

Análise de Impacto Regulatório – Fase Preliminar

Temas: Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e mecanismos de governança sobre transações com partes

Versão 1.0

Eixo Temático 2

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

SEÇÃO 1 - IDENTIFICAÇÃO DA ANÁLISE

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

Palavra-chave 1: recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

Palavra-chave 2: governança

Palavra-chave 3: investimentos

2. Quais são os processos relacionados ao tema?

Processos 50500.071580/2020-17

3. Quais são as AIRs relacionadas?

Não há AIRs relacionadas

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

No início do projeto.

SEÇÃO 2 - DIAGNÓSTICO E MAPEAMENTO DA SITUAÇÃO-PROBLEMA

1. Quais os problemas a serem solucionados ou a oportunidade a ser explorada?

Inicialmente, essencial destacar que o presente expediente visa trazer ações regulatórias para dirimir, as três questões referentes: 1) às regras de reequilíbrio contratual; e 2) ao aperfeiçoamento de mecanismo de governança sobre partes relacionadas.

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

Faz-se importante, para tanto, retomar os conceitos de reajuste e revisões tarifárias, no contexto do contrato de concessão. O reajuste tarifário tem estreita relação com a influência da correção monetária sobre o valor do pedágio cobrado, relacionando-se aos custos de produção, portanto o custo de insumos atualizados, perfazendo uma correção no preço. De fato, o lance da proposta ganhadora do leilão deve ser atualizado no tempo, para que não incidam perdas monetárias decorrentes da corrosão da moeda no tempo (custo do dinheiro). Nota-se que o Reajuste deve ter relevante parte de seu conteúdo restrito ao contrato de concessão, sobretudo no que relaciona a fórmula da atualização, sua data-base, a regra de arredondamento e a forma autorização, mediante publicação no Diário Oficial da União.

Inclusive para fins de desambiguação, vale que se crave o reajuste nesta seara de atualização monetária, enquanto fica para a revisão a estreita relação com a equação econômico-financeira, ante a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que desequilbrem o contrato, tornado a relação contratual onerosa para uma das partes pela quebra do status quo inicialmente estabelecido. A situação atrai, principalmente, o rol de riscos do Poder Concedente alocado na matriz de riscos do contrato de concessão, o que justifica a realização de competente procedimento para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Mas não somente nestes casos; urge reconhecer que a não realização, a alteração e a inclusão de obras das rodovias, em modificação ao seu Plano de Exploração originalmente concebido, também evoca o instituto da revisão contratual, ao passo que reorganiza as obrigações das partes. Ambos mecanismos prestigiam a manutenção do equilíbrio contratual, nos termos do art. 10, da Lei nº 8.987/1995.

Na Revisão, por outro lado, se trabalha a alteração de alguma dinâmica em curso no contrato de concessão, como dito relacionado às obras, serviço ou demais obrigações contratuais. Atualmente, se concebe nas modalidades ordinária, extraordinária e quinquenal. Quatro são as Resoluções que enfrentam este tema, quais sejam, nº 675/2004, nº 3.651/2011, nº 4.075/2013, nº 5.850/2019 e nº 5.859/2019, que poderiam ser inclusive reunidas, para facilitar o entendimento da temática. A seguir se comentará cada uma.

Tem-se que a Resolução nº 675/2004 vem para explicar as hipóteses de revisões e seu cabimento. Daí se depreende que as revisões ordinárias, de periodicidade anual, têm incidência para considerar efeitos de ingressos não tarifários e investimentos obrigatórios, diferenças de receita por impropriedade em revisão anterior e repercussões decorrentes de inexecuções, antecipações e postergações de obras e serviços. Por este motivo, serve como ajuste anual para reposicionamento de entradas e saídas e verificação de execução de obras e serviços. As revisões extraordinárias, ao reverso, somente podem ser aplicadas em caso de ocorrência de risco do Poder Público, em que se demonstre a repercussão nos encargos da concessionária. Já as quinquenais somente podem ser invocadas por alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. Consequentemente, sua amplitude é deveras diferenciada.

De outro lado, a Resolução nº 3.651/2011 traz uma metodologia para a recomposição do equilíbrio contratual, na hipótese de inclusão de obras ou serviços não previstos no Programa de Exploração da Rodovia - PER, diferenciando os contratos da 2ª. e da 3ª. e 4ª. etapas. Logo, tem pertinência às revisões extraordinária e quinquenal, servindo tanto à área de obras e serviços, como à de equilíbrio econômico financeiro, ao passo que permite essa flexibilidade entre o planejado e o executado, separando o cronograma físico e o financeiro pelo realinhamento do balanceamento das obras. Ademais, evidencia-se em seu art. 10 os meios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que serão debatidos abaixo. Em complemento, a Resolução nº 4.075/2013 integra item de cálculo do Custo Médio do Capital Ponderado (WACC), mencionado no art. 8º da Resolução nº 3.651/2011. Nesse ponto, não se pode esquecer que a Portaria SUINF nº 28/2019 atualizou o disposto na Portaria SUINF nº 247/2014, para prever o orçamento para projetos de rodovias, que deve ser um anexo a ser observado neste tema. Já a Resolução nº 5.850/2019 chega também para detalhar o referido

cálculo, orientando os momentos de utilização do Fluxo de Caixa Marginal (FCM) e do Fluxo de Caixa Original (FCO), além de esclarecer a incidência dos fatores do Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio e de ajuste de perdas ou ganhos de receitas, bem como não utilização da integralidade de verbas (Fator C).

Outrossim, a Resolução nº 5.859/2019 restou disposta para esmiuçar a aplicação da revisão quinquenal, criando critério de ranqueamento para a aceitação das novas reprogramações, bem como o dever de recomposição a posteriori, como acima mencionado, elemento que ora se discute. Percebe-se que a nova regulamentação criou regra útil, mas excedeu-se ao deixar de reconhecer que determinadas situações impõem flexibilização, de maneira a não criar óbices financeiros à realização de obras necessárias, sobretudo aos usuários da infraestrutura. Nota-se, então, uma distorção na intervenção do Estado, que produziu uma solução sistêmica indesejada (externalidade negativa), deixando de corrigir a falha de mercado detectada para promover a distribuição de bem-estar social. De outra sorte, criou desvio comprometendo a racionalidade do regulador, que ora precisam ser contemplados e ajustados.

Logo, a natureza do problema 1 é uma falha regulatória, pela qual a resolução existente cria uma barreira financeira à realização de obras, não previstas inicialmente no Plano de Exploração Rodoviária, considerando o porte e comprometido do fluxo de caixa que certos empreendimentos impõem ao concessionário.

Sob outra perspectiva, a questão 2 ora enfrentada dita uma necessidade de adaptação das estruturas societárias dedicadas ao serviço público concedido às melhores práticas de governança corporativa, que deve obrigatoriamente passar por uma disciplina regulatória. Atualmente, é de se reconhecer, no âmbito da ANTT não há ponderação normativa sobre esse mister, o que exige uma postura linear da Agência. De nosso lado, é de se mencionar que os contratos de concessão de rodovias da 4a. Etapa já vêm tratando dessa questão, exigindo regras de transparência, sobretudo no que toca às negócios partes relacionadas, pela sensibilidade do tema.

Com efeito, para além do dever de mera disponibilidade de dados para conhecimento do público geral, as relações com partes relacionadas exigem uma política aberta do concessionário, que demonstre, sobretudo, que a forma de contratação se deu com base em critérios de igualdade perante outros interessados na contratação. Mais ainda, há de ser notória esse tipo de contratação, abrindo-se suas características gerais no sítio eletrônico do concessionário.

Destarte, a natureza do problema 2 é uma falha de mercado do tipo de informação assimétrica, decorrente de eventual contratação com partes relacionadas em condições de favorecimento, em prejuízo aos usuários.

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

A ação regulatória visa a dirimir as seguintes questões:

- a. Falha regulatória: ajustar a Resolução nº 5.859/2019, com vistas a reconhecer casos excepcionais em que a antecipação de recursos se faz necessários em face do porte do empreendimento que se coloca como necessário, considerado o desempenho das concessionárias; e

- b. Falha de mercado – assimetria de informação: garantir a adoção de critérios de governança para contratações com partes relacionadas pelos concessionários, de forma que sua contratação se dê com base em critérios de igualdade com terceiros e não favorecimentos particulares, em prejuízo aos serviços que serão oferecidos aos usuários.

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

Em relação ao primeiro problema atacado, a ANTT tem a sua competência assegurada pelos arts. 9º, 10 e 23 da Lei nº 8.987/1995 c/c art. 24, VII e 35, VIII, da Lei nº 10.233/2001.

Em relação ao segundo problema, a competência da ANTT decorre do art. 20, II c/c 22, II, e 24, IV, da Lei nº 10.233/2001

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

Resolução nº 3.651/2011 e Resolução nº 5.859/2019. Cláusulas sobre Partes Relacionadas nos Contratos de Concessão de Rodovias Federais da 4ª. Etapa.

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

Sim, relatório da TC nº 028.343/2017-4 - Acórdão nº 1.174/2018 - TCU Plenário (4238673).

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

Não.

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

As premissas regulatórias da proposta, que detém fundamento na CRFB, Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 10.233/2001, ainda não avalizadas pela Diretoria-Colegiada para este caso, são as seguintes:

- Continuidade dos serviços públicos concedidos
- Tutela dos usuários dos serviços rodoviários
- Boa-fé objetivo dos contratos públicos
- Manutenção dos contratos de concessão

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

Não se identificaram estudos em relação ao Problema 1. Em relação ao problema 2, deve se destacar o Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas, editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), disponível em <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=21138>.

9. Quais os objetivos da ação regulatória?

A ação regulatória visa corrigir omissão em regulamento, bem como suprir lacuna legislativa e contratual relativa aos mecanismos de governança sobre transações com partes relacionadas. Adicionalmente, também tratará das subcontratações pelas concessionárias para a execução de obras não previstas inicialmente no Plano de Exploração da Rodovia e apropriação de ganhos de escala e de escopo para a modicidade tarifária.

Busca-se, com a regulamentação destes temas, não só atender a determinações do Órgão de Controle, mas ainda aprimorar a regulamentação vigente.

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

Os atores internos participaram ativamente da construção do normativo, por reiteradas consultas sobre a minuta ora proposta, sendo certo que contribuíram ativamente para sua elaboração.

Ademais, também foram mapeados os seguintes atores externos interessados, quais sejam: as empresas concessionárias de rodovias federais, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), a Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga (ANUT), a Confederação Nacional de Transportes (CNT) e a Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB).

A identificação destes stakeholders se deu em razão de serem os agentes regulados afetados diretamente, titulares do direito à boa-fé objetiva dos contratos de concessão, bem como as entidades associativas representativas de interessados que integram e se utilizam do mercado da infraestrutura rodoviária.

SEÇÃO 3 ANÁLISE DAS ALTERNATIVAS

Na linha do acima mencionado, foi feita a identificação dos seguintes atores, como os mais afetados pela ação regulatória proposta:

- concessionárias rodoviárias;
- Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; e
- usuários do Transporte Rodoviário;

Inicialmente é válido mencionar a recomendação do documento Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da quantidade e descrição das possíveis alternativas de ação:

Para que a AIR seja útil ao processo decisório, é necessário identificar as diferentes possibilidades de se tratar o problema, excluindo aquelas que se mostrarem inviáveis e analisando detalhadamente aquelas que se mostrarem potencialmente eficazes.

(...)

Uma breve explicação sobre as alternativas inicialmente consideradas e descartadas deve ser apresentada nessa etapa, de modo a aumentar a transparência e a confiança dos atores externos na AIR.

Nesse sentido, foram consideradas inicialmente 3 (três) possíveis opções regulatórias de combate às causas dos problemas detectado na seção 2, que serão abaixo expostos

3.1 Análise da escolha: *Problema 1 – criar alternativas à regra de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na revisão ordinária subsequente à conclusão do investimento*

Conforme colocado, a Resolução nº 5.859/2019 criou regra geral de que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ocorre na revisão ordinária subsequente à conclusão do investimento, no caso das obras não inicialmente previstas no Plano de Exploração Rodoviária.

Com efeito, a despeito da regra geral exposto ser adequada, em vista do *enforcement* de cumprimento da nova obrigação contratual, faz-se necessário que se vislumbrem exceções, considerando o impacto que determinados investimentos mais onerosos podem impactar no fluxo de caixa do concessionário de rodovias federais.

Assim, as alternativas levantadas foram:

Alternativa 1: Não alterar a Resolução nº 5.859/2019.

Não resolve o problema apontado.

Impactos Regulatórios

*** ANTT**

- Incertezas em relação ao procedimento de execução das obras (Malefício)
- Falta de incentivos para que o concessionário realize os investimentos necessários para a atualidade da infraestrutura (Malefício)

*** Concessionárias de Rodovias Federais**

- Significativos Impactos no fluxo de caixa quando da execução de obras mais onerosas (malefício)
- Dúvidas sobre o pleito de intervenções mais significativas, apesar de necessárias (malefício)

*** Usuários**

- Serviço Público insuficiente e não atual (malefício)

Alternativa 2: Elaborar alterações contratuais, em que se admitem em hipóteses especiais o reequilíbrio antecipado.

Resolve o problema apontado na concessão, mas impõe severos custos de transação à ANTT.

Impactos Regulatórios

*** ANTT**

- Dirime o reequilíbrio pontualmente no contrato (benefício)
- Aumenta custos de transação nas renegociações contratuais (malefício)

*** Concessionárias de Rodovias Federais**

- Executa obras mais significativas necessárias por reequilíbrio antecipado ou parcialmente antecipado com base na regra contratual (benefício)
- Insegurança em relação à regra geral disposta no contrato ou aplicação da regra contratual (malefício)

*** Usuários**

- Mitigam-se eventuais riscos para a continuidade do Serviço Público Concedido (indiferente)

Alternativa 3: Elaborar normativo específico para alterar a Resolução nº 5.859/2019, que reconheça as exceções à regra geral de remuneração pela obra após a sua execução.

Resolve o problema apontado, por prever a disciplina específica da exceção regra geral da regulamentação.

Impactos Regulatórios

* **ANTT**

- Dirime os casos de reequilíbrio no âmbito da norma que criou a regra geral (benefício)
- Padroniza a regra para todos os regulados por norma geral (benefício)

* **Concessionárias de Rodovias Federais**

- Executa obras mais significativas necessárias por reequilíbrio antecipado ou parcialmente antecipado com base na regulamentação (benefício)
- Direito assegurado em caso de adequação à hipótese permissiva de antecipação da receita (benefício)

* **Usuários**

- Assegura-se que, no caso dos concessionários que se enquadrem nas regras de antecipação de receitas em vista da magnitude da obra, que sua realização assegure a atualidade do serviço (benefício)

3.2 Análise da escolha: Problema 2 – previsão de regra geral de governança corporativa sobre negociações com partes relacionadas

Outro problema que precisa ser enfrentado é a previsão de regras de governança corporativa sobre negociações com partes relacionadas. Como já mencionado, a 4ª. Etapa de Concessões de Rodovias Federais já detém tal cláusula, o que significa que a previsão se compreende como necessária.

Desta forma, uma disposição linear em relação a todos os contratos vigentes se coloca como a melhor forma de estender este tipo de obrigação aos concessionários de maneira equânime, viabilizando uma regra única que assegure a transparência quanto às contratações das partes relacionadas.

Assim, as alternativas levantadas foram:

Alternativa 1: Manter as condições, em que poucos contratos têm regras de governança corporativa, em especial sobre as negociações com partes relacionadas.

Não resolve o problema apontado.

Impactos Regulatórios

* **ANTT**

- Ausência de base objetiva para exigir conduta positiva em relação às negociações com partes relacionadas (malefício)
- Possibilidade de as concessionárias se comportarem de maneira diversa quanto às relações com partes relacionadas (malefício)

* **Concessionárias de Rodovias Federais**

- Insegurança em relação à regra para negociações com partes relacionadas (malefício)
- Pressões das partes relacionadas para a realização de negociações facilitadas (malefício)

* **Usuários**

- Queda no nível de serviço oferecido (malefício)

Alternativa 2: Aditar todos os contratos, para que tenham regras sobre governança corporativa, em especial sobre negociações com partes relacionadas.

Resolve o problema apontado parcialmente, por estabilizar previamente a negociação que será realizada entre as partes.

Impactos Regulatórios

* **ANTT**

- Previsão das regras de governança corporativa sobre negócios com partes relacionadas nos contratos de concessão (benefício)

- Aumentos dos custos de transação e discussão sobre reequilíbrio em relação às novas regras previstas em contrato (malefício)

* **Concessionárias de Rodovias Federais**

- Segurança jurídica quanto às exigências para negociações com partes relacionadas (benefício)
- Dúvidas em relação à aplicação da regra contratual aos negócios em curso (malefício)

* **Usuários**

- Garantia de nível mínimo de serviço a ser mantido (benefício)

Alternativa 3: Estabelecer previsão normativa aplicável a todos os contratos com regras sobre governança corporativa, em especial sobre negociações com partes relacionadas.

Resolve o problema apontado plenamente, por estabilizar previamente a negociação que será realizada entre as partes.

Impactos Regulatórios

* **ANTT**

- Previsão das regras de governança corporativa sobre negócios com partes relacionadas em resolução (benefício)

- Segurança jurídica quanto à possibilidade de exigência e cumprimento das novas regras (benefício)

* **Concessionárias de Rodovias Federais**

- Segurança jurídica quanto às exigências para negociações com partes relacionadas (benefício)

- Definição das regras de transparência e atendimento aos requisitos de divulgação das negociações com partes relacionadas (benefício)

* **Usuários**

- Garantia de nível mínimo de serviço a ser mantido (benefício)

SEÇÃO 4 ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO E CONCLUSÃO

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

Sim.

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

As alternativas recomendadas já foram acima elencadas, bem como seus fundamentos.

3. Como seriam feitas a estratégia de implementação e a estratégia de monitoramento da ação regulatória?

A implantação das ações regulatórias se dará em duas frentes:

- a) No caso do problema 1, a alteração vem para flexibilizar a regra, portanto sua incidência é imediata, sem reequilíbrio em razão da alteração normativa.
- b) No caso problema 2, cuida-se da adoção de normas de governança corporativa, de forma que se deve dar prazo aos concessionários para que se adaptem aos procedimentos, conforme se verifica na minuta proposta.

4. Considerações finais.

Sendo o que se apresentava para o momento, esta é a AIR - Nível 1 que fundamenta a NOTA TÉCNICA SEI Nº 4683/2020/GERER/SUROD/DIR (4238004), para a regulamentação que ora se propõe.