abrangente de fiscalização e implementação de medidas administrativas fundamentado nas disposições da Resolução nº 472/2018. Dessa forma, a Agência não está tratando, em uma etapa inicial, as questões relacionadas às apurações de infrações aos contratos de concessão de aeroportos, que, por sua vez, estão pautados na Resolução nº 599/2020.

Nessa esteira, a Anac instaurou a consulta pública nº 2/2024, relativa à promoção regulatória e ao rito de processos administrativos sancionadores, sobretudo visando reestruturar a referida Resolução nº 472/2018, de forma a ampliar sua abordagem responsiva, a qual contou com ampla participação do setor.

A proposta da Agência, em síntese, visa à implementação de uma nova pirâmide de *enforcement*, dando prioridade à prevenção, à correção de irregularidades e à aplicação de penalidades seguindo critérios de proporcionalidade e eficiência. Essa atualização propõe a adoção de novos recursos preventivos e punitivos. Entre eles se destacam a possibilidade de aplicação de advertência, obrigações de fazer e não fazer, bem como uma dinâmica adaptável na determinação da ação mais apropriada para cada situação e um modelo de dosimetria da sanção atualizado.

Entre as principais mudanças, é possível observar, desde já, a proposta de retirada dos conceitos preestabelecidos, referentes ao ACI e SRCI, por meio da introdução de um novo capítulo denominado “Do Retorno à Conformidade”. Tal fator dá maior autonomia à Agência e ao ente regulado para que, em conjunto, possam definir as medidas e os prazos para correção e promoção da conformidade regulatória.

Art. 6º Diante da identificação de não conformidade no desempenho de atividade regulada, a Anac definirá junto ao agente responsável a adoção das medidas para a sua correção e promoção da conformidade, quando aplicável.

§1º As não conformidades e outras circunstâncias relevantes serão registradas nos sistemas de controle da Anac e poderão ser consideradas, entre outros fins, para a composição do histórico de conformidade e a análise do perfil de comportamento dos agentes envolvidos.

§2º A autoridade competente poderá estabelecer prazo e condições para correção de não conformidade constatada ou conceder prazo para que o regulado submeta plano de correção à aprovação. (Minuta de resolução nº 472, art. 6º, 2024)

Outrossim, verifica-se que a Agência passará a registrar e analisar o histórico de conformidade do ente regulado e seu perfil comportamental, de forma a ponderar acerca da adoção ou não de medidas preventivas. Observa-se, ainda, que foram retiradas referências à norma de Compêndios de Elementos de Fiscalização, que, por sua vez, delimitavam quais situações seriam objeto de providências preventivas.

Nessa esteira, uma das particularidades mais relevantes da nova estrutura de *enforcement* é a implementação de uma dinâmica adaptável na determinação da providência mais adequada, conforme estabelecido no artigo oitavo da proposta normativa. Em vez de adotar uma estratégia única e inflexível, o objetivo é que a abordagem seja mais ampla, de forma que o órgão regulador deverá analisar cada situação, considerando diversos fatores, tais como a severidade da infração, a intenção do infrator, entre outros.

Art. 8º Constatada não conformidade que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória, será lavrado auto de infração e instaurado o respectivo Processo Administrativo Sancionador — PAS.

§1º Na análise da necessidade de instauração de PAS, serão observados a natureza da não conformidade identificada, as circunstâncias que envolvem o fato, a conduta e, no que couber, o histórico de conformidade e de cooperação do regulado, o caráter pedagógico da medida e a garantia da manutenção da efetividade da norma, entre outros critérios. (Minuta de Resolução nº 472, art. 8º, 2024, grifos nossos).

A incorporação da advertência como uma medida punitiva na nova estrutura de *enforcement* demonstra, por sua vez, uma estratégia mais preventiva por parte da Agência reguladora. Em vez de impor multas ou penalidades imediatas, o instrumento punitivo da advertência proporciona uma primeira chance para os regulados se corrigirem, sem que haja, de plano, a aplicação de sanções financeiras. Isso incentiva a sensibilização e a adesão voluntária às regras, diminuindo, potencialmente, a possibilidade de infrações e ocorrência de transgressões futuras. Além disso, a advertência pode ser um instrumento eficiente para detectar e solucionar problemas de maneira antecipada, evitando que se agravem e/ou requeiram ações mais rigorosas.

Nesse ponto, cabe observar que outras Agências reguladoras já utilizavam essa medida de punição mais branda em suas atividades fiscalizatórias, como é o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), pautada no art. 2, I, da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que, por sua vez, regula as infrações à legislação sanitária federal e respectivas sanções. Outrossim, os próprios contratos de concessão de aeroportos já contemplavam essa modalidade de punição para as infrações relacionadas aos descumprimentos contratuais, de forma que a inclusão dessa medida se mostra necessária e adequada em um contexto de atualização normativa.

Além disso, a aplicação da advertência pode reforçar a confiança entre os regulados e o Estado, ao evidenciar uma atitude mais efetiva de cooperação por parte da entidade reguladora. Isso auxilia na promoção da boa-fé nas relações regulatórias, isto é, a advertência é uma ação destinada a promover a boa-fé, ao instruir e advertir os sujeitos regulados sobre suas responsabilidades normativas. Tal característica também indica uma postura mais voltada a prevenir infrações futuras, prever problemas e evitar disputas administrativas e judiciais.

Sob a ótica de um contexto econômico, a advertência também poderá auxiliar na diminuição dos custos envolvidos, tanto para os sujeitos à regulação quanto para o regulador em si. Isso ocorre porque ela pode prevenir a necessidade de processos sancionatórios administrativos e judiciais, mais complexos e custosos para ambas as partes.

Outro ponto que merece destaque na proposta da Agência, no contexto da pirâmide de *enforcement*, é a possibilidade de adoção de obrigações de fazer e não fazer pela Agência. Em outras palavras, a Anac poderá impor a obrigação de fazer e a obrigação de não fazer, em forma de punição, a quem não cumpre uma obrigação legal ou normativa. O foco dessas medidas administrativas, contudo, deve ser direcionado ao usuário final, proporcionando-lhe algum benefício ou vantagem resultante da penalidade aplicada ao infrator.

Em todas as situações, a Anac pode avaliar, utilizando sua discricionariedade, a oportunidade de aplicar as penalidades de obrigação de fazer e de não fazer. No entanto, a decisão deve ser adequadamente embasada. Diante disso, a expectativa é que a Anac deverá fundamentar a escolha pela melhor providência administrativa a ser adotada, inclusive obrigações de fazer ou não fazer.

Art. 28. Constituem providências administrativas sancionatórias:

I — advertência;

II — multa;

III — obrigação de fazer ou de não fazer;

IV — suspensão, parcial ou total, de certificados, licenças, habilitações ou autorizações; e

V — cassação de certificados, licenças, habilitações ou autorizações.

§1º Às sanções previstas nos incisos III, IV e V do caput poderá ser cumulada a sanção de multa.

§2º A gravidade da não conformidade e o histórico e o comportamento do regulado justificam a escolha das providências sancionatórias adequadas ao caso concreto. [...] (Minuta de Resolução nº 472, 2024, art. 28º, grifos nossos)

A reformulação da pirâmide de *enforcement* também incorpora um novo modelo de dosimetria para a definição de penalidades de cunho pecuniário. Isso implica que as multas serão aplicadas considerando não somente o impacto da infração, mas também será analisado o infrator propriamente dito, ou seja, o seu porte. Enquanto a Resolução nº 472/2018 estabelecia um critério predefinido de multa, com base em uma tabela tríade, contendo o valor mínimo, médio e máximo, no novo modelo de dosimetria observa-se que o valor da sanção terá um valor-base que funcionará como o ponto de partida para o cálculo do valor final da sanção correspondente à infração.

Sobretudo no caso dos aeroportos, o valor da sanção será diretamente influenciado pelo porte do aeroporto, uma vez que o valor-base da multa será multiplicado pelo fator multiplicador correspondente à classe do aeroporto (aeródromo classe I, II, III ou IV). Ainda, levando-se em conta as situações atenuantes e agravantes no caso concreto, o montante da penalidade será limitado ao mínimo de 20% e ao máximo de 300% do valor-base de multa estabelecido para cada infração.

Observa-se, então, que o eventual agravante de 300% do valor-base de multa poderá ser muito superior ao valor máximo previsto nas tabelas tríades no formato que vinha sendo adotado pela Agência. Há uma clara desproporção entre os efeitos das atenuantes e das agravantes no texto proposto. Enquanto o fator redutor da multa é limitado a 80%, a multa

pode triplicar em caso de aplicação de agravantes. Nesse contexto, a redação proposta pode aumentar significativamente o valor das multas hoje existentes. Em valores concretos, vejamos um exemplo: uma multa de 1 milhão de reais poderia ser reduzida a 200 mil reais ou aumentada a 3 milhões de reais gerando, na prática, uma diferença de 800 mil em possíveis atenuações, em contraponto a um agravamento de até 2 milhões de reais, considerando a pena-base. Essa diferença de impactos, entretanto, não se justificou no processo de consulta pública.

Em que pese a proposta regular a possibilidade de desconto de 25% da multa aplicada em primeira instância, mediante renúncia ao direito de recorrer, cabe também destacar que, na nova redação, houve a retirada da possibilidade de arbitramento sumário. Esta consistia na hipótese do desconto de 50% sobre o valor médio da multa, caso o infrator optasse por reconhecer, de plano, o cometimento da infração antes da decisão administrativa de primeira instância.

Sendo esse um ponto controverso, a necessidade de exclusão do artigo que prevê o arbitramento sumário da multa está baseada, pela Agência, em três principais argumentos: (i) inadimplemento que gera retrabalho; (ii) indícios de uso do arbitramento como estratégia de adiamento do processo administrativo; e (iii) na nova sistemática, o arbitramento pode não ser vantajoso ao administrado. As razões expostas, entretanto, não justificam a abolição do instituto, mas sua melhoria para coibir práticas temerárias de não pagamento. Isso porque é uma ferramenta válida de incentivo à colaboração, justamente o espírito da mudança em consulta pública, reduzindo a litigiosidade administrativa e judicial, bem como os custos da Administração Pública, já que há o reconhecimento da infração pelos administrados antes mesmo da decisão de 1ª instância, o que tem o condão de reduzir, de forma significativa, a duração do processo sancionador.

Por outro lado, com o objetivo de aprimorar a utilização de instrumentos transacionais na regulamentação da aviação civil, foi adicionada a proposta do art. 40, que regulamenta a assinatura de acordos ou outros métodos de compromisso processual, visando promover soluções ágeis e eficazes. Em síntese, o caput do dispositivo adota uma redação mais genérica do que a anterior, que, por sua vez, predefinia o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como o único instrumento aplicável.

Diante disso, o ente regulador poderá, a partir da nova redação, adotar outros instrumentos admitidos pelo Direito brasileiro voltados à superação da condição identificada e à promoção dos melhores incentivos para a conformidade contínua.

Art. 40. A Anac, mediante critério próprio, poderá, em situações nas quais a aplicação de medidas sancionatórias possa acarretar prejuízo à sociedade ou representar uma medida menos eficaz para incentivar a conformidade e assegurar a qualidade e segurança na aviação civil, propor, como medida excepcional e alternativa às sanções, **a celebração de acordos ou outros instrumentos de compromisso consensual**. (Minuta da Resolução nº 472, art. 40º, 2024, grifos nossos)

Sendo esses, em linhas gerais, os principais pontos de destaque para o tema da regulação responsiva quanto à proposta de revisão da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, ressalta-se que o projeto prioritário contou com ampla participação do setor por meio de consulta pública, podendo ainda ser objeto de ajustes pela Anac até a efetiva publicação da norma. Entretanto, as mudanças propostas demonstram um avanço considerável nas discussões do tema da regulação responsiva e no aprimoramento de ferramentas normativas para adoção de providências voltadas ao incentivo da conformidade regulatória.

Considerações finais

A regulação responsiva corresponde não somente a um conceito teórico, mas a uma série de medidas que podem ser adotadas pelos órgãos reguladores para incentivar boas práticas e o cumprimento normativo por parte dos entes regulados. A Anac, por meio de um projeto que classificou como prioritário, tem buscado, nesse sentido, aprimorar os seus instrumentos existentes, como é o caso da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, que vem passando por uma profunda reestruturação de conceitos, ritos e outras melhorias. O objetivo, em síntese, seria prover maior eficiência,

colaboração e alternativas de incentivo à conformidade regulatória, o que é louvável em um setor tão dinâmico como dos aeroportos.

Resta claro que as mudanças promovidas pelo projeto não estarão restritas à Resolução nº 472/2018, uma vez que há, ainda, diversas frentes que poderão ser objeto de atuação da Agência para promover melhorias, como é o caso da revisão da Resolução nº 599/2020, que trata, especificamente, das infrações contratuais nas concessões aeroportuárias, as quais seguem rito próprio.

A par do que foi exposto até aqui, o sucesso do projeto de regulação responsiva depende, além de uma atualização de normas e participação ativa do setor na construção de soluções, de uma efetiva mudança de atitude por parte dos *players* que fazem parte da cadeia do processo fiscalizador e sancionador. Em outras palavras, não basta a previsão em norma; é necessário que haja a promoção de conscientização, divulgação, treinamentos, entre outras medidas que podem ser adotadas pela Agência, na qualidade de órgão regulador, para que o espírito colaborativo da regulação responsiva seja colocado em prática, em conjunto com os entes regulados, de forma que os resultados positivos possam ser, efetivamente, alcançados.

Referências

- ANAC. Regulação responsiva. *gov.br*, [s. d.]. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva>. Acesso em: 9 dez. 2024.
- ANAC. Relatório de AIR nº 1/2023/PPRR/GT-ESPRO/GAPI/SPI, 2023. *gov.br*, 17 jan. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/consultas-publicas-encerradas-de-2024>. Acesso em: 9 dez. 2024.
- ANAC. Nota Técnica nº 1/2024/PPRR/GT-ESPRO/GAPI/SGM, 2024. *gov.br*, 17 jan. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/consultas-publicas-encerradas-de-2024>. Acesso em: 9 dez. 2024.
- ANAC. Proposta de minuta das alterações da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018. *gov.br*, 17 jan. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/consultas-publicas-encerradas-de-2024>. Acesso em: 9 dez. 2024.

ANAC. Plano estratégico Anac (2020-2026). *gov.br*, [s. d.]. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/arquivos/Plano_20202026.pdf. Acesso em: 9 dez. 2024.

ANAC. Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018. Estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da Anac. *Anac*, 8 ago. 2023. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018>. Acesso em: 9 dez. 2024.

ANAC. Resolução nº 599, de 14 dezembro de 2020. Estabelece o rito do processo administrativo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e seus anexos, nos seus respectivos editais e seus anexos, bem como à regulamentação editada para discipliná-las, e para a aplicação das providências administrativas delas decorrentes. *Anac*, 5 set. 2022. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2020/resolucao-no-599-14-12-2020>. Acesso em: 9 dez. 2024.

ANAC. Regulamento Brasileiro de Aviação Civil — RBAC 153, Emenda 08. *Anac*, 28 jan. 2025. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-153>. Acesso em: 9 dez. 2024.

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

BRASIL. Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.437%2C%20DE%2020%20DE%20AGOSTO%20DE%201977.&text=Configura%20infra%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20sanit%C3%A1ria,respectivas%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AÂncias.&text=Art%20.,as%20configuradas%20na%20presente%20Lei. Acesso em: 9 dez. 2024.

Parte V

SANEAMENTO, RECURSOS HÍDRICOS E MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Eventos climáticos extremos, o papel do Estado e a matriz de riscos nos contratos de concessão

Ana María Roval¹

Daniel Noronha²

João Matheus Rossi³

Introdução

Eventos climáticos de intensidade e dimensão sem precedentes, adjetivados de “extremos” ou “severos”, tomaram lugar nos principais noticiários nos últimos tempos, causando alarde e preocupação na comunidade mundial. Alagamentos em regiões desérticas, como a ocorrida no deserto do Saara, e secas em rios caudalosos, como o Amazonas, nos alertam para uma mudança substancial do ambiente em que vivemos e nos forçam a pensar no “e agora, o que vamos fazer?”

Em que pesem as reações de espanto e de indignação, o tema não é recente. Iniciativas internacionais discutem temas ambientais há mais de 40 anos. A Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida por Declaração de Estocolmo, por exemplo, foi realizada em 1972 (SAND, p. 50-66), apontando, já naquela época, preocupações acerca da necessidade de se equilibrar desenvolvimento e meio ambiente,

1 Advogada e pós-graduada em Direito da Economia da Empresa pela FGV/Business Institute e em Contratos Empresariais pela GVLaw. Advogada de empresa em São Paulo, presidenta do Comitê Jurídico-Regulatório da Aeroportos do Brasil (ABR) e membra da Comissão de Direito Aeronáutico da OAB/SP.

2 Advogado de empresa em São Paulo e possui LLM em Corporate and Commercial Law pela London School of Economics and Political Science.

3 Advogado de empresa em São Paulo. Pós-graduado em Direito Administrativo pela FGV Law.

reconhecendo que o meio ambiente equilibrado é fundamental ao bem-estar da sociedade.

Em junho de 1988, ocorreu a primeira reunião entre líderes políticos e cientistas de diversos países para discutir mudanças climáticas.⁴ A partir daí, é possível citar uma série de outras reuniões e iniciativas, todas voltadas a discutir questões ambientais e a complexa compatibilização entre um meio ambiente equilibrado e o desenvolvimento econômico. Algumas dessas iniciativas são elencadas a seguir:

- Em 1990, foi criado o Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC)⁵ — um painel climático cooperativo, ativo até os dias atuais para fornecer dados científicos relativos à mudança climática.
- Em 1992, foi realizada, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento cuja declaração final propôs que fossem seguidos 28 princípios com o objetivo de conjugar desenvolvimento econômico e defesa ambiental. Destaca-se o primeiro desses princípios, segundo o qual “[o]s seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.⁶
- Também em 1992, foi editada a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC)⁷ cujo objetivo principal é a estabilização da concentração de gases de efeito estufa na atmosfera, trata-se do principal “vilão” do aquecimento global. A reunião dos membros na

4 Segundo a Agência do Senado, o encontro, realizado na cidade canadense de Toronto, sugeriu que o impacto das mudanças climáticas só poderia ser superado, em termos de impacto negativo no planeta, por uma guerra nuclear. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>. Acesso em: 16 nov. 2024.

5 *Id.*, p. 49-52.

6 Princípio 1 da Proclamação feita em Junho de 1992 durante a Conferência Geral das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2024.

7 Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>. Acesso em: 30 nov. 2024.

Conferência das Partes (Conference of the Parties, COP) encontra-se na sua 29ª edição (COP-29).

- Em 1997, foi firmado o Protocolo de Kyoto. Um marco em temas ambientais, foi o primeiro tratado internacional para controle da emissão de gases de efeito estufa na atmosfera.⁸ Por meio desse tratado, os países signatários se comprometeram a metas de redução de emissão de gases poluentes em percentuais não homogêneos. Porém, de forma agregada, corresponderiam a uma redução de cerca de 5% nas emissões entre 2008 e 2012, com relação aos patamares de 1990.⁹
- Outro marco internacional importante é o Protocolo de Paris, adotado por ocasião da COP21,¹⁰ ocorrida em 2015, em que os países participantes firmaram novo acordo para redução de emissões de gases de efeito estufa.

Apenas como referência, o Brasil aderiu, a partir de 1992, a cinco iniciativas de combate a mudanças climáticas,¹¹ incluindo o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris, assumindo importante compromisso com a redução de emissões de gases de efeito estufa.¹²

Como mencionado, foram inúmeras as iniciativas da comunidade internacional nos últimos 40 anos, visando endereçar a premente questão ambiental. Entretanto, o que há de novo?

A novidade é que falhamos. Falhamos globalmente, falhamos como país. E o resultado disso é uma crise climática sem precedentes.

O Relatório sobre a Lacuna de Emissões 2024 (Emissions Gap Report 2024)¹³ informa que o mundo atingiu recorde de emissões de gases de

8 Foi a partir do Protocolo de Kyoto que o carbono passou a ser usado como moeda de troca entre os países signatários para fins de redução de emissão, permitindo que uma parte realize medidas que compense a menor redução de emissões de outra parte.

9 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>. Acesso em: 30 nov. 2024.

10 UNFCCC 21st Conference of the parties (COP-21), realizada em 11 de dezembro de 2015 em Paris. Disponível em: <https://unfccc.int/event/cop-21>. Acesso em: 30 nov. 2024.

11 Linha do tempo das medidas envolvendo mudanças climáticas. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/ozonio/item/15164-linha-do-tempo-das-medidas-envolvendo-mudan%C3%A7as-clim%C3%A1ticas.html>. Acesso em: 16 nov. 2024.

12 O Protocolo de Kyoto foi promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 5.445/2005, ao passo que o Protocolo de Paris foi internalizado por meio do Decreto Legislativo nº 140/2016.

13 Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/resources/relatorio-sobre-lacuna-de-emissoes-2024>. Acesso em: 30 nov. 2024.

efeito estufa em 2023, aumentando 1,3% as emissões com relação a 2022, o que representa uma taxa média de aumento de emissões acima daquela observada na década anterior à pandemia, quando o crescimento das emissões foi em média de 0,8% ao ano. Isso demonstra que compromissos assumidos com a descarbonização não estão sendo cumpridos.

No Brasil, não é diferente. A análise do relatório referido aponta o Brasil como um dos países com probabilidade de não cumprir o compromisso de metas de redução das emissões para enfrentamento a mudanças climáticas até 2030.

A consequência desastrosa da falta de equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e os cuidados com o meio ambiente é o que estamos vivenciando. Eventos climáticos mais conhecidos como El Niño e La Niña, por exemplo, já se tornaram regulares e esperados. Contudo, embora seus efeitos sejam familiares, inclusive no Brasil, a sua efetiva ocorrência e intensidade não são claramente previsíveis.

Uma análise de riscos com adoção das possíveis (quando possíveis) ações mitigadoras, adaptação de infraestruturas públicas para que se tornem resilientes a desastres climáticos e planejamento prévio para a rápida recuperação dos danos são medidas urgentes a serem orquestradas pelo Estado e adotadas pela sociedade cuja maior vulnerabilidade está justamente nos locais de menor desenvolvimento econômico.

Um estudo realizado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em parceria com o Banco Mundial identificou que, no Brasil, de 1995 a 2019, as perdas econômicas totais em razão de inundações, secas, vendavais, entre outros, foram de mais de R\$ 300 bilhões, os quais estiveram concentrados, principalmente, nos estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco e Santa Catarina. Embora a maior parte dos prejuízos identificados estivesse concentrada na agricultura, perdas são observadas em diversos setores e, infelizmente, com tendência de crescimento (SANTOS; SILVEIRA, p. 34-45).

As recentes enchentes no Rio Grande do Sul ocorridas em maio de 2024, que, vale mencionar, inspiraram o presente estudo, demonstram o quão devastador pode ser um evento climático. Apontam, também, que dados históricos podem não ser mais suficientes para prever a gravidade

de ocorrências futuras e que locais são afetados independentemente do seu grau de desenvolvimento.

Dos diversos aspectos que merecem estudo quanto ao tema, este artigo visa abordar os impactos que os eventos climáticos podem trazer para a sistemática dos contratos de concessão de serviço público, abordando como esses instrumentos devem ser tratados sob o ponto de vista da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e como o poder público pode utilizar as concessões como instrumento de resiliência climática.

1. Eventos climáticos extremos: previsibilidade e mitigação

O artigo primeiro da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC) define mudança climática como uma alteração no clima, atribuída direta ou indiretamente à atividade humana, que modifica a composição da atmosfera global e que se soma à variabilidade climática natural observada durante períodos de tempo comparáveis.¹⁴

O IPCC, em seu relatório de 2012, nos ensina que desastre climático ocorre quando há uma alteração grave no cotidiano de uma sociedade e que gera impactos humanos, materiais, econômicos e ambientais adversos e generalizados, que exigem resposta imediata e emergencial para atender a necessidades humanas críticas, demandando apoio externo para recuperação.¹⁵

O quinto relatório do IPCC, de 2014, demonstra nexo relevante entre mitigação da mudança climática, riscos e adaptação, indicando que a adoção diminuta de condutas mitigadoras-preventivas implica maiores investimentos para adaptação dos riscos a um nível tolerável.¹⁶

Já o relatório posterior, de 2023,¹⁷ evidencia que as medidas de adaptação às mudanças climáticas — necessárias frente à nova realidade que se impõe — tornam-se mais limitadas e menos eficazes quanto mais alta a

14 Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1992, promulgada por meio do Decreto nº 2.652/1998.

15 IPCC, 2012, p. 40.

16 MAL, 2018, p. 4.

17 IPCC, 2023, p. 40.

temperatura média global. Esse mesmo relatório, pela primeira vez, indica que as mudanças climáticas futuras mais próximas, embora certas, têm seus efeitos, extensão e intensidade vinculados ao volume, ainda incerto, de emissões de gases de efeito estufa dos próximos anos.

Assim, nota-se que o aquecimento global é uma realidade imposta e, como consequência, calamidades climáticas tendem a ser cada vez mais frequentes. No entanto, a falta de efetivo comprometimento dos países para adoção de esforços voltados à redução de emissões torna impossível uma previsão mais assertiva acerca da ocorrência desses eventos.

Dados do Serviço de Mudança Climática Copernicus (Copernicus Climate Change Service, C3S) implementado pelo Centro de Previsões do Tempo da Comissão Europeia, por exemplo, indicam que 2024 já se caracteriza como o ano mais quente da história mundial. Os dados evidenciam o aumento exponencial da temperatura mundial, que baterá o aumento de 1,5 °C já este ano (comparado à média de temperatura pré-período industrial), cujas consequências desafiam a sociedade como um todo.¹⁸

Também é do C3S a informação de que o Protocolo de Paris para redução da emissão de gases causadores do efeito estufa, assinado em 2015, projetava tal aumento de 1,5 °C apenas em 2045,¹⁹ de forma que as metas estabelecidas no acordo — realizado há menos de 10 anos — podem já não ser mais factíveis. Tais dados reforçam a preocupação latente extraída do relatório de 2023 do IPCC, no sentido da imprevisibilidade da extensão e da gravidade dos efeitos de eventos singulares em cada local do mundo.

Além disso, os dados históricos que normalmente são utilizados para fins de projeções, parecem não ser mais suficientes para prevenção contra eventos futuros. A tragédia ocorrida no Rio Grande do Sul, em maio de 2024, é um bom exemplo disso. Engenheiros chamados a avaliar o sistema de prevenção de enchentes no estado identificaram que, embora houvesse problemas em comportas e bombas, a tragédia não teria como ser impedida, já que o sistema de diques de contenção do Rio Guaíba estava dimensionado para conter até três metros de água, com base no dado

18 Disponível em: <https://climate.copernicus.eu/copernicus-2024-virtually-certain-be-warmest-year-and-first-year-above-15degc>. Acesso em: 9 dez. 2024.

19 Disponível em: <https://climate.copernicus.eu/weve-lost-19-years-battle-against-global-warming-paris-agreement>. Acesso em: 9 dez. 2024.

histórico da maior enchente ocorrida na história do estado em 1941.²⁰ Ou seja, ainda que se pudesse (e, de fato, seria possível) supor um risco aumentado de chuvas intensas na região, nenhum fator histórico poderia prever a magnitude do evento.

Não obstante, ferramentas da teoria da probabilidade que levam em consideração informações prévias relacionadas a cada evento, embora com previsibilidade limitada, ainda são a principal ferramenta para a gestão de riscos e para a adoção de medidas mitigadoras pelo Estado. Isso inclui a modelagem de novas concessões.

Assim, será necessário algum grau de adaptação humana, o que passa por adoção de políticas públicas mais direcionadas a esse fim, e ajuste nas infraestruturas públicas, seja por uma nova realidade climática instalada, seja para conter eventos singulares, como chuvas, secas, calor ou frio extremos. Os mencionados eventos extremos são de ocorrência certa, mas de difícil predição sobre sua periodicidade e gravidade de seus efeitos, dado que estes decorrem, mas não de maneira proporcional, justamente da mudança da temperatura global em constante transformação.

2. Responsabilidades do Estado

Apesar da defesa ao meio ambiente ser uma responsabilidade de todos, cabendo à iniciativa privada a incorporação de práticas de responsabilidade social e cooperação com o poder público, é inequívoco que o Estado é quem detém ferramentas e o dever de adotar as providências — inclusive regulando o papel de cada ente da sociedade — no que concerne a temas ambientais. Especificamente, cabe à União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, sobretudo as secas e as inundações (Constituição Federal, art. 21, XVIII).

A Lei nº 12.608/2012, regulamentada pelo Decreto nº 10.593/2020, instituiu a Política Nacional de Proteção da Defesa Civil no Brasil (PNPDEC) como um importante marco para o enfrentamento de desastres naturais

20 Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2024/08/20/diques-comportas-e-casas-de-bombas-holandeses-apontam-problemas-estruturais-no-sistema-contra-cheias-em-porto-alegre.ghtml>. Acesso em: 11 nov. 2024.

e definição de diretrizes para prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação em caso de calamidades.

Apesar do marco legal mencionado estar bastante atualizado e alinhado às diretrizes internacionais, no sentido de que o foco deve estar mais centrado em medidas preventivas e de redução de riscos do que em medidas reativas, o Brasil apresenta uma importante lacuna na implementação eficaz dessas políticas, sobretudo em razão da falta de efetiva coordenação entre os entes federativos.

Os recentes desastres climáticos ocorridos no Brasil demonstram essa falta de coordenação efetiva, não apenas em seu papel de resposta, mas principalmente em seus papéis de prevenção, mitigação e preparação. Essa dificuldade de coordenação para tomar atitudes necessárias no contexto das mudanças climáticas tem efeitos deletérios graves para o país, tanto no aspecto humano, pelo elevado grau de vulnerabilidade das populações afetadas, quanto nos aspectos econômicos mais profundos, com perdas significativas para o produto interno bruto (PIB).

Segundo artigo publicado no site do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea):

[...] estima-se que sem mudança do clima o PIB brasileiro será de R\$ 15,3 trilhões (reais de 2008) no cenário A2-BR em 2050, e R\$ 16 trilhões no cenário B2-BR. Com o impacto da mudança do clima, esses PIBs reduzem-se em 0,5% e 2,3%, respectivamente. Antecipados para valor presente com uma taxa de desconto de 1% (a.a.), estas perdas ficariam entre R\$ 719 bilhões e R\$ 3,6 trilhões, o que equivaleria a jogar fora pelo menos um ano inteiro de crescimento nos próximos 40 anos.²¹

Verifica-se, assim, que a eventual inércia ou a inaptidão do Estado para assumir sua responsabilidade na prevenção climática tem um potencial de trazer impactos econômicos severos para o país, devendo o Estado assumir os riscos advindos de sua omissão.

21 MARGULIS; DUBEUX, p. 8.

Ainda nesse contexto, embora não seja possível ao particular articular a coordenação entre entes federativos para suprir o papel do Estado, é possível aos entes federativos se valerem dos particulares para cumprir com parte (e não a totalidade) de seu papel na construção de infraestruturas públicas mais resilientes. Nesse sentido, a concessão da exploração de serviços e infraestruturas públicas pode ser um importante instrumento para tanto.

2.1 Contrato de concessão, modelagem, matriz de riscos e instrumento de resiliência ambiental no contexto de mudanças climáticas

Ao longo da primeira metade do século XX, de uma forma geral, o mundo vivenciou um período de intensa intervenção do Estado no domínio econômico, o que não foi diferente no Brasil. O elevado grau de endividamento do Estado e a limitação da sua capacidade de financiamento impossibilitavam dar continuidade ao atendimento das exigências da sociedade, concebendo-se, em resposta a esse cenário, o modelo de Estado regulador, tendo como uma de suas principais características a criação de mecanismos que propiciem a diminuição da participação direta do Estado na condução de assuntos de ordem econômica.

No Brasil, começaram, a partir da década de 1990, as reformas necessárias para a transição a um Estado regulador, adaptando a nossa realidade às experiências bem-sucedidas verificadas no Direito comparado.²² Deu-se início, então, ao processo de delegação de serviços públicos à iniciativa privada.

Temos, atualmente, quase 30 anos de história de concessão no Brasil e, como não podia ser diferente, houve uma evolução na modelagem econômica e jurídica dos contratos de concessão em razão de fatores de ordem econômica, social, institucional e jurídica.

Para exemplificar, as primeiras concessões apresentavam uma taxa interna de retorno (TIR) garantida acima de 20%. À época, esse percentual era tido como razoável, considerando o cenário macroeconômico marcado

22 Refere VALENTE (p. 173) que “Luiz Alberto dos SANTOS defende que ‘não se pode dizer que o modelo brasileiro seja cópia exata de um ou outro país, mas caracteriza-se por ser o resultado de influências diversas, nem todas perfeitamente adaptadas às peculiaridades do regime político e da Constituição Federal, em especial a primazia historicamente atribuída ao chefe do Poder Executivo no sistema político e administrativo do país.’”

por grandes incertezas. Havia dificuldade em prever o que ocorreria em curto e em médio prazo (ainda mais no longo prazo). Com o passar dos anos, dada a evolução da economia doméstica, materializada na relevante alteração observada nos principais indicadores macroeconômicos, as modelagens contratuais foram sendo ajustadas.²³

Se, por um lado, parece haver um cenário de maior estabilidade macroeconômica quando comparado ao período das primeiras concessões, por outro, a complexidade da sociedade moderna e novos contextos de incertezas, como o das mudanças climáticas, impõem desafios na modelagem contratual. Isso ocorre sobretudo para a definição da matriz de risco do contrato.

Atualmente, os contratos de concessão são instrumentos complexos e multifacetados, cuja estruturação, em geral, está precedida de um processo administrativo robusto. Isso pode envolver análises de natureza macroeconômicas, projeções de demanda, definição de investimentos iniciais e futuros, alternativas para financiabilidade do projeto, entre tantos outros fatores que podem impactar a viabilidade (ou não) de uma concessão.

No contexto de mudanças climáticas, a adequada alocação (e aplicação) de riscos é um ponto essencial para modelagem de novas concessões. Sendo assim, se por um lado deve ser cautelosa para não atribuir ao privado riscos inadmissíveis, por outro, traz a possibilidade de incluir nelas contextos de atuação preventiva, pois a distribuição de responsabilidades serve “[...] não apenas para remediar impactos dos desastres climáticos, mas também incentivar a prevenção de danos durante a adaptação à mudança das condições climáticas”.²⁴

Ao longo desses 30 anos de delegação de serviço público, foi possível verificar algumas fases na formulação da matriz de risco dos contratos de concessão. Quando das primeiras delegações feitas antes da edição da Lei nº 8.987/95, não havia clareza do que seria uma concessão de serviços públicos, de forma que “[...] a alocação dos riscos é apresentada de forma sucinta e genérica”.²⁵

23 SALTO; GUIMARÃES, 2013, p. 172.

24 ARNOLD, 2018, p. 77.

25 GONZE, 2014, p. 46

Passado esse momento inicial, a Lei nº 8.987/95 não avançou de maneira substancial na estruturação de uma repartição de riscos entre poder público e iniciativa privada, indicando tão somente que caberia à concessionária explorar a atividade concedida “por sua conta e risco”. Havia, então, uma concepção tradicional de Direito administrativo, em que o poder concedente assume as consequências pela álea econômica extraordinária e pela álea administrativa, enquanto o particular assume os riscos do negócio.

Sobre esse aspecto, é estabelecido que: a

[...] leitura tradicionalmente feita da expressão “por sua conta e risco” divide os riscos na concessão de serviço, como nos contratos administrativos em geral, em ordinários e extraordinários e conclui que o concessionário assume os riscos ordinários do empreendimento.²⁶ Assim a matriz de risco é fundamental também para a averiguação da aplicação da álea ordinária ou extraordinária. Dentro da primeira, a distribuição de risco segue as regras do contrato, cabendo ao privado no que toca ao risco inerente ao negócio, sendo os demais riscos, os imprevisíveis ou de responsabilidade do Estado, do poder concedente.²⁷

A Lei nº 11.079/04 trouxe a necessidade de estruturação de uma matriz de repartição de riscos nos contratos administrativos, inclusive no que tange aos riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. A partir de então, os instrumentos contratuais passaram a ser mais precisos, buscando se adequar à realidade de cada negócio com uma matriz de risco mais detalhada, pela qual seriam apartados os riscos assumidos por cada uma das partes segundo a melhor capacidade de gerenciamento desses riscos.

Nota-se, portanto, que a estruturação de uma matriz de risco nos contratos de parceria em geral é um processo dinâmico, que deve atentar às características basilares do serviço a ser delegado, aos marcadores macroeconômicos, à capacidade de gerenciamento da iniciativa privada, aos deveres legais do Estado, entre diversos elementos que devem fazer

26 PEREZ, 2006, p. 12.

27 ARAGÃO, 2013, p. 35-66.

parte da sua modelagem. Em verdade, uma vez identificados os riscos inerentes ao projeto, eles devem ser distribuídos para a parte que possui a melhor capacidade de gestão, embora seja sempre válido ressaltar que alguns riscos são de difícil gestão por ambas as partes.

Vale destacar que contratos de parceria são, de uma forma geral, instrumentos de longo prazo; portanto, não é viável trazer para a realidade contratual todos os potenciais riscos que podem surgir ao longo do período de execução dos serviços delegados. Por essa razão, em muitas das atuais concessões convencionou-se que caberia aos particulares os riscos extraordinários passíveis de contratação de seguros, na medida em que os parceiros privados estariam mais bem posicionados para fazer a interlocução com o mercado securitário. Trata-se, pois, da aplicação da lógica econômica de melhor alocação de recursos.

Além disso, justamente por estarmos diante de contratos de longo prazo, há certo grau de “lições aprendidas”, bem como um exercício de “futurologia” no processo de partilha dos riscos de novos projetos. Em verdade, há uma tendência de a Administração Pública simplesmente transferir para o parceiro privado riscos que já haviam se materializado em experiências anteriores, ainda que o privado não tenha efetivas ferramentas de gestão para o referido risco.

No contexto da álea extraordinária,²⁸ podemos tomar como exemplo o novo contrato de concessão para operação e exploração da rodovia Presidente Dutra (contrato referente ao Edital nº 03/2021), que estabelece que o risco de pandemia apenas seria atribuível ao poder concedente quando “[...] o fato gerador não seja segurável no Brasil considerado o prazo de um ano anterior à data da ocorrência por, no mínimo, duas seguradoras”.²⁹ Ou seja, houve uma restrição maior à alocação desse risco específico à administração pública.

28 Aqui, cabe esclarecer que os contratos costumeiramente tratam de caso fortuito ou de força maior, mas sua distinção torna-se desnecessária já que ambos os institutos se caracterizam pelos mesmos conceitos: fato necessário e cujos efeitos não são possíveis evitar ou impedir. A própria Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU sobre a Pandemia de SARS-CoV-2 (covid) considerou indiferente a distinção teórica dos dois institutos, estabelecendo que ambos se caracterizariam álea extraordinária assim caracterizado pelo fato de sua ocorrência, ou a ocorrência de seus efeitos, não serem possíveis de prever no momento da concessão.

29 Cláusula 22.2.3.

Outro exemplo é o contrato de concessão do Trem Intercidades — TIC Eixo Norte (Contrato de Concessão Patrocinada nº 002/2024 — Concorrência Internacional nº 01/2021³⁰). Este, apesar de manter a regra de que risco por eventos de caso fortuito e força maior são assumidos pelo Poder Concedente, traz um conceito mais elaborado a respeito do tema, exigindo da concessionária a adoção de medidas preventivas que possam evitar ou minorar seus efeitos, limitando, ainda, a assunção de riscos pelo poder concedente apenas ao valor que ultrapassar o limite da média dos valores indenizáveis por apólices normalmente praticadas no mercado, independente de a concessionária as ter contratado.³¹

A minuta de contrato da quinta rodada de concessões da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) — Contrato da BR-381-MG, Edital de Concessão nº 03/2023 —, por sua vez, igualmente mantém a regra de risco por eventos de caso fortuito e força maior ao poder concedente, ressaltando ser da concessionária na hipótese de “que o fato gerador seja segurável no Brasil por, no mínimo, duas seguradoras, considerando o prazo de um ano anterior à data da ocorrência”.³²

Já o contrato da BR-040/GO/MG (Edital de Concessão nº 2/2024), além de replicar a lógica do contrato da BR-381-MG, de responsabilidade da concessionária no advento de seguro, optou, também, por um compartilhamento de riscos entre concessionária e poder concedente na hipótese de caso fortuito que impacte receitas tarifárias,³³ sendo que os impactos acima de 5% da receita tarifária seriam assumidos pelo poder concedente.³⁴

A natureza compartilhada é notada, ainda, em um mapeamento de atividades e custeio feito pelo contrato, como o risco por acidentes geotécnicos extraordinários em taludes. Na ocorrência de tais eventos, a responsabilidade e custeio pela limpeza e desobstrução do leito estradal fica à concessionária, enquanto as demais responsabilidades (construção de rotas alternativas,

30 Disponível em: <https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>. Acesso em: 29 nov. 2024.

31 Cláusula 44.1.34 e 74.1.1.5. Contrato disponível em: <https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>. Acesso em: 7 dez. 2024.

32 Cláusulas 21.1.18, 21.2.3 e 21.2.21.

33 Cláusula 22.1.2.

34 Cláusula 22.8.

reconstrução dos dispositivos de drenagem etc.) foram alocadas a ambas, com custeio de 20% pela concessionária e 80% ao poder concedente.³⁵

Por fim, os contratos de concessão de aeroportos, desde as primeiras rodadas de concessão em 2011, estabelecem que hipóteses de caso fortuito e força maior serão risco assumido pelo poder concedente apenas quando a cobertura securitária não puder ser contratada pela concessionária no mercado brasileiro na data da ocorrência.

Como é possível verificar, eventos climáticos, uma vez que se caracterizam como risco extraordinário, classificados como caso fortuito ou de força maior, sempre estiveram nos contratos de concessão como riscos assumidos integral ou parcialmente pelo poder concedente, seja por se caracterizarem como álea extraordinária, seja por previsões específicas de compartilhamento de riscos em “seguráveis e não seguráveis”.

Os últimos contratos de concessão, no entanto, passaram a tratar especificamente do tema, trazendo obrigações de gestão de riscos e mitigação, ou compartilhando o risco de forma mais específica, inclusive em casos de variação de demanda e de necessidade de reparação de danos.

Nesse contexto, parece que estamos vivenciando uma quarta fase da estruturação da matriz de riscos dos contratos de concessão, que passaram a se ater mais precisamente à questão climática. Com efeito, o próprio poder público percebeu no contrato de concessão um importante aliado na adoção de medidas preventivas e mitigadoras aos desastres climáticos, ao imputar ao parceiro privado uma série de obrigações específicas nesse campo.

Note-se, sob esse aspecto, as iniciativas já implementadas no âmbito das concessões de rodovias federais, com o objetivo claro de implementação de infraestruturas resilientes. É o caso do recente exemplo trazido pela Resolução nº 6.057, de 28 de novembro de 2024, da ANTT. Ao aprovar seu programa de Sustentabilidade para Infraestrutura de Rodovias e Ferrovias Federais, foi criado um mecanismo de adesão à adoção de medidas preventivas contra impactos socioambientais negativos, medidas para redução da emissão de gases de efeito estufa, adaptação das infraestruturas existentes, entre outras, garantindo aos participantes contrapartidas que podem representar incentivos, progressivos e cumulativos, ou até mesmo a hipótese de reequilíbrio em favor do concessionário.

35 Cláusula 22.6.8.

A medida ainda é tímida e o poder público pode mais. Um adequado planejamento para o desenvolvimento de infraestruturas resilientes pode ser implementado tanto por meio de novas concessões — específicas para tal fim — quanto por meio de aditivos aos contratos atuais, acompanhado do devido equilíbrio econômico-financeiro. O instrumento de parcerias público-privadas pode claramente ser utilizado como meio de o Estado cumprir seu papel mitigador de calamidades ambientais.

O que não se pode esquecer, contudo, é que as consequências da questão climática são inestimáveis. Além disso, as alternativas disponíveis pelos concessionários para fazer frente a eventos que desequilibram a sua matriz econômica e financeira original são muito restritas. É importante salientar que os atuais contratos de concessão já não possuem uma modelagem econômica tão favorável ao parceiro privado, que, além de assumir riscos sobre os quais não tem qualquer poder de gestão, possui severas limitações no manejo de seus custos. Isso porque o serviço público precisa ser prestado com qualidade, nos parâmetros prescritos em contrato e em conformidade com os regulamentos específicos. Desse modo, o parceiro privado não está autorizado a aumentar seu preço, visto que as tarifas, principal fonte de financiamento do serviço prestado, são reguladas e não podem ser aumentadas para fazer frente a cenários adversos.

Nesse sentido, voltamos à alocação de riscos nos contratos de concessão para alertar para a cautela necessária tanto ao atribuir riscos de impossível ou difícil administração ao concessionário quanto para a necessidade de se adotar uma interpretação dinâmica à matriz de risco acordada, devendo-se levar em consideração que a rigidez e a literalidade na interpretação da matriz de riscos pode levar à inviabilidade econômica do contrato, ainda que, sob uma análise meramente formal, este possa se encontrar “equilibrado”.

Não à toa, desde 2017, com o advento da Lei nº 13.448, diversas concessionárias de serviço público e infraestrutura, de diferentes setores, aderiram ao processo de relicitação por não possuírem viabilidade econômica (“contratos estressados”). Isso evidencia a necessidade de revisão da modelagem econômica dos contratos ou, o que parece mais efetivo, adotar uma interpretação dinâmica das matrizes de riscos. Essa interpretação deve considerar não só o contexto econômico, social, institucional e ambiental

do momento da contratação, mas também o contexto da previsibilidade de custos e investimentos futuros.

Contratos de longo prazo, como é o caso das concessões públicas, precisam se ajustar a uma realidade em constante transformação. O risco de danos decorrentes de eventos climáticos extremos tende a sofrer imensurável agravamento ao longo da execução dos contratos de concessão atuais. Sendo assim, não é razoável supor que os custos desse agravamento deveriam ser assumidos pelo ente privado, tanto em razão do seu caráter extraordinário e imprevisível, quanto pelo fato de que a omissão do Estado brasileiro em cumprir seus compromissos internacionais é fator contribuinte (direto) da causa originária do mencionado risco.

Ademais, vale ressaltar que quando falamos em custos e investimentos que não devem ser assumidos integralmente pelo ente privado, referimo-nos aos diferentes tipos de despesas. Entre elas, estão os custos de recuperação de um evento em si e os custos para mitigação de seus efeitos (sobretudo quando envolvem novos investimentos não previstos). São incluídos também os custos aumentados de manutenção (danos à infraestrutura causados por calor ou frio extremos, por exemplo), bem como custos com novos seguros (inexistentes no contexto original do contrato de concessão) ou com o aumento de seus prêmios quando decorrentes do agravamento dos riscos de ocorrências ambientais.

A adequada interpretação de matrizes de risco e a mutabilidade contratual são as técnicas existentes para mitigar os efeitos adversos de elementos de incompletude dos contratos administrativos (impossibilidade de prever tudo no momento da edição do contrato).³⁶ E, diante do cenário climático atual, é imperativo que essas duas técnicas sejam, de fato, utilizadas de forma complementar e em todos os contextos de contrato de concessão mencionados que, de algum modo, compartilhem com o ente privado parte do risco de eventos climáticos extremos.

Não se trata apenas de estabelecer a matriz de alocação de riscos com a característica de ser dinâmica. O que se impõe é o desafio aos administradores públicos, que, a despeito do que conste na matriz de riscos dos contratos, precisam reconhecer o caráter evidentemente extraordinário dos eventos climáticos e todas as suas consequências. Isso deve ser realizado a

36 BOCKMAN, p. 534.

fim de garantir que a balança do equilíbrio contratual seja condizente com sua viabilidade econômico-financeira, de modo que a assunção de riscos não recaia de forma desproporcional sobre o ente privado, sobretudo em um contexto de tantas incertezas, como é o caso das mudanças climáticas.

2.2 E os contratos que compartilham o risco de eventos climáticos (caso fortuito ou de força maior) por meio da previsão de contratação de seguros no mercado brasileiro? Como este tema está hoje?

A resseguradora Munich-Re estima que, apenas em 2022, as perdas por desastres naturais no mundo somaram USD 270 bilhões, dos quais 55% não tinham cobertura securitária.³⁷

Embora o mercado de seguros desempenhe um importante papel para a saúde econômica de governos e negócios, sobretudo em cenários adversos, ao pulverizar riscos e contar com o resseguro para uma pulverização ainda maior no caso de grandes riscos, fato é que os sinistros climáticos estão cada vez mais frequentes e os danos cada vez maiores. Diante disso, os modelos preditivos baseados em dados históricos não mais se mostram capazes de prever a recorrência e a intensidade de eventos dessa natureza.³⁸

Tal situação cria uma complexidade maior ao mercado securitário, que precisa rever seus modelos preditivos de modo a garantir a lógica de compartilhamento de riscos, que é a base de sua saúde financeira. De tudo, o certo é que o cenário leva a um inevitável aumento no prêmio das apólices (quando existentes). É possível citar como exemplo o relatório do National Bureau of Economic Research de junho de 2024. Ao analisar o impacto das mudanças climáticas sobre o mercado de seguros residenciais nos Estados Unidos, o documento identificou que, no período de três anos — entre 2020 e 2023 —, houve um aumento médio nos preços dos seguros de 33%.³⁹

37 Disponível em: <https://www.munichre.com/en/risks/natural-disasters.html>. Acesso em: 11 nov. 2024.

38 COLLIER; LEHTONEN, p. 161.

39 KEYS; MULDER, p. 2.

Uma breve pesquisa sobre o tema mostra que o mercado securitário mundial está se reformulando para atender à demanda crescente decorrente de desastres naturais, mas e o Brasil?

O Brasil, por sua vez, ainda caminha a passos lentos. Embora seja possível dizer que já existam alguns seguros capazes de mitigar efeitos das mudanças climáticas, o mercado securitário brasileiro ainda está se estruturando para a necessidade de produtos que ofereçam, de forma adequada, cobertura a catástrofes naturais.

Alguns dados sobre o Brasil chamam a atenção. A diretora de sustentabilidade da Confederação Nacional de Seguros (CENSEG), por exemplo, em evento realizado em novembro de 2024, apontou que, enquanto “[...] 30% das perdas no mundo são seguradas; no Brasil, apenas 10% dos eventos são cobertos por seguros”.⁴⁰

Um relatório do Instituto de Inovação em Seguros e Resseguros (IIRS), datado de julho de 2022, sobre seguro aplicado às mudanças climáticas, aborda as lacunas do modelo brasileiro. O documento indica que há tempos existem seguros contra eventos climáticos voltados para a área rural, mas que outros setores da economia são carentes desse tipo de cobertura, que já é presente em outros países.

[C]om a acentuação dos efeitos climáticos adversos causados pelo aquecimento global, torna-se imperativo o aperfeiçoamento da estrutura de seguros existente, para resguardar os segmentos que já possuem algum tipo de seguro. No entanto, boa parte da economia brasileira ainda está exposta aos riscos das mudanças climáticas, incluindo segmentos que sofrem impactos diretos dos efeitos do aquecimento global, como é o caso do setor portuário.⁴¹

Em entrevista de março de 2024 para o *Nexo Jornal*, a gerente de pesquisa do CPI/PUC-Rio indicou que, no setor rural, as indenizações têm crescido de modo exponencial. Foi citado como exemplo o aumento, para os cofres públicos, no custo do Programa de Garantia da Atividade

40 Disponível em: <https://www.cnseg.org.br/noticias/mudancas-climaticas-impoem-custos-bilionarios-e-demandam-aco-es-urgentes>. Acesso em: 7 dez. 2024.

41 OLIVEIRA, 2022, p. 23.

Agropecuária (Proagro) — um programa do Governo Federal que garante o custeio agrícola em caso de eventos meteorológicos — que “[...] subiu de R\$ 1,7 bilhão em 2021 para quase R\$ 10 bilhões em 2023”.⁴²

O CEO da multinacional Guy Carpenter, por sua vez, em entrevista concedida em outubro de 2024 para a *IstoÉ Dinheiro*, também evidenciou que seguros contra riscos climáticos são tema recente no Brasil. Ele menciona que “[...] até julho deste ano, não existia nenhum modelo que indicasse a probabilidade de um dano por alagamento no Brasil”. De fato, a Guy Carpenter lançou o primeiro modelo de precificação de riscos para o país apenas em agosto de 2024. Ele também explica que o modelo de precificação é feito por tipo de risco e que ainda pende de desenvolvimento modelo para os demais riscos climáticos no país.⁴³

Na mesma entrevista, o executivo da Guy Carpenter aponta que “[...] no Brasil, nunca houve a percepção de risco pelos segurados, nem pelo mercado. Não havia necessidade de modelos para alagamento, vendaval ou outros riscos da natureza. Agora tem. As mudanças climáticas irão redefinir o setor de seguros no País nos próximos anos”.

O modelo de cálculo de risco é essencial para que o produto securitário possa ser efetivamente oferecido ao mercado e, portanto, é possível afirmar que o mercado securitário, até 2024, não oferecia, no mercado brasileiro, apólices capazes de oferecer resposta a riscos climáticos extremos.⁴⁴ Cabe então, até este momento, e de forma inequívoca, ao poder concedente o risco decorrente de eventos dessa natureza.

Considerações finais

Os Estados, incluindo o Brasil, falharam em adotar medidas mitigadoras para conter o avanço do aquecimento global, de modo que os eventos climáticos extremos dele decorrentes, e que assolam a sociedade e a economia com impactos severos sem precedentes, têm se tornado cada

42 Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2024/03/27/mudancas-climaticas-clausula-seguro>. Acesso em: 7 dez. 2024.

43 Disponível em: <https://istoedinheiro.com.br/mudancas-climaticas-irao-redefinir-o-setor-de-seguros-diz-cep-da-guy-carpenter/>. Acesso em: 7 dez. 2024.

44 Importante notar que o mercado securitário oferece cobertura para eventos climáticos ordinários (alagamentos, incêndios, entre outros), mas estes diferem justamente na proporção de seus impactos a eventos climáticos extremos.

vez mais frequentes e fora de controle. Tal fator demanda tanto respostas imediatas e emergenciais para atender a necessidades humanas críticas, quanto medidas de adaptação climática para mitigar o impacto de tais eventos no futuro.

Os impactos de eventos climáticos, inequivocamente caracterizados como caso fortuito ou de força maior, são ainda mais delicados quando ocorrem em setores de infraestrutura, afetando-os de forma a, muitas vezes, impossibilitar a própria prestação dos serviços públicos concedidos.

De modo geral, os contratos de concessão alocam, em suas matrizes, os riscos de caso fortuito e de força maior ao poder concedente, compartilhando o risco em caso de possibilidade de contratação de cobertura securitária. Tal cenário vem sofrendo alterações nos contratos mais modernos do setor, por meio de previsões mais específicas relacionadas ao enfrentamento, no âmbito contratual, de eventos decorrentes de mudanças climáticas.

Com efeito, o tema das questões climáticas e seus efeitos ainda é dotado de muitas incertezas, de forma que seu enfrentamento no âmbito dos contratos de concessão não é tarefa simples. Assim, a aplicação de matrizes de risco sem considerar a dinâmica conceitual e a realidade fática desses eventos, atendo-se a uma lógica de imutabilidade e rigidez, levará, inevitavelmente, ao colapso do modelo de concessão.

É fato que o mercado securitário brasileiro ainda não oferece, de forma estruturada, seguros para eventos severos, tendo sido desenvolvida a primeira modelagem de precificação para enchentes apenas em agosto de 2024. Desse modo, é possível afirmar que, nas concessões cujas modelagens não endereçam especificamente temas relacionados à mudança climática, o risco de eventos dessa natureza é, sem sombra de dúvidas, atribuído ao poder concedente.

Mesmo que o mercado venha a se estruturar e oferecer coberturas securitárias para eventos extremos, o custo de contratação desses seguros estará fora da modelagem original de tais contratos. Sendo assim, não é razoável exigir-lhes das concessionárias sem o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro.

Porém, e nas concessões que endereçam, de forma explícita, as questões relacionadas à mudança climática? Nestas, uma complexidade ainda maior se impõe, pois, apesar de direcionar obrigações e contratações de seguros

específicos sobre o tema, é impossível prever os custos implicados para um futuro, como visto, ainda incerto.

Por essa razão, também nesses contratos, a matriz de riscos deve ser aplicada com cautela e, principalmente, levando em consideração o contexto do mercado securitário, do conhecimento científico e, com isso, dos custos razoavelmente previsíveis no momento da contratação.

Vale mencionar, ainda, que a responsabilidade do Estado na adoção e na coordenação de medidas necessárias para a resiliência climática, quando não cumprida a contento, pode também ter efeitos deletérios nos contratos de concessão. Exemplo disso é o impacto que a ausência de medidas adequadas adotadas pela União, estado ou município podem causar no PIB do país, com o qual a demanda dos serviços de infraestrutura concedidos guarda íntima relação. Em outras palavras, mesmo que um contrato de concessão não se desequilibre em decorrência dos efeitos diretos de um evento climático extremo, ele poderá se desequilibrar pela perda de demanda decorrente da queda do PIB, fruto da letargia estatal na adoção de medidas sob sua responsabilidade no que diz respeito à resiliência climática.

Nesse viés, analisando a matriz de riscos dos contratos de concessão, é necessário observar que, embora o risco de demanda seja, em geral, risco assumido pela concessionária, a redução de demanda causada por inércia ou inépcia do Estado em cumprir o seu papel é risco assumido pelo poder concedente. Essa conta não é da concessionária.

Como se vê, muitas são as facetas do tema no contexto dos contratos de concessão que implicam deveres e riscos ao poder concedente. Não obstante, é justo que se exija do parceiro privado a adoção de planos de gerenciamento de riscos e a propositura, quando houver, de medidas de mitigação. Estas, por sua vez, não podem ser convertidas em obrigações contratuais sem que se restabeleça o equilíbrio contratual.

Os eventos climáticos extremos são uma realidade que requer coordenação de esforços coletivos. Somente uma mudança substancial de comportamento adotado de forma global e coordenada é capaz de minimizar seus efeitos. Embora medidas mitigadoras possam ser adotadas também de forma isolada, a natureza sistêmica dos eventos e a amplitude dos seus impactos exigem a conscientização e a mobilização de toda a sociedade,

sem perder de vista, contudo, a necessidade de respeitar a estabilidade e a estrutura financeira dos contratos de concessão para garantia da continuidade da adequada prestação de serviços essenciais.

Referências

- ARAGÃO, A. S. de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, 2013.
- ARNOLD, C. A. Adaptive Law. In: LYSTER, R.; VERCHICK, R. R. M (ed.). *Research Handbook on Climate Disaster Law: Barriers and Opportunities*. [S. l.: s. n.], 2018. p. 169-200.
- BOCKMAN, E. Quando as concessões mudam? In: SUNDFELD, C. A. *et al.* *Curso de Direito Administrativo em ação: casos e leituras para debates*. [S. l.: s. n.], 2024.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU: Consulta em tese. covid-19. Reequilíbrio de contratos de concessão. Força maior*. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 nov.
- BRASIL. *Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 8 nov. 2024.
- BRASIL. *Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005*. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11.12.1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5445.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.
- BRASIL. *Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de

Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10593.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 140, de 16 de agosto de 2016*. Aprova o texto do Acordo de Paris sob a convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima — UNFCCC, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e assinado em Nova York, em 22 de abril de 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/588274>. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 30 de dezembro de 2024*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l1179.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Linha do tempo das medidas envolvendo mudanças climáticas*. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/component/k2/item/15164-linha-do-tempo-das-medidas-envolvendo-mudan%C3%A7as-clim%C3%A1ticas.html>. Acesso em: 7 dez. 2024.

CAMPOS, J; BRITO, M; RBS TV; G1 RS. *Diques, comportas e casas de bombas: holandeses apontam problemas estruturais no sistema contra cheias em Porto Alegre*. G1, 20 ago. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2024/08/20/diques-comportas-e-casas-de-bombas->

- holandeses-apontam-problemas-estruturais-no-sistema-contra-cheias-em-porto-alegre.html. Acesso em: 11 nov. 2024.
- COLLIER, S. J.; ELLIOTT, R.; LEHTONEN, T. K. Climate change and insurance. *Economy and Society*, [s. l.], v. 50, n. 2, p. 158–172, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/03085147.2021.1903771>. Disponível em: 6 fev. 2025.
- COPERNICUS. *Copernicus: 2024 virtually certain to be the warmest year and first year above 1.5°C*, 7 nov. 2024. Disponível em: <https://climate.copernicus.eu/copernicus-2024-virtually-certain-be-warmest-year-and-first-year-above-15deg>. Acesso em: 9 dez. 2024.
- GONZE, N. C. *Concessão em rodovias federais: uma análise da evolução dos modelos de regulação técnica*. 2014. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.pet.coppe.ufrj.br/index.php/producao/teses-de-dsc/doc_download/312-concessao-em-rodovias-federais-uma-analise-da-evolucao-dos-modelos-de-regulacao-tecnica. Acesso em: 10 nov. 2024.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. FIELD, C. B. *et al.* (ed.). *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation*. IPCC: Cambridge University Press, 2012. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/managing-the-risks-of-extreme-events-and-disasters-to-advance-climate-change-adaptation/>. Acesso em: 7 dez. 2024.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. LEE, H.; ROMERO J. (ed.). *Climate Change 2023: Synthesis Report*. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC: Geneva, 2023. p. 35–115. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf. Acesso em: 7 dez. 2024.
- IPHAN. *Carta do Rio*. Brasília, DF: IPHAN, 1995.
- KEYS, B. J.; MULDER, P. Property insurance and disaster risk: new evidence from mortgage escrow data. NBER Working Paper, Cambridge (MA), n. 32579, June 2024. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w32579/w32579.pdf. Acesso em: 7 dez. 2024.
- LYSTER, R.; VERCHICK, R. R. M (ed.). *Research Handbook on Climate Disaster Law: Barriers and Opportunities*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.
- MAL, S.; SINGH, R. B.; HUGGEL, C. (ed.). *Climate Change, Extreme Events and Disaster Risk Reduction: Towards Sustainable Development Goals*. [S.

- L.]: Springer, 2018. Disponível em: <https://content.e-bookshelf.de/media/reading/L-10591923-47318d2487.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2025.
- MARGULIS, S.; DUBEUX, C. *Economia da mudança do clima no Brasil*. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5569/1/BRU_n4_economia.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.
- OLIVEIRA, G. (coord.). *Relatório FGV: seguro aplicado às mudanças climáticas*. Rio de Janeiro: FGV, 2022. Disponível em: <https://fgviisr.fgv.br/sites/default/files/2022-12/Relatorio%20FGV%20-%20Seguro%20aplicado%20as%20Mudancas%20Climaticas%20rev2.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2024.
- ONU. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1992. [S. l.]: ONU, 1992. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf. Acesso em: 7 dez. 2024.
- PEREZ, M. A. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- SALMAN, M. A. Freshwater resources. In: RAJAMANI, L.; PEEL, J. (ed.). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- SAND, P. H. Origin and History. In: RAJAMANI, L.; PEEL, J. (ed.). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- SANTOS, L. R.; SILVEIRA, R. M. Riscos climáticos no Brasil: dados e conceitos. In: SOUZA, P. G. G. de (coord.). *Seguros de catástrofes climáticas: o plano do Brasil para desastres*. São Paulo: Editora IASP, 2024.
- SENADO NOTÍCIAS. *Protocolo de Kyoto*. Brasília, DF: Agência Senado. [s. d.]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>. Acesso em: 6 fev. 2025.
- UNITED NATIONS. COP 21. [S. l.]: United Nations, [s. d.]. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>. Acesso em: 6 fev. 2025.
- UNITED NATIONS. *What is the United Nations Framework Convention on Climate Change?* [S. l.]: United Nations, [s. d.]. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>. Acesso em: 6 fev. 2025.

VALENTE, P. R. P. *Avaliação de impacto regulatório*: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, São Paulo, 2010.

Projeto Regulações Transversais: interface entre saneamento e recursos hídricos

Itamar Aparecido de Oliveira¹

Alessandro Silva de Oliveira²

Edigleisson Bessa Pereira³

Introdução

Embora os serviços de saneamento básico e de recursos hídricos sejam regidos por diferentes políticas nacionais, este pela Lei Federal nº 9.433/2007 e aquele pela Lei Federal nº 11.445/2007, há inegável intersecção entre as duas áreas. O tratamento da água depende diretamente de fontes como reservatórios, mananciais e corpos d'água, ao mesmo tempo que os efluentes de esgoto tratado são lançados nas mesmas fontes. Para as agências reguladoras de saneamento básico, esse arranjo traz dois importantes desafios: como estimular a proteção dos mananciais para garantir a oferta de água bruta com qualidade que reduza o custo do tratamento, e como monitorar, de forma eficiente, a quantidade

- 1 Bacharel em Ciência de Dados pela Universidade Virtual do Estado de São Paulo (Univesp); pós-graduado em Análise de Dados, Data Mining e Inteligência Artificial pela Fundação Instituto de Administração (FIA-SP). Especialista em Regulação e Fiscalização de Serviços Públicos da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps).
- 2 Engenheiro florestal pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, da Universidade de São Paulo; especialista em Projeto e Gestão de Infraestrutura Urbana (UFSCar); mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente (Uniará); especialista em Regulação e Fiscalização de Serviços Públicos da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps).
- 3 Engenheiro ambiental pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo; assessor da Diretoria de Saneamento da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps).

de água bruta nos reservatórios de modo a permitir a antecipação regulatória diante de eventos extremos sem invadir a competência dos entes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh).

Com base nesse desafio, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps) iniciou o projeto Regulações Transversais, alicerçado em dois programas para agir de maneira preventiva e preditiva. O primeiro é o **Programa de Proteção e Conservação de Mananciais do Sistema Cantareira**, que visa estabelecer um modelo inovador de regulação para promover a proteção dos mananciais utilizados para abastecimento público de água, incorporando parte das atividades relativas à proteção aos custos operacionais das prestadoras de serviços de saneamento básico e subsidiando projetos de preservação por meio de recursos tarifários da prestadora de serviços. Já o segundo é o **Programa de Diretrizes Regulatórias para Cenários de Escassez Hídrica na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP)**, que procura firmar parcerias entre a agência reguladora e os entes do Singreh para permitir o monitoramento dos volumes armazenados nos mananciais e a antecipação de cenários por meio de indicadores de segurança hídrica que permitam à agência iniciar ações regulatórias proativas que auxiliem a reduzir o impacto de eventos climáticos extremos para os usuários dos serviços de saneamento básico.

1. Metodologia utilizada

O Programa de Proteção e Conservação de Mananciais do Sistema Cantareira baseou-se, principalmente, em revisão de referências bibliográficas, *benchmarking* e convênios com outras entidades, permitindo que a agência reguladora identificasse os arranjos institucionais mais eficazes para promover a proteção desejada. Nesse sentido, foram analisadas a descrição e a interpretação da legislação em vigor, assim como a literatura relacionada ao meio ambiente, recursos hídricos e saneamento básico, no contexto da inter-relação entre políticas públicas. Também foram consideradas experiências e práticas bem-sucedidas, buscando extrair elementos comuns que respaldassem a participação do setor de saneamento básico na preservação de mananciais, com especial atenção para os aspectos legais e regulatórios.

diálogo profícuo com os demais atores envolvidos na transversalidade entre saneamento e recursos hídricos, incluindo academia, reguladores, agentes do Singreh e o próprio prestador de serviços.

2. Fases e objetivos dos projetos

Os programas desenvolvidos são parte da Agenda Regulatória da Arsesp; um instrumento de governança que assegura à sociedade previsibilidade das ações que serão adotadas pela agência no âmbito dos serviços regulados. Nesse sentido, ambos os programas buscaram promover ações para a atuação da agência reguladora, dentro de suas competências, a fim de garantir a oferta de água bruta para abastecimento, considerando ações preventivas e preditivas.

Para a manutenção da qualidade da água bruta, utilizada como insumo pelo prestador de serviços regulado, o Programa de Proteção e Conservação de Mananciais do Sistema Cantareira implementou um modelo inovador de regulação, que visa promover a preservação dos mananciais utilizados para o abastecimento público de água. Esse modelo busca a integração de atividades relacionadas à proteção de mananciais nos custos operacionais das empresas de saneamento básico. Além disso, o programa especificou e qualificou projetos de preservação de mananciais que podem ser subsidiados com recursos tarifários das prestadoras de serviços. Esse estímulo é essencial para garantir a viabilidade financeira dos projetos de proteção, ao mesmo tempo que propiciará a modicidade tarifária no longo prazo. Isso se dará na medida em que novas tecnologias de tratamento de água não serão necessárias com a manutenção da qualidade atual.

De acordo com a Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR) (2021), a participação ativa do setor de saneamento básico, juntamente com empresas e agências reguladoras, em projetos de conservação de mananciais é de vital importância para a sustentabilidade hídrica e a viabilidade econômica do negócio de saneamento. A qualidade e a quantidade de água disponíveis são condições essenciais para garantir a continuidade dos serviços de abastecimento de água potável e, por extensão, a saúde pública e o bem-estar da população. Investimentos em conservação de mananciais, reconhecidos e quantificados na composição tarifária, beneficiam o setor

do instituto meteorológico contém dados meteorológicos diários. A aplicação para a previsão do tempo em determinado smartphone “fala” com esse sistema por meio de APIs e mostra atualizações meteorológicas diárias no aparelho.

Destaca-se, nesse viés, um estudo sobre o Sistema Cantareira, realizado em 2023 pela The Nature Conservancy (TNC), que aponta avanços significativos na qualidade e na quantidade de água, enfatizando a importância da restauração de ecossistemas e investimentos em Soluções Baseadas na Natureza (SBN). A restauração da vegetação nativa e das matas ciliares pode aumentar a disponibilidade de água em 33% durante períodos de seca. Práticas agrícolas sustentáveis e proteção de áreas úmidas são essenciais para a resiliência hídrica e climática. Desse modo, a utilização de modelos hidrológicos, como o Sistema de Modelagem Hidrológica (Hydrologic Engineering Center - Hydrologic Modeling System, HEC-HMS) e as Ferramentas de Avaliação de Solo e Água (Soil and Water Assessment Tool, SWAT), indicaram melhorias na produção anual de água e atenuação de eventos extremos de vazão.

Após essa etapa de estudos, foi proposta, no projeto, uma série de ações apoiadas em Soluções Baseadas na Natureza (SBN) e infraestrutura verde. Isso foi feito por meio de atividades como restauração florestal de áreas de preservação permanente e reservas legais, atividades mecanizadas e vegetativas para conservação do solo e da água, adequação para sistemas produtivos que melhorem a produção de água nas microbacias, pagamento por serviços ambientais (PSA) e saneamento rural.

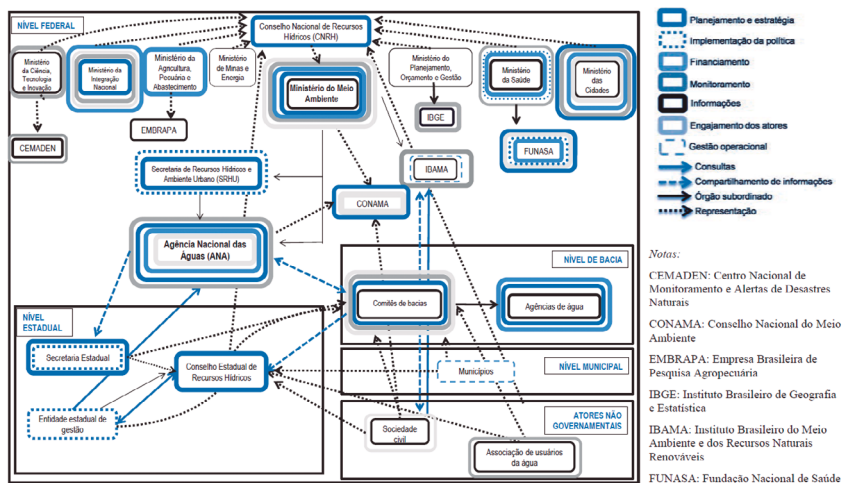
O Programa de Diretrizes Regulatórias para Cenários de Escassez Hídrica na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP), além da revisão de referências bibliográficas, utilizou o processo de Descoberta de Conhecimento em Bases de Dados (Knowledge Discovery in Databases, KDD); aparato metodológico cujo uso envolve a extração de conhecimento de grandes bases de dados (Castro; Ferrari, 2016) e utilizado no tratamento e na análise dos dados históricos de volume acumulado, pluviometria e vazão dos mananciais da RMSP para auxiliar na definição dos cenários futuros. Adicionalmente, foram adotadas estratégias de *benchmarking* para comparação entre formas de controle e fontes de dados utilizados ou fornecidos pelos membros do Singreh, em especial os agentes outorgantes do direito de uso da água, e técnicas de banco de dados que permitissem o consumo das informações diariamente por meio de transferências via Interface de Programação de Aplicações (Application Programming Interface, API).⁴ Somada a essas metodologias, todo o processo foi cerzido por

4 APIs são mecanismos que permitem que dois componentes de software se comuniquem usando um conjunto de definições e protocolos. Por exemplo, o sistema de software

de saneamento, ao assegurar a matéria-prima essencial para suas operações, e promovem a resiliência das cidades frente a eventos climáticos extremos e à escassez de recursos hídricos.

Em relação ao monitoramento da quantidade de água disponível, o Programa de Diretrizes Regulatórias para Cenários de Escassez Hídrica na RMSP procura promover o aumento na capacidade de monitoramento pela agência reguladora dos volumes armazenados nos mananciais da região. O objetivo é possibilitar a antecipação de ações regulatórias que reduzam o sofrimento coletivo em situações de escassez hídrica. A Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, conhecida como Lei das Águas, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Singreh. Por meio dessa lei, aplicou-se o conceito de descentralização na gestão dos recursos hídricos, promovendo maior participação social no processo decisório. Por tal característica, a gestão de recursos hídricos possui elevada complexidade na relação entre os vários atores que interagem nesse sistema. A Figura 1 mostra o mapeamento realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2015. Não obstante alterações em nomes de atores e de suas competências, o material demonstra bem tal complexidade.

Figura 1: Mapa de interações do sistema de gerenciamento de recursos hídricos



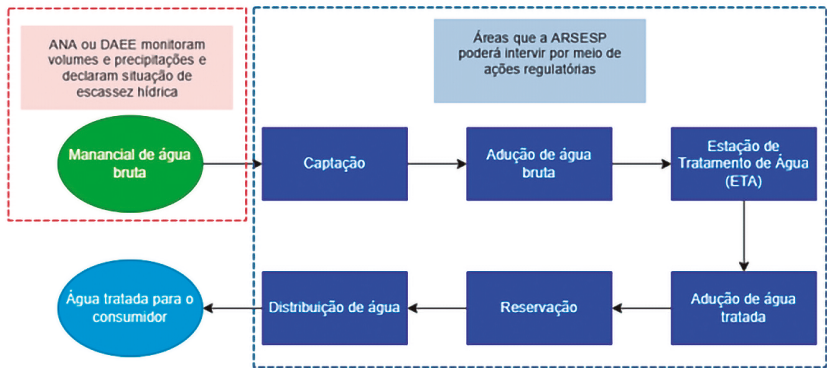
Fonte: OCDE (2015).

Contudo, interessa-nos um pequeno recorte desse mapeamento maior, representado pelas interações nas reservas de água bruta, geração/controle/publicação de informações sobre volumes reservados e responsabilidade em declarar situações de escassez hídrica. Conforme se constata,⁵ a agência reguladora infranacional, por não ser partícipe no sistema de gestão de recursos hídricos, não possui competência para atuar no manancial, ainda que possa criar estímulos econômicos para o prestador atuar na proteção deste. Aos órgãos outorgantes, a Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA) e o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), por sua vez, cabe o monitoramento qualitativo e quantitativo dos mananciais, podendo realizar esta atividade por meio de redes próprias de monitoramento ou utilizando informações de terceiros. A Lei das Águas estabelece ainda, em seu art. 2º, “a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais” como um dos objetivos do Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH).

Dessa forma, a partir de eventuais declarações de escassez emitidas pela ANA (mananciais interestaduais) ou DAEE (mananciais estaduais), a Arsesp pode propor ações regulatórias, com o objetivo de minimizar o sofrimento coletivo, nas áreas de captação, tratamento, reservação e distribuição de água. A Figura 2 representa as áreas onde a Arsesp pode atuar seguindo o ciclo do abastecimento.

5 Sobre este assunto, ver GRANZIERA, M. L. M.; OLIVEIRA, C. R. de; JEREZ, D. M. Saneamento básico e recursos hídricos na Lei Federal nº 14.026/2020. In: FROTA, L.; PEIXINHO, M. (coord.). *Marco Regulatório do Saneamento Básico: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. Brasília: OAB Editora, 2021, em que concluem os autores: “Ao incorporar a ‘reservação de água bruta’ nos serviços de abastecimento de água potável, o Marco Legal do Saneamento Básico atribuiu aos prestadores de serviços a responsabilidade de proteger os mananciais dos quais captam sua matéria prima. Porém, a agência reguladora, ao editar padrões e normas para esses serviços, desempenha papel fundamental no cumprimento dessa obrigação, podendo atuar também como importante indutora de uma política de saneamento básico mais integrada com a conservação dos recursos hídricos, garantindo que a prestação de serviços de saneamento seja baseada no uso sustentável desse recurso ambiental, como determina o art. 18, parágrafo único, do Decreto n. 7.217/2010.”

Figura 2: Áreas de atuação da Arsesp



Fonte: Autoria própria (2024).

Ressalta-se que o fato de não ser partícipe do Singreh⁶ apenas circunscreve que a competência de monitoramento dos mananciais pertence ao órgão outorgante, mas não é um impedimento para que a Arsesp realize acompanhamento dos volumes armazenados nos mananciais que atendem à área regulada, por meio de informações próprias ou de terceiros.

Considerando os objetivos expostos, o projeto foi dividido em nove etapas, com início em 2022 e término em 2024. A seguir, apresentamos o cronograma resumido com as etapas e os produtos gerados.

Tabela 1: Cronograma do projeto Regulações Transversais

Tarefa	Início	Término	Produto gerado
8) Nota Técnica A – Critérios para definição de estrutura de governança – Arranjo institucional adequado ao Programa de Conservação de Mananciais	01/03/2023	15/05/2023	Nota Técnica n. 9026018. Processo SEI 133.00000912/2023-43
9) Nota Técnica B – Metodologia de acompanhamento das ações de conservação	20/04/2023	09/05/2024	Nota Técnica n. 27430563. Processo SEI 133.00000912/2023-43

6 O Singreh é a estrutura de governança instituída no Brasil para a gestão dos recursos hídricos. É constituído por organismos colegiados, que debatem e deliberam sobre a gestão dos recursos hídricos (são órgãos consultivos e deliberativos), e por órgãos administrativos, responsáveis por implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos. Esses entes atuam na esfera federal ou estadual, conforme o domínio dos corpos hídricos.

Tarefa	Início	Término	Produto gerado
10) Nota Técnica C – Metodologia para avaliação e fiscalização de projetos para conservação de mananciais	01/04/2024	30/08/2024	Nota Técnica n. 27430563. Processo SEI 133.00000912/2023-43
11) Manual de boas práticas regulatórias – Subsídios ao Programa de Conservação de Mananciais	17/06/2024	30/08/2024	Nota Técnica n. 27430563. Processo SEI 133.00000912/2023-43
12) Análise dos limites de atuação da agência no sistema integrado de recursos hídricos	16/01/2023	14/06/2023	Parecer Técnico Fase 2. Número SEI: 3265456
13) Estudo técnico — Fase 1 — Construção de banco de dados com histórico e atualização contínua	17/04/2023	05/10/2023	Documentação de API e Base de Dados
14) Estudo técnico — Fase 2 — Criação/uso de plataforma de monitoramento dos volumes	06/10/2023	24/05/2024	Dashboard PowerBI
15) Estudo técnico — Fase 3 — Estudo de indicadores de segurança hídrica	01/01/2024	30/08/2024	Parecer Técnico Fase 3. Número SEI: 3265456
16) Estudo técnico — Fase 4 — Estudo das diretrizes regulatórias para cenários de escassez hídrica	01/01/2024	03/08/2024	Parecer Técnico Fase 4. Número SEI: 3265456

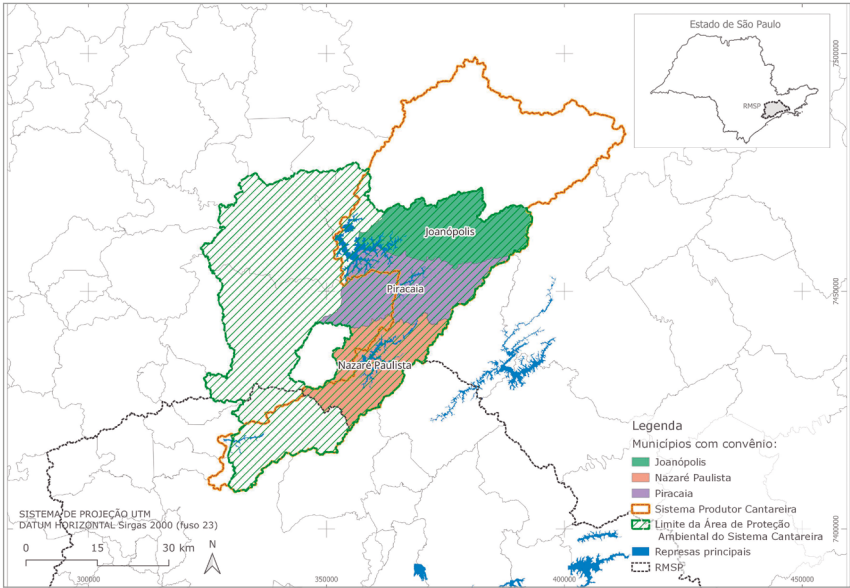
Fonte: Elaboração própria com base em Arsesp (2024).

3. Resultados do programa de conservação de mananciais

O Programa de Conservação de Mananciais do Sistema Cantareira firmou convênio em 2021 com a então Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente (Sima); atual Secretaria de Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística (Semil). O objetivo foi conjugar esforços visando à recuperação dos mananciais da Área de Proteção Ambiental (APA) Sistema Cantareira e observar os resultados das ações de conservação. Com isso, a Secretaria celebrou convênios com os municípios de Piracaia, Joanópolis e Nazaré

Paulista, que fazem parte da APA do manancial. A Figura 3 ilustra a localização desses municípios na área de proteção, na área do sistema produtor Cantareira, e mostra a proximidade com a RMSP.

Figura 3: Municípios com convênio no programa de conservação do manancial Cantareira



Fonte: Elaboração própria (2024).

A partir desses convênios, foi possível executar programas municipais para a proteção dos mananciais, contemplando ações como a restauração ecológica, implantação de sistemas agroflorestais e silvipastoris, implantação de florestas multifuncionais, pagamento por serviços ambientais e saneamento rural. A Tabela 2 descreve melhor cada uma dessas atividades.

Tabela 2: Descrição das atividades desenvolvidas nos convênios com os municípios

Atividades desenvolvidas nos convênios com os municípios	
Restauração ecológica	Intervenção humana intencional em ecossistemas degradados ou alterados para desencadear, facilitar ou acelerar o processo natural de sucessão ecológica. A adequada cobertura vegetal tem impacto positivo direto na produção em quantidade e qualidade de água nas microbacias, além de regular as vazões, reduzindo dias em vazões de estiagem ou vazões de pico. A avaliação do processo se dá pelo monitoramento de indicadores ecológicos previstos em norma própria.
Implantação de sistemas agroflorestais	Implantação de sistemas produtivos que combinam culturas agrícolas com árvores florestais e frutíferas na mesma área, buscando uma utilização mais eficiente dos recursos naturais como solo, água e energia. Essa forma de uso da terra tem impacto positivo na produção de água em quantidade e qualidade de água nas microbacias, evitando-se o escoamento superficial da água, aumentando a infiltração da água no solo e reduzindo erosão, o que aumenta a vida útil dos reservatórios.
Implantação de sistemas silvipastoris/pecuária ecológica	Implantação de modalidade dos sistemas agroflorestais onde animais, árvores e pastagens são inseridos na mesma área e manejados a fim de se obter madeira, carne ou leite simultaneamente, de preferência com a adoção de pastejo rotacionado, diversificação de forrageiras e introdução de árvores nativas. Essa forma de uso da terra tem impacto positivo na produção em quantidade e qualidade de água nas microbacias, por reduzir processos erosivos e consequente arrasto de sedimentos para cursos d'água, o que diminui pastagens degradadas e permite o uso da terra de forma mais adequada para a produção de água nas microbacias.
Implantação de florestas multifuncionais	Implantação de florestas heterogêneas, compostas por espécies nativas ou nativas consorciadas com exóticas, implantadas para a produção, sob manejo sustentável, de madeira e produtos florestais não madeireiros (frutas, sementes, óleos, por exemplo) e para a produção de serviços ecossistêmicos, compatibilizando finalidades ecológicas e econômicas. Essa forma de uso da terra tem impacto positivo na produção de água em quantidade e qualidade de água nas microbacias, evitando-se o escoamento superficial da água, aumentando a infiltração da água no solo e reduzindo erosão, aumentando a vida útil dos reservatórios.
Conservação de solo em pastagem, áreas agrícolas e estradas	Adoção de práticas mecânicas com o objetivo de evitar o escoamento da água da chuva pelo terreno, conduzindo o excesso de água por meio de terraços ou valetas, para locais protegidos com vegetação, bacias de retenção, onde será armazenada até sua infiltração, evaporação ou, ainda, utilização.

Atividades desenvolvidas nos convênios com os municípios	
Proteção de nascentes e áreas para restauração	Implantação de cercas para isolamento das áreas, quando necessário, de modo a evitar o acesso de animais de criação herbívora. As cercas devem ser construídas com materiais resistentes, como mourões tratados e arame de boa qualidade. Essa ação permite proteção de áreas restauradas ou áreas de preservação permanente, isso facilita a regeneração natural da vegetação. A adequada cobertura vegetal nas áreas ripárias tem impacto positivo na produção em quantidade e qualidade de água nas microbacias, além de regular as vazões, reduzindo dias em vazões de estiagem ou vazões de pico.
Saneamento rural	Substituição de sistemas rudimentares por tecnologias mais adequadas, visando ao saneamento básico nas comunidades rurais atendidas pelo projeto. As soluções para o saneamento rural, como a implantação de fossas sépticas biodigestoras, têm impacto positivo para os cursos d'água, uma vez que os efluentes possuem carga orgânica reduzida, evitando a contaminação de lençol freático e, por consequência, dos cursos d'água, contribuindo para a qualidade das águas nos mananciais, além dos impactos positivos na saúde da população.

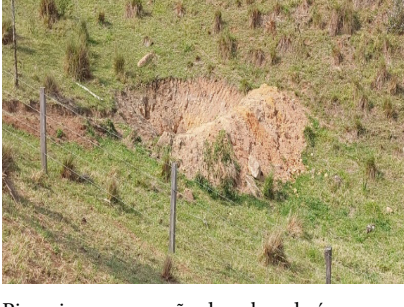
Fonte: Adaptado de Convênio Sima/Arsesp/001/2021 (2021).

A situação do atingimento das metas estimadas nos convênios, bem como a projeção do cumprimento com base na situação atual de mobilização de provedores e planejamento de intervenções, considerando a concretização dos aditamentos propostos nos convênios, é a seguinte:

- 10 hectares de restauração ecológica (condução e enriquecimento);
- 337 unidades de barraginhas (conservação do solo e da água);
- 520 hectares de conservação de vegetação nativas (PSA por 2 anos);
- 81 unidades de saneamento rural (substituição de sistemas rudimentares);
- 56.000 metros de proteção de áreas para restauração (cercamento);
- 100 hectares de implantação de pecuária ecológica;
- 50 hectares de implantação de sistemas agroflorestais e florestas multifuncionais.

As fotografias de algumas intervenções já iniciadas são apresentadas na Tabela 3.

Tabela 3: Exemplos de intervenções realizadas no projeto de conservação do manancial Cantareira

	
Joanópolis: unidade de saneamento rural.	Joanópolis: pecuária ecológica com pastejo rotacionado.
	
Nazaré Paulista: sistema agroflorestal.	Nazaré Paulista: sistema agroflorestal.
	
Piracaia: cercamento de áreas florestais.	Piracaia: conservação do solo e da água (barraginhas).



Fonte: Autoria própria (2024).

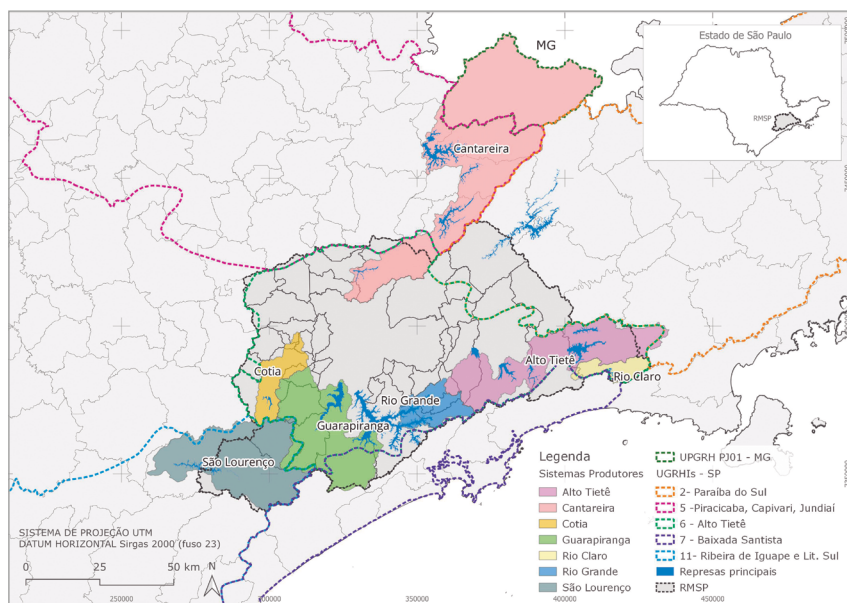
4. Resultados do programa diretrizes regulatórias para cenários de escassez hídrica na RMSP

Para o Programa de Diretrizes Regulatórias para Cenários de Escassez Hídrica na RMSP, com relação aos resultados obtidos, destacam-se a consolidação da base de dados histórica com atualização diária, a adaptação de indicador de segurança hídrica para realização do monitoramento dos níveis de criticidade e a adoção de leque de possibilidades regulatórias a ser adotada em cenários de escassez.

Os sistemas produtores da Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) perfazem sete elementos: Alto Tietê, Cantareira, Cotia, Guarapiranga, Rio Claro, Rio Grande e São Lourenço. Destes, o Cantareira está localizado em uma bacia hidrográfica interestadual: a Bacia Hidrográfica dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (BH-PCJ), que compreende a Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos 5, UGRHI-05, no estado de São Paulo; e a Unidade de Planejamento e Gestão dos Recursos Hídricos, UGRHI PJ01, na porção mineira da BH-PCJ. Já as demais componentes estão localizadas em bacias hidrográficas estaduais que compreendem a UGRHI-06, na Bacia Hidrográfica do Alto Tietê (BH-AT); a UGRHI-07, na Bacia Hidrográfica da Baixada Santista (BH-BS); e a UGRHI-11, na Bacia Hidrográfica do Ribeira de Iguape e litoral sul (BH-RB). Além disso, a UGRHI-02, porção paulista da Bacia do Paraíba do Sul, constitui parte importante desse sistema, uma vez que ocorre transferência de vazões do

reservatório Jaguari dessa bacia para o reservatório Atibainha no sistema Cantareira. A Figura 4 ilustra a localização dos elementos desse sistema.

Figura 4: Sistemas produtores da região metropolitana de São Paulo



Fonte: Elaboração própria.

Dessa forma, há fontes de informações disponíveis tanto nos controladores e nos reguladores nacionais quanto estaduais, a depender da bacia em que o sistema produtor se localiza. Por exemplo, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) apresenta dados volumétricos dos mananciais no site Mananciais,⁷ no qual atualiza, diariamente, as informações sobre volumes e pluviometria. No mesmo sentido, a ANA disponibiliza informações similares em uma sala de situação;⁸ de forma similar, o DAEE fornece informações sobre a situação dos sistemas produtores da RMSP em sua sala de situação;⁹ por fim, informações volumétricas também são disponibilizadas em sites dos comitês de bacia hidrográfica, em especial a sala de situação do CBH-PCJ¹⁰ e do CBH-AT.¹¹ Não obstante existirem várias fontes de informa-

7 Disponível em: <https://mananciais.sabesp.com.br/Home>.

8 Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/sala-de-situacao>.

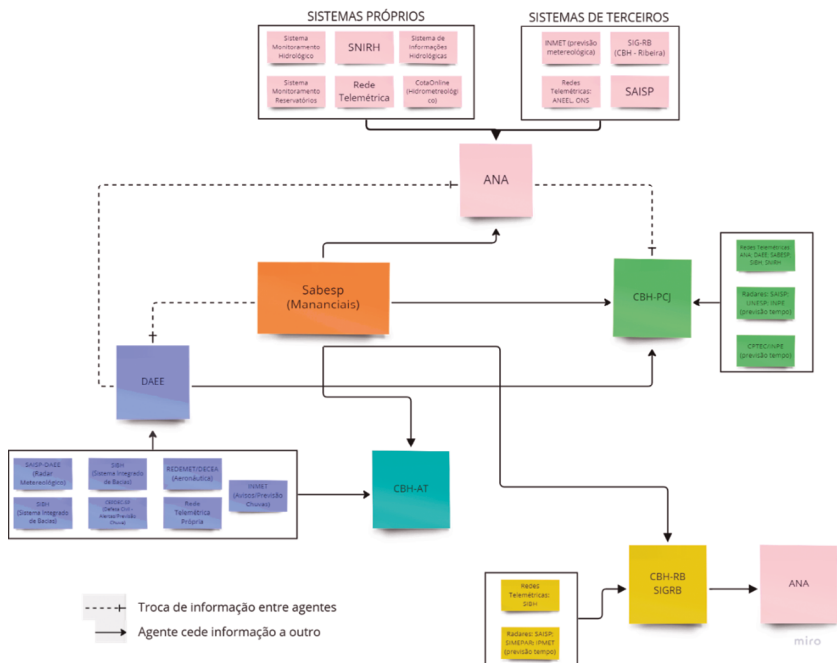
9 Disponível em: <https://cth.daee.sp.gov.br/ssdsp/>.

10 Disponível em: <https://www.sspcj.org.br/>.

11 Disponível em: <https://comiteat.sp.gov.br/camaras-tecnicas/monitoramento-hidrologico/>

ções passíveis de serem utilizadas no acompanhamento dos mananciais pela Arsesp, os dados de volumes armazenados consumidos pelos demais atores provêm dos sistemas de controle da Sabesp, conforme se observa na Figura 5.

Figura 5: Fluxo das informações de monitoramento entre atores regulatórios



Fonte: Elaboração própria.

A partir dessa constatação, a Arsesp estabeleceu com a Sabesp um protocolo de recebimento de informações por meio de API, que conecta a base de dados do prestador à base de dados da agência reguladora. A principal vantagem dessa forma de troca de informação, além da agilidade na atualização, é a garantia sobre a fidelidade do dado transmitido em relação à sua fonte. Outra vantagem se consolida na independência do regulador em relação às informações disponibilizadas em páginas da internet. Isso porque o consumo direto da fonte da base de dados garante a permanência da informação, mesmo diante de instabilidade ou queda das páginas virtuais nas quais, normalmente, tais informações

são disponibilizadas ao público geral. Dessa forma, a agência reguladora mantém uma base de dados com informações diárias desde 2000, sobre o volume acumulado, vazões de entrada e saída, e pluviometria dos mananciais que abastecem a RMSP. Um exemplo da base de dados construída, entre os anos de 2000 e 2024, é apresentado na Figura 6.

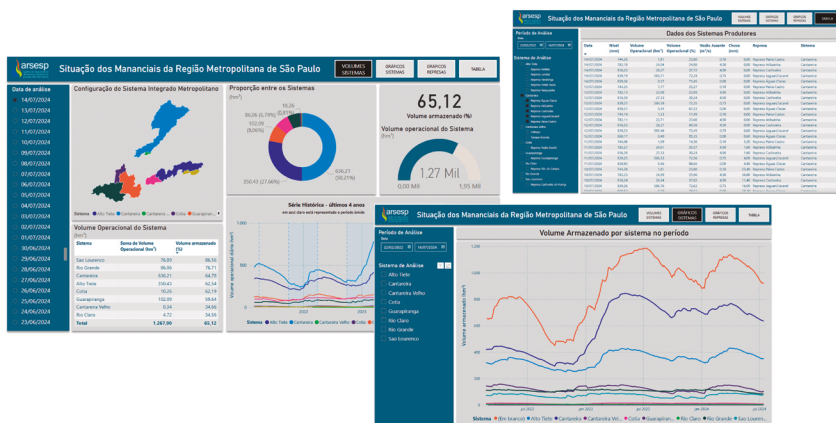
Figura 6: Exemplo da base de dados construída

Represalid	Data	Nivel_m	Chuva_mm	VazaoJusante_m3s	VolumeTotal_hm3	VolumeOperacional_porcentagem	VolumeOperacional_hm3
1	2023-10-01 00:00:00	840.02	30	1.75	859.74368949922	76.7649501352646	620.29422694633
2	2023-09-30 00:00:00	840.04	0	1.82	860.636336262842	76.8754202701834	621.186873619952
3	2023-09-29 00:00:00	840.05	0	2.5	861.082856759669	76.9306797296321	621.633394116779
4	2023-09-28 00:00:00	840.06	18.8	2.5	861.529508641088	76.9859554486736	622.080045998197
5	2023-09-27 00:00:00	840.07	0.2	2.5	861.976291890454	77.0412474252454	622.526829247564
6	2023-09-26 00:00:00	840.12	0	1.81	864.212178069268	77.3179510984457	624.762715426378
7	2023-09-25 00:00:00	840.16	0	1.75	866.003249913454	77.5396064595024	626.553787270564
8	2023-09-24 00:00:00	840.21	0	1.75	868.245041539255	77.8170409654624	628.795578896365
9	2023-09-23 00:00:00	840.26	0	1.75	870.490110922955	78.0948811126662	631.040648280065

Fonte: Autoria própria.

A partir da base de dados consolidada, foi possível produzir gráficos para a visualização dos volumes acumulados em cada manancial da RMSP. A Figura 7 apresenta o *dashboard* criado para acompanhamento regulatório da situação dos mananciais da RMSP.

Figura 7: Dashboard para acompanhamento regulatório da situação dos mananciais da RMSP



Fonte: Elaboração própria (2024).

Apenas a observação já permite comparações que ampliam a percepção sobre a gravidade ou a normalidade de dada situação; por isso se mostra salutar a associação de indicadores de segurança hídrica à série histórica, refinando a

mesma percepção. Indicadores de segurança hídrica têm por objetivo monitorar a relação oferta/demanda em uma determinada área e estabelecer padrões que garantam o atendimento da demanda ou ações que possibilitem a redução de dano no caso dessa relação se desbalancear por qualquer razão.

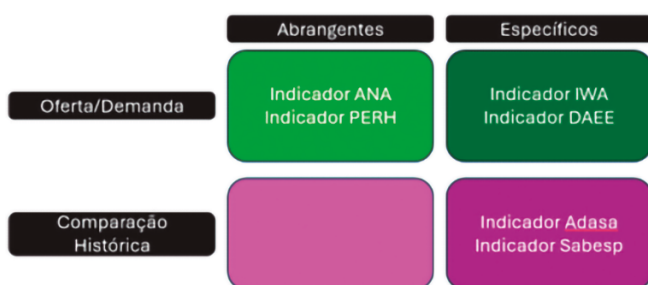
De modo geral, os modelos de indicadores de segurança hídrica abordados neste trabalho se diferenciam em dois aspectos: (i) na granulometria da área monitorada; e (ii) no modelo comparativo utilizado para definir o padrão de segurança.

Quanto à granulometria, alguns indicadores monitoram a situação na granulometria ottobacia (caso do ISH-ANA) e servem sobretudo para edificação de políticas públicas que reduzam os conflitos pelo uso de recursos hídricos na região monitorada. Outros se debruçam sobre a área do município em uma tentativa de possibilitar ações operacionais/tarifárias que controlem situações de escassez na distribuição de água. Nesse sentido, com o mesmo objetivo, ainda há aqueles que observam a situação específica do manancial produtor de água. Sendo assim, para cada granulometria, há perdas e ganhos em sua adoção: quanto mais abrangente o indicador (por exemplo, ISH-ANA), maior a quantidade de informações para fundamentar políticas públicas para recursos hídricos, porém a sensibilidade do indicador torna-se difusa quando observadas granulometrias menores, o que prejudica uma análise pontual (municipal ou por manancial produtor) do fenômeno. Por outro lado, indicadores com granulometria reduzida (por exemplo, o Índice de Segurança Hídrica (ISH) da Sabesp) permitem uma análise refinada do fenômeno no nível manancial, possibilitando a adequação operacional do sistema para lidar com cenários de escassez hídrica. Entretanto, isso impede uma visão abrangente do fenômeno que auxilie na feitura de políticas públicas voltadas para os conflitos pelo uso da água na bacia hidrográfica na qual o manancial se encontra.

Já quanto ao tipo de modelo comparativo, parte dos indicadores utiliza uma projeção de demanda necessária com base na ocupação humana na área de monitoramento e a compara com a produção total de água destinada a este atendimento. Outros indicadores comparam o momento vivenciado em determinado sistema com a evolução histórica desse mesmo sistema, possibilitando identificar o quão próximo ou distante o momento está da média histórica. Da mesma forma, os dois tipos têm suas fortalezas e fragilidades, e a escolha entre eles depende, exclusivamente, do objetivo pretendido com o monitoramento. Sendo assim, para feitura de políticas

públicas, parecem-nos melhores os modelos abrangentes oferta/demanda por observarem várias dimensões do fenômeno (por exemplo, ISH-ANA). No entanto, para gestão ou regulação operacional do sistema, surgem-nos mais aderentes os modelos específicos de comparação histórica, por terem cálculos mais refinados para o manancial ao qual a operação se destina. Assim, avaliamos seis indicadores de segurança hídrica (esquematisados na Figura 8) que poderiam ser utilizados como critérios para definição do nível de criticidade dos mananciais.

Figura 8: Tipos de indicadores de segurança hídrica



Fonte: Elaboração própria (2024).

Considerando a análise final das fortalezas e a fragilidade de cada indicador analisado, entendemos como boa estratégia regulatória o uso combinado de dois indicadores para situações rotineiras e outro para cenários de crise hídrica: para monitoramento rotineiro dos mananciais, o uso prioritário do ISH-Sabesp e também de uma variante do ISH-ANA, o ISH-ANA (dim. humana); adicionalmente, no caso de estabelecimento de um cenário de escassez, o uso das curvas de monitoramento, com publicação periódica do acompanhamento.

Sobre o ISH-Sabesp, principal indicador a ser utilizado no monitoramento, ele foi desenvolvido como medida de acompanhamento do estado de reservação em relação a seus níveis históricos, conforme Faro *et al.* (2019):

O ISH determina o quão próximo (ou distante) o volume útil do sistema, em um determinado mês, encontra-se das metas pré-definidas para aquele mês. As metas do indicador são calculadas com base no histórico mensal do sistema avaliado, considerando as médias históricas de volume no início dos períodos secos (março) e chuvosos (setembro), nos anos em que houve pleno atendimento de demandas. Para este índice foram definidas três faixas

de avaliação que expressam a condição de estado do sistema a cada mês: ISH 0,40 — Crítica; $0,40 \leq \text{ISH} < 0,70$ — Atenção; $\text{ISH} \geq 0,70$ — Satisfatório.

Atualmente, utilizamos o ISH para cada sistema produtor da RMSP, com atualizações diárias, porém com visualizações mensais, uma vez que o indicador é a razão do volume acumulado no último dia do mês em relação à meta projetada para aquele mesmo mês. Na Figura 9, é possível observar os gráficos gerados para o ISH.

Figura 9: Projeção do ISH para os sistemas produtores da RMSP



Fonte: Elaboração própria (2024).

A definição de um indicador regulatório para acompanhamento dos volumes reservados nos mananciais é essencial, pois permite atrelá-lo a ações regulatórias proativas predeterminadas. Em artigo publicado na XIX Exposição de Experiências Municipais em Saneamento, Costa e Barbosa (2015) resumiram algumas possíveis ações regulatórias a serem adotadas pelas agências reguladoras em cenários de crise hídrica, conforme apresentado na Tabela 4.

Tabela 4: Possibilidades de atuação das agências reguladoras em cenário de crise hídrica

Medidas possíveis		Ex-ante — Prevenção	Ex-post – Solução ou mitigação
Não tarifárias	Obrigatórias	• Planos de seca • Cobrança pelo uso de recursos hídricos • Fiscalizações / sanções	• Racionamento / contingenciamento
	Voluntárias (via incentivos)	• Monitoramento de indicadores • Incentivo à redução de perdas • Promoção de práticas de reuso da água • Conscientização da população	• Intensificação da comunicação e conscientização da população
Tarifárias	Obrigatórias	• Reserva de recursos para a preservação e recuperação de mananciais	• Tarifa de contingência • Multas por desperdício • Tarifas sazonais
	Voluntárias (via incentivos)	• Progressividade de tarifas • Substituição de consumo mínimo por disponibilidade	• Concessão de bônus

Fonte: Adaptado de Costa e Barbosa (2015).

O rol não é taxativo, mas apresenta-se como um bom resumo das possibilidades existentes. A partir dessa tabela, construímos as ações possíveis de serem adotadas pela Arsesp dentro de suas competências regulatórias, da qual apresentamos o plano resumido na Tabela 5.

Tabela 5: Plano resumido de ações regulatórias em cenário de crise hídrica

Medidas possíveis	Quando adotar?
Fiscalização dos investimentos previstos para resiliência hídrica	ISH normal
Abertura de frentes de diálogo com prestadores	ISH entrando na fase de atenção
Requerimento de planos de seca ao prestador e fiscalização do plano	ISH permanecendo na fase amarela por dois meses sem estabilização
Permissão para gestão de demanda noturna (redução de pressão durante a madrugada)	ISH permanecendo na fase amarela por três meses sem estabilização
Início de campanha informativa à população	ISH permanecendo na fase amarela por quatro meses sem estabilização

Medidas possíveis	Quando adotar?
Estudo para autorização de investimentos não previstos objetivando a ampliação temporária de oferta (novas transposições entre sistemas, por exemplo)	ISH entrando na fase crítica e distante do período chuvoso
Estudo para adoção de práticas tarifárias de contenção (tarifa de contingência ou tarifa bônus)	ISH permanecendo na fase crítica por dois meses, sem estabilização, e distante do período chuvoso
Autorização para racionamento	ISH permanecendo na fase crítica quatro meses, sem estabilização, e distante do período chuvoso

Fonte: Autoria própria (2024).

Dessa forma, quando o ISH atingir determinado patamar, uma ação regulatória específica será iniciada com o objetivo de reduzir o consumo, ou aumentar a oferta, e postergar ao máximo a ocorrência de cenários críticos.

Todavia, atrelar ações ao resultado dos indicadores requer que estes sejam testados por um razoável período, realizando-se os ajustes necessários. Assim, embora já tenhamos finalizado o projeto, as conexões entre valor do ISH e ações regulatórias serão aprimoradas com o indicador em operação, permitindo ajustes na medida em que o monitoramento mostre a necessidade para tal. Também a lista de ações regulatórias e o momento de sua adoção passará por um período de testes para compreendermos a efetividade de cada proposta e a necessidade de ajustes.

5. Análise dos resultados

Para o Programa de Proteção e Conservação de Mananciais do Sistema Cantareira, os resultados estão sendo obtidos, porém foi necessária a articulação de várias partes interessadas. Como a Arsesp não possui competência legal para desenvolver, por meios próprios, um programa de conservação para os mananciais, foram propostos acordos de cooperação técnica com organizações da sociedade civil e convênios com a Semil do Estado de São Paulo, bem como com as administrações municipais dos municípios envolvidos. Devido à complexidade das etapas convênio, mobilização e contratação dos serviços, foram necessários aditamentos dos instrumentos, perfazendo um cronograma de 36 meses de trabalho. Também foram necessárias algumas alterações no objeto do convênio, como a troca de

ações de restauração florestal pela proteção de áreas a serem restauradas, no caso de ações executadas pelas administrações municipais.

Para o controle da quantidade, os avanços obtidos com o Programa de Diretrizes Regulatórias para Cenários de Escassez Hídrica na RMSP já permitem que a agência faça um monitoramento diário dos níveis armazenados nas represas do sistema da RMSP, sem dependência de informações fornecidas por sites da internet, em especial o portal Mananciais da Sabesp. Sendo assim, o consumo de dados via API, diretamente do banco de dados do prestador, permite que a agência tenha acesso contínuo à informação, mesmo que o site esteja corrompido. Além disso, as informações fornecidas pelo órgão outorgante sobre a situação das chuvas nas bacias hidrográficas possibilitam que a agência atue, de modo proativo, na região afetada pela escassez hídrica. Portanto, com a implementação de indicadores de sustentabilidade hídrica associados ao monitoramento dos níveis e aos mapas de chuva, a agência será capaz de agir com antecipação aos eventos climáticos extremos, adotando uma das ações previamente estabelecidas.

Considerações finais

Entende-se que a aproximação das agências reguladoras de saneamento básico com os entes do Singreh é fundamental na busca por uma gestão eficiente e sustentável dos recursos hídricos no Brasil. A interação entre essas entidades é essencial para garantir uma abordagem integrada e coordenada, promovendo sinergias entre as políticas de saneamento e de gestão de recursos hídricos. Nesse viés, a colaboração estreita permite a troca de informações, a definição de metas alinhadas e a implementação de práticas conjuntas que visam à oferta de serviços de saneamento de qualidade, além da preservação e da gestão responsável dos mananciais. A união de esforços entre as agências reguladoras de saneamento e os entes do Singreh representa um passo significativo na promoção do desenvolvimento sustentável. Essa cooperação assegura a disponibilidade e o acesso equitativo à água potável, ao mesmo tempo que preserva os ecossistemas aquáticos e promove a resiliência diante dos desafios climáticos e socioeconômicos.

Especificamente para o Programa de Proteção e Conservação de Mananciais do Sistema Cantareira, considera-se que a variação no quantitativo de metas é uma contingência esperada dada a sua intrínseca vinculação à

adesão dos proprietários rurais, os quais deparam com diferentes cenários de intervenções em suas propriedades. Diante disso, é recomendável uma exploração aprofundada dos cenários de implementação desse tipo de programa, valendo-se da expertise dos agentes de assistência técnica e extensão rural locais, bem como das organizações da sociedade civil atuantes na região, para a proposição de metas realistas e exequíveis. Já para o Projeto de Diretrizes Regulatórias para Cenários de Escassez Hídrica na RMSP, é recomendado que as agências reguladoras mapeiem todos os atores existentes na área de atuação, bem como suas competências legais, evitando infringir competência alheia. Também é importante que o regulador, ao utilizar dados fornecidos por terceiros, faça análises aprofundadas sobre a qualidade desses dados, além da possibilidade de utilizar mais de uma fonte de informação.

Entende-se, então, que a integração entre o setor de saneamento básico e os recursos hídricos é fundamental para enfrentar os desafios relacionados à segurança hídrica e à crise climática no estado de São Paulo. Enfatiza-se a urgência de ações imediatas em que as agências reguladoras e as companhias de abastecimento de água têm papel de destaque na adoção de soluções para a gestão sustentável dos recursos hídricos, como as soluções baseadas na natureza (SBN). Além disso, a colaboração entre políticas públicas e os beneficiários da conservação de mananciais é um passo vital para ampliar a segurança hídrica e alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável propostos pela Agenda 2030 da ONU.

Equipe Coordenadora e Técnica

- Itamar Aparecido de Oliveira
- Alessandro Silva de Oliveira
- Edigleisson Bessa Pereira
- Bruno Valentim Retrão
- Rodolfo Gustavo Ferreras
- Juliana Fontes Lima Collaço
- Maria Martins do Nascimento
- Rogério Xavier Soares

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *O comitê de bacia hidrográfica: o que é e o que faz?* Brasília: ANA, 2011.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Plano de recursos hídricos e enquadramento dos corpos de água*. Brasília: ANA, 2013.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Plano nacional de segurança climática*. Brasília: ANA, 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Sistemas de informação na gestão de águas: conhecer para decidir*. Brasília: ANA, 2016.
- COSTA, S.; BARBOSA, V. M. O papel das agências reguladoras no combate à crise hídrica brasileira. In: ASSEMBLEIA NACIONAL DA ASSEMAE, 45., 2015, Poços de Caldas. Poços de Caldas: ASSEMAE, 2015. Disponível em: http://www.arsae.mg.gov.br/images/Artigos/ASSEMAE_2015_CriseHidrica.pdf. Acesso em: 10 maio 2024.
- FARO, G. T. C. de *et al.* Integração de índices e indicadores a sistemas de suporte à decisão em recursos hídricos. XXIII SIMPÓSIO BRASILEIRO DE RECURSOS HÍDRICOS, 2019, Foz do Iguaçu. Disponível em: <https://files.abrhidro.org.br/Eventos/Trabalhos/107/XXIII-SBRH0104-1-20190413-120051.pdf>. Acesso em: 4 maio 2023.
- GRANZIERA, M. L. M.; OLIVEIRA, C. R. de; JEREZ, D. M. Saneamento básico e recursos hídricos na Lei Federal nº 14.026/2020. In: FROTA, L.; PEIXINHO, M. (coord.). *Marco Regulatório do Saneamento Básico: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. Brasília: OAB Editora, 2021.
- OECD. *Governança dos recursos hídricos no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- OLIVEIRA, A. S.; BURGARDT, L. K. B. Interface entre as políticas de recursos hídricos e de saneamento básico para proteção de mananciais. In: OLIVEIRA, C. R.; VILARINHO, C. M. R. (org.). *A regulação de infraestruturas no Brasil: saneamento, recursos hídricos e saúde*. Santana de Parnaíba: Associação Brasileira de Agências de Regulação: KPMG, 2021. p. 65-91 (p. 229-255 versão digital).

- SABESP. *Sistema Cantareira*: plano de contingência II. São Paulo: SABESP, 2014. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.gov.br%2Fana%2Fpt-br%2Fsala-de-situacao%2Fsistematicantareira%2Fdocumentos-2014%2Fplano-de-contingencia-ii-sabesp-de-06-2014%2F%40%40download%2Ffile%2F2014-06-plano-de-contingencia-ii-sabesp.pdf&psig=AOvVaw2hzjNTQYzRz9nxVQknukYt&ust=1740088904760000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAQQn5wMahcKEwiotv253tCLAxUAAAAAHQAAAAQBA>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- SÃO PAULO (Estado). Convênio Sima/Arsesp/001/2021. Convênio entre Sima e Arsesp objetivando conjugar esforços visando à recuperação dos mananciais da área e preservação ambiental — APA Sistema Cantareira. São Paulo: *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção I, v. 131, n. 246, p. 5-7, 28 dez. 2021.
- TRASKURKEMB, M. A. *et al.* A transposição de água bruta dos sistemas Rio Grande (Billings) e Alto Tietê (Taiaçupeba-Mirim). *Revista Engenharia*, São Paulo, n. 632, ano 74, 2017. Disponível em: <https://geocompany.com.br/geocompany/wp-content/uploads/2024/10/Revista-Engenharia-Transposicao-de-Agua-Bruta-dos-Sistemas-Rio-Grande-.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2025.

Mudanças climáticas e modelagem contratual nas concessões

Mariana Caroline Ferreira de Souza¹

Leonardo Antonacci Barone Santos²

Resumo

O presente artigo analisa a vulnerabilidade das infraestruturas às mudanças climáticas, enfatizando os desafios que eventos climáticos extremos e alterações graduais no clima representam para o setor. Com foco em contratos de concessão, o estudo discute como a atual modelagem contratual trata esses riscos como força maior, limitando-se a alocar responsabilidades de maneira extraordinária e genérica. Propõe-se uma abordagem proativa e específica, com a inclusão de uma matriz de riscos que distribua as responsabilidades entre as partes envolvidas e incentive o investimento em infraestrutura resiliente.

Palavras-chave: mudança climática, modelagem contratual, contrato de concessão, serviço público.

Introdução

O aumento da temperatura global e da frequência de eventos climáticos extremos³ representam um dos maiores desafios globais do século

1 Bacharela em Direito (UFMG); advogada do MViana Advogados; MBA em Infraestrutura, Concessões e Parcerias Público-Privadas (PUC-MG); membra do Comitê de Regulação Ferroviária da FGV-Rio.

2 Doutorado em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio; mestre em Direito Administrativo e bacharel em Direito, ambos pela UFMG. Advogado com experiência nas áreas de regulação, relações governamentais e direito da infraestrutura.

3 IPCC. *Summary for Policymakers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

XXI. A infraestrutura global, de modo geral, é altamente vulnerável aos eventos advindos do aquecimento global. Exemplos disso são a alteração dos padrões de chuvas e os eventos climáticos de impacto, como furacões e a elevação dos níveis dos oceanos.⁴

Este setor é vital para o transporte de cargas e passageiros, e enfrenta riscos significativos devido à sua dependência de grandes estruturas físicas, como trilhos, pontes, túneis e terminais. Todos esses componentes estão sujeitos a desgaste acelerado e danos devido às mudanças climáticas. Além disso, a natureza dos projetos de infraestruturas, com ativos fixos e de longa vida útil, torna-os especialmente vulneráveis aos impactos climáticos no longo prazo.⁵ A infraestrutura, portanto, precisa de uma abordagem robusta para enfrentar esse novo cenário.

Os impactos das mudanças climáticas sobre as infraestruturas não podem ser subestimados. Eventos climáticos extremos, como enchentes, podem danificar pontes, túneis e trilhos, causando interrupções nos serviços e exigindo grandes investimentos em reparos. Além disso, mudanças graduais no clima, como o aumento da temperatura média, podem afetar o desempenho dos materiais de construção, aumentando os custos de manutenção e encurtando a vida útil de componentes essenciais.⁶

No contexto de concessões de infraestrutura, esses riscos se tornam ainda mais relevantes. Os contratos de concessão, que geralmente têm duração de várias décadas, precisam incorporar os riscos climáticos de forma adequada para garantir a viabilidade em longo prazo dos projetos. Caso os contratos não considerem as novas realidades impostas pelo clima, as concessões poderão enfrentar desequilíbrios econômicos significativos, à medida que os custos de manutenção e recuperação de desastres aumentarem.

4 SUNDARARAJAN, S.; SURIYAGODA, N. *Climate risks and resilience in infrastructure PPPs: issues to be considered*. Washington, D. C.: [s. n.], 2016.

5 GARMABAKI, A. H. S. *et al.* Assessing climate-induced risks to urban railway infrastructure. *International Journal of System Assurance Engineering and Management*, Springer, 14 Jul., 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/382249741_Assessing_climate-induced_risks_to_urban_railway_infrastructure.

6 GARMABAKI, A. H. S. *et al.* Assessing climate-induced risks to urban railway infrastructure. *International Journal of System Assurance Engineering and Management*, Springer, 14 Jul., 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/382249741_Assessing_climate-induced_risks_to_urban_railway_infrastructure.

Infelizmente, essa não é a realidade dos projetos de concessão. Estudos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam que o arcabouço que ampara os projetos de concessão atualmente vigentes não considera a realidade das mudanças climáticas e seus impactos sobre a infraestrutura.⁷

Nessa perspectiva, é essencial a reversão desse quadro, para que os contratos de concessão reconheçam os riscos climáticos e estabeleçam mecanismos para lidar com eles de maneira eficaz. A criação de uma estrutura contratual resiliente, que preveja adaptações às mudanças climáticas, é fundamental para assegurar a continuidade dos serviços e a viabilidade financeira das concessões.⁸

Os contratos de concessão atuais, em geral, tratam eventos climáticos extremos como casos de força maior, ou seja, eventos imprevisíveis e inevitáveis que permitem que o concessionário se exonere de suas obrigações sem penalidades. No entanto, a crescente previsibilidade dos impactos das mudanças climáticas coloca em questão essa abordagem. À medida que a ciência climática avança, torna-se cada vez mais claro que certos eventos, como enchentes em áreas vulneráveis, são previsíveis, mesmo que sua ocorrência específica em determinado momento não possa ser determinada com precisão.⁹

A preparação contratual para mudanças climáticas envolve a criação de uma matriz de riscos que distribua, de maneira adequada, as responsabilidades entre as partes. A modelagem contratual deve prever mecanismos para mitigar os impactos climáticos, seja por meio de seguros, seja por meio de investimentos em infraestrutura resiliente. Além disso, deve-se prever

7 VALLEJO, L.; MULLAN, M. *Climate-resilient Infrastructure: Getting the Policies Right*. Paris: [s. n.], 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/02f74d61-en>.

8 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Anexo II — Riscos Climáticos*. Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura — Guia ACB. Brasília, DF: [s. n.], 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/choque-de-investimento-privado/avaliacao-socioeconomica-de-custo-beneficio-1/anexo-riscos-climaticos-1.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2025.

9 SHORTRIDGE, J.; CAMP, J. S. Addressing Climate Change as an Emerging Risk to Infrastructure Systems. *Risk Analysis*, [s. l.], v. 39, n. 5, p. 959-967, 2019; KOETSE, M. J.; RIETVELD, P. Adaptation to Climate Change in the Transport Sector. *Transport Reviews*, [s. l.], v. 32, n. 3, p. 267-286, 2012; MORETTI, L.; LOPRENCIPE, G.. Climate change and transport infrastructures: State of the art. *Sustainability (Switzerland)*, v. 10, n. 11, 2018.

gatilhos para renegociação e reequilíbrio econômico-financeiro quando eventos climáticos impactarem substancialmente o projeto.¹⁰

A necessidade de adaptação dos contratos a essa nova realidade é urgente a fim de evitar a descontinuidade dos serviços e assegurar que os investimentos em infraestrutura estejam adequadamente protegidos contra as incertezas do clima futuro.

Sendo assim, o objetivo deste artigo é analisar a solução de tratamento mais clássica do risco atrelado aos eventos da natureza, qual seja a alocação às causas de força maior, em contraposição a uma abordagem mais moderna sobre o risco climático. Sendo assim, leva-se em conta as particularidades atreladas ao seu conceito mais moderno, que considera a dimensão crônica desses riscos.

O artigo está estruturado em outras três seções. Na seção 1, analisa-se o conceito atual de risco climático, bem como o seu tratamento clássico. No item 2, apresenta-se sugestão de abordagem mais moderna, que não se limita à classificação dos eventos climáticos como de força maior. Por fim, defende-se a necessidade de modernização do tratamento do tema no âmbito dos contratos de Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) por meio de uma modelagem que abarque as soluções inovadoras propostas.

1. Abordagem do risco climático como evento de força maior

O risco climático pode ser definido como a exposição de um projeto ou empreendimento aos efeitos adversos das mudanças climáticas, tanto em sua forma aguda quanto em sua forma crônica.¹¹ Os riscos climáticos

10 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Anexo II — Riscos Climáticos*. Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura — Guia ACB. Brasília, DF: [s. n.], 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/choque-de-investimento-privado/avaliacao-socioeconomica-de-custo-beneficio-1/anexo-riscos-climaticos-1.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2025; GLOBAL CENTER ON ADAPTATION. *Climate-Resilient Infrastructure Officer Handbook*. [S. l.: s. n.], 13 Sept. 2021. Disponível em: <https://gca.org/reports/climate-resilient-infrastructure-officer-handbook/>.

11 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Anexo II — Riscos Climáticos*. Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura — Guia ACB. Brasília, DF: [s. n.], 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/choque-de-investimento-privado/avaliacao-socioeconomica-de-custo-beneficio-1/anexo-riscos-climaticos-1.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2025.

agudos referem-se a eventos súbitos e intensos, como enchentes, deslizamentos de terra e tempestades, que podem causar danos imediatos e catastróficos à infraestrutura. Já os riscos crônicos estão relacionados a mudanças gradativas, como o aumento da temperatura global, que pode reduzir a vida útil dos materiais, ou as alterações nos padrões de precipitação, que podem aumentar os custos operacionais devido à maior demanda por manutenção preventiva.

Esses riscos são particularmente desafiadores para projetos de infraestrutura, devido à sua longa duração e aos altos custos de construção e manutenção. Em sua essência, são ativos que dependem de condições ambientais estáveis para operar de maneira eficiente. Quando essas condições são alteradas, seja por eventos climáticos extremos, seja por mudanças graduais no clima, o impacto sobre a operação pode ser significativo.

Como se sabe, nos termos da Lei de PPPs (Lei Federal nº 11.079/2004) e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021), é imprescindível a elaboração de matriz de riscos, com a alocação clara e objetiva dos riscos entre as partes. Isso inclui a listagem de possíveis eventos danosos, atribuição de uma probabilidade para o acontecimento de cada evento, bem como de uma respectiva responsabilidade.¹²

De acordo com a doutrina tradicional, os riscos em contratos administrativos podem ser classificados em áleas ordinárias e áleas extraordinárias. A álea ordinária refere-se aos riscos previsíveis que são inerentes ao contrato. Esses riscos fazem parte da própria atividade econômica desempenhada pelo contratado, sendo sua responsabilidade lidar com eles. Por estarem usualmente relacionados à sua atividade, o particular tem ciência desses riscos desde o início da contratação e os considera ao elaborar sua proposta durante o processo licitatório, incluindo os possíveis efeitos desses eventos em seus cálculos.¹³

12 VERNALHA, F. Alocação de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (org.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre a Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s. d.].

13 MARTINS, A. F. F.; VIANA, F. B. Alocação de riscos em contratos de parceria público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. *Revista do BNDDES*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 51, p. 53-100, jun. 2019. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17820/1/RB%20v27n51AlocacaoRisco.pdf>. Acesso em: 4 out. 2024.

Por outro lado, a álea extraordinária se refere a eventos imprevistos ou, mesmo quando previstos, de consequências incalculáveis, que estão além do controle das partes envolvidas no contrato e que ocorrem após a proposta ter sido apresentada na licitação. Marçal Justen Filho distingue a álea ordinária da extraordinária com base na probabilidade de ocorrência dos eventos, afirmando que “[...] a diferença entre *ordinariedade* e *extraordinariedade* está relacionada à chance de tais eventos ocorrerem”.¹⁴

A essência da álea extraordinária reside no fato de que os eventos que a compõem, embora concretizados, não foram — e não poderiam ter sido — antecipados no contrato. Nesse contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro oferece uma definição clássica e fundamental da álea extraordinária no Direito administrativo brasileiro, explicando que os riscos associados a essa categoria de contratos são abordados pela Teoria da Imprevisão.¹⁵

Ela descreve que essas são situações externas ao contrato, alheias à vontade das partes, imprevisíveis e excepcionais, que resultam em um grande desequilíbrio contratual, justificando a aplicação da Teoria da Imprevisão. Nesse caso, a Administração Pública, normalmente, tem a obrigação de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Tradicionalmente, os eventos climáticos que dão origem a eventos danosos têm sido reconhecidos como justificativa para a aplicação de cláusulas de força maior. Na doutrina clássica do Direito administrativo, o “clima” é integrado ao conceito de força maior. Marçal Justen Filho afirma que certos eventos são extraordinários porque sua ocorrência não está vinculada a uma atividade empresarial específica, mas, em vez disso, são circunstâncias que impedem ou agravam a operação de uma atividade sem que sejam controláveis ou previsíveis pelos agentes econômicos. Tais eventos, sendo eles naturais,¹⁶ ou decorrentes de decisões estatais, enquadram-se na categoria de força maior e de caso fortuito, e poderiam dificultar a execução contratual ou torná-la mais onerosa, incluindo os eventos anômalos que a teoria da imprevisão aborda.

14 JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2016. p. 1188.

15 DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 597.

16 JUSTEN FILHO, M. Concessão de serviço público e equação econômico-financeira dinâmica. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 171-191, jan./mar. 2018.

Quando um evento classificado como de força maior ocorre, a legislação prevê consequências específicas, por exemplo, a necessidade de reequilibrar o contrato ou sua extinção prematura.¹⁷ Nesse sentido, há o art. 124 da Lei Federal nº 14.133/2021,¹⁸ que permite a alteração contratual para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro em casos de força maior, fato do príncipe ou eventos imprevisíveis que inviabilizem a execução do contrato conforme pactuado.

Não obstante, cada contrato pode tratar a força maior de maneira distinta, dependendo da sua modalidade, com características próprias para a alocação de risco. No caso de parcerias público-privadas, por exemplo, dependendo da alocação de riscos acordada no contrato, o reequilíbrio pode não ser a solução aplicável.

Sobre esse tema, destaca-se o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, reconhecendo a pandemia de covid-19 como de força maior, justificando o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura, respeitando a alocação de riscos e o desequilíbrio gerado pelo evento imprevisível e inevitável:

[...] a teoria da imprevisão é aplicável aos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão, neste caso respeitadas as suas características próprias e a alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual. Mas, para isso, é imprescindível que se trate de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. [...] Porém, é importante

17 Segundo leciona Marçal Justen Filho, o princípio da intangibilidade econômico-financeira tem por objetivo garantir a preservação do interesse público, evitando que qualquer das partes contratantes obtenha um ganho ou sofra um prejuízo em razão de eventos extraordinários e garantindo que, em função da redução do risco ao particular, a Administração Pública possa contratar a preços mais baixos. JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 393-394.

18 Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II — por acordo entre as partes: [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato **em caso de força maior**, caso fortuito ou fato do príncipe ou **em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis**, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato. (grifos nossos.)

ressalvar que esse reconhecimento em tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.¹⁹

Assim, a depender da alocação de riscos casuística, isto é, definida para cada contrato, é necessário analisar o instrumento específico para determinar as implicações jurídicas relevantes. A regra de reequilíbrio pode ser inserida por meio de cláusulas contratuais específicas, baseadas em estudos de risco adaptados ao escopo do contrato, conforme recomendado pelo Banco Mundial.²⁰

Apesar de o reequilíbrio econômico-financeiro ser a principal consequência jurídica para força maior, também existe a possibilidade de extinção do contrato, muito embora o direito administrativo brasileiro não preveja essa possibilidade de forma expressa. Contudo, o Código Civil traz previsão nesse sentido, em seu art. 393, segundo o qual há extinção da obrigação do devedor nos casos de força maior, salvo nos casos em que o contrato fizer previsão contrária.

Frisa-se que alguns contratos já preveem essa possibilidade de rescisão antecipada, em decorrência de caso fortuito ou de força maior que impeça a continuidade do contrato.²¹ Para eventos climáticos de longa duração,

19 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, de 16 de abril de 2020*. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 4 out. 2024.

20 BANCO MUNDIAL. *Technical Brief on Resilient Infrastructure Public-Private Partnerships: Policy, Contracting, and Finance*. Washington, D. C.: [s. n.], 2019. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/925691571416771609/pdf/Technical-Brief-on-Resilient-Infrastructure-Public-Private-Partnerships-Policy-Contracting-and-Finance.pdf>. Acesso em: 4 out. 2024.

21 SILVA, A. O. S. da et al. Término da parceria público privada: hipóteses de extinção contratual e pontos polêmicos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 77/78, p. 217-254, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/623/561>. Acesso em: 4 out. 2024.

Sundararajan sugere uma rescisão contratual por força maior, em que ambas as partes compartilham os impactos financeiros, enquanto eventos temporários poderiam ser tratados no âmbito da matriz de risco, sem a necessidade de rescindir o contrato.²² Assim, em casos de eventos climáticos extremos, a extinção contratual pode ser discutida com base na matriz de risco e mediante negociação entre as partes.

2. Soluções inovadoras na modelagem do risco climático em contratos de concessão

E se o risco climático não fosse apenas tratado como algo extraordinário, imprevisto e arrebatador, para o qual as partes nada poderiam fazer? Quais poderiam ser as medidas adotadas pela modelagem contratual com vistas a proteger a infraestrutura dos eventos climáticos e seus prejuízos? Além da mera classificação do risco climático como álea extraordinária e a sua indicação como evento de força maior, há novidades na literatura internacional que vem entendendo a necessidade de tratamento do risco climático quando da modelagem contratual para além de suas hipóteses extraordinárias.

Na modelagem contratual de concessões, parte da doutrina defende que o risco climático deve ser tratado como uma categoria específica de risco na mencionada matriz, distinta dos riscos tradicionais, como os riscos econômicos e políticos.²³ Os impactos climáticos são cada vez mais inafastáveis das infraestruturas e de outros setores econômicos e podem causar danos de grande magnitude. Assim, uma alocação adequada de riscos é fundamental para garantir que as partes tenham os incentivos corretos para mitigar e adaptar-se aos riscos climáticos.²⁴

22 SUNDARARAJAN, S.; SURIYAGODA, N. *Climate risks and resilience in infrastructure PPPs: issues to be considered*. Washington, D. C.: [s. n.], 2016.

23 SUNDARARAJAN, S.; SURIYAGODA, N. *Climate risks and resilience in infrastructure PPPs: issues to be considered*. Washington, D. C.: [s. n.], 2016; GLOBAL CENTER ON ADAPTATION. *Climate-Resilient Infrastructure Officer Handbook*. [S. l.: s. n.], 13 Sept. 2021. Disponível em: <https://gca.org/reports/climate-resilient-infrastructure-officer-handbook/>; FRISARI, G. et al. *Climate Resilient Public Private Partnerships: A Toolkit for Decision Makers*. Washington, D. C.: [s. n.], 2020; MULLAN, M. *Climate-resilient Infrastructure*. [S. l.: s. n.], 2018.

24 MULLAN, M. *Climate-resilient Infrastructure*. [S. l.: s. n.], 2018; KOETSE, M. J.; RIETVELD, P. Adaptation to Climate Change in the Transport Sector. *Transport Reviews*, [s. l.], v. 32, n. 3, p. 267-286, 2012; MORETTI, L.; LOPRENCIPE, G. Climate change and transport infrastructures: State of the art. *Sustainability (Switzerland)*, v. 10, n. 11, 2018.

A estrutura de incentivos em contratos de concessão pode ser alcançada com uma distribuição de riscos que leve em conta a capacidade de cada parte de gerir o risco climático. Por exemplo, a alocação de risco ao concessionário pode incentivá-lo a investir em infraestrutura resiliente,²⁵ como sistemas de drenagem aprimorados ou reforço de estruturas, se os custos de manutenção forem considerados no equilíbrio econômico-financeiro. Por outro lado, riscos que não são nada gerenciáveis podem ser compartilhados entre as partes como forma de atenuar seus impactos financeiros.

Além do estabelecimento da matriz de risco em si, a modelagem contratual pode adotar soluções múltiplas sobre a forma de considerar e tratar riscos climáticos. Da mesma forma, é possível abordar a distribuição de obrigações e as responsabilidades entre as partes quanto aos impactos climáticos. Isso inclui a determinação de investimentos em políticas de adaptação e mitigação, a definição de indicadores de desempenho sustentáveis e a inclusão de obras civis preventivas, entre outras ações, conforme descrevemos a seguir.

A primeira solução é a incorporação, nos contratos de concessão, de investimentos em infraestrutura resiliente como uma obrigação contratual desde sua origem, com incentivos financeiros para seu cumprimento.²⁶ Isso pode incluir a obrigação de o concessionário adotar medidas preventivas, como a construção de barreiras contra enchentes ou a criação de um fundo de reserva para cobrir os custos de reparo após um evento climático. Essa implementação é possível pelo concessionário e também de forma compartilhada, como se preveria que parte dos custos de manutenção fosse coberta pelo poder concedente se o concessionário realizar os investimentos necessários para mitigar os riscos climáticos. Assim, seria garantido que ambas as partes compartilhassem os custos da adaptação às mudanças climáticas, incentivando o concessionário a adotar uma postura proativa em relação à resiliência da infraestrutura.

Adicionalmente, a inteligência contratual é capaz de criar mecanismos para adequação do programa de investimentos ao desafio climático, com

25 VALLEJO, L.; MULLAN, M. *Climate-resilient Infrastructure: Getting the Policies Right*. Paris: [s. n.], 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/02f74d61-en>.

26 VALLEJO, L.; MULLAN, M. *Climate-resilient Infrastructure: Getting the Policies Right*. Paris: [s. n.], 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/02f74d61-en>.

consequente adaptação dinâmica da equação econômico-financeira. Nesse sentido, aponta-se a possibilidade de prever cenários futuros e incluir gatilhos contratuais que permitam uma resposta rápida e eficaz a eventos climáticos. Seria o caso da construção de rotas alternativas no cenário em que a inundação de um rio próximo à infraestrutura se revele maior do que a esperada até determinado ano. Ao prever esses cenários e distribuir as responsabilidades de forma adequada, os contratos podem minimizar os impactos das mudanças climáticas sobre a viabilidade financeira do projeto.

A proteção climática pode ser incrementada mediante a obrigação de contratação de seguros, pelo concessionário, que cubram danos causados por eventos climáticos extremos,²⁷ os ditos *catastrophe bonds*.²⁸ Essa contratação garante a indenização diante da ocorrência de eventos danosos, estendendo, assim, esse risco com as seguradoras e as resseguradoras sem que apenas as partes contratantes sejam as únicas responsáveis em um cenário extremo. Isso exigirá, claro, não só a preparação da modelagem contratual, mas igualmente o desenvolvimento do mercado securitário brasileiro para o oferecimento de apólices pertinentes.

A equação econômico-financeira também pode estabelecer um mecanismo de reequilíbrio que seja acionado quando os custos de manutenção ou os prejuízos decorrentes de eventos climáticos ultrapassarem determinado limite.²⁹ Haveria, inclusive, uma sinergia de tal mecanismo financeiro com a obrigatoriedade de coberturas de seguros, uma vez que elas reduziriam a demanda financeira do poder concedente para arcar com os impactos negativos do evento catastrófico.

Por fim, apontamos, também, a inclusão de indicadores de desempenho que avaliem a resiliência da infraestrutura frente aos riscos climáticos. Esses indicadores podem servir como base para a avaliação do desempenho do concessionário e para a aplicação de penalidades ou bonificações, dependendo do cumprimento ou não das metas estabelecidas.

27 VALLEJO, L.; MULLAN, M. *Climate-resilient Infrastructure: Getting the Policies Right*. Paris: [s. n.], 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/02f74d61-en>.

28 KOUSKY, C.; BRAUN, A. *Catastrophe Bonds*, [s. l.], n. August, p. 1-10, 2022.

29 LINNEROOTH-BAYER, J., HOCHRAINER-STIGLER, S. Financial instruments for disaster risk management and climate change adaptation. *Climate Change*, Springer, v. 133, n. 1, p. 185-100, Nov. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10584-013-1035-6>.

3. Conclusão: regulação e infraestrutura resiliente

Os impactos climáticos sobre as infraestruturas brasileiras ressaltam a importância de incorporar medidas de adaptação e resiliência nos projetos, visando mitigar os efeitos adversos das mudanças climáticas no curto e no longo prazos, garantindo, assim, a continuidade dos serviços públicos essenciais.

Até o presente momento, a doutrina mais tradicional e a prática dos contratos de concessão no país têm se utilizado de instrumentos como as cláusulas de força maior para tratar eventos climáticos. Assim, esses eventos são considerados externos às partes, irresistíveis e devem conduzir ao reequilíbrio contratual ou à sua extinção prematura. Na nossa visão, isso ainda não é suficiente para a proteção climática dos projetos, na medida em que não prepara, de forma adequada, as partes para realizarem investimentos em resiliência nem cria formas de assegurar a viabilidade do projeto após a ocorrência de eventos extremos.

Este estudo propôs alguns argumentos iniciais para que a modelagem contratual trate e aloque, explicitamente, os riscos climáticos, tanto os já existentes quanto os futuros, de forma a possibilitar uma gestão eficiente. Foram sugeridos cinco instrumentos para a melhoria da proteção climática dos projetos, por meio da regulação contratual: (i) incorporação de investimentos em resiliência no programa contratual; (ii) gatilhos de novos investimentos; (iii) contratação de seguros climáticos; (iv) reequilíbrio econômico-financeiro em caso de eventos climáticos; e (v) indicadores de desempenho.

A melhoria da modelagem contratual com vistas à questão climática não é, porém, um assunto estritamente doutrinário. Todos os dias, as infraestruturas estão expostas às intempéries climáticas e podem sofrer seus impactos, com prejuízos para os operadores e os usuários. É essencial, portanto, que tenhamos ciência de como os contratos de concessão vigentes tratam o problema climático.

Assim, revela-se útil a realização de pesquisa empírica que demonstre o atual estágio de preparação dos projetos de infraestrutura para o futuro climático. Nesse sentido, os autores concluíram pesquisa de análise documental sobre os contratos de concessões ferroviárias no Brasil em que se analisou o emprego de cláusulas de força maior para eventos climáticos extremos, a partir de um estudo do setor ferroviário. O estudo será, em

breve, publicado na *Revista Brasileira de Transporte*, vinculada à FGV Transportes, para a qual convidamos à leitura.

A resiliência da infraestrutura depende de planejamento setorial e regulação que promovam a prevenção e a adaptação aos impactos climáticos. Para isso, é fundamental desenvolver uma política pública integrada que aborde esses riscos de maneira explícita. A abordagem proativa e colaborativa entre os setores público e privado será essencial para enfrentar os desafios das mudanças climáticas e assegurar a continuidade e a segurança dos serviços de infraestrutura

4. Referências

- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, de 16 de abril de 2020*. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 4 out. 2024.
- BANCO MUNDIAL. *Technical Brief on Resilient Infrastructure Public-Private Partnerships: Policy, Contracting, and Finance*. Washington, D. C.: [s. n.], 2019. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/925691571416771609/pdf/Technical-Brief-on-Resilient-Infrastructure-Public-Private-Partnerships-Policy-Contracting-and-Finance.pdf>. Acesso em: 4 out. 2024.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- FRISARI, G. et al. *Climate Resilient Public Private Partnerships: A Toolkit for Decision Makers*. Washington, D. C.: [s. n.], 2020.
- GARMABAKI, A. H. S. et al. Assessing climate-induced risks to urban railway infrastructure. *International Journal of System Assurance Engineering and Management*, Springer, 14 Jul., 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/382249741_Assessing_climate-induced_risks_to_urban_railway_infrastructure.
- GLOBAL CENTER ON ADAPTATION. *Climate-Resilient Infrastructure Officer Handbook*. [S. l.: s. n.], 13 Sept. 2021. Disponível em: <https://gca.org/reports/climate-resilient-infrastructure-officer-handbook/>.
- IPCC. *Summary for Policymakers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781009325844%23pre2/type/book_part.
- JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2016.

- JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KOETSE, M. J.; RIETVELD, P. Adaptation to Climate Change in the Transport Sector. *Transport Reviews*, [s. l.], v. 32, n. 3, p. 267-286, 2012.
- KOUSKY, C.; BRAUN, A. *Catastrophe Bonds*, [s. l.], n. August, p. 1-10, 2022.
- LINNEROOTH-BAYER, J., HOCHRAINER-STIGLER, S. Financial instruments for disaster risk management and climate change adaptation. *Climate Change*, Springer, v. 133, n. 1, p. 185-100, Nov. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10584-013-1035-6>.
- MARTINS, A. F. F.; VIANA, F. B. Alocação de riscos em contratos de parceria público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 51, p. 53-100, jun. 2019. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17820/1/RB%20v27n51AlocacaoRisco.pdf>. Acesso em: 4 out. 2024.
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Anexo II — Riscos Climáticos*. Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura — Guia ACB. Brasília, DF: [s. n.], 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/choque-de-investimento-privado/avaliacao-socioeconomica-de-custo-beneficio-1/anexo-riscos-climaticos-1.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2025.
- MORETTI, L.; LOPRENCIPE, G. Climate change and transport infrastructures: State of the art. *Sustainability (Switzerland)*, v. 10, n. 11, 2018.
- MULLAN, M. *Climate-resilient Infrastructure*. [S. l.: s. n.], 2018.
- SILVA, A. O. S. da et al. Término da parceria público privada: hipóteses de extinção contratual e pontos polêmicos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 77/78, p. 217-254, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/623/561>. Acesso em: 4 out. 2024.
- SHORTRIDGE, J.; CAMP, J. S. Addressing Climate Change as an Emerging Risk to Infrastructure Systems. *Risk Analysis*, [s. l.], v. 39, n. 5, p. 959-967, 2019.
- SUNDARARAJAN, S.; SURIYAGODA, N. *Climate risks and resilience in infrastructure PPPs: issues to be considered*. Washington, D. C.: [s. n.], 2016.

VALLEJO, L.; MULLAN, M. Climate-resilient Infrastructure: Getting the Policies Right. Paris: [s. n.], 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/02f74d61-en>.

VERNALHA, F. Alocação de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (org.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre a Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s. d.].

A coletânea *Temas Atuais em Regulação e Governança*, iniciativa da FGV Direito Rio, reúne análises críticas e propostas para enfrentar os principais desafios da regulação no Brasil. Com 18 artigos organizados em cinco eixos temáticos, o volume convida especialistas de diferentes áreas — do setor público, privado e acadêmico — a refletirem sobre estratégias para aperfeiçoar a atuação regulatória em suas múltiplas dimensões.

O leitor encontrará textos sobre fundamentos institucionais, contratos de concessão, fundos e seguros, participação social e regulação ambiental, com destaque para experiências internacionais, jurisprudência relevante e inovações contratuais. Este volume inaugura um projeto contínuo de construção coletiva voltado ao aprimoramento das políticas regulatórias brasileiras, combinando rigor técnico, diversidade de perspectivas e compromisso institucional.

Natasha Schmitt Caccia Salinas
Péricles Gonçalves Filho
Leonardo Novaes Izidorio
Organizadores

COLABORADORES

Alcinei Rodrigues
Alessandro Silva de Oliveira
Amílcar Vianna
Ana Carolina N. Argolo
Ana María Rovai
André Luiz de Albuquerque Farias
Daniel Noronha
Devanir Silva
Diego Rafael Barboza Amorim
Edigleisson Bessa Pereira
Fábio Rogério Teixeira Dias de Almeida Carvalho
Fernando Villela de Andrade Vianna
Flávia Morais Lopes Takafashi
Francisco Cesar Lucas de Oliveira Filho
Itamar Aparecido de Oliveira
João Matheus Rossi
José Gonçalves Moreira Neto
José Renato Ribas Fialho

Leonardo Antonacci Barone Santos
Lucas Thevenard Gomes
Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli
Marcela Ciccotti Hernandez
Marcio Roberto Alabarce
Mariana Caroline Ferreira de Souza
Natasha Schmitt Caccia Salinas
Nazareno Araújo
Patrícia Póvoa Gravina
Paulo Renato Jucá
Péricles Gonçalves Filho
Rafael Lapa Santos Bezerra
Raquel de Britto Sobral dos Santos Carvalho
Renata de Abreu Martins
Ricardo Pena
Sidney Dias da Silva
Veronica Sanchez da Cruz Rios
Walter A. Polido

