



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

PROCEDIMENTO ARBITRAL CCI 24595/PFF
CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CCI

RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS

CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. - CONCEBRA
(Requerente)

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida)

TRIBUNAL ARBITRAL

Flávio Amaral Garcia
Patrícia Ferreira Baptista
Sérgio Nelson Mannheimer



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Sumário:

I – QUESTÕES PRÉVIAS	3
I.1. O papel da ANTT no contexto de um Estado Regulador.....	4
I.2. Premissas da licitação para concessão das BR-060, BR 153 e BR 262 DF/GO/.....	7
II.2.1. Estudos de Viabilidade e Plano de Negócios não vinculativos	9
II.2.2. Tarifa Básica de Pedágio não alavancada.....	10
I.3. Do leilão – lance agressivo	15
I.4. Do Contrato de Concessão.....	19
I.4.1. Objeto do Contrato.....	19
I.4.1 Alocação de riscos em contrato de concessão.....	20
I.4.2. Revisões Ordinária, Extraordinária e Quinquenal	31
II – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS DE REEQUILÍBRIO	36
II.1. Reflexos da Crise.....	36
II.1.1. Crise econômica não configura força maior: entendimento da CCI.....	37
II.1.2. Receitas da Concessão.....	42
II.1.3. Financiamento	46
II.1.3. Medidas Provisórias nº 752/2016 e 800/2017	60
III.1.4. “Documento diagnóstico”	61
II.2. Aumento do Preço dos Insumos Asfálticos (CAP).....	64
II.2.1. Matriz de riscos do contrato	64
II.2.2. Previsibilidade da flutuação de preços dos insumos.....	67
II.3 Alterações no Contorno de Goiânia/GO.....	69
II.3.1. Dispositivos contratuais que tratam do Contorno de Goiânia	70
II.3.2. Proposta de alteração partiu da Concessionária.....	72
II.3.3. Alteração condicionada e objeção do TCU	75
II.3.4. Pendências para o reequilíbrio.....	77
II.4. Implantação do Sistema de Informações Rodoviárias (SIR).....	79
II.4.1. Natureza e Escopo do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR.....	80
II.4.2. Os impactos do SIR no contrato de concessão.	86
II.5. Aumento do Limite de Peso Bruto por Eixo (Lei nº 13.103/2015)	92
II.6. Instrução Normativa RFB nº 1.731/2017	95
II.7. Elevação da Alíquota da CIDE Combustíveis.....	101
II.8. Atraso do Licenciamento Ambiental	113
II.9. Intervenções emergenciais e adequações de obras de responsabilidade do DNIT	118



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II.10. Inexecução dos Contratos CREMA.....	123
II.10.1 Obrigação de recuperação prevista no PER.....	124
II.10.2 Inexistência de vício oculto	127
II.11. Aplicação do Fator Q.....	129
II.11.1. Compreensão do Fator Q.....	129
II.11.2. Termo inicial para a apuração do número de acidentes nas rodovias concedidas.....	131
II.11.3. Aferição do Volume Diário Médio Anual da Rodovia – VDMA.....	135
III – REQUERIMENTOS FINAIS	139
IV – LISTA DE DOCUMENTOS	141

1. A **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**, já qualificada como Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, representada pelos membros da Advocacia-Geral da União infra-assinados, em obediência ao cronograma instituído na Ata de Missão, posteriormente ajustada pela Ordem Processual nº 02, vem apresentar sua **RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS** da **Requerente**, pelos fatos e fundamentos jurídicos colacionados a seguir.

I – QUESTÕES PRÉVIAS

2. Inicialmente, até pela multiplicidade de temas e dos mais variados argumentos trazidos pela **Requerente**, cabem algumas breves considerações que a **ANTT** entende como fundamentais para delimitar o objeto da controvérsia a ser solucionada e pacificada por este Tribunal Arbitral.

3. A questão fundamental na presente arbitragem é que **nem todo evento que traga algum custo adicional para o Concessionário causa desequilíbrio econômico-financeiro do contrato**. Em regra, os problemas relacionados decorrem da deficiente gestão de risco das contratadas (ou da sua ausência), como parece ser o caso presente. O simples fato de a realidade ter se imposto com custos excedentes aos previstos pelo então licitante não significa que há um desequilíbrio contratual. É preciso avaliar como esse



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

fato foi tratado pelo direito, em especial, quem assumiu a responsabilidade e o risco pela sua ocorrência.

4. Apenas então, superado este crivo jurídico-contratual e constatado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente de evento cujo risco estava alocado ao **Poder Concedente**, restará constituído o direito da **Concessionária** ao reequilíbrio, direito este de assento constitucional e que a **ANTT** não se furta a implementar.

5. Com vistas a delimitar o risco de cada um, em contratos complexos como o são as concessões rodoviárias, é preciso que haja clareza acerca de algumas premissas relativas ao funcionamento do Estado, ao regramento da licitação que precedeu a assinatura do contrato e à própria concepção do contrato de concessão, conforme tópicos a seguir.

6. Uma vez assentadas essas premissas fundamentais, partiremos para uma análise individual de cada pleito de reequilíbrio formulado pela requerente.

I.1. O papel da ANTT no contexto de um Estado Regulador

7. Embora não haja consenso acerca do que se deva entender como características inerentes a um Estado Regulador ou mesmo se o Estado brasileiro deve receber essa alcunha, não há como negar a profunda transformação pela qual vem passando a Administração Pública nas últimas três décadas, sobretudo a partir da aprovação, no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, do chamado Plano Diretor de Reforma do Estado - PDRE.

8. A ideia era promover uma modernização dos mecanismos de gestão pública de modo a fazer uma travessia de um modelo burocrático para um modelo que se intitulava gerencial, sempre com vistas a promover ganhos de eficiência. O Estado assumiria um papel menor, no que tange à intervenção direta na atividade econômica, mas, em



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

contrapartida, criaria condições para que o capital privado assumisse um papel de destaque mesmo naquelas atividades tradicionalmente qualificadas como serviço público. Esse contexto é muito bem sintetizado por Gustavo Binjenbojm:

Na lógica do Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRE), de 1995, as agências independentes seriam instrumentos essenciais para dissolver os anéis burocráticos dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República. De um ponto de vista pragmático, essa pretensa despolitização tinha por objetivo criar um ambiente regulatório não diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial.

Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização – 2ª ed. rev. atual. – Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 42)

9. É certo que PDRE constituiu-se em documento eminentemente de gestão pública, porém, trouxe o direito a reboque, conforme se percebe pelas sucessivas emendas constitucionais que a um só tempo extinguíram restrições ao capital estrangeiro (EC nº 6, de 15/08/95, nº 7, de 15/08/95, e nº 36, de 28/05/2002) e flexibilizaram monopólios estatais (EC nº 5, de 15/08/95, nº 8, de 15/08/95, e nº 9, de 09/11/95). Na linha do excerto transcrito acima, tais medidas buscavam atrair capital privado, não somente o nacional, mas também o estrangeiro, para que pudesse investir em atividades outrora assumidas quase que exclusivamente pelo Estado.

10. Completando essas reformas estruturais, sempre na direção de promover um **ambiente de negócios** ao mesmo tempo **competitivo**, mediante retirada de barreiras ao capital estrangeiro, e com **segurança jurídica**, mediante uma espécie de **blindagem institucional contra interesses políticos mais imediatistas**, percebe-se a **criação de diversas Agências Reguladoras, na forma de autarquias de regime especial,**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

encarregadas de assegurar esse ambiente de competitividade e segurança jurídica.

Nesse sentido, são as lições do citado autor:

As autoridades independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica. (BINENBOJM, Gustavo. *Ob. Cit.*, p. 44)

11. Obviamente, não se tem a ilusão de crer que a mera criação das Agências teve o condão de alterar a Administração Pública da noite para o dia, de modo a tornar alguns setores eminentemente profissionais e insensíveis a qualquer influência política. O importante, nesse momento, é ter em mente a finalidade subjacente à criação das Agências Reguladoras, seu propósito de existência e como esses propósitos de **profissionalização, promoção de competitividade, blindagem em face de interesses políticos imediatistas, apreço pela técnica e pela segurança jurídica** devem sim ser tomados como **premissas para aplicação do direito setorial**.

12. Não por outra razão, precisa ficar claro que o então Ministério dos Transportes, hoje Ministério da Infraestrutura, e os demais órgãos da Administração Direta têm papel diverso daqueles previstos institucionalmente na Lei nº 10.233/2001 para a **Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT**.

13. Enquanto a Administração Direta tem uma permeabilidade maior ao influxo político-democrático do governante eleito e, assim, assume papel fundamental na fixação de diretrizes (gerais, por definição) e na formulação da política pública, cabe à Agência Reguladora zelar pela execução dessa política pública incorporada no contrato, independentemente do governo com mandato em curso. O campo de atuação da Agência é mais estreito, focado em utilizar os mecanismos definidos no contrato e na legislação para influenciar o comportamento da Concessionária de modo a entregar ao usuário o serviço que foi contratado.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

14. Dessa forma, questões outras, tais como problemas mais gerais que afetem determinado grupo de empresas e seu possível espraiamento com repercussões macroeconômicas, atendimento de demandas do Congresso ou de parlamentares locais simplesmente com objetivo de composição política, conquanto possam ser relevantes, não estão no escopo de atuação da Agência Reguladora. **O contrato de concessão, na medida em que concebido para incorporar o direito setorial envolvido, é a fonte primária de atuação do regulador.** E a interpretação desse contrato, nos moldes defendidos pela ANTT, não contradiz ou desconsidera o contexto da licitação que o precedeu, conforme detalhado a seguir. Apenas reforça a necessidade de respeito ao texto contratual, na medida em que já era de conhecimento e foi levado em consideração pelos então licitantes na formulação de suas propostas.

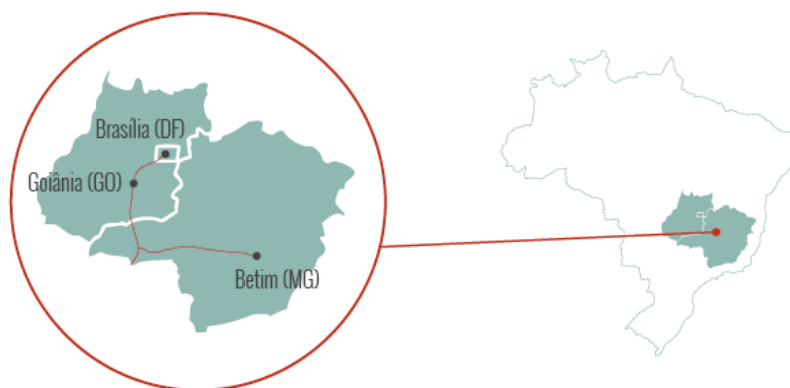
I.2. Premissas da licitação para concessão das BR-060, BR 153 e BR 262 DF/GO/

15. O procedimento licitatório para concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade das BR-060, BR 153 e BR 262 DF/GO/MG foi empreendido entre o final de 2013 e início do ano de 2014, conforme o procedimento previsto no Edital nº 004/2013 (R-52), o qual trazia um modelo comum a todas as concessões da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE.

16. O sistema rodoviário concedido compreende o trecho descrito no mapa a abaixo:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF



17. O critério eleito para definição do vencedor do certame, conforme item 12.3 do edital (R-52), foi o menor valor da Tarifa Básica de Pedágio.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II.2.1. Estudos de Viabilidade e Plano de Negócios não vinculativos

18. Embora lastreado em prévio **Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA**, o edital trouxe clara previsão de que esses estudos utilizados para fins de precificação e avaliação da viabilidade da Concessão teriam caráter **meramente referencial e informativo, não vinculando de qualquer maneira o Concedente**. Caberia aos licitantes, portanto, conduzir seus próprios estudos e obter **por sua conta e risco** as informações que entendessem necessárias para cumprimento das obrigações contratuais. Nesse sentido, constou do edital:

2.4.1 As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao Sistema Rodoviário e à sua exploração, disponibilizados pela ANTT, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão, não apresentando, perante as potenciais Proponentes, qualquer caráter vinculativo ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.

(..)

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

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

19. Outra inovação do modelo de licitações da 3ª Etapa consistiu na **abolição** da necessidade de apresentação de **Plano de Negócios**:

9.6 Não poderá ser incluído na Proposta Econômica Escrita da Proponente, nem nos demais volumes mencionados no subitem 6.1, o plano de negócio apresentado à instituição financeira, sob pena de desclassificação da Proponente e aplicação de multa equivalente ao valor da Garantia da Proposta, com sua consequente execução.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

20. Nessa nova modelagem, caberia exclusivamente à própria licitante, devidamente assessorada por instituição financeira, assegurar-se quanto à viabilidade e exequibilidade do seu plano de negócios, nos termos do item 9.4.:

- 9.4** Juntamente com a **Proposta Econômica Escrita** devem ser apresentados os seguintes documentos:
- I. uma carta de instituição ou entidade financeira que assessorar a **Proponente** na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o plano de negócios a ela apresentado pela **Proponente** e atesta sua viabilidade e exequibilidade, com o conteúdo mínimo do **Anexo 19** ao presente **Edital**, apresentando, ainda, um **Termo de Confidencialidade** celebrado entre a **Proponente** e a instituição ou entidade financeira, com o conteúdo mínimo do **Anexo 21** ao presente **Edital**; e
 - II. uma carta de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente, declarando que analisou o **Plano de Negócios** a ela apresentado pela **Proponente** e atesta a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário, com o conteúdo mínimo do **Anexo 20** ao presente **Edital**, apresentando, ainda, um **Termo de Confidencialidade** celebrado entre a **Proponente** e a empresa de auditoria independente com o conteúdo mínimo do **Anexo 21** ao presente **Edital**.

21. Assim, o procedimento em análise foi modelado de modo que os licitantes fariam seus próprios levantamentos, além de serem **responsáveis pela elaboração de um plano de negócios exequível e compatível com o lance formulado**. Em especial, caberia aos licitantes **avaliar os custos e riscos** envolvidos para cumprimento das obrigações estabelecidas no **Programa de Exploração da Rodovia – PER (R-03)**, documento anexo ao contrato de concessão.

II.2.2. Tarifa Básica de Pedágio não alavancada

22. Pois bem, quando se diz que tais estudos são meramente informativos, tal afirmação não se faz sob a ótica estritamente formal do quanto disposto no edital de concessão. Há toda uma racionalidade dessa previsão editalícia, na medida em que o



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

leilão se constitui em procedimento concorrencial possível justamente pela assimetria de informações entre Poder Concedente/Privado e entre os próprios privados concorrentes que faz com que cada um avalie o negócio de modo diferente e também ofereça lances diferentes.

23. Assim, o fato de o Poder Concedente ter projetado um determinado nível de demanda não significa que a mesma percepção seja compartilhada pelos licitantes. Uns podem ser mais otimistas, outros mais pessimistas, alguns podem dispor de maiores informações sobre implantação de projetos com aptidão para impactar na demanda, dentre outros fatores. O mesmo ocorre com a avaliação de cada um dos milhares de itens que compõem os custos de um contrato de tal complexidade.

24. Dessa feita, o **EVTEA** traz em seu bojo uma série de projeções baseadas em dados e expectativas que, embora dotados de racionalidade, não deixam de constituir-se em modelos abstratos que podem ou não se materializar na prática. Trata-se, repita-se, de simulações, projeções, abstrações, não de mera descrição da realidade, muito menos promessa ou garantia de qualquer cenário.

25. Feitas essas ressalvas, **a tarifa-teto que vai a leilão é fruto desse conjunto de projeções meramente indicativas.**

26. Grosso modo¹, o **EVTEA** traz as projeções de gastos com investimentos (**CAPEX**), com manutenção e serviços (**OPEX**), acrescido de despesas com tributos, para cada ano da concessão. Como o valor do dinheiro no tempo varia, esse fluxo de caixa é trazido a valor presente. Para tanto, os estudos se valem de uma taxa de desconto fornecida pela metodologia denominada **Custo Médio Ponderado de Capital (WACC - *Wheighted Average Cost of Capital*)**.

27. Pois bem, as despesas projetadas, acrescidas dos tributos e descontado pelo **WACC** formam o chamado **fluxo de caixa não alavancado**, que é a primeira parte da

¹ Com maior refinamento técnico, confira-se Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

equação utilizada no **EVTEA** para fornecer a tarifa que torna o projeto viável economicamente.

28. O outro lado da equação traz mais uma projeção, desta vez, a projeção do volume de tráfego a ser multiplicada pela tarifa-teto ou **tarifa básica de pedágio – TBP** que o **EVTEA** pretende revelar. Em síntese, os custos (despesas + tributos) multiplicados por uma taxa de desconto (**WACC**) devem ser cobertos pela projeção de tráfego multiplicado pela tarifa-teto (**TBP**). Ou, no sentido inverso da equação, a **TBP** multiplicada pela projeção de tráfego deve ser suficiente para custear as despesas do futuro concessionário e remunerar seu capital (taxa de desconto – **WACC**) para que o projeto seja considerado viável.

29. Importante esclarecer que essa equação nos traz uma tarifa que, segundo as projeções do Poder Concedente, deixa o projeto viável, a saber, que permite ao Concessionário fazer face às obrigações contratuais e ainda remunerar o capital investido.

30. Por outro lado, o fato de o projeto ser viável não significa que o projeto é necessariamente **atrativo quando comparado a outros empreendimentos**. Se o potencial licitante tem a possibilidade de empregar seu capital em atividade outra que lhe proporcione uma rentabilidade maior com risco semelhante ou inferior, obviamente que não participará do leilão.

31. Projeto viável também não significa que a taxa de desconto (**WACC**) equivale ao lucro efetivo e garantido do Concessionário. Este pode ter custos mais baixos do que o projetado, inclusive custo de capital mais baixo, ou ter a expectativa de um volume de tráfego superior ao projetado etc. Perceba que, quando a licitante oferece um desconto sobre essa tarifa-teto, ela está admitindo que suas projeções são diferentes daquelas do Poder Concedente. Pode, por exemplo, ter projetado um tráfego maior ou despesas menores ou ainda que conseguiria se financiar a taxas menores do que o custo de capital trazido pelo **WACC**.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

32. O importante é que, tal como ocorreu na 1ª Etapa de Concessões do PROCROFE, se essas projeções mais otimistas do parceiro privado se materializarem e este conseguir rentabilizar mais o projeto, não pode o regulador promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com redução tarifária, de modo a controlar lucros e desprezitar os riscos assumidos pelo Concessionário. Da mesma forma, se as projeções do Poder Concedente se materializam, não pode o Concessionário exigir do regulador o reequilíbrio tarifário para custear o risco adicional que assumiu, mediante oferta de substancial desconto tarifário no leilão.

33. A propósito da taxa de desconto (WACC), no caso específico da licitação das BR-060, BR 153 e BR 262 DF/GO/MG, conforme Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF (-38), vale esclarecer que as variáveis que a compunham foram as seguintes:

Resultado	
Estrutura de Capital	
(A) Participação Capital Próprio	40,00%
(B) Participação Capital Terceiros	60,00%
Custo do Capital Próprio (CAPM)	
(1) Taxa Livre de Risco	4,54%
(2) Taxa de Retorno do Mercado	9,99%
(3) Prêmio de Risco de Mercado	5,45%
(4) Beta Desalavancado	0,557
(5) IR + CSLL	34,00%
(6) Beta Alavancado = $\frac{[(A) + (B) * [1 - (5)]]}{(A) * (4)}$	1,11
(7) Prêmio de Risco do Negócio = (3) * (6)	6,04%
(8) Prêmio de Risco Brasil	2,78%
(9) Custo de Capital Próprio Nominal = (1) + (7) + (8)	13,36%
(10) Taxa de Inflação Americana	2,47%
(11) Custo Real do Capital Próprio (CAPM) = $\frac{[1 + (9)]}{[1 + (10)]} - 1$	10,63%
Custo do Capital de Terceiros	
(12) Taxa Livre de Risco	4,54%
(13) Prêmio de Risco Brasil	2,78%
(14) Risco de crédito	4,05%
(15) Custo Nominal da Dívida (12) + (13) + (14)	11,37%
(16) Custo Nominal da Dívida Líquido de Impostos = (15) * [1 - (5)]	7,51%
(17) Taxa Real, em R\$ = $\frac{[1 + (15)]}{[1 + (10)]} - 1$	4,92%
WACC	
(18) WACC = (A) x (11) + (B) x (17)	7,20%



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

34. **Veja que as condições de financiamento do BNDES não foram levadas em consideração para o cálculo da taxa de desconto (há quem chame de TIR – taxa interna de retorno de projeto) utilizada para aferir a viabilidade do projeto. E nem poderia, justamente porque o risco pelo financiamento foi alocado contratualmente à Concessionária e o BNDES não garante e jamais garantiu financiamento pela simples celebração de contrato de concessão com o Poder Público. Nesse sentido, manifestou-se o Banco Público (R-39):**

Desta forma, respondendo literalmente ao indagado, o BNDES não concede “financiamento a Concessionárias de Serviço Público pelo simples fato de terem vencido a licitação e celebrado contrato de Concessão com o Poder Público”, já que, conforme supramencionado, cada pleito de financiamento é individualmente avaliado com (i) análise cadastral do cliente, (ii) classificação do risco de crédito (rating) do projeto e de seus garantidores e (iii) análise da viabilidade jurídica, ambiental e econômica do cliente, do empreendimento e das(os) eventuais garantias/garantidores.

35. Portanto, a premissa tomada pelo EVTEA para a **viabilidade** do projeto, que não se confunde com sua **atratividade**, mediante a fixação da tarifa-teto de referência, leva em consideração o fluxo de caixa **não alavancado**. **O financiamento do BNDES não é tomado como premissa necessária à viabilidade do projeto**, embora o custo projetado de capital seja levado em consideração, mediante aplicação de metodologia do **WACC**, a qual **NÃO traz embutida como premissa as condições de financiamento** ofertadas pelos Bancos Públicos à época. Essa **TIR de projeto** ou **taxa de desconto** é levada em consideração nas revisões tarifárias durante toda a execução do contrato sempre que algum evento relativo ao fluxo de caixa original² tem potencial de causar algum desequilíbrio econômico-financeiro no contrato.

² O fluxo de caixa original refere-se às obrigações originalmente previstas no contrato como, por exemplo, obras previstas no PER – Programa de Exploração da Rodovia. Já o chamado fluxo de caixa marginal trata-se de técnica de reequilíbrio criada para obrigações novas, como a inclusão de obra não prevista originalmente. Para cada inclusão, cria-se um fluxo de caixa marginal com taxa de desconto própria (o WACC é atualizado trimestralmente), sempre, seja no fluxo original seja no marginal, não alavancado.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

36. Já o chamado **fluxo de caixa alavancado ou fluxo de caixa do acionista**, o qual contempla os financiamentos, **não serve como parâmetro para o contrato de concessão. Não é utilizado para fins de reequilíbrio contratual ou para qualquer outra finalidade**, senão para servir ao próprio Concessionário, único capaz de avaliar sua própria remuneração em conformidade com seus custos operacionais não controlados pelo regulador.

37. Diante do exposto, conclui-se que não procede a afirmação da **Requerente** de que o financiamento dos Bancos Públicos foi tomado como premissa para cálculo da **TBP**.

I.3. Do leilão – lance agressivo

38. Cientes da alocação de riscos prevista no contrato, do caráter meramente informativo do **EVTEA**, da necessidade de elaboração de plano de negócios viável e sobre o qual não haveria ingerência do regulador e de que o cenário base trazido nos estudos, conquanto meramente referencial, trazia uma tarifa teto não alavancada, compareceram para a disputa 05 (cinco) interessados.

39. Sagrou-se vencedor do certame Triunfo Participações e Investimentos S.A. com proposta de **deságio de 52% (cinquenta e dois por cento) sobre a tarifa-teto (não alavancada, diga-se)** que foi a leilão. O resultado do certame foi o seguinte:

Classificação	Proponente	Lance	Deságio
1	Triunfo Participações e Investimentos S.A.	R\$ 0,02851	52,00%
2	Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A. - Invepar	R\$ 0,03437	42,13%
3	Consórcio Via Capital	R\$ 0,03493	41,19%
4	Consórcio Rodovias Federais 2013	R\$ 0,03683	37,99%
5	Companhia de Participações em Concessões – CPC	R\$ 0,04668	21,41%



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Tabela 8–Propostas apresentadas para o Edital 004/2013. Fonte: Nota Técnica nº 75/2015/GEFOR/SUINF, de 11/06/2015 (R-40).

40. Obviamente, **quanto maior o desconto ofertado, maior a disposição do então licitante de renunciar a uma receita futura em seu fluxo de caixa** e, por consequência, maior o risco assumido quanto à obtenção de recursos, próprios ou de terceiros, para desincumbir-se das obrigações contratuais.

41. No caso em apreço, conforme se depreende da Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36), caso houvesse prevalecido o lance ofertado pela **2ª colocada** no certame, esta auferiria, no **período de 2015 a 2019**, receitas superiores às da **Requerente** em aproximadamente **R\$ 708.460.000,00 (setecentos e oito milhões e quatrocentos e sessenta mil reais)**. Se vencedora fosse a **5ª colocada**, para o mesmo período, a **receita seria superior em R\$ 2.040.000.000,00 (dois bilhões e quarenta milhões de reais)**. Nesse sentido, confira-se a Tabela 9, extraída da Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36):

ANO	DESÁGIO DE 52,00%	DESÁGIO DE 42,13%		DESÁGIO DE 41,19%		DESÁGIO DE 37,99%		DESÁGIO DE 21,41%	
	(milhões)	Total	Acréscimo	Total	Acréscimo	Total	Acréscimo	Total	Acréscimo
2014	428.362,00	528.727,22	100.365,22	537.315,50	108.953,49694	566.552,18	138.190,18	718.034,77	289.672,77
2015	807.575,00	996.789,82	189.214,82	1.012.980,98	205.405,98003	1.068.099,82	260.524,82	1.353.684,33	546.109,33
2016	520.399,00	642.328,49	121.929,49	652.762,03	132.363,02690	688.280,45	167.881,45	872.310,28	351.911,28
2017	445.188,00	549.495,55	104.307,55	558.421,17	113.233,17324	588.806,27	143.618,27	746.239,08	301.051,08
2018	450.798,00	556.419,97	105.621,97	565.458,07	114.660,06870	596.226,06	145.428,06	755.642,74	304.844,74
2019	371.396,00	458.414,08	87.018,08	465.860,24	94.464,23924	491.208,87	119.812,87	622.546,44	251.150,44
TOTAL	3.023.718,00	3.732.175,13	708.457,13	3.792.797,99	769.079,99	3.999.173,66	975.455,66	5.068.457,64	2.044.739,64
MÉDIA ANUAL	503.953,00	622.029,19	118.076,19	632.133,00	128.180,00	666.528,94	162.575,94	844.742,94	340.789,94

Tabela 9-Receita Operacional Líquida (R\$ Milhões). Fonte: Demonstrações Financeiras da Concessionária período 2014-2019



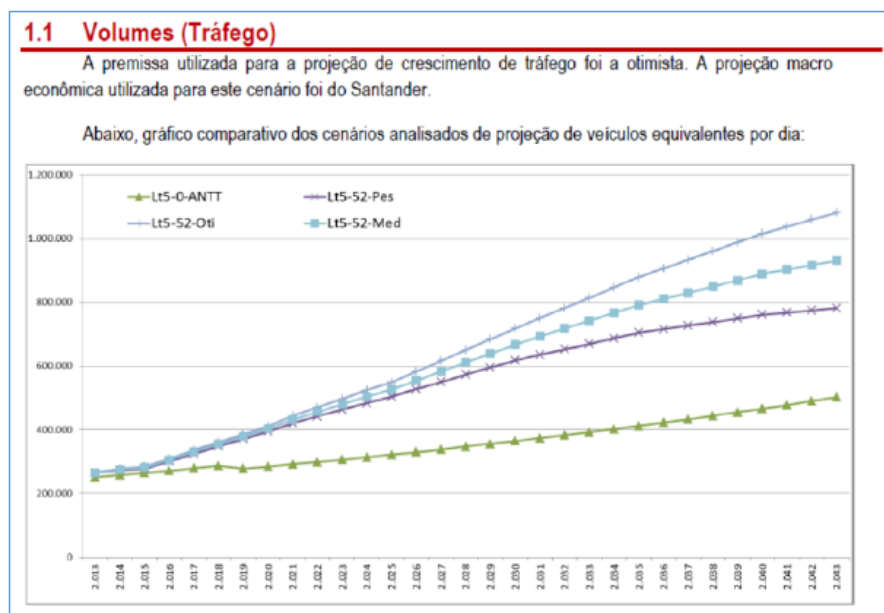
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

42. Veja que, a rigor, as dificuldades financeiras relatadas pela **Requerente** não se devem às “premissas” de financiamento para a licitação, e sim às suas próprias **projeções que se revelaram descasadas da realidade** e a orientaram no oferecimento de **lance agressivo** no leilão.

43. A unidade técnica do Tribunal de Contas da União – TCU, no âmbito do TC 039.581/2019-5 (R-41), chegou a idêntica conclusão:

225. Por fim, em relação aos argumentos da Concebra acerca da situação do contrato de concessão, e sobre o fato de não ter conseguido o financiamento de longo prazo, constata-se que esses fatos decorrem da sua proposta apresentada na licitação. À época foi concedido um deságio de 52% em relação ao preço da tarifa estimado pelo Poder Concedente, a qual somente foi possível graças à visão extremamente otimista da concessionária sobre o tráfego da rodovia, como evidenciado no seu plano de negócios (peças 215-217).

Figura 17 – Plano de Negócios da Concebra – projeção de tráfego



Fonte: peça 215 – item não digitalizável “Concebra Business Plan_rev03_parte1de3”

226. No gráfico, é possível observar a linha que denota a previsão de tráfego dos estudos de viabilidade (verde), e, em azul com traços, o cenário considerado pela Concebra, na sua visão mais otimista. Desse modo,



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

considerando ainda que matriz de riscos do contrato atribui à concessionária o risco de obtenção dos financiamentos, não se mostra minimamente razoável a argumentação da Concebra de atribuir seu desempenho a fatores imprevisíveis e extraordinários.

Grifamos

44. De modo semelhante, o **BNDES** esclarece as dificuldades de estruturação econômica do projeto, quando o então licitante apresenta lance agressivo no leilão (R-39):

O BNDES não possui um estudo detalhado da concessão, em que seja desconsiderado o deságio vencedor dentre os dados da projeção realizada. Dessa forma, no caso concreto, a análise que o BNDES realizou do projeto foi feita com base no plano de negócio que embasou o lance vencedor da CONCEBRA, isto é, incluindo o deságio ofertado. Não é possível, assim, responder à questão formulada de maneira assertiva.

A despeito desse fato, é possível reconhecer que quanto maior o deságio vencedor de uma concessão, maiores são os desafios de estruturação financeira da concessão. Deságios tarifários agressivos tornam o projeto menos resiliente a intempéries econômicas, como ocorreu com as Concessões do PIL a partir de 2014 no Brasil. Nesse sentido, os tetos para deságio tarifário adotados nas Concessões mais recentes representam um avanço para evitar a contaminação do projeto pelo excessivo otimismo do vencedor do certamente.

45. Observa-se, portanto, que a **Requerente** assume **postura contraditória**. No primeiro ato, **apresenta lance bastante agressivo**, com suporte em suas próprias previsões e **desconsiderando** as projeções dos **Estudos de Viabilidade**. Em seguida, **após sagrar-se vencedora** do certame, **eliminando concorrentes que apresentaram propostas menos arriscadas**, e diante da não materialização de suas próprias previsões, **pretende escusar-se da responsabilidade por ter ofertado desconto tarifário** acima das suas capacidades.

46. Os números apresentados deixam claros que **a ausência de parte do financiamento dos Bancos Públicos não foi a razão do baixo desempenho da Concessionária**, e sim o equívoco de suas próprias estimativas. Essas projeções



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

equivocadas levaram a então licitante a ofertar **lance capaz de retirar do fluxo de caixa** mais de **R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)** no período de **05 (cinco) anos**.

I.4. Do Contrato de Concessão

47. Assentado que o papel esperado das Agências Reguladoras é assegurar a observância do contrato, a ser interpretado levando-se em conta o contexto no qual desenrolou o procedimento licitatório, cabe adentrar, no caso concreto, em como o Contrato de Concessão foi estruturado, particularmente quanto ao seu objeto e à forma como previstas a alocação de riscos, bem como as revisões contratuais.

I.4.1. Objeto do Contrato

48. Nos termos do edital (R-52), o contrato (R-01) foi assinado após a constituição da sociedade de propósito específico, em **31/01/2014** com início de vigência a partir da data da assunção (**05/03/2014**). A partir de então, caberia à Concessionária atuar em quatro frentes.

49. A **Frente de Recuperação e Manutenção**, como o próprio nome revela, engloba as fases de recuperação e manutenção da rodovia.

50. A **Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço** compreende as chamadas Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias (item 3.2.1 do PER), as Obras em Trechos Urbanos (item 3.2.2 do PER) e as Obras de Manutenção de Nível e Serviço (item 3.2.3 do PER).

51. A **Frente de Conservação** envolve “o conjunto de operações preventivas, rotineiras e de emergência com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do Sistema Rodoviário e das instalações da Concessionária”.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

52. Por fim, a **Frente de Serviços Operacionais** consiste na implantação e operacionalização das infraestruturas e serviços referentes à operação da rodovia.

53. Importante notar que já estava claro na minuta de contrato anexa ao edital de licitação que as obrigações da futura Concessionária **não estariam limitadas à conservação** do sistema rodoviário, mas também a sua **recuperação e ampliação de capacidade**. Nesse sentido, dispõe o contrato:

2 Objeto do Contrato

2.1 O objeto do Contrato é a **Concessão** para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do **Sistema Rodoviário**, no prazo e nas condições estabelecidos no Contrato e no PER e segundo os **Escopos, Parâmetros de Desempenho e Parâmetros Técnicos** mínimos estabelecidos no PER.

54. Em outras palavras, **o escopo do contrato é muito maior do que simplesmente dar continuidade à prestação do serviço no mesmo nível em que transferido à Concessionária**. Havia sim a previsão de investimentos para a **melhoria desse serviço**, seja mediante a **recuperação de trechos cujos parâmetros de desempenho não estavam satisfatórios**, seja **ampliando a capacidade** de tráfego, além do oferecimento de serviços operacionais.

55. Portanto, **não se esperava, como regra, que a gestão da rodovia fosse transferida do DNIT para a Concessionária em situação ideal de operação. A expectativa, isso sim, era de injeção de investimentos para elevação da qualidade do serviço disponibilizado ao usuário.**

I.4.1 Alocação de riscos em contrato de concessão

I.4.1.1 Aspectos Gerais



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

56. Os **contratos de concessão de serviços públicos são negócios jurídicos de longo prazo** com previsão de dispêndio de vultosas quantias e que trazem em seu bojo a **previsão de riscos assumidos de parte a parte** ao longo desse período de execução. No caso das concessões celebradas pela ANTT, os contratos referentes à **3ª etapa** do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE tiverem prazo inicial de **30 (trinta) anos**, passíveis de prorrogação por igual período.

57. Essa longa duração da execução contratual traz consigo a possibilidade de alterações nas circunstâncias originalmente consideradas pelas partes no momento de formação do negócio jurídico, o que por sua vez pode implicar modificações no retorno econômico originalmente projetado.

58. Nesse sentido, o artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, estipula que nas concessões comuns de serviços públicos o concessionário deverá explorar a atividade delegada **por sua conta e risco**, o que evidencia uma alocação prévia substancial do risco do negócio para o particular contratante. Senão vejamos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado; (grifamos)

59. Em verdade, ainda que a **redação do texto legal seja ampla** e praticamente impute ao Concessionário **todos os riscos do negócio**, tem-se adotado, a fim de mitigar, mas jamais excluir completamente, as incertezas e permitir critérios racionais para *precificação* do negócio pelos interessados, estipulações prévias sobre a responsabilidade de cada um dos contratantes sobre os tipos de alterações circunstanciais capazes de alterar as bases econômicas do contrato de concessão celebrado.

60. De forma mais simples e direta, **estipulam-se antes da celebração do contrato quais riscos deverão ser suportados pelo Poder Concedente e quais o serão pelo concessionário**.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

61. Trata-se, em verdade, de técnica jurídico-negocial consistente na definição de uma chamada *matriz de risco*, em que cada parceiro no negócio saberá de antemão contra qual tipo de circunstância futura deverá se precaver, caso venha a celebrar o contrato, e, ocorrendo o evento previsto, suportar referido ônus que lhe fora alocado.

62. O estabelecimento da matriz de risco *previamente* à celebração do contrato tem por finalidade reduzir os custos, inclusive os custos de transação, na definição de responsabilidade por eventos futuros e incertos observados durante a execução do contrato. Cuida-se, ademais, de medida consentânea com o princípio da eficiência administrativa, veiculado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

63. Sobre as vantagens da adoção da matriz de risco nos contratos de concessão de serviços públicos, convém trazer breve excerto de texto de Flávio Amaral Garcia, a seguir transcrito:

Regular os riscos previamente no contrato implica em efetiva concretização do princípio da eficiência e da própria consecução do interesse público, reduzindo os espaços de conflitos *ex post* em relações duradouras complexas e que são, por natureza, submetidas a constantes mutações, o que se acentua em cenários macroeconômicos marcadamente globalizados, constantemente impactados por uma assombrosa evolução tecnológica em vários campos do conhecimento humano.

(GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In. DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. P. 37)

64. É preciso ainda ressaltar que o conhecimento prévio da matriz de risco contratual permite ao particular construir sua **proposta de preço** no processo de licitação prévio à delegação do serviço que, por sua vez, **fixa a tarifa** a ser cobrada dos usuários, como expressamente previsto no artigo 9º da Lei nº 8.987/1995, cuja redação vai adiante transcrita:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

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. (grifamos)

65. Dado que as categorias de risco a que se expõe o particular interessado em explorar os serviços delegados são previamente conhecidas, esse pode calcular a proposta de remuneração que julga apta a neutralizá-las. Em síntese: **risco conhecido é risco precificado**, e o preço, segundo a redação da Lei nº 8.987/1995, é a base da tarifa adequada a ser cobrada dos usuários do serviço concedido. Mais que isso, **a precificação do risco integra a estratégia empresarial e o risco negocial de cada proponente que participa da licitação, tratando-se, portanto, de elemento sensível sob a ótica da competitividade do certame.**

66. Sobre o ponto da precificação da responsabilidade por riscos previamente alocados em contratos administrativos, convém mencionar trecho de artigo de Heloísa Conrado Caggiano, abaixo transcrito:

Por outro lado, em matéria de contratos públicos, sendo determinados e alocados os riscos de forma prévia à execução da atividade, as partes podem (ou devem) precificá-los, reduzindo o risco de inadimplemento posterior caso um ou mais riscos venham a se concretizar. A precificação do risco, ou o prêmio relacionado à sua assunção, decorre diretamente da sua proporção – riscos maiores têm maior prêmio. É a capacidade do mercado de administrar determinados riscos que determina seu prêmio.
(CAGGIANO, Heloisa Conrado. Alocação de riscos em concessões rodoviárias federais no Brasil: análise do caso da BR 153/TO/GO. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 25-59, jul./set. 2017. P. 31.)

67. A ideia de **precificação do risco**, possível a partir do conhecimento prévio acerca da responsabilidade por suportá-lo no caso de sua concretização, não pode ser subestimada. De fato, percebe-se que **mesmo uma alocação economicamente ineficiente de risco** eventualmente feita na matriz de determinado contrato **será** (ou *deverá ser*) **precificada** pelos concorrentes no processo licitatório que precede a concessão do serviço público. Nessa linha, qualquer crítica à modelagem contratual não



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

pode ser utilizada para distorcer o que foi estabelecido em suas cláusulas, que mantém sempre sua força vinculante para as partes, qualquer que seja seu grau de eficiência.

68. Nesse sentido, reitere-se, o preço ofertado pela proposta vencedora do certame para a concessão do serviço *necessariamente* levou em conta os tipos de risco a que se expunha o concessionário, posto que previamente declarados. Nesse sentido, dispõe o contrato:

21.3 A Concessionária declara:

- (i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no **Contrato**; e
- (ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua **Proposta**.

21.4 A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no **Contrato venham a se materializar.**

69. Em uma frase: **a tarifa cobrada pelo concessionário já considera todas as categorias de risco previamente alocadas à sua responsabilidade.** Se a então licitante desconsiderou esses riscos ao formular sua proposta, estaria reconhecendo ter feito declaração falsa ao assinar o contrato, o que de todo modo seria indiferente para a aplicação da força vinculante de suas cláusulas.

70. Evidentemente, o valor econômico de determinado ativo é subjetivo, ou seja, varia conforme a avaliação do agente econômico interessado. Por tal razão, a disposição para pagar um preço superior ou inferior por um bem ou serviço varia de agente econômico para agente econômico. Da mesma forma, numa concessão, postos os riscos envolvidos e os custos de oportunidade de cada um, os licitantes farão seu próprio e pessoal julgamento acerca de qual preço de tarifa julgam mais adequado.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

71. Nesse diapasão, modificar a responsabilidade pelo risco concretizado **após a celebração do contrato** é medida a ser evitada a todo custo, **sob pena de fraude às condições da licitação** que precedeu à outorga da concessão.

72. Com efeito, em termos ideais, os riscos devem ser alocados entre as partes contratantes segundo parâmetros de eficiência econômica. E, de modo geral, os critérios adotados para tanto revolvem em torno da capacidade de (a) *evitar* a concretização do risco a um custo menor e (b) *suportar* as consequências da concretização do risco a um custo menor.

73. Segundo os critérios mencionados, os riscos referentes ao planejamento e à execução das atividades finalísticas do serviço concedido devem ser alocados na responsabilidade do concessionário, uma vez que dizem respeito ao negócio central do particular, sobre o qual possui informações mais precisas que as do Poder Concedente.

74. É preciso ter em conta que, **mesmo admitida por hipótese a aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de delegação com o Estado** (como os de *concessão comum* de serviços públicos ora examinados), tal qual defendido pela requerente, **o critério para o reconhecimento da extraordinariedade do evento supostamente danoso ao interesse do concessionário deve ser bastante rigoroso.**

75. Ora, uma vez que os serviços são delegados para a exploração do concessionário **por sua conta e risco**, que ao concessionário é reconhecida uma larga discricionariedade para a construção de seu modelo de negócio e, finalmente, que os *tipos de riscos* que lhe são alocados estão previstos em matriz conhecida *antes* da formação da proposta no certame, **a imprevisibilidade ou extraordinariedade do evento danoso há de ser extrema para justificar uma medida de reequilíbrio contratual.**

76. Veja-se, nesse sentido, a opinião de Marçal Justen Filho em excerto de texto acadêmico sobre o ponto ora discutido:

Numa concessão de serviço público, o concessionário assume riscos muito mais intensos do que se passa com o contratado em um contrato de obras.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Assim se passa porque o concessionário tem o poder jurídico de conceber o empreendimento para obter a solução mais eficiente possível na exploração do serviço público. Isso significa a assunção de riscos diversos e variáveis, que são inerentes às diversas alternativas escolhidas. De modo genérico, o concessionário assume todos os riscos inerentes às escolhas que a ele couberem.

(JUSTEN FILHO, Marçal. 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. P. 187. - grifamos)

77. Em síntese, importante que este Tribunal Arbitral tenha em mente a **importância de preservação da matriz de riscos do contrato de concessão** e da **diferença de perspectiva em relação aos contratos administrativos para contratação de obras e serviços de que trata a Lei nº 8.666/93**.

78. Nos contratos de concessão, é a matriz de riscos desenhada no contrato que orienta os concorrentes no processo competitivo licitatório na precificação dos seus lances. Ademais, considerando que neste tipo de avença, o negócio é assumido pelo Concessionário **por sua conta e risco**, além de haver previsão clara no contrato, qualquer tentativa de qualificação de eventos como extraordinários devem ser tomados com bastante cautela e rigor. Afinal, a subversão da repartição de riscos contratual afeta direito não somente do Poder Concedente e dos usuários, mas também daqueles que saíram derrotados do certame.

1.4.1.2 Riscos assumidos pela Concessionária

79. Dentre os vários **riscos assumidos** pela Concessionária ao celebrar o contrato de concessão, três merecem destaque, a saber: (i) risco pela **flutuação do volume de tráfego**; (ii) risco pelo **aumento de preços dos insumos** necessários à execução dos serviços em patamares superiores ao índice inflacionário; e (iii) risco pela **obtenção do financiamento**.

80. Nesse sentido, dispõe o contrato:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

21 Alocação de Riscos

21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a **Concessionária** é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à **Concessão**, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.1.1 volume de tráfego em desacordo com as projeções da **Concessionária** ou do **Poder Concedente**, com exceção do disposto na subcláusula 22.5 e na aplicação do **Fator C**;

21.1.6 custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da **Concessão**, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo;

21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas **Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais** de todas as **Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço**;

21.1.19 possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da **Tarifa de Pedágio** ou de outros valores previstos no **Contrato** para o mesmo período;

26 Financiamento

26.1 A **Concessionária** é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da **Concessão**, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no **Contrato**;

81. Evidentemente, o contrato traz outras previsões a serem mais bem exploradas ao longo da presente manifestação. De todo modo, cabe desde já ressaltar que boa parte dos pontos trazidos à discussão estão claramente enquadrados no contrato como risco da Concessionária, não gerando, portanto, desequilíbrio contratual.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

1.4.1.3. Necessidade de Gerenciamento de Riscos

82. Nesse contexto que se inicia com a deterioração do fluxo de caixa por uma oferta agressiva no leilão, passando por um objeto contratual que demandaria investimentos não somente para a manutenção, mas também para o incremento da qualidade dos serviços disponibilizados e culmina em clara alocação contratual à Concessionária dos riscos pela flutuação de demanda, pela variação dos preços dos insumos e pelo financiamento, era de se esperar que a **Requerente** tivesse um **adequado e preciso gerenciamento de riscos**.

83. Até porque é natural que os primeiros anos de concessão exijam um volume de investimentos superior às receitas obtidas com o projeto e que, nos últimos anos, a relação se inverta, com receitas superando as despesas. Nesse sentido, as figuras seguintes (extraídas do doc. R-36), referentes a casos hipotéticos, demonstram graficamente como o fator tempo influencia na remuneração do empreendimento:

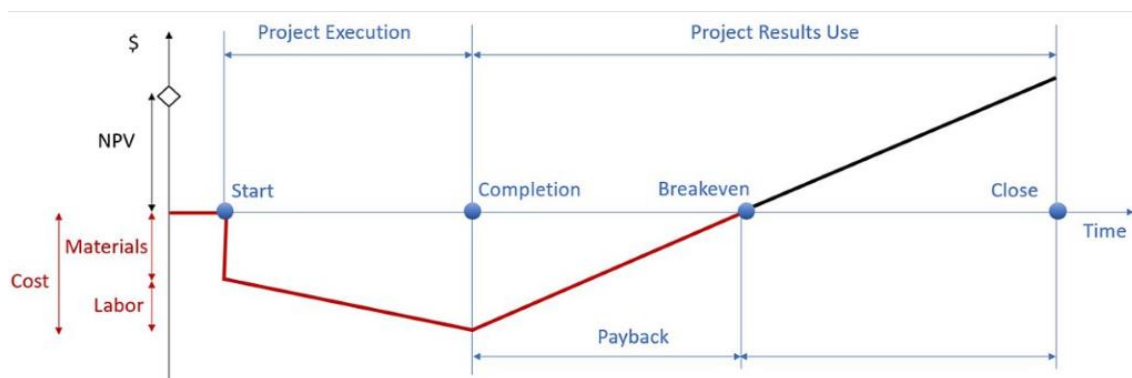


Figura 3 – Conceito de um Fluxo de Caixa.
Fonte: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cash_Flow_Model_in_Project_Portfolio_Management_Simulation_SimulTrain\(R\).jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cash_Flow_Model_in_Project_Portfolio_Management_Simulation_SimulTrain(R).jpg)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

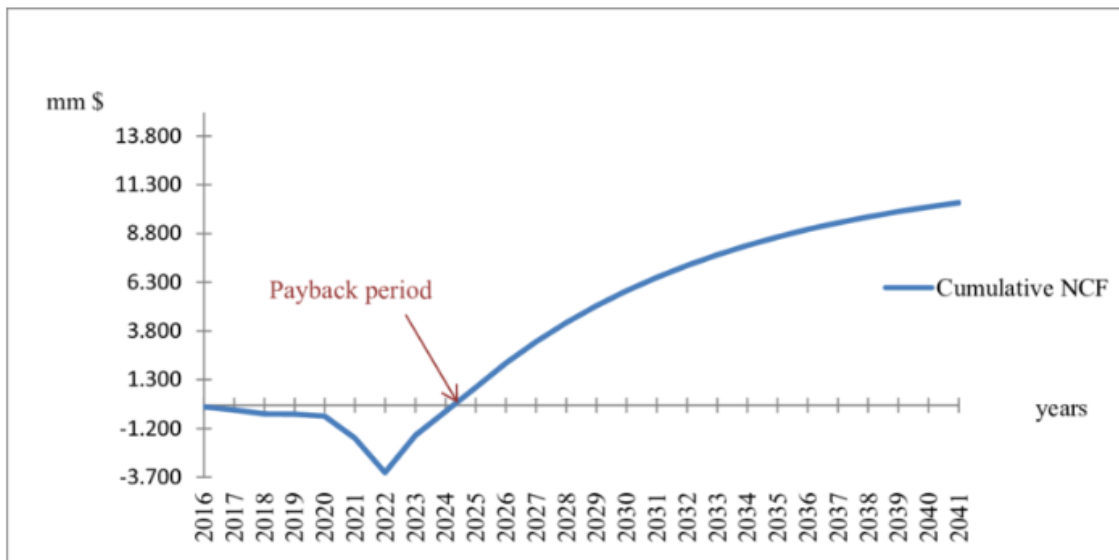


Figura 4 – Exemplo hipotético de um Fluxo de Caixa. Payback. Prazo do projeto: 25 anos. Fonte: https://www.researchgate.net/figure/Cumulative-NCF-Payback-period-of-EcoPetro-Gas-base-case_fig37_306354054

84. Assim, importante que o então licitante, ciente desse maior esforço financeiro inicial, considere no seu gerenciamento de riscos a necessidade de injeção de capital, seja próprio ou de terceiros, nos primeiros anos da concessão, até que atinja maior maturação do projeto.

85. Esse não parece ser o caso da **Requerente**, que **admite ter depositado todas as suas esperanças na obtenção de capital de terceiros**. Além de **sequer ter cogitado** da possibilidade de, em caso de não obtenção do financiamento cujo risco lhe estava contratualmente alocado, aportar **capital próprio**, ainda trabalhou num cenário no qual o financiamento adviria exclusivamente dos Bancos Públicos.

86. Aliás, a **Requerente**, pelo visto, no seu planejamento **sequer cogitou da possibilidade de outros cenários**. No parágrafo 47 da petição apresentada em 26.06.2020, admite que jamais considerou “outras fontes de financiamento **mais onerosas** e outros custos adicionais”, o que revela **um gerenciamento de riscos bastante falho**. **A questão que se coloca aqui é: como a concessionária promoveu a gestão do risco de financiamento, expressamente contemplada no contrato, se admite sequer**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

ter cogitado outras alternativas? O risco de obtenção de financiamentos parece ter sido ignorado no gerenciamento de riscos da concessionária.

87. Percebe-se, portanto, que a **Requerente** parece ter **negligenciado** as características inerentes ao projeto de longo prazo incorporado no Contrato de Concessão e que demandam do empreendedor um **adequado gerenciamento de riscos**, mormente nos primeiros anos de Concessão, **até que haja uma maturação dos investimentos e as receitas comecem a superar as despesas.**

1.4.1.4 O entendimento do TCU

88. Importante ainda destacar, no que tange à matriz de riscos contratual, que parcela dos temas trazidos à discussão na presente arbitragem também já foram objeto de análise pelo **Tribunal de Contas da União – TCU.**

89. No âmbito do **Acórdão nº 2644/2019 (R-53)**, o **TCU** avaliou contrato da mesma 3ª Etapa de Concessões e, portanto, com mesma alocação de riscos, além de ter sido celebrado praticamente na mesma época. O pronunciamento do Tribunal foi no sentido de reforçar que os riscos referentes ao tráfego/redução de receitas, ao aumento do valor dos insumos e ao financiamento são claramente alocados à Concessionária:

RELATÓRIO

(...)

45. Nota-se que as partes, por um lado, apresentam os desafios impostos pela contratação (duplicação no prazo de cinco anos) e, por outro, as adversidades do cenário macroeconômico que se seguiu à contratação, correlacionando possíveis impactos desse cenário na concessão da BR-163/MT, tais como: i) diminuição de tráfego / redução de receitas; ii) aumento do valor de insumos; e iii) dificuldades para obtenção de financiamento.

46. **Primeiramente, é importante recobrar que os riscos associados ao volume de tráfego ('i'), ao custo das obras ('ii') e à obtenção de financiamento ('iii') foram integralmente assumidos pelo particular quando da celebração do contrato, de modo que tais alegações não exigem**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

a CRO de cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações originalmente assumidas (peça 4, p. 43-44, 51-52):

‘21.1 Com exceção das hipóteses da subclausula 21.2, a concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(...)

21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas frentes de recuperação e manutenção, ampliação e manutenção do nível de serviço, conservação e serviços operacionais de todas as obras de ampliação de capacidade e melhorias da frente de ampliação e manutenção do nível de serviço. (...)

(...)

47. A empresa, inclusive, declarou ter conhecimento desses riscos, os quais foram considerados na formulação de sua proposta (peça 4, p. 46-47):

‘21.3 A Concessionária declara:

(i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e

(ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.’
(destaques acrescidos)

(...)

VOTO

(...)

15. Por fim, **ainda que essas contradições não existissem, o contrato de concessão é cristalino quanto à alocação dos riscos de receita (tráfego), inflacionário (custos dos insumos) e de financiamento ao contratado**, consoante as seguintes disposições contratuais:

(grifos nossos)

90. Note-se que o entendimento da Corte de Contas é similar ao defendido pela ANTT na presente arbitragem.

I.4.2. Revisões Ordinária, Extraordinária e Quinquenal

I.4.2.1 Reajuste e revisões com previsão contratual



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

91. Outro ponto importante trazido pelo contrato de concessão reside na garantia de manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, mediante o **reajuste anual e duas modalidades de revisão**, a revisão **ordinária** e a **extraordinária**.

92. O **reajuste**, nos termos da subcláusula 18.3.3, far-se-á para incorporação da variação do **IPCA**:

18.3.3 A **Tarifa de Pedágio** será reajustada anualmente para incorporar a variação do **IPCA**, devendo ser calculada, para a categoria 1, pela seguinte fórmula:

$$\text{Tarifa de Pedágio}_1 = \text{TCP} \times \text{Tarifa Básica de Pedágio} \times (1 - D - Q) \times (\text{IRT} - X) + C$$

93. Na **revisão ordinária**, por sua vez, serão contemplados os ajustes decorrentes da aplicação dos **Fatores Q, C, D e X**, nos termos da subcláusula 18.4:]

18.4 Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio

18.4.1 É a revisão anual da **Tarifa Básica de Pedágio**, realizada pela **ANTT** previamente ao reajuste, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos neste **Contrato**, mediante aplicação do **Fator Q, Fator C, Fator D e Fator X**.

94. Por fim, a **revisão extraordinária** contemplará o reequilíbrio decorrente de **eventos alocados na subcláusula 21.2 como risco do Poder Concedente**. Nesse sentido, dispõe a subcláusula 18.5:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

18.5 Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio

18.5.1 É a revisão da **Tarifa Básica de Pedágio** decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da **Concessão** em razão das hipóteses estabelecidas na subcláusula 21.2, quando cabíveis.

95. Percebe-se que o **equilíbrio econômico-financeiro é garantido, mediante a aplicação desses três mecanismos** contratuais, a saber, o **reajuste inflacionário**, os **ajustes dos Fatores Q, C, D e X** previstos para a **revisão ordinária** e, na **revisão extraordinária**, são contemplados os eventos cujo **risco atribui-se ao Poder Concedente**.

96. Justamente porque esses três mecanismos contemplam todas as hipóteses de desequilíbrio que demandam os respectivos ajustes tarifário, **o contrato sequer prevê a revisão quinquenal**. Conforme será demonstrado no tópico a seguir, **a finalidade da revisão quinquenal não é promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e sim ajustar as condições do Sistema Rodoviário às expectativas dos usuários**.

1.4.2.2 Revisão Quinquenal

97. Pois bem, as chamadas **Revisões Quinquenais têm por objetivo precípuo adaptar o Sistema Rodoviário, que é dinâmico, às necessidades dos usuários, inclusive com participação social destes**. Essa adaptação se faz mediante alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços. Nesse sentido, confira-se o disposto na Resolução nº 675/2004 (R-24):

Art. 2º-B Nas revisões quinquenais serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações 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



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. (Acrescentado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

Parágrafo único. Quinquenalmente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser submetida ao Processo de Participação e Controle Social a fim de garantir o direito de manifestação de todos os interessados. (Acrescentado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

98. Diferentemente das revisões ordinárias e extraordinárias, que constituem direito da Concessionária de periodicamente ter apreciados pela Agência seus pleitos de reequilíbrio, as revisões quinquenais têm finalidade diversa. Buscam atender pleitos dos **usuários**, não do Concessionário, embora o pedido de alteração do PER possa ser apresentado pela Concessionária. Evidentemente, se o acolhimento de um pleito do usuário impactar no equilíbrio do contrato, haverá a devida revisão tarifária.

99. Para que fique claro. O procedimento de revisão quinquenal não se inicia com um desequilíbrio a ensejar a atuação da Agência Reguladora visando o seu reequilíbrio, ao contrário, se inicia de uma necessidade de adequar o PER à dinâmica do sistema rodoviário – isto é, uma modificação pautada exclusivamente no interesse público - e essa adequação, que pode se dar por inclusão, exclusão ou postergação de obras e obrigações de investimento no PER, **podem** provocar um desequilíbrio no contrato a legitimar o seu reequilíbrio.

100. Mas o importante é que, **se a ANTT, por qualquer motivo, deixar de promover a revisão quinquenal, não há qualquer prejuízo econômico** ao Concessionário, na medida em que resta preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, justamente pela sua manutenção. **O usuário sim tem total interesse nas adaptações do Sistema Rodoviário para satisfação de suas necessidades.**

101. Inclusive, seria um contrassenso a Concessionária pretender exigir da Agência a promoção de uma alteração do contrato, mediante Revisão Quinquenal. Isso porque inexistente uma norma jurídica que atribua a qualquer concessionária o direito à revisão quinquenal nos contratos de concessão firmados com ANTT.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

102. Verifica-se que a revisão da tarifa básica de pedágio é elemento apenas acidental na revisão quinquenal. **Tanto que o contrato de concessão sequer traz essa modalidade de revisão como forma de reequilíbrio da equação econômico-financeira contratual.**

103. A **Revisão Quinquenal**, nos moldes em que prevista na regulamentação da ANTT, visa apenas **adaptar o sistema rodoviário às necessidades dos usuários**, mediante inclusão, exclusão ou alteração de obras. **É diversa portanto da revisão quinquenal presente em outros setores, nos quais se presta a promover uma reavaliação de custos, como ocorre em alguns segmentos do setor elétrico.** Esse não é o caso da revisão quinquenal do setor rodoviário. **Não há regulação por controle de custos no ordenamento jurídico setorial rodoviário.**

104. Embora analisando um contrato que trazia expressamente a previsão de revisão **quinquenal** (o que não é o caso dos autos), os objetivos dessa modalidade revisional no setor rodoviário foram bem apreendidos pelos árbitros Paula Andrea Forgioni, Carlos Alberto Carmona e Carlos Ari Sundfeld, que se manifestaram pela **inviabilidade de utilização da revisão quinquenal para subverter a matriz de riscos prevista no contrato**. Vejamos (R-54):

51. Em segundo lugar, ainda que houvesse prova de que a crise de 2.014 causou redução do tráfego e dificuldade de financiamento, uma análise preliminar do Contrato sugere que esses elementos não poderiam ser considerados na revisão quinquenal. Com efeito, a cláusula 16.5.1 prevê que a revisão quinquenal seria realizada “preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato” e as cláusulas 8.1. e 19.1.2 parecem indicar que os riscos em questão foram assumidos pela Requerente⁵⁴:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

105. Observa-se que nas Alegações Iniciais a **Requerente** busca **distorcer o significado da Revisão Quinquenal, atribuindo-lhe finalidade de reequilíbrio contratual que é própria das revisões ordinárias e extraordinárias.**

106. E mais, sustenta, sem qualquer fundamento, que a **ANTT** deveria ter feito a **Revisão Quinquenal** do contrato, desconsiderando a matriz de riscos estabelecida. Nota-se que a pleiteada revisão ampla do contrato não teria o mínimo cabimento.

II – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS DE REEQUILÍBRIO

107. Assentadas as premissas acima acerca do Estado Regulador, do regramento da licitação e do contrato, cabe adentrar na análise de cada pleito de reequilíbrio individualmente considerado.

II.1. Reflexos da Crise

108. A **Requerente** busca a todo momento vincular os altos níveis de inexecução contratual à crise econômica experimentada pelo Brasil entre 2014 e 2016, mormente pelo faturamento inferior às suas projeções e pelas alterações nas condições de financiamento ofertadas pelos Bancos Públicos.

109. Conforme já demonstrado acima, o grande impacto causado no fluxo de caixa da concessão não se deve à crise, e sim à decisão que caberia exclusivamente à própria **Requerente**, ao formular seu lance no leilão. Isso sem falar que o risco pela flutuação da demanda e, por conseguinte, das receitas da concessão, foi claramente alocado à Concessionária.

110. Importante ainda destacar que **a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária na economia mundial**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

contemporânea. De fato, basta perceber que, nos últimos 25 anos (prazo inferior, ao período de duração do contrato), foi possível identificar crises econômicas de caráter internacional e de grande impacto como a dos **mercados asiáticos (1997)**, a **maxidesvalorização da moeda brasileira (1999)**, a **crise econômica argentina (2001-2002)**, a crise financeira mundial iniciada com **quebra do banco Lehman Brothers (2008)**, dentre outras de menor expressão. Esse, inclusive, parece ser um consenso no mercado, conforme se depreende de matéria recentemente veiculada no **Jornal Valor Econômico** (R-55), com o seguinte trecho:

A avaliação praticamente unânime de advogados e executivos das concessionárias é que, diferentemente da recessão de 2015-2016, desta vez os prejuízos verificados não constituem risco do negócio e são decorrentes de “caso fortuito” e “força maior”. Com isso, a tendência é que repactuações contratuais sejam um tema predominante nas agências reguladoras quando a atual situação de emergência sanitária acabar.

111. Falar-se, portanto, de suposto caráter extraordinário de crises econômicas é **ignorar o caráter cíclico do modo de produção capitalista**, bem como a história recente de países como o Brasil.

112. Desse modo, não há como se compreender que crises econômicas sejam eventos extraordinários para fins de concessão de serviços públicos, principalmente se consideradas sob a perspectiva do longo prazo de execução do contrato celebrado.

113. Ademais, a alegação genérica acerca da existência de um evento não é condição bastante para assegurar direito ao reequilíbrio contratual. É preciso avaliar a matriz de riscos previstos no contrato e, conforme subtópicos a seguir, o efetivo impacto desse evento nas receitas da concessão e nas linhas de crédito disponíveis.

II.1.1. Crise econômica não configura força maior: entendimento da CCI



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

114. O caráter cíclico das crises econômicas é algo amplamente conhecido e debatido pelos economistas há séculos, não fazendo qualquer sentido a tentativa de caracterizá-la como força maior, apta a justificar o descumprimento contratual. Bresser Pereira é claro na abordagem do tema, ao afirmar:

“A crise pode desencadear-se, portanto, seja devido à superprodução de bens de capital (crise de desproporção), seja de bens de consumo (ainda que as necessidades dos consumidores estejam muito longe de terem sido satisfeitas)* Muito provavelmente o início da crise poderá ocorrer através do funcionamento mais ou menos concomitante dos dois mecanismos, já que o processo de desencadeamento da crise não é um momento único e preciso no tempo, mas um período em que muitos fenômenos estão ocorrendo ao mesmo tempo.

(...)

Entretanto, se a crise não se desencadear por nenhum desses motivos, haverá um terceiro limite; o pleno emprego. No momento em que a economia começa a entrar na faixa de pleno emprego, na fase final de expansão, esgota-se o exército industrial de reserva e os salários começam a crescer acima do aumento da produtividade, provocando o estrangulamento dos lucros e a redução dos investimentos” (Luiz Carlos Bresser-Pereira Lucro, Acumulação e Crise. 1a. edição, São Paulo: EDITORA BRASILIENSE, 1986. pp.215).

115. E prossegue alertando sobre o papel do Estado nas crises econômicas:

“Quem terá um papel amortecedor decisivo sobre a crise, embora sem conseguir debelá-la completamente, será o Estado, depois que Keynes propôs as medidas de política econômica anticíclica. O Estado não consegue, todavia, estabilizar a economia, eliminando suas flutuações. E no processo de estabilização acaba sendo ele próprio um fator desencadeador das crises” (Luiz Carlos Bresser-Pereira Lucro, Acumulação e Crise. 1a. edição, São Paulo: EDITORA BRASILIENSE, 1986. pp.217).

116. Em contratos longos, como é o caso do contrato de concessão que ora se discute, com vigência prevista de 30 anos, a construção de mecanismos de amortecimento dos impactos das crises econômicas constitui papel exclusivo da concessionária, dentro de seu processo de gerenciamento de riscos. Pode-se afirmar, com grande margem de certeza, que ao longo de 30 anos o contrato passará por algumas crises econômicas, e da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

mesma forma que qualquer empresa precisa estar preparada para sobreviver a essas crises no contexto do mercado, as concessionárias, contratadas pelo Poder Público, igualmente precisam construir suas proteções, não podendo simplesmente alegar que essas crises são força maior e que contra seus efeitos nada poderia ter sido feito. No caso das concessões, a tarifa é certamente o primeiro mecanismo de proteção – calculada por cada licitante e ofertada no leilão.

117. Crise econômica não constitui força maior. Por essa razão, a própria cláusula de força maior criada e sugerida pela Câmara de Comércio Internacional – CCI não apenas não contempla a hipótese de crises econômicas como ainda exclui completamente essa situação, na definição que adota de força maior, ao exigir que não fosse um evento razoavelmente previsível. Esta é a definição de força maior pela CCI:

“1. Definition. “Force Majeure” means the occurrence of an event or circumstance (“Force Majeure Event”) that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that the party affected by the impediment (“the Affected Party”) proves: a) that such impediment is beyond its reasonable control; and b) that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and c) that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the Affected Party. (<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>).

118. A cláusula é ainda complementada pela lista de situações nas quais se presume haver força maior, na qual não se encontram ocasionais crises econômicas:

“3. Presumed Force Majeure Events.

In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions (a) and (b) under paragraph 1 of this Clause, and the Affected Party only needs to prove that condition (c) of paragraph 1 is satisfied: The Presumed Force Majeure Events commonly qualify as Force Majeure. It is therefore presumed that in the presence of one or more of these events the conditions of Force Majeure are fulfilled, and the Affected Party need not prove the conditions (a) and (b) of paragraph 1 of this Clause (i.e. that the event was out of its control and unforeseeable), leaving to the other party the burden of proving the contrary. The party invoking Force Majeure must in any case prove the existence of condition (c), i.e. that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

- a) war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive military mobilisation;
- b) civil war, riot, rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy;
- c) currency and trade restriction, embargo, sanction;
- d) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation;
- e) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event;
- f) explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy;
- g) general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.

119. Questões relacionadas a crises econômicas já foram levadas à arbitragem anteriormente, sendo a postura dos tribunais arbitrais de forte resistência no reconhecimento da excepcionalidade dos impactos desses eventos para fins de justificar o descumprimento contratual:

“ Arbitral tribunais have ruled that a mere price fluctuation is not sufficient to justify the release of a party from its contractual obligations or to argue that performance is unprofitable or difficult³⁹. Tribunais have also invoked Article 6.2.1 of the UNIDROIT Principles, according to which the fact that the mere performance of a contract entails greater economic difficulties for one of the parties is not sufficient justification for accepting a defence of hardship. Tribunais have set a high threshold for the nature of the change in circumstances that is acceptable, in one case requiring “exceptional circumstances⁴⁰” and in another case ruling that an unusual accumulation of events over a period of a few years did not reach the degree of “extraordinariness” required⁴¹. These strict requirements were echoed in a tribunais finding of that the rebus sic stantibus rule could only be applied in “an event of a general character with a catastrophic impact on major parts of the population and which changes essentially its social conditions like war, devaluation, inundation or earthquake⁴². (Scherer, Matthias. Economic or Financial Crisis as a Defense in Commercial and Investment Arbitration. Czech Yearbook of International Law, Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis, Volume I, 2010, pp.226)³ .

³ Notas de rodapé do texto citado:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

120. Retomando a situação concreta atual, a concessionária alega que a não obtenção de financiamento foi decorrência da crise econômica, que por sua vez configuraria força maior. Tomando por base os apontamentos feitos acima, o acolhimento do argumento da concessionária exigiria que ela provasse:

- a) Que a crise econômica era um evento imprevisível – o que não provou, tendo em vista serem as crises cíclicas e de ocorrência esperada em contratos de longa duração;
- b) Que os impactos da crise econômica foram excepcionalmente gravosos e impediram o cumprimento do contrato – o que não se provou, tendo em vista a constatação de que a oscilação de tráfego foi baixa e pontual e;
- c) Que os efeitos da crise não poderiam ser evitados ou minorados – o que também não provou, tendo ficado evidenciado, inclusive por confissão da concessionária, que ela nem sequer considerou alternativas ao financiamento pelo BNDES, demonstrando falha grave em seu gerenciamento de risco. Soma-se a isso o fato de que o próprio BNDES afirmou que ofertou o empréstimo, nas condições desejadas, o qual foi rejeitado pela concessionária, e ainda a ausência de iniciativa da concessionária na busca de outras fontes de recursos no mercado, como fizeram outras concessionárias em situações semelhantes.

³⁹ ICC Case No. 2216, Award of 1974, 1975 JDI 917 and I Collection of ICC Awards 225: “11 ne s’agissait pas d’un bouleversement des circonstances économiques, lequel pourrait peut-être justifier plus de souplesse dans l’application du principe “pacta sunt servanda” mais d’une simple fluctuation des cours;” ICC Case No. 8486, Award of 1996, 1998 JDI 1047 ; IV Collection of ICC Awards 321 and 527; Gazette du Palais 336/337 41 (1-2 December 2000); Yearbook Commercial Arbitration 162 (1999); X ICC Bulletin 2, 69 (1999).

⁴⁰ ICC Case No. 2508, Award of 1976, 1977 JDI 939 and Collection of ICC Awards Vol. I, p. 292.

⁴¹ ICC Case No. 11585, Unpublished.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II.1.2. Receitas da Concessão

121. Embora seja facultado à Concessionária a exploração de receitas alternativas, a maior parte das entradas no fluxo de caixa da concessão advêm da arrecadação tarifária, que, por sua vez, decorre do volume de tráfego.

122. Ocorre que o **volume de tráfego constitui risco alocado expressamente no contrato à Concessionária**, nos termos da subcláusula 21.1.1 citada anteriormente.

123. Assim, em caso de flutuação dessa demanda e, portanto, das receitas da Concessão, trata-se de risco a ser absorvido pela Concessionária.

124. Contudo, a **Requerente** busca enquadrar essa flutuação da demanda como algo extraordinário, o que supostamente afastaria a alocação dos riscos prevista expressamente no contrato. Trata-se de tese que pretende desconsiderar o pactuado no contrato.

125. Ainda que, por hipótese, se admitisse essa flexibilidade na matriz de riscos pregada pela **Requerente**, o argumento não se sustenta. As informações trazidas na Nota Informativa SEI N° 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36) revelam que as **flutuações** observadas nos primeiros **05 (cinco) anos** de concessão foram absolutamente **normais**.

126. Um primeiro dado relevante, constante do Gráfico 7 abaixo, é que, em termos absolutos, a **Requerente** observou um aumento substancial de suas receitas ao longo dos primeiro **05 (cinco) anos** de contrato, o segundo maior incremento de receitas dentre todas as Concessionárias da 3ª Etapa:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

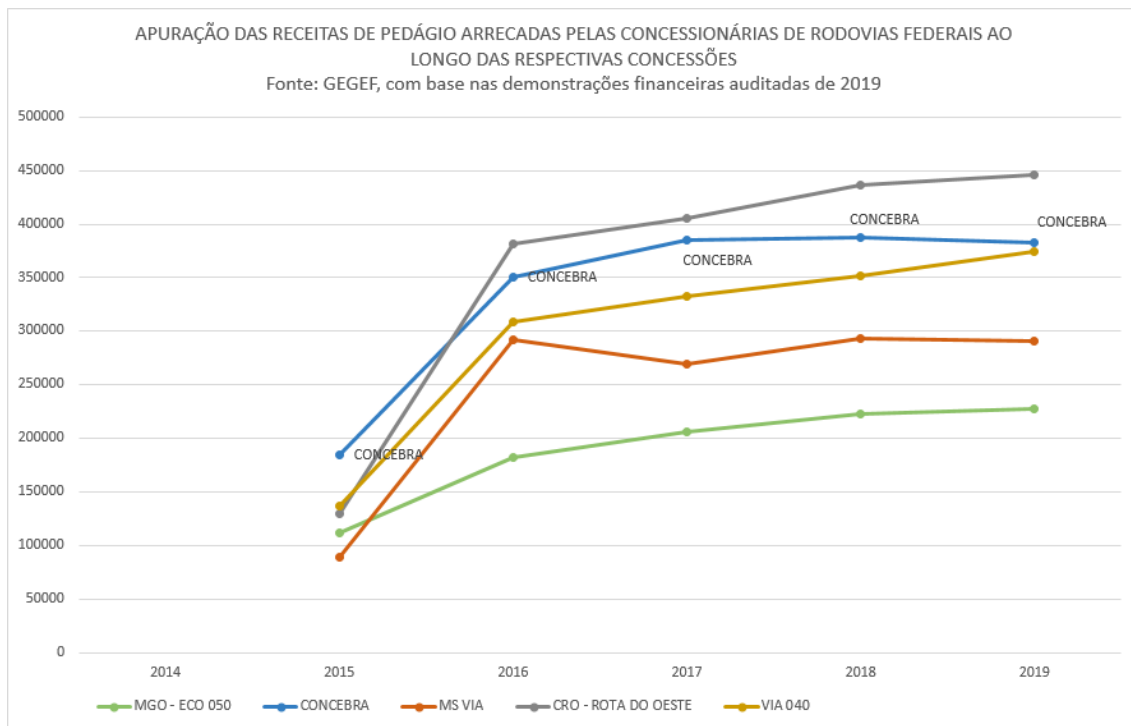


Gráfico 7 - Apuração das receitas de pedágio arrecadadas pelas Concessionárias de rodovias federais da 3ª Etapa, no período de 2009 a 2019, ano a ano (em Reais x 1000) Exceto Rodovia Presidente Dutra. Fonte GERET, com base nas demonstrações auditadas. Data de atualização: 04/06/2020.

127. Se esse aumento de receitas foi superior ou inferior ao projetado, trata-se de dado irrelevante, na medida em que coube a cada licitante fazer suas próprias projeções e se responsabilizar por elas.

128. Ainda que, por amor ao debate, se entrasse nessa seara de projeções, a variação do tráfego equivalente (e, portanto, das receitas) não foi expressiva. Tomando como base as projeções do EVTEA e calculado o **tráfego de veículos equivalentes acumulados**, para os **primeiros 04 (quatro) anos**, observa-se um volume inferior em apenas (-) **7,04%** (sete inteiros e quatro centésimos por cento) em relação ao projetado, o que em um contrato de 30 anos não representa uma oscilação significativa e pode ser, inclusive, revertida ao longo dos demais anos da concessão. Vejamos:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

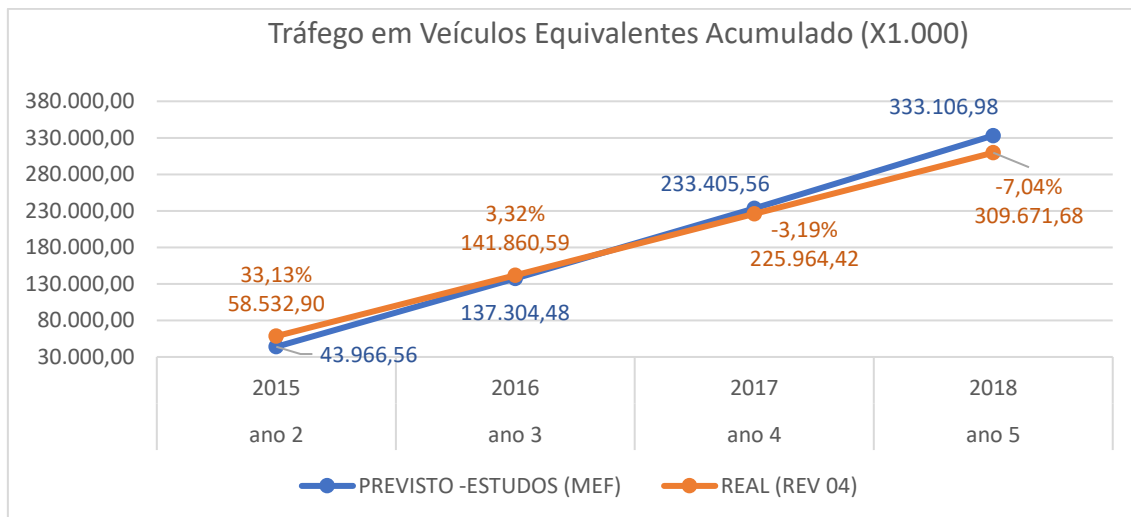


Gráfico 5 -Tráfego em veículos equivalentes acumulados considerando eixos suspensos. Fonte: (Planilha Concebra 4RO e 8RE_plan. modelo novo (aba Controle, Linhas 667 e 668) (Planilha Modelo de Viabilidade Financeira (20131015) - Lote 5 - CONCEBRA. Aba PreTemporais. Linha 645 (x 365))

129. Considerando ano a ano essa diferença entre tráfego projetado pelo EVTEA e tráfego real, observa-se que não houve variação expressiva. Aliás, **o único ano no qual a flutuação foi de fato expressiva foi para cima, no ano 2**, ou seja, o tráfego superou e muito o esperado. Nem por isso houve reequilíbrio da tarifa para baixo. Nesse sentido, confira-se o Gráfico 4 abaixo, no qual se observa que, quando a variação foi negativa, o máximo atingido foi de (-) **16,04%** (dezesesseis inteiros e quatro centésimos por cento), e, quando foi positiva, foi superior em (+) **33,13%** (trinta e três inteiros e treze centésimos por cento):



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

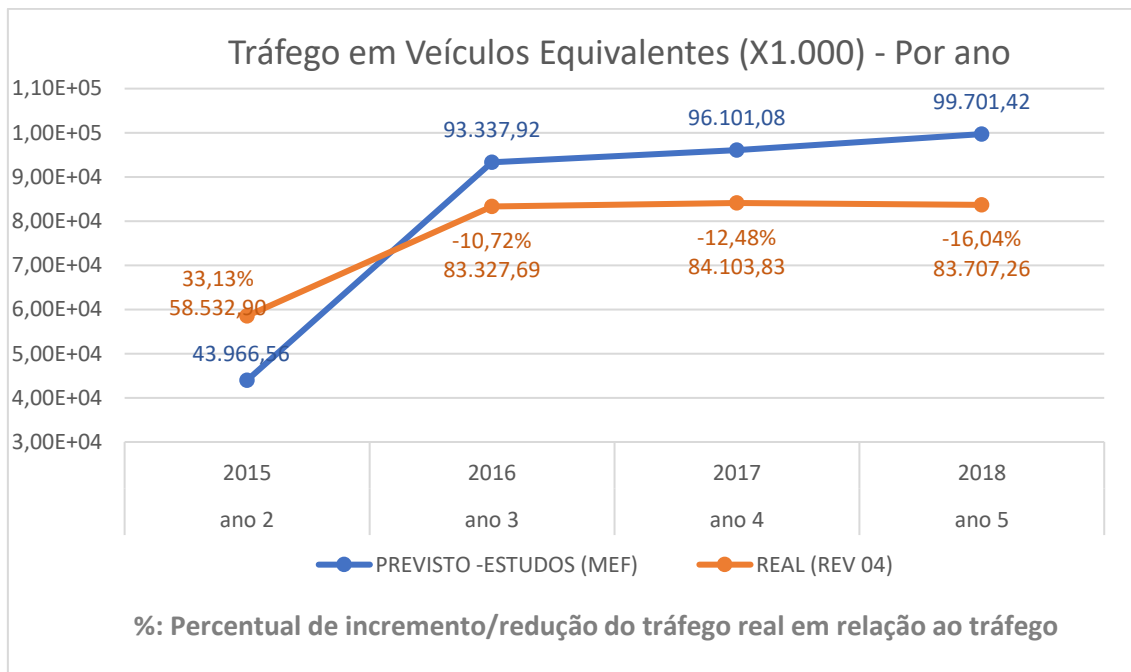


Gráfico 4 – Tráfego em veículos equivalentes anulando efeito dos eixos suspensos. Fonte: (Planilha Concebra 4RO e 8RE_plan. modelo novo (aba Controle, Linhas 667 e 668) (Planilha Modelo de Viabilidade Financeira (20131015) - Lote 5 - CONCEBRA. Aba PreTemporais. Linha 645 (x 365))

130. Aqui cabe um esclarecimento adicional. A **Requerente** apresenta nas **Alegações Iniciais** uma suposta **redução de (-) 20% do tráfego**. Para fins de análise do impacto nas receitas da concessão, esse número não está correto, uma vez que desconsidera o reequilíbrio que vem sendo concedido pela agência em razão do advento da Lei nº 13.103/2015. Essa lei trouxe a isenção de tarifa de pedágio por eixos suspensos, que foi integralmente reequilibrada pela ANTT e acaba por anular parte dessa redução de tráfego.

131. Observa-se, portanto, **não ter havido expressiva flutuação de tráfego equivalente/receita para baixo**.

132. Ressalte-se que, mesmo em países que adotam modelagem contratual com compartilhamento do risco de demanda, mediante a garantia de um mínimo de receitas – o que não é o caso do contrato em análise, que aloca o risco totalmente à Concessionária – **considera-se ordinária** e, portanto, **sem direito ao reequilíbrio**, oscilação negativa da receita (ou do tráfego equivalente, no caso dos autos) de até **40% (quarenta por cento)**, no caso dos Estados Unidos da América, mais especificamente no **Texas e Virgínia**, e de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

até **25% (vinte e cinco por cento)**, no caso da **Coreia do Sul** (dados extraídos do Doc. R-56). Se tomada como parâmetro a modelagem sul coreana, **somente o ano 2 seria reequilibrado** e, mesmo assim, **em favor do usuário**. Se utilizadas as modelagens adotadas nos estados do **Texas** e da **Virgínia**, não haveria direito a qualquer reequilíbrio.

133. Conclui-se, a partir dos dados trazidos acima, que **os impactos da alegada crise nas receitas da concessão foram absolutamente normais e devem ser absorvidos pela Concessionária**, em razão da matriz de riscos prevista no contrato.

II.1.3. Financiamento

II.1.3.1. Ausência de expectativa legítima

134. Sustenta a **Requerente** ter havido “modificação da política de crédito levada a efeito pelo Poder Concedente (a União) como consequência da drástica alteração do cenário causada pela forte crise política e econômica que assolou o País nos anos subsequentes à assinatura do Contrato de Concessão” (§63 das Alegações Iniciais).

135. De início, já se percebe a incorreção do argumento, na medida em que **a União não concede crédito diretamente às empresas ou investidores**. Esse tipo de operação é feita por outras pessoas jurídicas, a saber, os Bancos Públicos ou Privados, os quais são parte completamente estranhas ao contrato de concessão.

136. Justamente por se tratar de pessoas jurídicas diversas e que não estão vinculadas à política pública estabelecida pelo **Poder Concedente** e regulada pela **ANTT**, o contrato não traz qualquer dispositivo que vincule esses Bancos ou pelo qual o **Poder Concedente** assumira responsabilidade de concessão de financiamento pelos Bancos Públicos. Pelo contrário, **o contrato é claro ao alocar à Concessionária, em sua cláusula 26, todos os riscos pelo financiamento:**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

26 Financiamento

26.1 A **Concessionária** é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da **Concessão**, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no **Contrato**.

137. E mais, o contrato foi preciso ao antecipar que **a Concessionária não poderia invocar qualquer condição dos contratos de financiamento ou qualquer atraso no desembolso dos recursos para eximir-se das obrigações contratuais**. Vejamos:

26.3 A **Concessionária** não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no **Contrato**.

138. Impossível pensar numa cláusula mais clara no sentido de que o **Poder Concedente** não assumiria qualquer responsabilidade pela não obtenção do financiamento. Caberia ao então licitante um gerenciamento de riscos que contemplasse essa clara alocação de riscos contratual, até porque, o **BNDES jamais garantiu financiamento pela simples celebração do contrato de concessão**. Nesse sentido, manifestou-se o Banco Público (R-39):

Desta forma, respondendo literalmente ao indagado, o BNDES não concede “financiamento a Concessionárias de Serviço Público pelo simples fato de terem vencido a licitação e celebrado contrato de Concessão com o Poder Público”, já que, conforme supramencionado, cada pleito de financiamento é individualmente avaliado com (i) análise cadastral do cliente, (ii) classificação do risco de crédito (rating) do projeto e de seus garantidores e (iii) análise da viabilidade jurídica, ambiental e econômica do cliente, do empreendimento e das(os) eventuais garantias/garantidores.

139. Esse entendimento de que **jamais existiu direito subjetivo à contratação** do financiamento, inclusive, foi objeto de discussão na ação ordinária nº 0012434-



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

56.2017.4.02.5101, que tramitou na 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro, inclusive, com eficácia de coisa julgada material, conforme detalhamento a seguir.

II.1.3.2. Coisa Julgada e sua Eficácia Preclusiva

140. Pois bem, no que se refere à citada ação ordinária em tramitação na Justiça Federal do Rio de Janeiro, observa-se que, na petição inicial, a pretensão deduzida em juízo pela Autora versava tanto em relação ao contrato de financiamento quanto em relação ao próprio **Contrato de Concessão**, na medida em que considerados pela **Requerente** como contratos coligados.

141. Ademais, as implicações da não obtenção do financiamento ainda gerariam, a um só tempo, a possibilidade de não cumprir obrigações de investimento e o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do **Contrato de Concessão**. Nesse sentido, constou da petição inicial (R-11):

97. Portanto, diante da coligação contratual que une o CONTRATO DE CONCESSÃO e o de financiamento sob um único centro econômico, a inexecução do BNDES repercute irremediavelmente no adimplemento das obrigações pactuadas no CONTRATO DE CONCESSÃO, eximindo a CONCEBRA de cumpri-las até que o incumprimento do primeiro seja sanado. A bem da clareza, aqui se trata das obrigações de investimento em ampliação e melhorias, e não das obrigações de prestação de serviço que são financiadas pela simples arrecadação da receita de pedágio.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

101. Dito isso, além da perspectiva da exceção de contrato não cumprido, de que já se tratou, a exoneração das obrigações de investimento a cargo da CONCEBRA também encontra fundamento na proteção contratual, legal e constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão (Constituição da República, art. 37, XXI; Lei n. 8.987/1995, art. 9º; Lei n. 8.666/1993, art. 58, §§ 1º e 2º; Contrato de Concessão, cláusula 22.1.134).

142. De modo coerente com a fundamentação trazida no corpo da petição inicial (R-11), a Autora formulou pedidos em face do **BNDES**, relacionados ao contrato de financiamento. Mas não se limitou a isso. Também formulou pedido em face da **ANTT**, relacionado ao **Contrato de Concessão**. Vejamos (trecho retirado da petição inicial, doc. R-11):

127. Por todo o exposto, concedida a tutela provisória de urgência, nos termos do art. 300 do CPC, as autoras confiam na procedência desta demanda, com a suspensão do vencimento da dívida materializada pelo Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495-1 e todos os seus consectários (v.g., penalidades, vencimento cruzado de outros contratos, inscrição em cadastros de restrição de crédito), até que (i) o BNDES conceda à CONCEBRA o financiamento de longo prazo, e efetue o desembolso da primeira parcela do mesmo; (ii) as partes renegociem os termos do financiamento e cheguem a bom termo, com a formalização deste consenso; ou **(iii) na impossibilidade de ambos, ocorra o trânsito em julgado da sentença que determine o reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes.**

128. Em ordem de cumulação simples, as autoras requerem também a confirmação por sentença da tutela provisória de urgência consistente na suspensão da obrigatoriedade de entrega do Planejamento Anual de Concessão Ano 2017/2018 (Ano 2), assim como das respectivas obrigações de investimento constantes da Frente de Ampliação e Melhorias e de quaisquer penalidades provocadas pela inércia, até que (i) o BNDES conceda à CONCEBRA o financiamento de longo prazo, e efetue o desembolso da primeira parcela do mesmo; (ii) as partes renegociem os termos do financiamento e cheguem a bom termo, com a formalização deste consenso; ou **(iii) na impossibilidade de ambos, ocorra o trânsito em julgado da sentença que determine o reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes.**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

(Grifamos)

143. Veja que **houve pedido expresso** para “reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes”. Ora, a **ANTT** figurou como parte na demanda e a única relação jurídica travada com a **Requerente** consiste justamente naquela consubstanciada no **Contrato de Concessão**.

144. Assentado que a pretensão deduzida em juízo pela **Requerente** englobava tanto a rediscussão do contrato de financiamento quanto o **reequilíbrio do próprio Contrato de Concessão**, a partir da busca de autorização para não cumprimento de cláusulas de investimento, cabe esclarecer o que restou decidido pela sentença e seus efeitos.

145. Começando pela fundamentação, observa-se que, na sentença (R-12) transitada em julgado, refutou-se tanto a tese de uma alteração imprevisível da política de crédito do Banco Público, quanto a tese da existência de fatos imprevisíveis aptos a ensejar a revisão seja do contrato de financiamento, seja do **Contrato de Concessão**. Inclusive, houve expressa menção à **subcláusula 26.3 do Contrato de Concessão**, que trata da alocação dos riscos de financiamento. Vejamos:

Os pedidos não merecem prosperar.

Como bem delineado pelo réu BNDES em sua contestação, às fls. 905/906, toda a narrativa e argumentação da parte autora toma como premissa o fato de que o Programa de Investimento em Logística do Governo Federal – PIL asseguraria, de pleno direito de forma automática, a contratação de recursos com os bancos públicos, **o que não é verdade**.

Da leitura do documento juntado pela parte autora às fls. 107/110 dos autos, percebe-se que não há que se falar em direito subjetivo de contratação automática no tocante a recursos de bancos públicos, o que afasta o argumento utilizado pela parte autora de que ela estaria numa posição jurídica capaz de assegurar o exercício da faculdade de exigir do BNDES a celebração de contrato de financiamento:

“(…) Tendo em vista as licitações anunciadas para a concessão de rodovias federais integrantes do Programa de Investimentos em Logística (PIL), o BNDES, a Caixa e o Banco do Brasil **vem a público** informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

(...)

O enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependerão da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras.” (grifou-se)

(...)

Resta claro, portanto, que a contratação prévia de um empréstimo-ponte (modalidade de financiamento que tem como objetivo garantir tempo para a análise e eventual estruturação do possível financiamento de longo prazo do projeto) não gera uma consequência automática ou necessária de futura contratação de empréstimo de longo prazo, como quis fazer crer a parte autora.

A efetiva contratação do empréstimo de longo prazo nada mais é do que uma **possibilidade e não de uma consequência necessária ou automática.**

Ademais, a pretendida ingerência do Poder Judiciário para que **substitua** a análise de altíssima complexidade, realizada por diversas áreas e instâncias técnicas e decisórias do BNDES, de contrato de financiamento a longo prazo com recursos públicos de elevada quantia, mostra-se descabida e indevida no presente caso.

Tampouco assiste razão à parte autora quando busca vincular, quase que de forma absoluta, o contrato de financiamento celebrado com o BNDES e o contrato de concessão a ser celebrado com o Poder Concedente.

Não possui o BNDES, na condição de instituição financeira fornecedora de crédito, ingerência em eventuais conflitos existentes entre uma concessionária de serviços públicos e o Poder Concedente, eis que tais fatos estão inseridos no âmbito de risco inerente a sua própria atividade.

O fato de que o contrato de financiamento celebrado com o BNDES teria previsto que seriam utilizados recursos em uma destinação específica configura-se uma característica inerente dos contratos de financiamentos do BNDES.

Assim, corretamente conclui o BNDES à fl. 912, que o fato de a destinação específica dos recursos oriundos de um contrato de financiamento consistir na realização de obras previstas como obrigações de um contrato de concessão rodoviária não transforma tais contratos em “coligados” ou “absolutamente vinculados”, tendo em vista que **celebrados de forma independente e por partes distintas.**

Tendo isso em conta e inexistindo qualquer elemento que altere a conclusão assentada na decisão de fls. 802/805, mantenho-a por seus próprios fundamentos, utilizando-a, em complemento à fundamentação acima, como razão de decidir da presente sentença:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

(...) Conforme se pode depreender do relato exposto na petição inicial, os Autores tencionam a suspensão da exigibilidade de créditos (de natureza não tributária) de titularidade do BNDES, decorrentes de contrato de financiamento. Basicamente, sustentam que estariam numa posição jurídica que lhes asseguraria o exercício da faculdade de exigir do BNDES a celebração de contrato de financiamento a longo prazo.

Em linhas gerais, os Postulantes pretendem a celebração de um novo contrato com o BNDES com vistas ao adimplemento de outros contratos de financiamento celebrados com cláusulas menos favoráveis; **e atribuem ao próprio BNDES a causa pela necessidade de celebração desses financiamentos com outros bancos.**

Com efeito, frisam que, em 15/07/14, a CONCEBRA e o BNDES celebraram o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1, formalizando o empréstimo-ponte, no valor de R\$ 1.060.242.000,00. A liberação destes recursos ocorreria em seis subcréditos — sendo a segunda, quarta e sexta parcelas disponibilizadas mediante a apresentação de fiança bancária, que respondesse por parte da dívida — e os aportes se destinariam a realização dos investimentos previstos em contrato de concessão.

O pagamento do empréstimo deveria ocorrer no prazo de 18 meses, mais precisamente em 15.01.16. Ressaltam que, todavia, após primeira parte do financiamento, no valor de R\$ 300.000.000,00, não foram liberadas as outras duas parcelas nas datas inicialmente ajustadas, que totalizaram R\$ 260.000.000,00. Esse atraso, segundo as Autoras, lhes prejudicou, gerando descompasso no cronograma físico-financeiro das obras (relativas à concessão), o que lhe impôs a contratação de outro financiamento de curtíssimo prazo com outros bancos, em condições menos favoráveis, para fazer frente ao progresso regular das obras, fato que lhe causou endividamento.

Sublinha, ainda, que, “Ainda em maio de 2015, a CONCEBRA recebeu comunicado informando que a CEF não participaria do financiamento de curto prazo. Assim, a despeito da liberação da quarta tranche do empréstimo-ponte em julho daquele ano, sobreveio a necessidade de repactuação das condições iniciais do empréstimo, mediante a celebração do 1º aditivo ao contrato, em 11.09.2015”.

Enfim, sustentam que a morosidade do BNDES em dar prosseguimento à operação financeira causava toda a sorte de malogros a CONCEBRA, que seguia arcando com os juros mais elevados do empréstimo-ponte e dos empréstimos de curtíssimo prazo, e permanecia desprovida dos aportes de capital de terceiros substanciais para os investimentos necessários ao projeto, que seriam efetuados via empréstimo de longo prazo.

Nada obstante, em uma primeira aproximação do caso, não me parece clara a ocorrência dos requisitos previstos em lei para autorizar a revisão judicial do contrato, nos termos do arts. 317 e 478 do Código Civil, porque não está colocada de forma evidente qualquer situação de ocorrência de fatos imprevisíveis a implicar desproporção manifesta no negócio jurídico.



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Também não restou demonstrada a apontada conexão entre o contrato de financiamento firmado com o BNDES e o contrato de concessão de exploração de rodovias federais.

Denota-se, da análise dos documentos, que o BNDES realizou sucessivas prorrogações do prazo do pagamento da primeira parcela da amortização (fls. 437; 541; 556) e, no documento de fl. 574, a própria parte autora informou que a impossibilidade de pagamento ocorreu, inclusive, por “agravamento acentuado da recessão econômica, de duração e intensidade imprevisíveis, com impacto no tráfego projetado no Plano de Negócios da Concebra”, o que não se pode atribuir ao BNDES.

Tem-se, ainda, que o BNDES justificou a impossibilidade de realização de novas operações por pendências de responsabilidade da própria parte autora (fl. 579):

a crise econômica é um aspecto exógeno que de fato gerou impacto negativo nas receitas da CONCEBRA. Contudo, não é justificativa exclusiva para a situação atual da concessionária, visto que os itens citados no tópico anterior [desistência do negócio pela CEF; deterioração do rating da TPI; negativa dos demais bancos; inadimplência da Concer] são os fatores que efetivamente levaram à impossibilidade de migração para o financiamento de longo prazo.

Posteriormente, ainda, a própria parte autora não atendeu a obrigações pactuadas para propósitos de renegociação da dívida (fl. 580):

por meio de e-mail enviado em 26/10/2016, o grupo Triunfo manifestou concordância com as condições apresentadas pelo BNDES. O BNDES trabalhou em uma proposta de prorrogação do empréstimo-ponte da CONKER com base na negociação realizada. Não obstante, em 11/11/16, o BNDES foi surpreendido por email da TPI comunicando a negativa quanto à concessão das garantias já negociadas na reunião realizada em 20/10/16 e confirmadas pela TPI no email enviado ao BNDES em 26/10/16. Em virtude da negativa da TPI e consequente inviabilização da assinatura do aditivo contratual nos termos aprovados pela Diretoria do BNDES, o empréstimo-ponte da CONKER venceu em 15/11/2016. A CONKER e a TPI não realizaram pagamento da parcela única e, em decorrência, encontram-se inadimplentes com o BNDES desde então. Diante dessa situação de inadimplência, ficou impossibilitada a viabilização de aprovação de financiamento de longo prazo para a CONCEBRA anteriormente ao vencimento do empréstimo-ponte, em 15/12/2016.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Portanto, não se pode, de plano, responsabilizar o BNDES pelos problemas apontados pela parte autora. (...) (grifou-se)

No tocante aos argumentos utilizados pela parte autora, seja contra a ré ANTT, seja contra o réu BNDES, não se encontram presentes os requisitos constantes dos arts. 317, 476 e 478 do Código Civil aptos a permitir a revisão judicial do(s) contrato(s), tendo em vista inexistir qualquer situação de ocorrência de fatos imprevisíveis, fora da álea razoável dos contratos, a implicar desproporção manifesta no negócio jurídico.

Consta, ainda, **expressamente**, da cláusula 26.3 do Contrato de Concessão (fl. 235) que “**A Concessionária não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contatos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato**” (grifou-se)

Como já foi dito acima: o contrato de concessão e o contrato de financiamento **são contratos independentes e celebrados por partes distintas, de forma que um não possui o condão de definir o futuro de outro.**

Por fim, observo que o presente processo foi distribuído por dependência ao processo nº 0008779-76.2017.4.02.5101 (fl. 670), que trata de ação de execução por título executivo extrajudicial ajuizada pelo BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES, réu deste processo, contra as autoras desta ação ordinária, CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. – CONCEBRA e TPI – TRIUNFO PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A, executadas naquele feito.

Entretanto, a presente ação não trata especificamente do débito discutido naqueles autos, tendo causa de pedir diversa (concessão de novo financiamento) e muito mais ampla (revisão contratual) envolvendo partes distintas daquele feito, o que não justifica, no ponto de vista processual, a aplicação do art 55, § 2º, I do CPC, ou a aplicação do art. 56, também do CPC, não havendo motivo assim para que as ações tramitem conjuntamente, de forma que determino o desapensamento.

146. Embora com maior ênfase nos pleitos formulados em face do **BNDES**, a sentença não deixa de abordar as pretensões formuladas em face da **ANTT**, inclusive, com expressa apreciação de cláusulas do **Contrato de Concessão**.

147. Quando se parte para a análise do dispositivo da sentença, observa-se que todos os pedidos são julgados improcedentes com resolução do mérito. Tanto os pedidos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

formulados em face do **BNDES**, relacionados ao contrato de financiamento, quanto aqueles formulados em face da **ANTT**, pertinentes ao reequilíbrio do Contrato de **Concessão** são considerados improcedentes:

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS, EXTINGUINDO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, na forma dos artigos 355, I e 487, I, ambos do CPC.

148. De todo exposto acima, mormente a partir das transcrições da fundamentação e do dispositivo da sentença, conclui-se que toda e qualquer pretensão da **Requerente** de reequilíbrio do **Contrato de Concessão** em decorrência da não obtenção do financiamento claramente está acobertada pelos efeitos da imutabilidade da coisa julgada.

149. Com as devidas vênias, não procede a afirmação contida na **OP 03**, no sentido de que “referida ação não tinha por objeto o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão”.

150. Basta observar os pontos trazidos à discussão na petição inicial e na sentença, para perceber que o **Contrato de Concessão** foi sim objeto de discussão. Destacam-se os seguintes pontos: (i) a clara formulação de pedido “reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes”; (ii) as discussões constantes da sentença, inclusive com expressa menção a cláusulas do **Contrato de Concessão**; e, por fim, (iii) o dispositivo que expressamente julga improcedentes **todos os pedidos**, inclusive aqueles formulados em face da **ANTT**.

151. Inclusive, se o objeto da ação fosse somente a revisão do contrato de financiamento, a **Requerente**, a **ANTT** sequer teria legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

152. Ainda que o Tribunal eventualmente não considere ter havido coisa julgada sobre o tema, a impossibilidade de sua discussão na presente arbitragem decorreria de imperativo legal constante do art. 505 do Código de Processo Civil (art. 471 do CPC/73), a saber, da **eficácia preclusiva da coisa julgada**:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

153. Ora, resta claro que o pedido de reequilíbrio do **Contrato de Concessão**, mediante suspensão de obrigações, em decorrência de dificuldades na obtenção do financiamento claramente constitui questão já decidida e sobre a qual não cabe a este Tribunal Arbitral se pronunciar.

II.1.3.3. Ausência de impactos da crise na obtenção do financiamento

154. Apesar da ausência de direito subjetivo à contratação do financiamento e, portanto, de não estar o **BNDES** obrigado à concessão do financiamento, o próprio **Banco Público** deixa claro que **foram sim oferecidas à Concessionária as mesmas condições de financiamento** previstas na **Carta de Apoio dos Bancos Públicos (RTE-3)**. Nesse sentido, manifestou-se o **BNDES (R-39)**:

O pleito de empréstimo de longo prazo submetido pela CONCEBRA foi analisado seguindo as condições previstas na Carta de Apoio, os aspectos usualmente avaliados pelo BNDES na análise de financiamentos a concessões rodoviárias e as especificidades do projeto e do Grupo Econômico. Não foram feitas exigências adicionais ao que estava previsto na Carta de Apoio.

155. Além de ter sido esclarecido que as condições de financiamento constantes da **Carta de Apoio dos Bancos Públicos (RTE 3)** foram sim garantidas pelo **BNDES**, referido Banco ainda esclarece **ter aprovado o financiamento de longo prazo**, no montante de **R\$ 3,500.000.000,00 (três bilhões e quinhentos milhões de reais)**, dos quais **R\$ 2.500.000.000,00 (dois bilhões e quinhentos milhões de reais)** estariam garantidos pelo próprio **BNDES** e o restante seria rateado entre outros Bancos Públicos. **A não contratação do empréstimo de longo prazo se deveu exclusivamente a fatos**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

imputáveis à própria Requerente, seus sócios e empresas do mesmo grupo econômico, conforme esclarecido pelo BNDES nas linhas a seguir:

Em 23.02.2016 a Diretoria do BNDES, por meio das Decisões de Diretoria 078/2016 e 079/2016, aprovou a concessão de financiamento de longo prazo para apoiar o projeto de exploração rodoviária da CONCEBRA. O financiamento aprovado tinha o valor total de R\$ 3,5 bilhões, sendo R\$ 2,5 bilhões referentes à parcela direta e R\$ 1,0 bilhão referentes à parcela indireta (repasso), por meio dos agentes financeiros repassadores BB, Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (“BDMG”) e CEF.

Conforme resposta ao questionamento anterior, as condições aprovadas seguiram àquelas estabelecidas na Carta de Apoio. Entretanto, o financiamento não foi contratado e, portanto, não houve nenhuma liberação de recursos referente ao empréstimo de longo prazo. Resumidamente, é possível citar os seguintes motivos para a não contratação do empréstimo de longo prazo, a despeito de sua aprovação pelo BNDES:

- (i) a divergência da expectativa da CONCEBRA acerca dos valores do financiamento;
- (ii) as revisões de orçamento do projeto feitas pela Postulante;
- (iii) indefinição dos agentes repassadores da parcela indireta da operação, e mais especificamente a desistência da CEF em participar do sindicato de bancos;
- (iv) rápida deterioração do risco de crédito da acionista do projeto, TPI, afetando a avaliação da garantia que seria prestada pela empresa; e
- (v) inadimplemento financeiro de outra companhia do Grupo Econômico TPI perante o BNDES.

156. Observa-se que, no caso concreto, segundo esclarecimentos do próprio Banco Financiador, **os impactos da crise na obtenção do financiamento foram nulos**. A verdadeira causa da deterioração das condições da concessão deve ser imputada aos atos praticados pela própria **Requerente** em suas **decisões de gestão**, notadamente pela sua **inoperância gerencial**.

157. Conforme bem observado na Nota Informativa SEI N° 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36), o exemplo da **Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás – MGO S.A.** poderia ter sido seguido pela **Requerente**. A Concessionária



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

MGO, que também integra a **3ª Etapa** de Concessões do PROCROFE, mesmo tendo obtido financiamento junto ao **BNDES** e à **Caixa**, ainda fez o **lançamento de debêntures** e conseguiu excelentes níveis de execução contratual, conforme se depreende do Parecer Nº 166/2020/GEFIR/SUINF/DIR (R-49). Ademais, nos termos da Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36), *“as debêntures incentivadas destacam-se como alternativa às fontes tradicionais de financiamento em infraestrutura, e alcançaram, no primeiro trimestre de 2020, o valor de R\$ 3,140 bilhões, montante superior ao desembolsado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para o setor, cerca de R\$ 2,936 bilhões.*

159. *Importante observar que, nos últimos 12 meses, as debêntures incentivadas alcançaram o volume de R\$ 31,283 bilhões superando os R\$ 20,382 bilhões desembolsados pelo BNDES. A utilização de Debêntures incentivadas foi uma das alternativas amplamente utilizada pelo Grupo Arteris, controladora de cinco concessionárias de rodovias federais, para obtenção de recursos de longo prazo. O grupo captou o montante de R\$1,192 bilhões. O referido instrumento também foi utilizado por concessionárias da 3ª Etapa, como a Concessionária da Rodovia BR-050/MG/GO e a Ecoponte e pelas concessionárias (federais e estaduais) do Grupo CCR, como SPVias, ViaLagos, RodoanelOeste, Rodonorte, Autoban, NovaDutra, ViaQuatro, entre outras”.*

160. Portanto, no que se refere ao financiamento, a alocação de riscos do contrato é clara no sentido de que “nenhuma disposição, cláusula ou condição do contrato de financiamento” ou mesmo atrasos nos seus desembolsos poderiam ser utilizadas como justificativa para descumprimento do contrato.

161. Essa alocação de riscos guarda coerência com a forma de cálculo da tarifa-teto calculada nos estudos de viabilidade e com a prática de mercado, confirmada pelo **BNDES**, de que o referido Banco Público jamais garante o financiamento a concessionárias de serviço público sem antes avaliar uma série de requisitos. Sob a ótica



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

eminentemente jurídica, significa que não há direito subjetivo à contratação, conforme reconhecido inclusive em sentença judicial transitada em julgado (R-12)

162. Ciente dessas nuances que envolvem o financiamento e de que os primeiros anos de concessão naturalmente exigem maior volume de investimentos, caberia à **Requerente** um **melhor gerenciamento do risco**, inclusive com a possibilidade de ter considerado a possibilidade de recorrer a outras fontes de financiamentos, como é o caso das debêntures, financiamento por bancos privados ou mesmo ter considerado o aporte de capital próprio.

163. Contudo, a **Requerente**, pelo visto, no seu planejamento **sequer cogitou da possibilidade de outros cenários**. Conforme já ressaltado anteriormente, no parágrafo 47 da petição apresentada em 26.06.2020, admite que jamais considerou “outras fontes de financiamento **mais onerosas** e outros custos adicionais”, o que revela **um gerenciamento de riscos bastante falho**.

164. **Mesmo não estando amparado pela matriz de riscos contratual, mesmo sem ter direito subjetivo à contratação e mesmo sem ter feito um gerenciamento de riscos adequado que contemplasse outras fontes de recursos ou recursos próprios, a Requerente teve sim acesso a linhas de crédito do BNDES**, nas condições ofertadas pela Carta de Apoio dos Bancos Públicos e **não teve a competência** necessária para a contratação de, **no mínimo, R\$ 2.500.000.000,00 (dois bilhões e quinhentos milhões de reais)**, oferecidos pelo **BNDES**.

165. Esse breve histórico revela que **a crise não foi a causa dos problemas que acometem a Concessionária, e sim uma gestão empresarial que se revelou pouco eficiente**. Nenhum contexto alegado pela concessionária justificaria a completa desconsideração do risco de financiamento no gerenciamento de risco do projeto, risco este expressamente a ela alocado no contrato de concessão. Nenhum contexto pode significar a alteração dessa alocação de risco, muito menos a mera confiança da concessionária na obtenção do financiamento do BNDES.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II.1.3. Medidas Provisórias nº 752/2016 e 800/2017

166. Quando a requerente insiste em mencionar a exposição de motivos da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017 e da Medida Provisória nº 800, de 18 de setembro de 2017, busca demonstrar que o próprio Governo (*lato sensu*) teria reconhecido evento extraordinário consubstanciado na crise econômica sofrida pelo país em passado recente. **Essa afirmação é falsa e não guarda qualquer coerência lógica com os fatos.**

167. A tese não condiz com a realidade, porque em nenhum momento houve reconhecimento de que evento alheio aos riscos alocados à Concessionária tenha se materializado.

168. Também não faz o mínimo sentido sustentar a necessidade da edição de uma Medida Provisória para reconhecimento de um desequilíbrio contratual. E mais, referido ato normativo, que supostamente teria reconhecido desequilíbrio nos contratos, não traz medidas para reequilíbrio do contrato de concessão ou determinações destinadas ao regulador.

169. No caso da MP 752/2016, apenas foram previstos novos institutos como a **relicitação**, a qual inclusive, beneficiou a Concessionária, que apresentou voluntariamente pleito destinado à entrega da concessão.

170. Já a MP 800/2017, além de sequer ter sido convertida em lei, apenas conferiria ao regulador uma nova prerrogativa, relativa à possibilidade de reprogramação de investimentos de obrigações **vincendas**, justamente porque a Agência carecia de fundamento legal para fazê-lo, a partir da percepção objetiva dos graves descumprimentos contratuais que indicavam a incapacidade de algumas concessionárias executarem o acordado.

171. **Beira ao absurdo justificar o direito em Exposição de Motivos de atos normativos cuja finalidade limita-se a “justificar e fundamentar, de forma clara e**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

objetiva a edição do ato normativo” (cf. art. 27 do Decreto n.º 9.191, de 2017, anteriormente disciplinado no art. 38 do Decreto n.º 4.176, de 2002), **não se prestando, portanto a reconhecer direitos.**

172. Atos normativos possuem como característica a generalidade e a abstração, não se prestando a dispor de normas individuais e concretas para regular cada caso específico. Por decorrência, **a justificativa para edição desses atos gerais e abstratos materializada na Exposição de Motivos não pode ser invocada como reconhecimento expresso de um suposto direito da Requerente ao reequilíbrio.**

173. Outro aspecto importante que não deve ser esquecido refere-se ao fato de que **a assinatura da Exposição de Motivos é ato de competência do Ministro de Estado proponente, sendo totalmente incabível apontar eventual reconhecimento pela Requerida de direito ao reequilíbrio por ato praticado pela administração pública direta.**

174. Além desses aspectos meramente formais, a MP n.º 752/2016, convertida na Lei n.º 13.448/2017 e regulamentada pelo Decreto n.º 9.957/2019, não garantiu qualquer direito aos parceiros privados como decorrência do cenário econômico.

175. Da mesma forma, a MP 800/2017, que sequer foi convertida em lei, também não garantiu qualquer direito à Concessionária. Referido ato normativo trazia mera expectativa de que a ANTT e a Concessionária eventualmente entrassem em acordo para a reprogramação de investimentos, acordo esse que acabou não sendo atingido.

176. Portanto, nenhum reconhecimento de direito a reequilíbrio decorreu dos referidos atos normativos.

III.1.4. “Documento diagnóstico”

177. Quanto ao chamado “Documento Diagnóstico”, este afirma genericamente ter havido crise com possíveis impactos no volume de tráfego. Não há, contudo, em tais



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

documentos, qualquer menção se houve e o quanto teria havido redução no volume de tráfego das rodovias BR-060, BR 153 e BR 262 DF/GO/MG no período sob administração da requerente.

178. Ainda que o tivessem feito, referidas manifestações de alguns agentes públicos não poderiam se furtar de dispositivo contratual imperativo, segundo o qual o risco de tráfego é da concessionária.

179. Embora afirme a **Requerente** que no tal documento **apócrifo** denominado “Estudo Diagnóstico” (RTE-26) a própria **ANTT** tivesse reconhecido os efeitos da crise, nenhuma evidência de reconhecimento de desequilíbrio foi trazido aos autos.

180. Inclusive, importante ressaltar que a análise de pleitos de reequilíbrio obedece ao rito previsto na Resolução nº 675, de 04 de agosto de 2004 (R-24). Dessa forma, é precedida de análise pelos técnicos da Agência, que assinam as Notas e Pareceres eventualmente emitidos, e segue para aprovação da Diretoria-colegiada, órgão máximo da Agência e único com competência para deliberar sobre pleitos de reequilíbrio, nos termos da lei de criação da ANTT, Lei nº 10.233/2001:

Art. 52. A ANTT e a Antaq terão como órgãos de deliberação máxima as Diretorias Colegiadas e terão em suas estruturas organizacionais uma Procuradoria, uma Ouvidoria e uma Corregedoria. (Redação dada pela Lei nº 13.848, de 2019)

Art. 60. Compete às Diretorias Colegiadas exercer as atribuições e cumprir os deveres estabelecidos por esta Lei para as respectivas Agências. (Redação dada pela Lei nº 13.848, de 2019)

181. O chamado “Estudo Diagnóstico”, repita-se, é **apócrifo**, ou seja, não foi assinada pelos técnicos da Agência e **não foi submetido à deliberação da Diretoria-colegiada**, órgão máximo desta Agência nos termos do art. 52 da Lei n.º 10.233/2001, motivo pelo qual não pode ser reconhecido como decisão tomada pela ANTT.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

182. A afirmação da Requerente de ter havido um suposto reconhecimento de desequilíbrio não faz o mínimo sentido. Ora, na hipótese de reconhecimento da existência de evento apto a gerar direito do concessionário ao reequilíbrio, seriam tomadas as devidas providências para reequilibrar o contrato. Não é plausível que o regulador tenha reconhecido publicamente o desequilíbrio, comunicado MPF, TCU e Câmara dos Deputados para, simultaneamente, negar administrativamente o reequilíbrio.

183. Cabe ainda destacar a recente decisão de outro Tribunal Arbitral que avaliou o mesmo documento e teve entendimento semelhante àquele defendido pela ANTT nesses autos, ou seja, trata-se de documento que **não revela reconhecimento de direito ao reequilíbrio**. Nesse sentido, foi o entendimento dos árbitros Paula Andrea Forgioni, Carlos Alberto Carmona e Carlos Ari Sundfeld (R-54):

57. Em resumo, o Tribunal não enxerga *fumus boni iuris* a justificar a manutenção da medida liminar por entender, por ora, que: [i] inexistem provas ou fortes indícios dos efeitos sofridos pela Requerente em decorrência da crise de 2.014; [ii] o Contrato não garante que tais efeitos serão considerados na revisão quinquenal; e [iii] inexistente demonstração ou forte indício de que a não realização da revisão quinquenal tenha gerado efeitos sobre a totalidade das obrigações de investimento previstas no Contrato.

58. O doc. RTE011, sobre o qual a Requerente joga todas as luzes, não altera essa conclusão, ao menos por ora⁵⁶. Isso porque o estudo em questão [i] é genérico, não tratando especificamente do Contrato discutido nesta Arbitragem; e [ii] não parece reconhecer direito das concessionárias ao reequilíbrio econômico-financeiro de seus respectivos contratos em decorrência de imprevisibilidade da crise de 2.014. Ao que tudo indica, o documento expõe as alternativas das quais a Requerida poderia se valer em face do alto nível de inadimplemento dos contratos de concessão, tratando da caducidade, da relicitação e da revisão. A despeito de expor preferência pela última solução, o estudo não aparenta ser suficiente para falar em reconhecimento de direito da Requerente por parte da Requerida.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

184. Mais uma vez, salta aos olhos a necessidade de uma avaliação concreta do impacto de determinados fatos no contrato de concessão, para se aferir se houve realmente algum desequilíbrio. Conforme demonstrado nos subitens II.1.1 e II.1.2. acima, não houve qualquer impacto relevante seja nas receitas da Concessão seja na obtenção do financiamento em decorrência da alegada crise macroeconômica que justificasse uma desconsideração da matriz de riscos prevista no contrato.

II.2. Aumento do Preço dos Insumos Asfálticos (CAP)

II.2.1. Matriz de riscos do contrato

185. No caso do aumento supostamente extraordinário do CAP – cimento asfáltico de petróleo, também não pode prosperar o argumento da Concessionária, uma vez que **o contrato é claro em lhe atribuir o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário**, nos termos das subcláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19 transcritas anteriormente (item I.4.1.2 acima).

186. Importante destacar que se trata de **opção regulatória de modelagem contratual** conscientemente tomada antes do procedimento licitatório e válida para todos os contratos da 3ª Etapa de Concessões do PROCROFE. A título de exemplo, no contrato da ECOSUL (R-57), que integra a 1ª Etapa de Concessões, a opção foi outra. Consta expressamente do contrato da ECOSUL as seguintes cláusulas:

7.2. Sem prejuízos de outras hipóteses, a revisão da tarifa básica dar-se-á nos seguintes casos:

(...)

f) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados pela CONTRATADA na definição dos encargos, desde que imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos no CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

187. Não por outro motivo, a Procuradoria Federal junto à ANTT, quando provocada sobre o pleito de reequilíbrio da **ECOSUL**, manifestou-se favoravelmente, conforme se depreende do PARECER n. 01751/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-58). Repita-se, **a modelagem do contrato da Requerente é totalmente diversa**, por isso o pleito foi indeferido.

188. Pretende ainda a requerente comparar sua situação, que, como visto, detém a peculiaridade de um contrato que lhe aloca expressamente os riscos pela flutuação dos preços de insumos, com contratos de alocação de riscos legalmente fixados, tais quais os contratos de empreitada regidos precipuamente pela Lei nº 8.666/93.

189. Pois bem, acerca da diferença entre os regimes jurídicos da concessão e do contrato de prestação de serviços previsto na Lei nº 8.666/93, ensina Carlos Ari Sundfeld:

4. Diferença entre os regimes jurídicos da concessão e do contrato de prestação de serviços da Lei 8.666/1993

(...)

Porém, quanto ao requisito de a concessionária assumir os ônus do empreendimento (prestação do serviço ou construção de obra) não resta dúvida: em se tratando de concessão, este é atribuído à concessionária, cabendo a ela investir no projeto, para depois conseguir amortização dos recursos investidos em função da exploração do serviço ou da obra. É a clara disposição do art. 31, VIII, da Lei 8.987/1995, segundo o qual cabe à concessionária “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço”.

Essa última característica não existe nos contratos de prestação de serviços da Lei 8.666/1993. Nestes, o particular é contratado para executar, *em nome da Administração*, determinado serviço. A realização do serviço, os investimentos para sua prestação, a eventual exploração do serviço, os investimentos para sua prestação, a eventual exploração econômica que se faça do empreendimento, tudo recai sob a responsabilidade do Poder Público; ao particular resta apenas o dever de executar o serviço, fazendo *jus*, para tanto, à remuneração preestabelecida, a ser paga pelo Poder Público, independentemente da exploração do serviço.

Deveras, a Lei 8.666/1993 determina expressamente que os investimentos para os contratos de prestação de serviços fiquem a cargo do Poder Público. Faz isso ao estipular a obrigatoriedade de a Administração, já ao início do processo, prever todos os recursos orçamentários para pagamento das obrigações decorrentes da execução do serviço (art. 7º, §2º, III), bem como ao



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

vedar que ela transfira ao contratado o encargo de obter financiamento para execução dos serviços (art. 7º, §3º). Além do mais, não é permitida a vinculação do pagamento pela prestação do serviço à exploração que se venha a fazer do empreendimento; neste sentido, a lei também é expressa e clara ao vincular o pagamento às medições realizadas periodicamente (e que identificam o valor total exato das prestações executadas no mês, as quais devem ser remuneradas integralmente a seguir) e *fixando o prazo para sua efetivação em no máximo 30 dias* (art. 40, XIV). Ou seja, **isto tudo significa que, no sistema da Lei 8.666/1993, diploma legislativo que regula os contratos de prestação de serviços, não há assunção de risco pelo particular contratado, ao contrário do que se verifica nas concessões.**

(...)

Em suma, é possível apontar a seguinte diferença básica entre o regime jurídico dos contratos de prestação de serviços e o que rege as concessões: naquele, o financiamento do serviço é feito pelo Poder Público, que continua assumindo os riscos de sua execução; neste, o financiamento é de responsabilidade do particular (concessionária), que somente o amortizará a partir da exploração da obra ou serviço, assumindo por essa via os ônus relativos ao empreendimento.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo contratual. Coleção pareceres, v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 373/376, grifamos)

190. Importante ainda destacar a diferenciação trazida por Marçal Justen Filho em excerto de texto acadêmico sobre o ponto ora discutido:

O ponto diferencial reside em que **a abrangência dos riscos ordinários é muito maior no âmbito das concessões de serviço público. Eventos que seriam classificados como de risco extraordinário, em contratos submetidos à Lei nº 8.666, podem ser enquadrados no campo do risco ordinário num contrato de concessão.** Assim se passa porque o concessionário é investido de uma margem de autonomia muito mais intensa, incumbindo-lhe o poder-dever de conceber o empreendimento. Mais ainda, o concessionário é legitimado a se apropriar de uma parcela dos lucros, nos casos em que as soluções adotadas gerem resultados positivos. Bem por isso, deve arcar com efeitos negativos nos casos em que o empreendimento não tiver o sucesso esperado. (JUSTEN FILHO, Marçal. 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. P. 184. - grifamos)

191. Os trechos doutrinários transcritos acima revelam que os contratos de concessão de serviço público trazem peculiaridades e objetivos que os diferenciam dos contratos de prestação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93. Enquanto os contratos de prestação de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

serviço são de curta duração (devem durar somente até o limite dos respectivos créditos orçamentários) e quase todos os riscos são assumidos pelo contratante, **o contrato de concessão deve ser visto como um projeto de investimentos de longo prazo**. Como todo projeto de longo prazo, **está sujeito a variações, ora beneficiando, ora prejudicando o concessionário**. Por essa razão, o licitante que pretende se tornar concessionário deve formular sua proposta levando em considerações os riscos que irá assumir.

192. Ora, é evidente que num contrato de **30 (trinta) anos** haverá flutuações no preço do CAP e, da mesma forma que não houve reequilíbrio no caso de aumento, a ANTT jamais baixou a tarifa quando o preço do CAP atingiu suas mínimas históricas. Mais uma vez, a Concessionária pretende privatizar lucros e socializar prejuízos.

II.2.2. Previsibilidade da flutuação de preços dos insumos

193. Também não prospera a alegação da **Requerente** no sentido de que o aumento do preço dos insumos asfálticos seria algo imprevisível e, portanto, alheio aos riscos ordinários do contrato. Conforme consta da Nota Informativa SEI N° 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59), à época da licitação, **até mesmo a mídia não especializada⁴ já apontava a insustentabilidade da política de preços que vinha sendo adotada pela Petrobrás**. Se mesmo publicações gerais já traziam esse tipo de informação, **as equipes especializadas dos então licitantes seguramente já haviam previsto flutuações de preços num curto espaço de tempo**.

⁴ Nesse sentido, confira-se:

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/08/preco-da-gasolina-no-brasil-esta-defasado-em-relacao-ao-exterior.html> ; <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/11/petrobras-aprova-nova-politica-de-precos-de-diesel-e-gasolina.html> ; <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/08/08/prejuizo-com-precos-controlados-sobe-55-e-petrobras-busca-alta-dagasolina.html>.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

194. Referido documento produzido pela área técnica da ANTT (R-59) ainda traz outros dados relevantes.

195. Em primeiro lugar, é natural que haja oscilação de preços, não somente para cima, mas também para baixo. Se comparado, por exemplo, a variação entre o **1º trimestre de 2016 e o 1º trimestre de 2017**, houve variação **negativa** do preço do CAP em **(-)1,63% (um inteiro e sessenta e três décimos por cento)**. **Desde o 1º trimestre de 2019**, observou-se também uma queda, desta vez, da ordem de **(-) 8,39% (menos oito inteiros e trinta e nove décimos por cento)**. Assim, é natural que, ao longo de **30 (trinta) anos de contrato, aumentos sejam posteriormente compensados com reduções e vice-versa**.

196. Em segundo lugar, ao mesmo tempo em que os insumos asfálticos observaram um aumento superior ao índice inflacionário, **outros insumos** observaram uma **variação de preços inferior ao índice de inflação oficial**. Para o período de **janeiro de 2014 a janeiro de 2020**, enquanto o **IPCA** acumulado foi de **38,97% (trinta e oito inteiros e noventa e sete centésimos por cento)**, o **aço** observou crescimento de apenas **18,94% (dezoito inteiros e noventa e quatro centésimos por cento)** e o **cimento** de apenas **4,39% (quatro inteiros e trinta e nove centésimos por cento)**. Vejamos (informações extraídas do R-59):

- Aço (CA 50A D=10mm) = Jan/2014 – R\$ 3,59 / kg à Jan/2020 – R\$ 4,27 / Kg – Variação de 18,94 %;
- IPCA Jan/2014 a Jan/2020 – 38,97%.

- Cimento (CP 32) = Jan/2014 – R\$ 0,433 / kg à Jan/2020 – R\$ 0,452 / Kg – Variação de 4,39%;
- IPCA Jan/2014 a Jan/2020 – 38,97%.

197. Ressalte-se que esses outros dois **insumos**, no caso concreto, também são **extremamente relevantes**. Isso porque a **Requerente**, nesses primeiros anos de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

concessão, teve baixo índice de execução das duplicações, obra que exigiria maior quantidade de insumos asfálticos, enquanto **executou todas as 11 (onze) praças de pedágio e 24 (vinte e um) postos de atendimento, obras que demandam grande quantidade de aço e cimento.**

198. Em síntese, pleitos de reequilíbrio dessa natureza, além de contrários à matriz de riscos do contrato e, portanto, contrários ao Direito, ainda trazem problemas práticos insolúveis, na medida em que eventual acolhimento abre a possibilidade de controle acerca da variação dos custos de uma incontável série de insumos relacionados ao contrato. Tais problemas foram levados em consideração na evolução da modelagem contratual da 1ª para a 3ª etapa do PROCROFE, ao se abandonar esse modelo de revisão pelo custo do serviço (*rate of return* ou *cost plus*).

199. Verifica-se, portanto, que o pleito não deve ser acolhido pelo Tribunal Arbitral.

II.3 Alterações no Contorno de Goiânia/GO

200. Entre os fatores que teriam causado o alegado descompasso na equação econômico-financeira do **Contrato de Concessão** em tela, segundo a **Requerente**, estão os custos decorrentes de estudos e projetos desenvolvidos para a execução de obras incluídas no Contrato de Concessão, referentes ao Contorno Rodoviário de Goiânia-GO.

201. A **Requerente** sustenta ter direito à compensação pelos prejuízos integrais decorrentes da contratação de serviços especializados para a elaboração de **EVTEA** e projeto executivo pertinentes à alteração das obras do Contorno, que foram indicadas como obrigatórias no **Programa de Exploração da Rodovia - PER**.

202. Segundo a Concessionária, as alterações foram solicitadas pela ANTT de forma unilateral e envolveram aumento de 12 km da extensão do Contorno, bem como



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

mudança da Classe inicialmente prevista para a rodovia, de I-A para 0, o que teria resultado em grande prejuízo para a **Requerente**, que teria sido compensada pela Agência Reguladora tão somente no patamar de 50% do valor que reputa devido.

203. Assim, em que pese reconhecer que a matéria já foi inserida na da **3ª Revisão Ordinária** e **7ª Revisão Extraordinária** de fevereiro de **2018**, e que a ANTT efetivamente teria deferido o reequilíbrio pleiteado na ocasião, sustenta que a compensação foi apenas parcial, fazendo jus a uma diferença que sequer sabe indicar qual seria.

II.3.1. Dispositivos contratuais que tratam do Contorno de Goiânia

204. Em primeiro lugar, é fundamental esclarecer que a possibilidade de alteração na extensão do trecho do Contorno de Goiânia já constava no **Programa de Exploração da Rodovia – PER**, com a previsão de aprovação do traçado pela ANTT e pelos municípios nos quais o contorno seria implantado. O **PER** traz ainda a metodologia para cálculo das metas de duplicação, conforme disposto a seguir:

“3.2.2.1 Obras obrigatórias em Trechos Urbanos

(...)

Para aprovação do traçado do contorno em trecho urbano a ANTT e junto aos Municípios, será assistido a concessionária o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, prorrogáveis mediante a apresentação de pedido fundamentado pela Concessionária em que se demonstre a ausência de responsabilidade pelo não atendimento do prazo.

Em caso de alteração na extensão do trecho de travessia urbana em pista simples a ser contornado, previsto no quadro acima, por força de aprovação do projeto de contorno pela ANTT e pelos Municípios, as metas de duplicação previstas no item 3.2.1.1 serão recalculadas, (...)”

205. Assim, ao contrário do que tenta fazer parecer, não era novidade alguma para a Concessionária a possibilidade de adequações do Contorno Rodoviário de Goiânia.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

206. E justamente por existir tal possibilidade, o **Contrato de Concessão**, em sua cláusula 10.3.3, letra (i), previu procedimentos e regras para promoção do reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da alteração da extensão do contorno inicialmente prevista no **PER**. Eis o teor da cláusula vigente:

*“10.3.3 As **Obras obrigatórias em Trechos Urbanos** previstas no **PER** deverão ser integralmente implantadas pela **Concessionária**, conforme indicado no **PER**.*

*(i) Caso a **Concessionária** demonstre à **ANTT** que as **Obras obrigatórias em Trechos Urbanos** demandarão uma extensão maior ou menor do que a indicada no **PER**, deverá ser observado o procedimento e as regras previstos na cláusula 22.5 - Fluxo de Caixa Marginal e, ainda, as seguintes regras:*

(a) Nos termos do item 22.5, no que tange aos dispêndios marginais, deverão ser estimados os investimentos necessários para a implantação da totalidade do contorno, excetuados os custos de desapropriação que seguirão a regra prevista na cláusula 9.1.3(i);

*(b) Uma vez aprovada a estimativa de investimentos pela **ANTT**, será calculado o valor médio por km de contorno, independentemente das características geológicas, das melhorias de cada trecho e demais aspectos das obras;*

*(c) Caso a extensão do contorno urbano seja maior do que a indicada no **PER**, a **Concessionária** terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em relação à extensão que ultrapassar aquela inicialmente prevista no **PER**, observado o valor médio por km.*

*(d) Caso a extensão do contorno urbano seja menor do que a indicada no **PER**, o **Poder Concedente** terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em relação à extensão que for menor do que a inicialmente prevista no **PER**, observado o valor médio por km.*

(e) Para os contornos urbanos em que haja a necessidade de implantação de Obras de Arte Especiais, a extensão e o custos de tais Obras de Arte Especiais serão considerados para fins de reequilíbrio seguindo o procedimento da cláusula 22.5, sem prejuízo da aplicação das regras dos itens (a), (b), (c) e (d) quanto ao trecho do contorno urbano que não apresente Obras de Arte Especiais.” (grifo nosso)

207. Da leitura de todos os dispositivos aqui transcritos, fica muito claro que a extensão descrita no **PER** era apenas uma previsão, considerando que se baseou no



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

estudo de viabilidade que, pelos termos do **Contrato de Concessão**, é apenas indicativo. Somente após a elaboração do projeto executivo e demais estudos pertinentes, inclusive ambientais, cuja elaboração também estava prevista no **PER**, seria possível a definição do traçado e da extensão definitiva do Contorno, tudo conforme detalhadamente expresso no Contrato de Concessão.

208. Dessa forma, a alteração do traçado do Contorno era uma **possibilidade claramente prevista no Contrato de Concessão em virtude da necessidade, imposta pelo próprio Contrato, de aprovação do traçado junto aos municípios atingidos e à ANTT, fato inequívoco que vai de encontro à alegação da Requerente referente à “substancial mudança unilateral por parte da Diretoria” no que se refere à alteração da extensão.**

II.3.2. Proposta de alteração partiu da Concessionária

209. Pois bem, após a conclusão dos projetos e estudos de viabilidade, chegou-se ao traçado definitivo do Contorno, nos exatos termos previstos no Contrato, e em **18/09/2014** foi assinada, pelos municípios afetados e pela Agência, a Declaração de Anuência ao traçado.

210. Em seguida, em **22/06/2015**, a Concessionária, por meio da Carta nº CNB/DIR/0999/2015 (R-60), encaminhou o anteprojeto do Contorno para análise da ANTT, o qual foi aprovado e comunicado por meio do Ofício nº 450/2015/GEPRO/SUINF, de 20/07/2015 (R-61).

211. Em **09/12/2015**, a Concessionária apresentou Carta protocolada sob o nº 50500.382317/2015-85 (R-62), expondo alguns subsídios que, segundo ela, eram importantes para tomada a decisão correta sobre o Contorno. Dentre esses argumentos, sustentou que o contorno de Goiânia deveria ser executado no padrão Classe Especial. Vejamos:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

“Em reunião com Governador do Estado e o Diretor Geral desta ANTT para se discutir esta obra logo após assunção da concessão, foi acertado que deveríamos elaborar um projeto melhor que concebido pelo antigo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Goiás DER-GO em 1993, cujo projeto desenvolvido pelo extinto DNER, em 1998 previa implantação de uma rodovia Classe I. No entanto, pelos motivos já expostos, contorno de Goiânia requer características de uma rodovia Classe Especial, pois necessita-se de uma via expressa, de alto padrão de qualidade controle total de acessos.” (grifo nosso)

(...)

*“Ante ao exposto, **fica evidenciado que teremos de adotar os critérios de projeto que atendam necessidade acima**, para evitarmos que dentro de mais algum tempo, em decorrência da conurbação dos entornos do contorno, mesmo adquira os vícios do trecho urbano que estão sendo eliminados. Caso contorno seja implantado de acordo com que PER preconiza (rodovia classe I-A), mesmo com pista dupla controle parcial de acesso, poderia não atender mobilidade fluidez demandada pelo tráfego de passagem, pois, com as mudanças políticas constantes consequente pressão de incorporadores, no sentido de utilizar esta infraestrutura pronta para desenvolvimento urbano da grande Goiânia, não seria solução mais adequada, **sendo necessária mudança de classe da rodovia, para garantir controle de acessos, passando para Classe 0**, lembrando que:*

“As Normas para Projeto das Estradas de Rodagem, aprovadas em 1949 usadas origina/mente pelo DNER, classificavam as estradas da seguinte forma:

Classe Especial: Acima de 2000 veículos/dia;

Classe I: De 1000 - 2000 veículos/dia;

Classe II: De 500 - 1000 veículos/dia;

Classe III: até 500 veículos/dia.

Atualmente, além do tráfego, importância função da rodovia constituem elementos para seu enquadramento em determinada classe de projeto, podendo as estradas serem classificadas em:

Classe (via expressa): rodovia do mais elevado padrão técnico, com controle total de acesso. critério de seleção dessas rodovias será de decisão administrativa dos órgãos competentes.

Classe I: as rodovias integrantes desta classe são subdivididas em estradas de Classe IA (pista dupla) Classe IB (pista simples).

Rodovia classificada na Classe IA possui pista dupla controle parcial de acesso. Sua necessidade decorrerá quando os volumes de tráfego causarem níveis de serviço inferiores aos níveis ou 0, numa pista simples. número total de faixas será função dos volumes de tráfego previstos para ano-horizonte de projeto.



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Já as estradas pertencentes Classe IB são caracterizadas por rodovias de alto padrão, suportando volumes de tráfego, conforme projetados para 10º ano após abertura ao tráfego, com Volume Médio Horário (VMH) >200 veículos, bidirecionais, ou VMD > 1400 veículos, bidirecionais.””

(grifo nosso)

212. Portanto, é completamente descabido afirmar que a proposta de alteração teria sido demandada pela ANTT, conforme tenta fazer parecer a **Requerente**, ao sustentar que foi “***Instada pela Requerida a promover a alteração do PER original com vistas ao atendimento do interesse da coletividade da região metropolitana de Goiânia***”.

213. Neste mesmo sentido, em **28/06/2016**, por meio da Carta sob protocolo nº 50500.226158/2016-11 (R-63), a Concessionária, com a finalidade de dar o “*devido resguardo técnico à ANTT*”, reforçou seu entendimento a respeito da “***necessidade fundamental exposta pela Concessionária em relação à decisão administrativa para classe 0 do Contorno de Goiânia***”.

214. **Desse modo, não há que se falar em “substancial mudança unilateral por parte da Diretoria”** no que se refere à alteração da classe do Contorno. O que ocorreu, isto sim, foi uma alteração proposta pela própria concessionária, que registrou entendimento expresso no sentido da necessidade de tal mudança, conforme exposto nos documentos citados e, sobretudo, conforme possibilidade prevista expressamente no Contrato.

215. **Mesmo sem nenhuma manifestação formal da ANTT** sobre a proposta de alteração do Contorno, em **21/12/2015** a Concessionária encaminhou, por meio da Carta sob protocolo nº 50500.396282/2015-6 (R-64), o Projeto Executivo desenvolvido de acordo com as condições estipuladas no PER, com 30 km de extensão, com início e final nos locais previstos, com diretriz predefinida classificado como Classe I-A e informou que seria apresentado o projeto executivo da nova diretriz do contorno até janeiro de 2016.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

216. Importante destacar que a área técnica da ANTT, ao contrário do entendimento da **Requerente**, sempre se manifestou no sentido de **que “a Classe I-A atende à necessidade operacional e de demanda de tráfego do Contorno”, conforme disposto no Parecer Técnico nº 55/2016/GEINV/SUINF (R-65)**, no Memorando nº 608/2016/GEINV/SUINF (R-66) e no Memorando nº 707/2016/GEINV/SUINF (R-67).

217. Assim, a afirmação da **Requerente** de que *“esses custos não foram gerados por conduta imputável à Requerente. Ao contrário, foram-lhe impostos de forma unilateral, como até aqui narrado com absoluta objetividade, pela Requerida”*, constitui-se em argumento absolutamente improcedente e falacioso.

II.3.3. Alteração condicionada e objeção do TCU

218. É bem verdade que em meados de 2016 a Diretoria Colegiada da ANTT chegou a publicar a **Deliberação nº 180, de 07 de julho de 2016** (R-68), condicionando a aprovação dessa alteração à aprovação de EVTEA que concluisse pela **vantajosidade** da classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia como **Classe 0** quando comparada à classificação como **Classe I-A**.

219. No entanto, após a Deliberação, a área técnica da Agência apresentou objeção aos Projeto Executivos encaminhados pela Concessionárias em 2 oportunidades: em 21/10/2016, por meio do Parecer Técnico nº 1423/2016/GEPRO/SUINF (R-68) e em 16/03/2017, por meio do Parecer Técnico nº 266/2017/GEPRO/SUINF (R-70).

220. Via de consequência, em 25/04/2017, a Diretoria Geral da ANTT encaminhou o Memorando nº 04/2017/DG/ANTT (R-71), **suspendendo os processos relacionados à alteração da classe do Contorno até que a questão fosse apreciada pelo TCU no âmbito da TC 036.417/2016-5, com vistas a obter maior segurança na análise do assunto.**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

221. No bojo da mencionada Tomada de Contas, foi lavrada Instrução Técnica da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária de Aviação Civil (R-72), fixando **entendimento no sentido da existência de irregularidades relacionadas à inclusão de novas obras no contrato de concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG.**

222. Assim que tomou conhecimento do teor das manifestações do TCU, a Diretoria Colegiada da Agência, por meio da **Deliberação nº 627, de 04 de junho de 2019 (R-74), decidiu por revogar a Deliberação nº 180/2016 (R-68), assim como incisos da Resolução ANTT nº 5.142, de 15 de julho de 2016 (R-76), que tratou das condições para inclusão dos investimentos referentes ao também Contorno de Goiânia.**

223. A motivação para a revogação dos referidos dispositivos considerou não só a posição do TCU, mas também o entendimento fixado pela PF-ANTT no Parecer nº 01875/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (R-77), que discordou da Revisão Extraordinária, inclusive citando posição já manifestada anteriormente, quando da prolação do Parecer nº 01341/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-77).

224. Assim, concluiu a Agência que, como não houve concordância da Procuradoria em relação à Revisão Extraordinária, em razão de ainda persistirem as fragilidades quanto à motivação para alteração da classe da rodovia do Contorno de Goiânia, a revogação da Deliberação n.º 180/2016, com retomada da classe original, seria medida inafastável.

225. De se notar que a **Requerente** menciona tão somente a Deliberação n.º 180/2016 (R-68), que aprova a alteração ora em debate, desde que o EVTEA concluísse que a classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia como Classe 0 seria mais vantajosa quando comparada à classificação como Classe I-A. Porém, omite a Deliberação 627/2019 (R-74), que a revoga, justamente pelas análises contrárias, tanto do TCU como da área técnica e jurídica da ANTT.

226. Importante registrar que a referida Tomada de Contas 036.417/2016-5 acabou culminando no **Acórdão nº 2934/2019-TCU-Plenário (R-79)**, que determinou, entre outras, **a adoção das medidas administrativas cabíveis para exigir da concessionária**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

o fiel cumprimento do contrato no que tange à implantação do contorno de Goiânia, consubstanciado na elaboração de projeto executivo de classe I-A.

II.3.4. Pendências para o reequilíbrio

227. Em que pese não caber falar-se em alteração unilateral, como tenta a **Requerente**, e de haver razões jurídicas inafastáveis para a revogação das mudanças propostas, nos termos amplamente demonstrados, a ANTT reconheceu, no mérito, a necessidade de reequilíbrio do contrato de concessão em decorrência da elaboração do projeto executivo e EVTEA do Contorno de Goiânia, com vistas à alteração da Classe I-A para a Classe 0.

228. Tal reconhecimento, repita-se, não se deu por ter havido solicitação de alteração unilateral do Poder Concedente, como alegado pela **Requerente**, mas sim, porque a ANTT reconhece que autorizou a elaboração dos dois documentos.

229. De todo modo, o que permanece em discussão é o valor a ser considerado para o reequilíbrio, tendo em vista as regras existentes para sua valoração.

230. Na proposta da **3ª Revisão Ordinária** e **7ª Revisão Extraordinária**, a **Concessionária** solicitou a recomposição dos valores despendidos na elaboração do projeto executivo e do EVTEA do contorno de Goiânia, no percentual previsto de 3,5% sobre o PV (preço de venda), calculado em **R\$ 20.811.309,03 (vinte milhões oitocentos e onze mil trezentos e nove reais e três centavos)** e **R\$ 490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais)**, respectivamente, ambos com data-base **novembro de 2016**.

231. Por meio do **Parecer Técnico nº 204/2018/GEPRO/SUINF**, de 14/03/2018 (R-80), a área técnica apresentou análise dos valores propostos pela Concessionária e concluiu, em relação à elaboração do EVTEA, que a Concessionária não apresentou o **Termo de Referência (TR)** detalhado, condição *sine qua non* para analisar os custos despendidos, conforme regramento disposto na **Portaria SUINF nº 256/2016** (R-81),



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

ficando comprometida, em razão da omissão da concessionária, a análise dos valores propostos naquele momento.

232. No que se refere ao **Projeto Executivo**, a **Portaria SUINF nº 257/2016** (R-82), é o normativo da ANTT que estabelece a sistemática para o processo de autorização e definição dos respectivos custos para sua elaboração relativamente a obras não previstas contratualmente. No caso do Projeto Executivo, já houve reequilíbrio equivalente a **50% (cinquenta por cento) do orçamento da obra apresentado pela concessionária**. No entanto, **o ajuste do valor final só poderá ser realizado quando a análise do projeto for concluída e o projeto executivo aprovado.**

233. Das últimas análises verificadas, **constatou-se a necessidade de atendimento aos quesitos da Portaria SUINF nº 257/2016, cuja ausência compromete a continuidade da avaliação - razão pela qual o referido projeto executivo ainda não foi aceito pela ANTT, impedindo, no momento, que a Agência promova o respectivo reequilíbrio de 100% (cem por cento) do valor do projeto executivo.**

234. Em suma, diante de todo o exposto, conclui-se que:

- A alteração da extensão do Contorno era uma forte possibilidade, devidamente prevista no PER e no Contrato, não se podendo, por esta razão, cogitar-se de alteração unilateral solicitada pelo poder concedente;
- A alteração da classe do trecho urbano do Contorno foi proposta pela **Requerente**, conforme documentação citada, não sendo, também por isso, caracterizada como alteração unilateral por parte do **Poder Concedente**;
- Não há controvérsia a respeito do mérito do reequilíbrio dos valores da elaboração do EVTEA e Projeto Executivo, como tenta fazer crer a Concessionária. A ANTT reconhece, no mérito, a necessidade de reequilíbrio do contrato de concessão em decorrência da elaboração do projeto executivo e EVTEA do Contorno de Goiânia considerando a Classe 0, pois autorizou sua elaboração.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

- O reequilíbrio referente aos valores da elaboração do **EVTEA** não foi efetivado integralmente até o presente momento por culpa exclusiva da Concessionária, que ainda não atendeu ao regramento da **ANTT**, que exige a apresentação do Termo de Referência, impossibilitando, assim, a respectiva análise pela Agência Reguladora. Tão logo a **Requerente** encaminhe a documentação, na forma prevista nos regramentos vigentes, a **ANTT** não se furtará de promover a análise do valor.
- Conforme regramento da **ANTT** (Portaria SUINF nº 257/2016), já foi reequilibrado 50% do valor do projeto executivo, considerando o orçamento da obra apresentado pela concessionária. O ajuste do valor será realizado quando a análise do projeto for concluída e o projeto executivo aprovado.

II.4. Implantação do Sistema de Informações Rodoviárias (SIR)

235. A **Requerente** busca o reconhecimento da implantação do **Sistema de Informações Rodoviárias – SIR** como obrigação não prevista no Contrato de Concessão celebrado ou no **Plano de Exploração Rodoviária – PER**, e, portanto, evento causador de desequilíbrio na equação econômico-financeira da concessão.

236. Os fundamentos do pedido podem ser resumidos em três pontos, a saber: (a) o **Sistema de Informações Rodoviárias – SIR** criado pela **ANTT** não se encontrava previsto no contrato de concessão nem nas definições do **Programa de Exploração da Rodovia – PER**; (b) as informações demandadas da **Requerente** para a alimentação sistemática e periódica do **SIR** não se confundiriam com aquelas previstas no contrato de concessão e no **PER**, demandando sua coleta, tratamento e envio à **ANTT**, investimentos não previstos na proposta que serviu de base à equação econômico-financeira do contrato celebrado; e (c) apesar de provocada, a **ANTT** não reconheceu de forma integral os custos incorridos pela concessionária com a implantação do **SIR**, mas “apenas parte dos valores, referentes à instalação e mensalidade do *link* de dados, e apenas para os cinco anos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

subsequentes” (p. 158 de suas alegações iniciais) no pleito referente à **4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária** do contrato de concessão.

237. Um exame atento dos documentos trazidos é suficiente para demonstrar a imprecisão das alegações da **Requerente** quanto aos fatos ocorridos e o equívoco nos fundamentos de seu pedido. É o que se demonstrará, item por item, a seguir.

II.4.1. Natureza e Escopo do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR.

238. O **Sistema de Informações Rodoviárias – SIR** foi iniciativa regulatória da **Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT** projetada para unificar a coleta e o tratamento de dados de todas as concessionárias de exploração de rodovias federais no país. Trata-se de medida que buscou substituir o **Relatório Técnico Operacional Financeiro – RETOF** até então exigido pela Agência, no intuito de aprimorar a capacidade da Agência na compreensão do real estado dos serviços delegados.

239. A iniciativa tem sua origem, em parte, em decisão proferida pelo **Tribunal de Contas da União – TCU**, que identificou deficiências da **ANTT** no processo de fiscalização das concessionárias rodoviárias no Brasil. De fato, em seu Acórdão n. 2.185, proferido em 04 de outubro de 2017 (R-83), o Plenário do TCU determinou:

“consolidação e a padronização das informações de todas as concessões por ela [a **ANTT**] agenciadas, num processo gradual, de aprendizado e de investimento, que permita desde já fazer a coleta e o processamento, mesmo que parcial, dos dados para obtenção de informações relevantes frente aos desafios de fiscalizar e regular as concessões rodoviárias⁵”.

240. Visando aprimorar o desempenho de suas funções, a **ANTT** se dispôs a modificar progressivamente o sistema de coleta e processamento de informações

⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n. 2.185. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar. Brasília, 04 out 2017.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

prestadas por todas as concessionárias de rodovias federais. A decisão foi comunicada às concessionárias por meio do Ofício Circular n. 05/2018/GEFOR/SUINF (RTE 89).

241. O caráter incremental do **SIR** em relação ao **RETOF**, então enviado regular e periodicamente por todas as concessionárias, foi salientado na comunicação citada, como visto na transcrição de excerto da comunicação acima mencionada, a seguir trazido:

“(…) a SUINF iniciou, no segundo semestre de 2016, o Projeto SIR (Sistema de informações Rodoviárias), tendo como objetivo principal a sistematização das informações cadastrais e operacionais das concessionárias, e consequente eliminação do RETOFF”.

242. O mesmo ofício circular citado destacou de maneira inequívoca que a implantação do **SIR** seria gradual, inicialmente sob demanda da área técnica da **ANTT**, mas objetivando alcançar um ambiente informatizado de prestação de informações diretamente pelas concessionárias segundo padrões técnicos a serem oportunamente definidos e informados. Não se tratou, portanto, de medida açodada da **ANTT**, mas de construção gradual de *novo método* para coletar, consolidar, armazenar e disponibilizar informações referentes às concessões rodoviárias federais no Brasil.

243. Veja-se, nesse sentido, trecho relevante do Ofício Circular n. 05/2018/GEFOR/SUINF (RTE 89):

“Acrescentamos que, diferente das informações cadastrais, as principais informações operacionais das concessionárias serão encaminhadas via serviço em ambiente de TI nas regras a serem estabelecidas em documentação técnica específica, e em periodicidade definida pela área competente.

Quanto às informações acima elencadas, encaminhamos as documentações técnicas já elaboradas dos serviços já disponíveis para teste em ambiente de homologação, para análise dos ajustes necessários de forma a efetuar testes dos sistemas.”

244. A compreensão do **SIR** como uma *evolução tecnológica* da prestação de informações referentes aos serviços concedidos é crucial para o exame da controvérsia discutida nos autos.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

245. De fato, contratos de concessão de serviços públicos não trazem todas as obrigações das partes descritas em minúcias. E isto por duas razões simples. A primeira é que a execução do serviço *à conta e risco* do concessionário implica uma liberdade dilatada do particular quanto à forma de organização empresarial das atividades. É dizer, observados os *parâmetros gerais* estabelecidos pelo Poder Concedente no contrato e nos atos administrativos correlatos, o agente privado está livre para agir da forma que entender mais eficiente e proveitosa.

246. Não é outro o entendimento da literatura especializada na matéria, como demonstra breve excerto de texto de Marçal Justen Filho a seguir transcrito:

“O contrato de delegação impõe ao particular riscos muito mais significativos. Assim se passa porque essa figura destina-se a atribuir ao particular a autonomia para organizar uma atividade de natureza estatal segundo um modelo empresarial privado.

Numa concessão, o poder concedente define o objeto, disciplina o serviço adequado e estabelece parâmetros gerais de direção da atuação do particular. Como regra, não se exige nem mesmo um projeto básico para a delegação do serviço ao particular por meio de uma concessão”.

(JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR. In.: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Págs. 501-528. 2ª Edição. Fórum. Belo Horizonte: 2019. P.509.)

247. Nesse passo, por um lado é previsível que o **PER** ou o contrato de concessão prevejam apenas os tipos de informações a serem coletadas pelo concessionário e repassadas ao Poder Concedente, não indo além de indicar *parâmetros gerais* sobre métodos e tecnologias para sua transmissão. De outro, é natural que a *forma* de processamento e envio de tais informações pelos concessionários sofra modificações ao longo do prazo da concessão outorgada.

248. O caso ora examinado adere às premissas acima colocadas.



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

249. Veja-se, nesse sentido, que tanto o contrato de concessão celebrado dedicou uma cláusula às informações a serem prestadas periodicamente pela concessionária à ANTT, sem prejuízo de outras obrigações decorrentes do PER e da legislação aplicável. E, ao longo da Cláusula 14 do contrato, encontram-se várias das informações que posteriormente passariam a ser compreendidas no âmbito do SIR.

250. Destaquem-se, por oportuno, as obrigações informacionais previstas no item 14.1.3, “i”; no item 14.1.7, “b”, “c” e “d”; e no item 14.2 do contrato, respectivamente transcritos a seguir:

14. Prestação de informações

14.1 No **Prazo da Concessão**, e sem prejuízo das demais obrigações de prestar as informações estabelecidas no **Contrato**, no **PER** ou na legislação aplicável, a **Concessionária** deverá:

(...)

14.1.3 apresentar à **ANTT**, na periodicidade por ela estabelecida, relatório com informações sobre:

(i) as estatísticas de tráfego e acidentes, com análise de pontos críticos e medidas saneadoras implementadas ou a serem implementadas;

(...)

14.1.7 divulgar em seu sítio eletrônico as seguintes informações durante o **Prazo da Concessão**:

(...)

(a) estatísticas mensais de acidentes, durante a **Concessão**, incluindo a identificação do local e causa (quando fornecida pela Polícia Rodoviária Federal), bem como as providências adotadas para redução da incidência conforme previsto no PER;

(b) condições de tráfego por subtrechos, atualizados diariamente e com orientações aos usuários; e

(c) estatísticas mensais de movimentação de veículos, por tipo de veículo (motocicleta, carro de passeio, caminhão e ônibus), em P1 a P11.

14.2 A **Concessionária** deverá realizar o monitoramento permanente do tráfego – incluindo contagens volumétricas, medições e demais procedimentos estabelecidos no **PER** nos locais do **Sistema Rodoviário** necessários à:

(i) apuração do cumprimento de suas obrigações;

(ii) verificação da obrigação de realizar obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego referida na subcláusula 10.4;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

- (iii) avaliação de indicadores de ocupação da pista estipulados no **Anexo 7**;
- (iv) verificação do nível de ocorrência de acidentes conforme os critérios do **PER** e do **Anexo 7**; e
- (v) verificação da necessidade de executar melhorias em dispositivos de interconexão nos termos do **PER**.

251. Assim, vê-se que o contrato de concessão celebrado previu como obrigações da concessionária a coleta, tratamento, armazenamento e disponibilização de informações relativas a (i) tráfego na rodovia, inclusive com detalhamento quanto ao tipo de usuário (caminhões, veículos de passeio, motos etc.) e (ii) acidentes observados ao longo da rodovia, com detalhamento sobre local exato de ocorrência e sua causa, esta última quando disponibilizada pela Polícia Rodoviária Federal – PRF.

252. Já no que toca à *forma* de coleta, tratamento, armazenamento e disponibilização das informações acima identificadas, o contrato de concessão trouxe os seguintes parâmetros gerais em sua Cláusula 14.3:

14.3 Os relatórios, documentos e informações previstos nesta cláusula deverão integrar banco de dados, em base eletrônica, conforme padrão mínimo determinado pela ANTT.

14.3.1 À ANTT será assegurado o acesso irrestrito e em tempo real ao banco de dados referidos nesta subcláusula.

253. Evidencia-se, portanto, que o contrato trouxe parâmetros gerais determinando **quais tipos de informação** deveriam ser obrigatoriamente coletados pela concessionária e disponibilizados à ANTT e, coerente com a característica de um contrato de longa duração, veiculou **uma cláusula aberta** quanto à forma de sua disponibilização ao Poder Público, ressaltando, contudo, que as informações deveriam estar disponíveis “em tempo real” e em forma eletrônica para o ente fiscalizador da concessão.

254. Estabelecida a premissa acima, importa identificar quais informações foram exigidas das concessionárias com a implementação do SIR, evento que, segundo a Requerente, haveria inovado de forma radical as obrigações contratualmente previstas e abalado a relação econômico-financeira da concessão.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

255. O Ofício Circular n. 05/2018/GEFOR/SUINF (RTE 89) comunicou o início da fase de testes do SIR, ressaltando que as concessionárias deveriam prestar informações referentes a (i) número de acidentes ocorridos na rodovia concedida; (ii) tráfego na praça de pedágio; (iii) tráfego de radar; (iv) tráfego do Sistema de Análise de Tráfego - SAT; e (v) infratores por radar.

256. Ora, observa-se que todos os *tipos* de informações requisitados para a alimentação do SIR pela ANTT revolvem em torno do *tráfego* e da *ocorrência de acidentes* observados na via concedida. E assim se percebe que são apenas *dados parciais* de um conjunto de informações cuja prestação *já estava prevista no âmbito do contrato de concessão* celebrado em janeiro de 2014. Nesse ponto, portanto, necessário reconhecer que não houve qualquer inovação substancial dos deveres da concessionária com a implantação do SIR.

257. Reitere-se, ademais, que a Cláusula 14.3.1 do contrato de concessão foi explícita ao determinar que o envio das informações pela concessionária deveria se dar “conforme padrão mínimo determinado pela ANTT”.

258. Como já ressaltado linhas acima, a implantação do SIR ocorreu de forma gradual, como *evolução tecnológica* do *método* de prestação de informações relativas ao contrato de concessão ao seu ente fiscalizador. O caráter incremental e evolucionário do SIR foi explicitado no Ofício Circular n. 09/2018/GEFOR/SUINF (RTE 90) e no Ofício Circular n. 09/2018/GEFIR/SUINF (RTE 91), de maneira a prevenir as concessionárias quanto à inclusão futura de novos *subconjuntos* de dados e informações na nova metodologia de envio e fiscalização por parte da Agência.

259. A exposição até aqui trazida permite identificar o **SIR** como *evolução tecnológica* da forma de prestação de informações relativas ao *tráfego* e aos *acidentes* observados na rodovia concedida, compatível com as obrigações já previstas no contrato celebrado com a **Requerente**.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

260. Demonstrada, assim, que não houve inovação *quanto ao tipo* de informações requeridas da Concessionária com a implantação do **SIR**, faz-se necessário verificar se a mudança na *forma* de disponibilizar tais informações à **ANTT** implicou evento fora do risco atribuído contratualmente à Concessionária e, em caso positivo, se o respectivo impacto na equação econômico-financeira da concessão teria sido devidamente evidenciado para fins de reconhecimento e neutralização pelo Poder Concedente.

II.4.2. Os impactos do SIR no contrato de concessão.

261. Foi demonstrado linhas acima que **o SIR não impôs a prestação de informações ou dados cuja coleta e tratamento já não estivessem previstos no contrato como obrigação da Concessionária.**

262. De igual maneira, viu-se que o contrato de concessão estipulou o dever de a Concessionária manter as informações “em base eletrônica, conforme padrão mínimo determinado pela ANTT” (Cláusula 14.1) e disponível em “tempo real” para a Agência (Cláusula 14.3.1).

263. Em razão da inconveniência negocial e da impossibilidade técnica de identificar uma forma específica para a transmissão de dados, informações e relatórios coligidos pela Concessionária, o contrato acertadamente não determinou um padrão tecnológico *a priori* para tal transmissão, limitando-se, como visto, a determinar apenas sua forma *eletrônica*, sua *disponibilidade em tempo real* e o respeito a padrões mínimos a serem oportuna e periodicamente informados pela ANTT.

264. O **Programa de Exploração da Rodovia – PER**, por sua vez, trouxe outros parâmetros técnicos para orientar as concorrentes na licitação prévia na elaboração de suas propostas.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

265. Cumpre destacar inicialmente a Cláusula 3.4.1 do **PER** que tratou da obrigação da futura concessionária de estabelecer e operar um Centro de Controle Operacional – CCO. E a mencionada cláusula do PER definiu o escopo do CCO da seguinte forma:

Coordenação geral e monitoração de todas as atividades da Rodovia, mediante recebimento das informações, análise e tomada de decisões para solução dos problemas.

266. Quanto aos parâmetros técnicos a serem observados para o atendimento do escopo do CCO, o **PER** assim dispôs:

Espaço físico capaz de abrigar pessoas e equipamentos eletrônicos de comunicação que utilizem recursos de informática para processar e armazenar os dados recebidos do ambiente rodoviário e transformá-los em informações perceptíveis ao operador, tais como painel com display gráfico, monitores de vídeo, mesas e consoles de radiocomunicação, dispositivos de telefonia e de telecomunicações, além de painel eletrônico de situação.

As imagens captadas pelo sistema de CFTV deverão ser visualizadas em painéis de imagens, e permanentemente gravadas, conforme resolução específica da ANTT.

267. Mais elucidativo, contudo, é o segundo escopo descrito na Cláusula 3.4.1 do **PER**, que, ao determinar a instalação de um **Sistema de Gerenciamento Operacional no CCO**, trouxe os parâmetros técnicos a seguir destacados:

Capacidade de receber dados operacionais e físicos, processar e transformar em informações a serem distribuídas a outros sistemas, subsidiando decisões e ações em todas as atividades da Concessionária, da PRF e da ANTT.

Utilização das informações para elaboração de relatórios gerenciais sobre: fluxo de veículos (por classe e por hora), estatística de acidentes, dados de paisagem de veículos, condições meteorológicas e condições físicas da rodovia.

Todos os registros do sistema devem ser invioláveis e disponibilizados em tempo real para a ANTT.

Possibilidade de transferir dados operacionais, incluindo o SGO e as estruturas físicas para o SIG [Sistema de Informações Geográficas].

(destaques nossos)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

268. Os parâmetros técnicos acima transcritos demonstram que a Concessionária possuía a obrigação *originária* de estabelecer um sistema eletrônico capaz de coletar os dados operacionais referentes ao *fluxo de veículos*, às *estatísticas de acidentes* e aos *dados de pesagem de veículos* e transformá-los em informações a serem enviadas à ANTT, devendo ainda garantir sua acessibilidade em *tempo real* pela Agência.

269. Nesse passo, e tendo a premissa demonstrada no item precedente desta manifestação de que o SIR não inovou quanto ao tipo de informações exigidas da Concessionária, conclui-se que também a nova forma de compilação e envio de dados à ANTT se mostrou compatível com as obrigações já assumidas no contrato de concessão.

270. E, uma vez que compatível com as obrigações da **Requerente** previstas no contrato de concessão e aderente aos parâmetros técnicos gerais descritos (naturalmente de maneira genérica e sucinta, por força da necessária evolução tecnológica observada em ajuste com prazo de 30 anos) no **PER**, a implantação do **SIR não** pode ser compreendida como evento *imprevisto* ou *alheio ao risco alocado à Concessionária*.

271. Ainda quanto à forma de coleta e transmissão de dados e informações referentes à operação da rodovia concedida, o **PER** trouxe dispositivo cuja transcrição se mostra oportuna para elucidar o ponto trazido. Veja-se, nesse sentido, a descrição do **escopo do Sistema de Comunicação** a ser implantado pela **Concessionária**, previsto na **Cláusula 3.4.6 do PER**, adiante transcrita:

Implantar um sistema de comunicação, para suportar o sistema operacional da Rodovia, para atender aos serviços de atendimento emergencial, de informações, de assistência ao usuário e de guarda e vigilância patrimonial, devendo abranger toda a Rodovia e integrar os diversos serviços de forma flexível, modular e capaz de suprir as necessidades a curto, médio e longo prazo.

272. Ao identificar os parâmetros técnicos (repita-se, de maneira aberta, conforme exigido por contrato com prazo de execução de 30 anos) aplicáveis ao **Sistema de Comunicação** previsto como obrigação da concessionária, o **PER** previu o uso obrigatório de fibra óptica, como visto na transcrição a seguir:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

A fibra óptica será o principal meio de transmissão entre as instalações fixas do sistema operacional, inclusive da ANTT e da PRF.

273. Convém, ainda, transcrever outros **parâmetros técnicos para o Sistema de Comunicação** previstos na mesma Cláusula do **PER**, essenciais para a compreensão do ponto ora discutido:

O sistema de comunicação deverá atender a solicitações de dados e informações de modo geral, e servir como base e meio de integração dos sistemas de controle que serão implantados, devendo ser projetados de forma que possam servir à interconexão de equipamentos e sistemas diversos com sinais de voz, dados e vídeo.

O sistema de comunicação deverá ser dimensionado para atender aos sistemas que deverão ser implantados, abrangendo os seguintes serviços: (i) dados para PMVs [*Painéis de Mensagem Variável*]; (ii) coleta de dados de detectores de tráfego e sensores diversos; (iii) coleta de imagens de TV; (iv) praças de pedágio; (v) postos de pesagem; (vi) postos da PRF; (vii) postos da ANTT; (viii) BSOs [*Bases Operacionais*] (SAUs, etc.[*Sistema de Atendimento ao Usuário*]); (ix) CCO [*Centro de Controle Operacional*]; (x) sistema de informações aos usuários; e (xi) comunicação com viaturas.

274. Assim, os parâmetros técnicos previstos no **PER** deixaram claro que os dados e informações referentes à concessão deveriam circular por cabo de fibra óptica, cuja instalação foi indicada como obrigação da Concessionária (e, portanto, *orçada* na proposta vencedora da licitação).

275. Ocorre, contudo, que a **ANTT** identificou que as previsões originais do contrato para a extensão da rede de fibra óptica e da infraestrutura digital não seriam suficientes para o trânsito de dados requeridos para a implantação do **SIR**.

276. De fato, no Parecer Técnico n. 225/2017/GEINV/SUINF (RTE 96), a **ANTT** reconheceu que a consolidação em meio digital de todas as informações até então enviadas pelas concessionárias em decorrência da implantação do **SIR** demandaria uma conexão *física* entre agentes espalhados pelo país, assim como a contratação de disponibilidade de conexões lógicas (*links* de dados) para seu envio à Agência.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

277. E, mais importante, foi reconhecido que a **expansão da rede física de fibra óptica** na medida necessária à implantação do SIR representaria incremento em obrigação da concessionária. Veja-se, nesse sentido, trecho relevante do documento acima identificado:

“Da análise das previsões contratuais supratranscritas, verifica-se que a implantação de fibras ópticas nas rodovias é obrigação comum aos diferentes contratos de concessão sob a tutela da ANTT. No entanto, ressalta-se que tal obrigação se restringe à disponibilização desses elementos apenas nos respectivos trechos concedidos e, na maioria das vezes, com a finalidade exclusiva de atendimento às necessidades operacionais das próprias concessões.

278. De forma coerente, a **ANTT reconheceu** o impacto do incremento nas obrigações da **Concessionária** quanto à ampliação da estrutura física de fibra óptica e da disponibilização de *links* de dados para a implementação do **SIR** no equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Trata-se de medida tomada no âmbito dos processos referentes às revisões tarifárias pertinentes, sendo a última aquele ocorrido com a 4ª Revisão Ordinária e a 8ª Extraordinária da tarifa básica de pedágio, conforme visto no excerto da Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR (RTE 102) a seguir transcrito:

“164. Considerando o exposto acima, apresentasse a adequação do cronograma financeiro da concessão para a inclusão dos custos com instalação de equipamentos e sistema para a operação do SIR e manutenção por 5 anos, de acordo com o proposto pela COFOR/GEFIR, conforme Tabela a seguir. (...)”

279. Nesse ponto, é de se ressaltar que **inclusive os custos administrativos referentes ao incremento nas obrigações contratuais pela implantação do SIR foram reconhecidos pela ANTT, havendo sido incluídos no âmbito do processo referente à 4ª RO e 8ª RE.**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

280. Ocorre, contudo, que a **Requerente** questiona o fato de o reconhecimento das despesas com a manutenção do *link* de dados pela ANTT não se referir a *todos os anos remanescentes* da concessão.

281. Ora, da mesma forma que o **SIR** se deu como *inovação* tecnológica na forma de prestação de informações pelas concessionárias à **ANTT**, não se pode ignorar a possibilidade de alterações técnicas nos próximos anos de execução dos serviços concedidos. E, nesse diapasão, não faz qualquer sentido reconhecer desde já custos *eventuais e futuros* para a composição tarifária da **Requerente** até o fim da concessão.

282. Atuando de forma prudente, a **ANTT** reconheceu cobertura tarifária para os custos com manutenção de *links* de dados para os próximos 10 (dez) anos da concessão, sem prejuízo, claro, de futuras revisões tarifárias eventualmente necessárias.

283. De fato, **não há sentido em se reconhecer antecipadamente custo futuro que pode não vir a se concretizar por força de mudança tecnológica**, nem se deve ignorar a probabilidade de diminuição sensível dos custos de manutenção de *links* de dados nos próximos **10 (dez) anos**.

284. Em verdade, a prevalecer o entendimento da **Requerente** quanto ao reconhecimento antecipado dos custos de manutenção do *link* de dados até o final do contrato neste momento, os usuários dos serviços delegados pagariam mais que o dispêndio da concessionária, que estaria tendo ganhos financeiros não previstos na equação econômico-financeira original.

285. Se é, de fato, possível, que o inverso também possa ocorrer, embora muito menos provável, deve ser reconhecido que eventual aumento dos custos até o final do contrato pode ser objeto de revisões tarifárias junto à **ANTT**, de forma a neutralizar adequadamente eventual impacto sobre a sustentabilidade financeira da concessão.

286. Assim expostos os fatos, **torna-se incontornável o reconhecimento de que:**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

(a) a implementação do SIR não impôs obrigações *qualitativamente* novas às concessionárias, mas representou evolução tecnológica na *forma* de cumprimento de deveres já previstos no contrato de concessão;

(b) o impacto decorrente da implantação do SIR nas previsões de infraestrutura *física e lógica* nos custos para a coleta, tratamento e envio de informações das concessionárias à ANTT foi reconhecido nas revisões tarifárias pertinentes; e

(c) o reconhecimento dos custos com a manutenção de *links* de dados pela REQUERENTE pelos próximos 10 (dez) anos e não por todo o prazo remanescente da concessão se mostra legal, nem preclui futuro e eventual direito a pedido de revisão tarifária, caso se demonstre desequilíbrio em relação ao seu planejamento inicial.

287. E, diante de tais comprovações, impõe-se o reconhecimento da improcedência do pedido da **Requerente** quanto ao ponto.

II.5. Aumento do Limite de Peso Bruto por Eixo (Lei nº 13.103/2015)

288. Alega a requerente ter sofrido desequilíbrio em seu contrato em razão do aumento do limite de peso bruto por eixo trazido pela Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015.

289. Inicialmente, cabe deixar claro ser **incontroverso** que: (1) a edição da Lei nº 13.103/2015 trouxe sim um desequilíbrio ao contrato; (2) a **ANTT** reconheceu esse desequilíbrio administrativamente; (3) a **ANTT** já procedeu ao reequilíbrio desse contrato provisoriamente; num primeiro momento, valendo-se de estudo elaborado pelo DNIT; em seguida, nos termos do Acórdão 290/2018-Plenário do TCU (R-84).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

290. O reequilíbrio foi promovido inicialmente, na **4ª Revisão Extraordinária**, no montante de **R\$ 590.373.069,73 (quinhentos e noventa milhões trezentos e setenta e três mil sessenta e nove reais e setenta e três centavos)** e posteriormente ajustado, na **6ª Revisão Extraordinária**, com redução de (-) **R\$ 498.133.874,01 (quatrocentos e noventa e oito milhões cento e trinta e três mil oitocentos e setenta e quatro reais e um centavo)**, conforme tabela abaixo (extraído da Nota Informativa SEI N° 246/2020/NAM/DG/DIR, doc. R-59):

Objeto do Reequilíbrio	RE	Documentos de Análise	Montante Reequilibrado	Impacto na TBP	Ano do Reequilíbrio
Aumento dos custos de manutenção do pavimento em decorrência do inciso II do artigo 16 que alterou a tolerância máxima para 10% dos limites de peso por eixo de veículos de carga	4ª	(Nota Técnica nº 039/2016/GEINV/SUINF, de 18/10/2016), (Nota Técnica nº 211/2016/GEROR/SUINF, de 25/11/2016), (Resolução nº 5.236, de 14/12/2016).	(+) R\$ 590.373.069,73 (estimado)	(+) 14,15%	2016
	6ª	(Memorando nº 825/2017/GEINV/SUINF, de 23/08/2017 (Nota Técnica nº 167/2017/GEROF/SUINF, de 24/08/2017 (Resolução nº 5.410, de 31/08/2017) (Ofício nº 0382/2017-TCU/SeinfraRodoviaAviação, de 08/08/2017)	(-) R\$ 498.133.874,01	(-) 7,68%	2017

291. O **ponto de divergência reside na metodologia** a ser utilizada para cálculo do reequilíbrio que será concedido em definitivo. Trata-se de tema complexo e que vinha sendo desenvolvido pela Agência em conjunto com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

292. Finalizados recentemente os estudos promovidos por aquela Universidade, a **ANTT** tem trabalhado na definição de uma metodologia adequada a tratar o problema de forma definitiva.

293. Não se pode, contudo, delegar ao próprio regulado a prerrogativa de regular o contrato em seu favor.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

294. A título ilustrativo, conforme Nota Informativa SEI N° 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59), a **Requerente** havia proposto reequilíbrio no montante de **R\$ 2.353.651.413,79 (três bilhões trezentos e cinquenta e três milhões seiscentos e cinquenta e um mil quatrocentos e treze reais e setenta e nove centavos)**. Esse valor cobriria os custos adicionais de manutenção do pavimento em decorrência.

295. Para se ter uma ideia do **absurdo e da desproporcionalidade** do pleito da **Requerente**, para todo o período vigência contratual, ou seja, para **30 (trinta) anos** de contrato, o **EVTEA** previu o montante de **R\$ 1.830.271.158,28 (um bilhão oitocentos e trinta milhões setecentos e setenta e um mil cento e cinquenta e oito reais e vinte e oito centavos)**. Esse valor, repita-se, para cobrir **todos os investimentos de recuperação e manutenção do pavimento em trinta anos** é bem **inferior ao pedido pela Requerente** para cobrir **apenas o incremento de custos** decorrente da alteração da margem de tolerância de **5% (cinco por cento) para 10% (dez por cento)**. E mais, esses custos adicionais seriam suportados somente no período de início de vigência da lei até o término do contrato.

296. Inclusive, a nosso sentir, o tema sequer poderia ser tratado no âmbito de processo arbitral, porque envolveria a necessidade de que este Tribunal subtraísse a competência legal da **ANTT** para regular o contrato e, por consequência, definir a metodologia de quantificação do desequilíbrio decorrente de fato do príncipe de maneira geral e isonômica a todos os concessionários. O direito de regular é claramente **indisponível** e indelegável, portanto, **inarbitrável**.

297. Segundo, por uma questão de ordem prática, afigura-se inviável tratar um tema tão complexo, sobre o qual tem se debruçado a Agência há anos, em uma simples perícia de engenharia ou algo do gênero.

298. Para que se tenha ideia do nível de **complexidade** do tema, convidamos este Tribunal a analisar a Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (R-85), estudo que busca construir uma metodologia adequada ao reequilíbrio do contrato. A



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

título ilustrativo, o projeto envolve **07 (sete) profissionais**, dos quais **03 (três) professores doutores da UFRS**, e outros **04 (quatro)** também com vasto currículo.

299. Ademais, já foram gastos recursos para desenvolvimento do estudo recém entregue.

300. Outro ponto a se considerar é que, muito provavelmente antes do término da presente arbitragem, já terá sido definida a melhor forma de aplicação das conclusões desse estudo na quantificação dos impactos nos custos de manutenção do pavimento em decorrência desse aumento do limite de tolerância de peso.

301. Diante do exposto, especificamente quanto a esse tema, propugna a ANTT que este Tribunal o declare como inarbitrável, pelo menos neste momento em que não há decisão definitiva da Agência.

302. Subsidiariamente, julgando-se competente para apreciar o mérito da matéria, caso tida como arbitrável – o que se argumenta apenas em prestígio à eventualidade – roga-se que afaste qualquer proposta de metodologia unilateral pretendida pela **Requerente**, preservando a prerrogativa da ANTT de desenvolver e aplicar sua própria metodologia, a partir dos estudos conduzidos junto à **UFRS**.

II.6. Instrução Normativa RFB nº 1.731/2017

303. A **Requerente** identificou como evento de desequilíbrio a adaptação de suas atividades às exigências trazidas pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 1731, de 22 de agosto de 2017.

304. O ato regulamentar em questão dispôs sobre a emissão de documento fiscal pelas concessionárias de rodovias e estabeleceu a obrigatoriedade da emissão e armazenamento eletrônico do documento fiscal relativo às suas receitas em todo o país a partir de 01 de janeiro de 2018.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

305. Tratou-se, nesse sentido, de modificação de obrigação tributária acessória imposta pela Administração Pública Federal direta a toda uma categoria de contribuintes.

306. Segundo alegou a **Requerente**, a adequação de suas atividades à mencionada IN n. 1731, de 2017, haveria acarretado custos não previstos no contrato celebrado ou no Plano de Exploração da Rodovia – PER, e, por conseguinte, implicou desequilíbrio na equação econômico-financeira da concessão outorgada.

307. Nesse sentido, a Requerente identificou os custos de adaptação ao novo ato da RFB como risco atribuído ao Poder Concedente e, portanto, solicitou sua consideração pela ANTT no cálculo da **3ª Revisão Ordinária** da Tarifa Básica do Pedágio, ocorrida em 2018 (p. 32-34 da Carta CNB-DIR 0148/2018 - RTE 86).

308. A **Requerente** alegou, nada obstante, que seu pleito de reequilíbrio não haveria sido deferido pela ANTT no julgamento da **3ª Revisão Ordinária** e **7ª Revisão Extraordinária** da tarifa de pedágio efetivada pela Deliberação n. 628/2018 da Diretoria Colegiada da Agência (RTE 31), fato qualificado como contrário ao contrato celebrado e à legislação aplicável.

309. Sobre o ponto específico, é preciso ressaltar que **não é verdadeira a afirmativa de que a ANTT haveria indeferido o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro** referente aos custos de adaptação à IN RFB n. 1.731, de 2017, como afirmado.

310. Em verdade, **o pedido formulado não foi examinado conclusivamente no processo relativo à 3ª RO e 7ª RE por deficiência instrutória, uma vez que não foi apresentado o projeto executivo para a modificação do PER**, tal como exigido pela Resolução ANTT n. 1.187, de 09 de novembro de 2005 (R-86).

311. De fato, ao analisar o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, a Gerência de Fiscalização de Investimentos em Rodovias da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária – GEFIR/SUINF da ANTT foi expressa ao identificar que, caso



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

deferido, o pedido da **Requerente** seria operado por meio de fluxo de caixa marginal, de acordo com a citada Resolução ANTT n. 1.187, de 2005 (R-86).

312. E, visando atender ao procedimento administrativo previsto no ato regulatório da Agência, a GEFIR/SUINF requisitou à **Requerente** o Projeto Executivo das alterações ao PER decorrentes da implementação das medidas exigidas pela IN RFB n. 1.731, de 2017.

313. Veja-se, a propósito, o trecho relevante do Ofício n. 158/2018/GEFIR/SUINF (RTE 133), enviado à **Requerente** em 18 de junho de 2018:

“Considerando que os investimentos são incorporados ao Programa de Exploração da Rodovia (PER), via fluxo de caixa marginal, mediante análise e a aprovação dos projetos executivos, conforme previsto no artigo 22 da Resolução ANTT n.1.187/2005, no Capítulo VI - Das Alterações do Programa de Exploração. (...)”

Solicitamos a apresentação do projeto executivo e orçamento referente à implantação das melhorias relacionadas na Carta CNB DIR 0482/2018, cujo escopo das intervenções propostas deverá estar devidamente [*sic*] justificada”.

314. Ocorre, contudo, que a **Requerente** não atendeu de forma tempestiva o pedido de instrução processual acima indicado, razão pela qual seu pleito não foi apreciado pela Diretoria Colegiada da ANTT na Deliberação n. 628/2018 (R-87) sobre a **3ª Revisão Ordinária e a 7ª Revisão Extraordinária** da Tarifa Básica de Pedágio – TBP.

315. A omissão da **Requerente** em instruir corretamente seu pedido de reequilíbrio permaneceu inclusive quando do processo relativo à **4ª Revisão Ordinária e à 8ª Revisão Extraordinária**, transcorrido durante o ano de 2019. Isso porque, ao apresentar seu pleito em 08 de fevereiro de 2019 por meio do Ofício CNB DIR 0092/2019 (RTE 75), a **Requerente** escolheu não atender à demanda feita anteriormente por meio do Ofício n. 158/2018/GEFIR/SUINF (RTE 133), e não apresentou o projeto executivo das obras realizadas para o atendimento da IN RFB n. 1.731, de 2017.

316. Trata-se, a bem da verdade, de omissão admitida nas próprias alegações iniciais do presente processo arbitral, como visto na transcrição do trecho a seguir trazido:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

“773. Apesar de não ser exigível a apresentação de projeto executivo para a efetuação do reequilíbrio em decorrência do evento de desequilíbrio descrito nesta seção, a **Concessionária optou por elaborá-lo, encontrando-se o documento em anexo à presente peça** (RTE 134), demonstrando sua boa-fé nas interações com a agência e sua disposição em buscar resolver eventuais divergências”.

(destacamos)

317. Veja-se, portanto, que a **Requerente** reconhecidamente não apresentou o projeto executivo solicitado pela GEFIR/SUINF em junho de 2018 (RTE 133) nos processos de revisão tarifárias nos anos de 2018 e 2019, mas apenas após a instauração do presente processo arbitral.

318. Pretendeu, ademais, convencer este Tribunal de que a exigência do projeto executivo feita pela GEFIR/SUINF em 2018 como requisito para análise de seu pedido de reequilíbrio não encontraria respaldo na **Resolução ANTT n. 1.187, de 2005** (R-86). Alegou, para tanto, que o mencionado ato regulatório se aplicaria apenas a “obras previstas no PER”, não sendo este o caso das inovações determinadas pela Instrução Normativa RFB n. 1.731, de 2017. Aduziu, de igual modo, que a mesma resolução da ANTT dispensaria a apresentação de projetos executivos de “obras de pequeno porte”.

319. Sucede, contudo, que os dois argumentos utilizados pela **Requerente** não se mostram compatíveis com o texto normativo em questão, como se comprova sucintamente a seguir.

320. Em primeiro lugar, o parágrafo único do art. 3º da multicitada **Resolução ANTT n. 1.187, de 2005** (R-86) exige anuência prévia da **ANTT** para qualquer alteração do **PER** original, sem distinguir entre as decorrentes de proposta autônoma da concessionária daquelas necessárias ao atendimento de imposições legais ou administrativas, como é o caso ora examinado.

321. Veja-se, a propósito, a redação do dispositivo citado:

Art. 3º A concessionária executará as obras e os serviços que constarem do Programa de Exploração e que tiverem seu início autorizado pela ANTT.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Parágrafo único. Eventuais modificações no Programa de Exploração para inclusão, exclusão ou alteração de obras e serviços, em caráter excepcional ou em regime de urgência, dependem de prévia autorização da Diretoria da ANTT.

322. A mesma Resolução ANTT n. 1.187, de 2005 prevê que, uma vez aprovada a proposta de alteração do **PER**, a **Concessionária** deverá apresentar o respectivo projeto executivo, a fim de que seus custos possam ser considerados para as revisões tarifárias seguintes. É o que dispõe seu parágrafo único do artigo 21, cuja redação é a seguir trazida:

Art. 21. As propostas de alteração no Programa de Exploração, apresentadas pela Concessionária, deverão conter Projeto Básico, suas justificativas e avaliação dos custos e benefícios, considerados os requisitos indicados no Anexo IV desta Resolução.

Parágrafo único. Após autorizada pela ANTT a alteração no Programa de Exploração, a concessionária deverá apresentar **Projeto Executivo**, cujo custo de elaboração será considerado em futura revisão.

(destaques nossos)

323. Percebe-se, portanto, que, ao contrário do que pretende fazer crer a **Requerente**, a regra geral quanto às modificações *de qualquer natureza* no PER é a exigência de apresentação de projeto executivo. Cumpre examinar, mesmo brevemente, o argumento secundário trazido em suas alegações iniciais, qual seja, o da suposta *dispensa automática* do projeto executivo em casos de “obras de pequeno porte” decorrentes de alteração no PER.

324. A propósito, convém transcrever a seguir o disposto no artigo 14, § 2º, da Resolução ANTT n. 1.187, de 2005:

Art. 14. Para execução das obras constantes do Programa de Exploração, a concessionária deverá encaminhar à ANTT o Projeto Executivo, conforme previsto no Anexo I, com antecedência de sessenta dias da data de início prevista no Planejamento Anual para sua execução.

§1º O Projeto Executivo apresentado para determinada obra não deverá extrapolar os valores dos itens previstos no Programa de Exploração.

§2º A ANTT poderá dispensar a apresentação do Projeto Executivo para obras de pequeno porte, não alcançadas pelo disposto no art. 27, mediante solicitação fundamentada da concessionária.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

325. A leitura do *caput* do dispositivo transcrito revela imediatamente sua impertinência à matéria aqui discutida. O art. 14 incide sobre “obras constantes do Programa de Exploração”, e o *fundamento* do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro levado inicialmente à ANTT e ora trazido ao presente procedimento é *precisamente* a execução de obras *não previstas* no PER originalmente aceito pela Concessionária. Assim, qualquer suposta dispensa automática de projeto executivo para “pequenas obras” eventualmente trazida pelo § 2º do art. 14 não se aplicaria a obras não previstas no PER, como inequivocamente é o caso.

326. Ocorre que, mesmo se fosse aplicável às obras não previstas no PER tornadas necessárias em função da IN RFB n. 1.731, de 2017, o § 2º do art. 14 acima transcrito não teria a consequência invocada pela **Requerente** em suas alegações iniciais.

327. De fato, o dispositivo é claro ao conceder a ANTT uma competência *discricionária* (“poderá dispensar a apresentação”), não conferindo à Concessionária qualquer direito subjetivo quanto à dispensa do projeto executivo exigido como *regra geral*.

328. Desse modo, e tendo-se em conta que o Ofício n. 158/2018/GEFIR/SUINF (RTE 133) foi expresso ao solicitar o projeto executivo, *se* fosse o caso de se entender cabível a aplicação do citado § 2º do art. 14 da Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, *seria* forçoso concluir que a Agência julgou não conveniente dispensar a apresentação do documento, atuando de acordo com a discricionariedade prevista na norma.

329. Assim compreendidos os fatos, constata-se de maneira inequívoca *mora* da **Requerente** em cumprir seu ônus de instruir o pleito administrativo de reequilíbrio com documentos exigidos pelo regulamento aplicável, não havendo que se falar em qualquer ilegalidade praticada pela ANTT no caso concreto.

330. Por conseguinte, torna-se igualmente inequívoco que a ANTT não deu causa à instauração da arbitragem quanto ao ponto específico ora discutido, não devendo,



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

portanto, arcar com as respectivas despesas processuais, razão pela qual devem estas últimas ser alocadas integralmente à responsabilidade da **Requerente**.

II.7. Elevação da Alíquota da CIDE Combustíveis

331. A **Requerente** indicou o não reconhecimento dos impactos da edição do Decreto n. 8.395, de 28 de janeiro de 2015, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT no processo administrativo relativo à **1ª Revisão Ordinária** e à **3ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio – TBP** como evento de desequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão.

332. O decreto em questão majorou as alíquotas da **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE** sobre combustíveis, levando-as ao patamar de **R\$ 50,00 (cinquenta reais)** por metro cúbico de óleo diesel e de **R\$ 100,00 (cem reais)** de gasolina, com efeitos financeiros a partir de **1º de junho de 2015**.

333. Ressaltou, nesse sentido, que a proposta vencedora da licitação para a outorga da concessão foi formulada sob a vigência do Decreto n. 7.764, de 22 junho de 2012, que previa alíquota específica da **CIDE** no montante de 0 (zero), tanto para o óleo diesel como para a gasolina.

334. Defendeu, nesse sentido, que a alteração tributária ocorrida foi fato na esfera de risco atribuída ao Poder Concedente pela a matriz estipulada na cláusula 21.2.5 do contrato de concessão celebrado.

335. Salientou, ainda, haver solicitado de forma genérica o reequilíbrio econômico-financeiro de seu contrato para fazer frente à alteração tributária citada por meio da carta CNBDIR 0182/2016 (RTE 64), complementada pela carta CNBDIR 0217/2016 (RTE 65).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

336. A **Requerente** afirmou, todavia, que seu pedido de recomposição tarifária foi rejeitado supostamente por três argumentos distintos, a saber (i) o fato de a variação do custo de combustível (gasolina e diesel, no que interesse ao caso em discussão) ser componente relevante do **IPCA**, índice inflacionário utilizado nos reajustes anuais da TBP; (ii) a suposta natureza não tributária da CIDE, que afastaria a incidência da citada cláusula 21.2.5 do contrato de concessão; e (iii) a suposta ocorrência de preclusão no caso concreto, uma vez que a **Requerente** não haveria solicitado a recomposição tarifária à **ANTT** na primeira oportunidade após a ocorrência do fato alegadamente desestabilizador.

337. Entendendo-se, portanto, lesada em direito garantido pela legislação aplicável às concessões de serviços públicos e por cláusula contratual expressa, formulou pleito no sentido de obrigar a **ANTT** a considerar o impacto da alteração tributária a partir do ano de 2015.

338. De início, é preciso retificar afirmação da Requerente no que toca aos fundamentos para o indeferimento de seu pedido de reequilíbrio econômico-financeiro por decorrência de majoração de alíquota da CIDE ocorrida em janeiro de 2015 (com efeitos financeiros a partir de junho do mesmo ano).

339. Em verdade, distintamente do afirmado nas alegações iniciais, a **ANTT** rejeitou o pleito de reequilíbrio originalmente sob o fundamento de que o **IPCA** já captaria de forma adequada a variação do preço dos combustíveis observada em decorrência do aumento da CIDE.

340. Nesse sentido, veja-se o trecho relevante do Ofício n. 087/2016/GEROR/SUINF (RTE 66), documento que comunicou a posição da área técnica da Agência sobre o impacto da majoração da CIDE na equação econômico-financeira da concessão:

“11. Com relação ao pleito da concessionária, cabe afirmar que a incidência da Cide na gasolina e no óleo diesel tem efeito expressivo e direto no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – **IPCA**, que é o índice utilizado como base para atualização monetária da Tarifa de Pedágio.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

12. O IPCA é composto por grupos de produtos e serviços, o grupo Transportes (que monitora, além de outros itens, a variação de preços de combustíveis), tem a segunda maior participação na composição do IPCA, com peso de 20,54%. O grupo Alimentação e bebidas apresenta a maior participação com 23,12%.

13. Dessa forma, a variação de preços da gasolina e do óleo diesel já está contida no IPCA, utilizado como base para atualização monetária da Tarifa de Pedágio. Também deve-se considerar que o contrato de concessão é de longo prazo, e que o aumento de combustíveis, durante os 30 anos de concessão é plenamente previsível.

14. Assim, não caberá o reequilíbrio tarifário em função do aumento dos preços de combustíveis devido à majoração da CIDE.”

341. Como reconhecido pela **Requerente** no parágrafo 780 de suas alegações iniciais, o citado Ofício n. 087/2016/GEROR/SUINF foi utilizado como fundamento tanto pela Nota Técnica n. 103/2016/GEROR/SUINF (RTE 135) quanto pelo Voto n. 136/2016 (RTE 68), que por sua vez fundamentaram a decisão da Diretoria Colegiada da ANTT na decisão da 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária da TBP (Resolução ANTT n. 5.142/2016 - RTE 69).

342. Assim, é preciso ressaltar que em momento algum dos documentos citados se encontra referência à natureza não-tributária da **CIDE** ou à suposta ocorrência de preclusão.

343. De fato, também como admitido pela **Requerente** em suas alegações iniciais, os pontos mencionados no parágrafo precedente (natureza da CIDE e preclusão) foram trazidos à tona apenas no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e da 5ª Revisão Extraordinária da TBP, no ano de 2017, após o julgamento original do pleito no processo referente às revisões tarifárias ocorridas em 2016.

344. No decorrer do processo relativo à 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – PF/ANTT foi provocada em processo *alheio ao pedido da ora REQUERENTE* (como de fato admitido por esta última no parágrafo 781 de suas



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

alegações), produzindo, em resposta à indagação da área técnica da Agência, o Parecer nº. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (RTE 136).

345. Em sua manifestação, a PF/ANTT ressaltou, de modo expresse, que o fenômeno do desequilíbrio econômico-financeiro é fático, e não propriamente jurídico, cabendo à área técnica da Agência aferir, no caso concreto e segundo os parâmetros regulatórios em vigor, sua ocorrência.

346. De igual maneira, ainda que sem se manifestar sobre o caso concreto levado ao seu conhecimento (que, ressalte-se, não era o da ora **Requerente**), a PF/ANTT indicou a possibilidade em tese de a variação da alíquota da **CIDE** ocasionar desequilíbrio em contratos de concessão.

347. Veja-se, contudo, que, distintamente do afirmado pela **Requerente**, a PF/ANTT não se posicionou no sentido de não ser a **CIDE** *tributo*. Atente-se, nesse passo, à ressalva expressada no Despacho n. 04485/2017/PF-ANTT/OGF/AGU (fl. 21 do RTE 136):

“Cabe, todavia, ressalvar que as contribuições sociais (PIS e CONFINS), bem como as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE-Combustíveis) **têm sim natureza tributária**, conforme bem sintetiza o seguinte precedente do Supremo TRIBUNAL Federal (...)”.

(destaques apostos)

348. Dessa forma, fica demonstrado o equívoco da **Requerente** ao indicar que seu pleito haveria sido indeferido sob o argumento de que a **CIDE** *não* seria tributo e, portanto, sua eventual majoração não poderia, ainda que em tese, ser eventualmente considerada como evento de desequilíbrio. Maior equívoco cometeu a **Requerente** ao imputar à Procuradoria Federal junto à ANTT a autoria de tal tese, como sobejamente se comprova com a simples leitura do Parecer n. 00573/2017/PF ANTT/PGF/AGU tal como aprovado pelo Despacho n. 04485/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fl. 21 do RTE 136).

349. Feito o esclarecimento, cabe examinar os outros dois argumentos supostamente utilizados pela **ANTT** para indeferir o pleito de reequilíbrio em decorrência na



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

modificação da alíquota da **CIDE**, operada pelo Decreto n. 8.395, de 2015, alvos da irresignação da **Requerente**.

350. O primeiro já foi brevemente mencionado linhas acima, e diz respeito à captação dos efeitos da variação da alíquota da **CIDE** sobre os preços de combustíveis pelo **IPCA**, índice de reajuste contratual da TBP.

351. O ponto foi, como dito, examinado pela área técnica responsável da ANTT por meio do Ofício n. 087/2016/GEROR/SUINF (RTE 66), cujo trecho relevante foi já acima transcrito.

352. Como se sabe, o contrato de concessão celebrado com a **Requerente** teve como objeto a outorga da “exploração da infraestrutura e da prestação de serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço” de trechos de rodovias federais, como visto em sua cláusula 2.1.

353. Para custear a exploração dos serviços, a Concessionária é autorizada a cobrar tarifa dos usuários da rodovia, nos moldes e limites definidos pelo contrato e por atos regulatórios da ANTT, ente regulador do setor econômico e gestora do contrato em nome do Poder Concedente.

354. Ora, dentre os custos decorrentes da execução do contrato, encontra-se a operação de veículos pela **Requerente** para a prestação de socorro aos usuários da rodovia, bem como para a realização de atividades acessórias ou secundárias em relação ao objeto da concessão. Os veículos utilizados em tais atividades são (ou *podem ser*, já que não há previsão legal ou contratual que assim demande⁶) movidos por meio de gasolina e óleo diesel.

⁶ As definições trazidas no contrato de concessão celebrado ou no PER nada dizem sobre o combustível a ser utilizado pelos veículos operados pela concessionária. Podem, assim, ser movidos por álcool ou possuírem motores elétricos, por exemplo. E em ambas hipóteses a variação da alíquota da CIDE sobre gasolina ou diesel lhe seriam rigorosamente inconsequentes do ponto de vista econômico-financeiro.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

355. Desse modo, o preço da gasolina e do óleo diesel é *um dos custos* associados à exploração do serviço público concedido, assim como o é o preço da energia elétrica fornecida para a operação do Centro de Controle Operacional da concessionária ou o preço do papel utilizado para imprimir documentos referentes à sua atividade administrativa.

356. E, por certo, a modelagem contratual adotada na 3ª Etapa do PROCROFE na qual se insere o contrato da Requerente, não admite que qualquer variação nos custos associados à prestação do serviço delegado implique aumento automático na tarifa praticada, sob pena de negar validade ao sistema de determinação da tarifa do serviço público *pelo preço da proposta e das regras contratuais*, estabelecido pelo art. 9º, da Lei n. 8.987/1995, cuja redação é adiante rememorada:

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.

357. A **Requerente** afirmou em suas alegações que a variação na alíquota da CIDE seria *por si só* um evento de desequilíbrio para a equação econômico-financeira da concessão, invocando a aplicação imediata do disposto no § 3º do art. 9º da Lei de Concessões e da cláusula 21.2.5 do contrato celebrado.

358. Veja-se, contudo, o que dizem os dispositivos legal e contratual aduzidos, respectivamente:

Lei n.º 8.987/1995

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.

(...)

§3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta,



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Contrato de Concessão

21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...)

21.2.5 alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, **que alterem a composição econômico-financeira da Concessão**, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda;

(grifos nossos)

359. De logo, percebe-se que os dispositivos em comento demandam comprovação do impacto da alteração tributária sobre o equilíbrio da concessão, não bastando a simples alegação de sua ocorrência. A ressalva de que *apenas se recompõe equilíbrio comprovadamente abalado*, conquanto aparentemente autoexplicativa, faz-se necessária diante do pleito da **Requerente**.

360. De fato, no pedido de recomposição feito no bojo do processo administrativo referente à 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária da TBP, a ora REQUERENTE se limitou a indicar a variação da alíquota da CIDE e solicitar seu reconhecimento na tarifa revisada com base nos dispositivos legal e contratual acima citados. A “prova” do impacto na equação econômico-financeira da concessão se limitou à colação de notas fiscais de compra de combustível trazidas junto com a carta CNBDIR 0217/2016 (RTE 65).

361. Ora, comprovar o custo de determinada alteração legislativa em alguma atividade referente à prestação do serviço delegado não equivale a comprovar a ocorrência de desequilíbrio da concessão, como expressamente advertiu o Tribunal de Contas da União em precedente de que se extraiu o excerto a seguir transcrito⁷:

⁷ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n. 7.249/2016. Processo n. 026.884/2010-0. Relatora Mina. Ana Arraes. Brasília, 14 de junho de 2016.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

“Notas fiscais de fornecedores da contratada são insuficientes, por si sós, para caracterizar qualquer uma das hipóteses legais para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução ou, ainda, caso de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe), que deve estar demonstrada por meio da quantificação dos efeitos que extrapolaram as condições normais de execução e prejudicaram o equilíbrio global do contrato”.

362. Desse modo, mais do que simplesmente alegar a ocorrência da variação de alíquota do tributo como evento de desequilíbrio, caberia à Concessionária comprovar seu impacto na equação econômico-financeira da concessão. É de se ressaltar, ademais, que **a ora Requerente não opera concessão de serviços de transporte rodoviária de passageiros, em que o preço de combustível é fator primordial na atividade outorgada, mas serviços de exploração de infraestrutura rodoviária, em que o peso do custo de combustível na ordem geral do contrato decerto não é tão relevante.**

363. De qualquer maneira, é fato incontroverso (e relevante, como adiante se enfatizará) que o pleito da ora **Requerente** foi examinado pela ANTT e indeferido em 2016, sob o argumento de que o impacto do aumento no custo do combustível em decorrência da variação de alíquota da CIDE já haveria sido captado na variação do IPCA utilizado no reajuste anual da TBP.

364. Nesse passo, entendeu a Agência, com argumentos técnico-financeiros, que a variação de um dos custos associados à exploração dos serviços concedidos já estaria devidamente neutralizada pela aplicação de índice de reajuste ordinário, não identificando impacto capaz de caracterizar desequilíbrio da concessão (cujo ônus de prova não se desincumbiu a Concessionária).

365. Desse modo e em conclusão quanto ao ponto, pode-se afirmar que

- (i) a alteração tributária sobre um dos custos associados à exploração dos serviços concedidos não implica por si só desequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

(ii) a prova do impacto da alteração é ônus da Concessionária, não bastando para reconhecimento de seu pleito a mera juntada de notas fiscais (que comprovam o custo, mas não seu impacto no equilíbrio da concessão); e

(iii) o reajuste ordinário promovido pela aplicação de índice contratual serve para neutralizar variações de custos ocorridas no período precedente, sempre que não comprovado evento de desequilíbrio pela Concessionária.

366. Assim compreendida a questão quanto ao indeferimento do pedido de recomposição tarifária da **Requerente** em 2016, resta apenas demonstrar o equívoco desta última em sua compreensão quanto ao argumento da preclusão da matéria nos anos subsequentes.

367. Tal como já salientado, a Concessionária não demonstrou que a alteração da alíquota da CIDE em 2015 se configurou como evento de desequilíbrio da concessão, nem que seus eventuais efeitos não haveriam sido devidamente neutralizados pela aplicação do índice de reajuste contratual já em 2016.

368. Ocorre que, nada obstante, a ora **Requerente** tem demonstrado sua irrisignação constante com a decisão proferida pela autoridade administrativa de última instância para a apreciação do caso, qual seja, a Diretoria Colegiada da **ANTT**.

369. De fato, como confessado em suas alegações iniciais, a ora **Requerente** tem insistido no *mesmo pleito já indeferido* pela ANTT em todos os processos de revisão tarifária subsequentes ao de 2016, como se vê na transcrição de sua peça a seguir trazida:

“783. Apesar de ser evidente o direito da Concessionária de obter o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão – principalmente porque os argumentos apresentados pela Procuradoria estão equivocados – a Nota Técnica 098/2017/GEROR/SUINF deu origem ao Voto DMR 066/2017 (RTE 73) e, subsequentemente, à Resolução 5.363/2017 (RTE 74), aprovando a 2ª RO e a 5ª RE novamente sem que fosse implementado o reequilíbrio quanto a esses custos.

784. Consequentemente, a Concessionária **pleiteou novamente** o reequilíbrio no âmbito da **3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária**, na CNB-DIR 0148/2018 (RTE 86) - cuja revisão tarifária foi implementada segundo o



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Voto DSL 239/2018 (RTE 87) e a Deliberação 628/2018 (RTE 31) sem a devida implementação do reequilíbrio – e **4ª Revisão Ordinária e da 8ª Revisão Extraordinária** por meio da CNB-DIR 0092/2019 (RTE 75), contra-argumentando as justificativas da ANTT para negativa anterior do pleito, em especial o argumento da procuradoria federal de que haveria preclusão do direito da Concessionária. Da mesma forma que nas revisões anteriores, o pleito não foi incluído no reequilíbrio considerado no Voto DMV 249/2019 (RTE 46) e na Deliberação 964/2019 (RTE 46)”.
(grifamos)

370. Sucede que a irresignação da Concessionária não se mostra condizente com as regras atinentes ao devido processo legal e à segurança jurídica.

371. De fato, percebe-se que a ora **Requerente** não trouxe qualquer fato novo em seus pleitos pós 2016, simplesmente escolhendo insistir em argumentos já apreciados e rejeitados pela órgão máximo da ANTT em seu pleito originário. Não indicou em 2017, 2018 ou 2019 *novo impacto*, mas procurou simplesmente *rediscutir* matéria já decidida em 2016, numa atitude completamente desprovida de fundamento jurídico.

372. Em que pese eventual irresignação de alguma das partes envolvidas, as questões discutidas em processos (administrativos, judiciais ou arbitrais) precisam ter um termo final. O processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento de pacificação de um conflito de acordo com as normas pré-definidas em determinada ordem jurídica.

373. É, pois, para alcançar tal fim pacificador que se confere uma estabilidade às decisões proferidas pelas autoridades administrativas máximas competentes para julgar determinada questão, malgrado eventual inconformismo pessoal de uma parte quanto ao seu acerto.

374. Em verdade, como advertido por SÉRGIO FERRAZ em obra doutrinária, a estabilidade da decisão administrativa é verdadeiro imperativo da atividade estatal, não podendo estar eternamente aberta à discussão. Veja-se, por oportuno, excerto do texto do autor citado sobre o ponto:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

“Pode-se (e deve-se) falar, sim, em *coisa julgada administrativa*. Não infirma sua existência a possibilidade de reexame jurisdicional do ato. O que a expressão traduz é a impossibilidade de ser rever, de ofício ou por provocação, o ato (*in casu*, a decisão no processo administrativo) em sede administrativa, após o percurso traçado no ordenamento jurídico. Trata-se de um imperativo dos princípios administrativos em geral, do da boa-fé, da moralidade e da segurança jurídica (dentre outros) em particular. (...) A *estabilidade* da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios a Administração Pública, mais acima referidos, impõem”.

(FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo: prazos e preclusões. In.: SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coords.). *As Leis de Processo Administrativo*. p.280-301. Malheiros Editores. São Paulo: 2006). P. 299.)

375. É precisamente nesse contexto que se percebe a incoerência jurídica da pretensão da ora **Requerente** em ver reaberta questão **já solucionada** pela Diretoria Colegiada da ANTT no âmbito da 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária da TBP em **todas** as revisões tarifárias subsequentes.

376. Assim, é fácil compreender que a suposta “omissão” da ANTT em examinar (pela segunda, terceira e mesmo quarta vez) a questão já decidida em 2016 não se mostra ilegal ou arbitrária, como insinua a **Requerente** em suas alegações iniciais, mas antes uma necessidade do imperativo da segurança jurídica. Não havendo **fato novo** ou **argumento novo** (o alegado desequilíbrio haveria ocorrido em 2015 e foi julgado inconsequente para a saúde financeira da concessão em 2016), não poderia a Administração Pública caprichosamente rever decisão já proferida.

377. Forçoso, portanto, concluir que o pleito de recomposição tarifária em decorrência da variação da alíquota da CIDE operada em 2015 já havia sido resolvido na revisão de 2016 com seu indeferimento em definitivo pela Diretoria Colegiada da ANTT, tratando-se de matéria preclusa, atingida pela estabilidade imposta pelo artigo 63, IV, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, norma geral aplicável a todo processo administrativo no âmbito federal.

378. Eis, por oportuno, a redação do dispositivo legal citado:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

(...)

IV - após exaurida a esfera administrativa.

379. Ora, se a lei não admite o conhecimento de recurso contra decisão final no âmbito administrativo, com mais razão deve ser interpretada como óbice à simples reapresentação do mesmo pedido *já indeferido* pela última instância administrativa em pleitos seguintes, como pretendido pela **Requerente** em 2017, 2018 e 2019.

380. Assim, ainda que a **Requerente** haja tentado levar o Tribunal Arbitral a erro ao afirmar que a **PF/ANTT** haveria argumentado pela ocorrência de *preclusão* do seu direito à recomposição tarifária, facilmente se percebe a ocorrência de verdadeira *coisa julgada administrativa* quanto à decisão sobre o pleito de recomposição em decorrência da variação da alíquota da **CIDE**, ocorrida com a prolação da decisão irrecorrível da Diretoria Colegiada da ANTT no âmbito da **1ª Revisão Ordinária** e **3ª Revisão Extraordinária** ainda em **2016**.

381. De fato, tal como admitido nas alegações iniciais, o Parecer n. 00573/2017/PF ANTT/PGF/AGU não examinou o caso concreto da **Requerente**, mas consulta em tese formulada pela área técnica da **ANTT**. E de igual sorte, na oportunidade citada, a Procuradoria Federal se manifestou sobre a eventual *preclusão* do direito a *requerer* recomposição por fato pretérito à revisão tarifária já operada. No caso ora examinado, não se discute a tempestividade do pedido da **Requerente**, mas antes, denuncia-se que sua irresignação contra **decisão de mérito com trânsito em julgado no âmbito administrativo** em 2016 malhere o imperativo da segurança jurídica.

382. Assim compreendidos os fatos, torna-se evidente a improcedência do pleito de reconhecimento de desequilíbrio da concessão em decorrência da variação da alíquota da **CIDE** promovida pelo Decreto n. 8.395, de 2015, quer pela **ANTT** quer por este Tribunal, razão pela qual se requer seu indeferimento, com a condenação da **Requerente** nas verbas sucumbenciais definidas de acordo com a ata de missão aprovada.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II.8. Atraso do Licenciamento Ambiental

383. No que se refere ao pleito de reequilíbrio em decorrência de atrasos no licenciamento ambiental, cabe, inicialmente, relatar como o contrato estrutura a responsabilidade pela obtenção do licenciamento ambiental, passando pelos pontos incontroversos, para, em seguida, adentrarmos no objeto de discussão a ser tratado na presente arbitragem.

384. Pois bem, nos termos da Cláusula 5 do contrato de concessão, como regra, as licenças ambientais serão obtidas pela própria Concessionária. Excepcionalmente, são de responsabilidade do Poder Concedente aquelas licenças previstas na subcláusula 5.2., sendo que as licenças necessárias ao cumprimento da primeira meta anual deveriam ser disponibilizadas em até 12 (doze) meses contados da data da assunção. Nesse sentido dispõe o contrato:

Autorizações Governamentais

5.1 A Concessionária deverá:

5.1.1 obter todas as licenças, permissões e autorizações necessárias ao pleno exercício das atividades objeto da Concessão, incluindo as licenças ambientais, observadas as disposições da subcláusula 5.2;

(...)

5.2 O Poder Concedente deverá:

5.2.1 Obter licença prévia e licença de instalação das **Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias** do item 3.2.1 do **PER**, nas condições previstas na subcláusula 10.3.2.

(...)

10.3.2. A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada à Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1 do PER, de acordo com as seguintes condições.

(i) A licença de instalação necessária ao cumprimento da primeira meta anual das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias prevista no item 3.2.1 do PER será disponibilizada à Concessionária em até 12 (doze) meses contados da Data da Assunção.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

385. Por sua vez, o **PER** (R-03) traz essa lista de obras dependentes da obtenção do licenciamento pelo Poder Concedente e respectivo cronograma de execução, sendo que para o ano 1 estava prevista a execução de 103,6 km de duplicação, conforme quadro abaixo:

Quantitativos e prazos para implantação de pista dupla

Ano	Extensão (km)	% do Total a ser duplicado
1	103,6	16%
2	155,5	24%
3	220,3	34%
4	168,4	26%
Total para implantação	647,8	100%
Trecho duplicado	528,7	
Extensão em duplicação pelo DNIT	0	
Trecho de travessia urbana em pista simples a ser contornado*	0*	
Extensão do lote	1176,5	

*Valor subtraído no cálculo do Total Para Implantação

386. Estabelecida a forma como a questão foi estruturada pelo contrato e pelo teor das Alegações Iniciais, cabe observar ser incontroverso os seguintes pontos:

- 1º) Estavam disponíveis para execução de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias 76,40 km, dentro do prazo estabelecido no contrato;
- 2º) Houve reconhecimento administrativo de atraso no licenciamento, em relação ao restante necessário para cumprimento da meta do ano 1;
- 3º) Em decorrência do atraso, houve readequação dos prazos para cumprimento das metas anuais;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

4º) Em decorrência do atraso, houve reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pelos custos adicionais compatíveis com as obras a serem executadas no trecho liberado de 76,40km;

5º) O valor desse reequilíbrio foi de **R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos)**, a título de desmobilização, e de **R\$ 81.218,10 (oitenta e um mil, duzentos e dezoito reais e dez centavos)**, a título de custos administrativos.

387. A divergência reside no valor do reequilíbrio. A **Requerente** alega que os prejuízos sofridos com o atraso das licenças ambientais foram superiores àqueles calculados pela **ANTT**, uma vez que sua mobilização foi bem superior àquela considerada, na medida em que já teria se mobilizado não somente para a execução das obras dos 74,6 km já liberados, mas para o cumprimento de toda a meta do **ano 1 e ano 2**. Por consequência, seus custos de desmobilização teriam sido superiores aos considerados.

388. Essa alegação não pode prosperar, uma vez que não houve demonstração dessa mobilização extraordinária, ao tempo dos pleitos administrativos.

389. Em primeiro lugar, caso, de fato, estivesse no planejamento da **Requerente** uma antecipação de obras, tal fato deveria ter sido comunicado à **ANTT**, nos termos estabelecidos pela **Resolução nº 1.187/2005 (R-86)**. Referido normativo estabelece que a antecipação de cronogramas previstos no **PER** devem ser previamente autorizados pela Diretoria. Vejamos:

Art. 5º A Concessionária observará os cronogramas de execução de obras e serviços estabelecidos no Programa de Exploração.

§1º A antecipação dos cronogramas estabelecidos no Programa de Exploração, sem prévia autorização da Diretoria da **ANTT**, será de integral responsabilidade da concessionária, sem que isto possa gerar qualquer direito à compensação dos valores na tarifa ou modificações dos encargos do Programa de Exploração.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

390. Ora, diversamente do que ocorre nos contratos de empreitada, nos quais o contratante (em geral, o **DNIT**) acompanham *pari passu* a execução da obra, com as devidas medições de execução para autorização de pagamento, a lógica do contrato de concessão é diversa. Especialmente para obras já previstas no **PER**, esse acompanhamento simultâneo não é feito pela Agência. Enquanto não vencido o prazo previsto para disponibilização da obra ao usuário, esse acompanhamento não é feito de perto. Em razão dessa maneira diversa de fiscalizar, faz-se necessária a comunicação de eventual antecipação de cronogramas, o que não foi feito no caso dos autos.

391. Adicionalmente, pelas próprias dificuldades narradas pela **Requerente** em suas Alegações Iniciais para obtenção de recursos de terceiros, não parece crível que teria condições de estabelecer uma meta mais arrojada do que a prevista no **PER**. Tanto que, até os dias atuais, os níveis de inexecução contratual são altíssimos.

392. Importante ainda destacar que os atrasos no licenciamento **impactaram em apenas parcela da execução das obras**, a saber, obras da **Frente de Ampliação de Capacidade**. Por outro lado, as **Frentes de Recuperação, Manutenção e Conservação** não encontravam impedimento de ordem ambiental para a execução de obras, as quais utilizariam certamente a estrutura mobilizada. Assim, o reequilíbrio deveria estar restrito à parte efetivamente impactada.

393. Outro ponto a ser considerado reside no fato de que tecnicamente as mobilizações são maiores quando se aproximam o cumprimento das metas dos anos 3 e 4. Não faria sentido, do ponto de vista técnico, uma mobilização apta a antecipar sucessivas metas de duplicação. Nesse sentido, constou da Nota técnica SEI nº 377/2019/GEFOR/SUINF/DI (R-88):

Assim, verifica-se que não seria necessário a Concessionária mobilizar uma estrutura nos dois anos iniciais do contrato igual à estrutura da época do pico de obras (Ano 3 da meta 4º ano de concessão, conforme premissas contratuais).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

394. Não bastasse a completa ausência de indicativos dessa mobilização em grau superior à esperada de acordo com as metas contratuais, ainda deve ser considerado que a **Requerente** vinha acompanhando o trâmite do licenciamento ambiental e certamente já teria condições de antecipar os atrasos e tentar mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*). Trata-se de dever anexo que decorre da boa-fé objetiva:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela proibidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. 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. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(STJ - Processo REsp 758518 / PR RECURSO ESPECIAL 2005/0096775-4 Relator(a) Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (8155) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 17/06/2010 Data da Publicação/Fonte REPDJe 01/07/2010 DJe 28/06/2010 RDC vol. 90 p. 164 RSTJ vol. 219 p. 267)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

395. Em síntese, já houve sim o reequilíbrio devido em decorrência dos atrasos na licença ambiental. Além de não ter demonstrado administrativamente ter incorrido em custos maiores do que aqueles já reequilibrados, a tese da **Requerida** de que teria efetivado uma mobilização de maior envergadura com vistas a antecipar metas não se sustenta. Primeiro, porque não comunicou previamente a ANTT, conforme regulamentação aplicável ao caso. Segundo, porque incoerente com as próprias dificuldades de execução contratual constantes das Alegações Iniciais. Terceiro, porque a mobilização se fez não somente para fazer face às obras impactadas pelo atraso no licenciamento, mas também outras frentes de trabalho. Quarto, tecnicamente não se espera uma mobilização massiva antes do terceiro ano de contrato. Por fim, a Concessionária vinha acompanhando o licenciamento, motivo pelo qual deveria ter também tomado medidas para mitigar as próprias perdas, com uma mobilização compatível com a evolução do licenciamento.

II.9. Intervenções emergenciais e adequações de obras de responsabilidade do DNIT

396. No que se refere ao pleito de reequilíbrio em decorrência de intervenções emergenciais e adequações de obras originalmente sob responsabilidade do **DNIT**, importante esclarecer os procedimentos prévios ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por obras novas, antes de adentrar nas razões pelas quais o contrato ainda não foi reequilibrado nesse aspecto.

397. Pois bem, a inclusão de obras não previstas originalmente no **PER** observa alguns procedimentos prévios à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, entre os quais, **a necessidade de previa elaboração de projeto a ser avaliado pela Agência e que servirá de base para precificação do valor a ser reequilibrado.** Nesse sentido, dispõe o Contrato de Concessão:

22.7 Projeto para novos investimentos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

22.7.1 Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANTT não previstos no Contrato, a ANTT poderá requerer à Concessionária previamente ao processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a elaboração de projeto das obras e serviços nos termos de regulamentação específica.

398. Por sua vez, estabelece a **Resolução nº 1.187, de 09 de novembro de 2005 (R-86)** que os valores a serem considerados nas respectivas revisões decorrerão dos projetos executivos:

Art. 22. Os acréscimos de obras serão incluídos no Programa de Exploração com seus valores globais, decorrentes de seus projetos executivos, convertidos para a data-base da proposta inicial.

Art. 23. As repercussões econômico-financeiras serão consideradas em:

I - revisões ordinárias, realizadas anualmente na forma de regulamentação específica, nos casos de:

a) antecipações e postergações autorizadas ou inexecuções de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração;

b) modificações no Programa de Exploração por inclusão, exclusão ou alteração de obras e serviços, autorizadas pela ANTT, em caráter excepcional ou em regime de emergência; e

II - revisão de reavaliação, realizada a cada cinco anos, nos termos do artigo 20.

III - revisão extraordinária, nos demais casos previstos em lei, contrato e Resoluções da ANTT.

399. De modo semelhante, ao tratar da elaboração do **Fluxo de Caixa Marginal – FCM**, que é a metodologia pela qual obras novas são reequilibradas no contrato de concessão, a **Resolução ANTT nº 3.651, de 07 de abril de 2011 (R-89)** detalha os parâmetros a serem utilizados pela **Concessionária** para elaboração do orçamento pertinente à obra a ser reequilibrada, a saber, devem ser utilizado o **Sistema de Custos Rodoviários – SICRO**:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Art. 3º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados os critérios definidos nos incisos I e II a seguir para definir o valor das obras e serviços resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.

I - O valor das obras e/ou serviços deverá ser proposto pela concessionária, conforme previsto em Resolução, **mediante apresentação de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO, sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.** (Incluído pela Resolução nº 4.339, de 29.5.14)

II - Caso o orçamento apresente itens que não possam ser orçados com base nos manuais e composições referenciais do SICRO, deverão ser utilizados outros sistemas oficiais de composição de custos, ou, na impossibilidade de utilização de tais sistemas, deverão ser apresentadas 3 (três) cotações de mercado, nesta ordem. (Incluído pela Resolução nº 4.339, de 29.5.14)

§1º Eventuais ajustes no orçamento, decorrentes de diferenças entre o projeto básico e o projeto executivo, desde que aprovadas pela ANTT, devem ser feitos no fluxo de caixa no qual a obra estiver prevista.

§2º Eventuais complementações necessárias no orçamento aprovado, quando autorizadas pela ANTT, devem ser feitas no fluxo de caixa no qual a obra estiver prevista.

400. Essa pequena digressão acerca do procedimento que antecede o reequilíbrio do contrato é importante porque, no caso das obras emergenciais e das adequações executadas pela **Requerente**, a **ANTT** não contesta o direito ao reequilíbrio em si decorrente das intervenções emergenciais e adequações de obras originalmente sob responsabilidade do **DNIT**. Todavia, tais eventos não ensejaram a modificação tarifária em razão da necessidade de apuração desses custos, em estrita observância à regulamentação em vigor que exige: a) elaboração de projeto, e b) orçamento elaborado utilizando o SICRO.

401. O tema foi objeto de análise no **Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00 (R-90)**, no qual são apontadas diversas inconsistências técnicas referentes aos projetos, mormente na elaboração do orçamento, nos termos seguintes:

C. ORÇAMENTO

Considerações Iniciais do Orçamento



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

114. A presente análise visa atender solicitação da GEFIR que requer a este apoio técnico a análise do orçamento referente as obras de restauração e melhoramento da Rodovia BR-262/MG – Travessia Urbana de Nova Serrana.

115. Observamos que a Concessionária disponibiliza no Volume IV apenas o orçamento com desoneração, com data base referente a novembro de 2016.

116. Devido ao lapso temporal transcorrido entre a data base do orçamento apresentada e a presente análise, recomendamos que o orçamento seja apresentado seguindo os moldes do Novo SICRO, bem como as diretrizes preconizadas na Portaria SUINF nº 028/2019. A data-base do orçamento não poderá estar defasada em mais de 06 (seis) meses.

Recomendações Referente a Planilha Apresentada

117. Consoante alterações na tributação e a necessidade de garantir ao orçamento da Administração Pública a condição mais vantajosa, o Memorando Circular nº 03/2016- DIREX, de 02 de fevereiro de 2016, estabelece a necessidade de que os orçamentos de obras de infraestrutura de transportes no âmbito do DNIT devem ser elaborados nas duas condições de recolhimento de tributos previdenciários possíveis, onerada e desonerada, inclusive com correção do BDI diferenciado.

118. A concessionária apresentou orçamento com desoneração no valor de R\$ 16.081.006,61. Conforme parágrafo supracitado, a presente análise resta prejudicada uma vez que só foi apresentado orçamento com desoneração, não sendo possível verificar qual orçamento apresenta condição mais vantajosa.

119. Ressaltamos que a análise dos quantitativos do orçamento foi realizada pelo analista de projeto. Não sendo, desta forma, objeto da análise do orçamento. Assim, a presente análise se dá quanto aos aspectos dos custos unitários, da composição do BDI, do plano de contas, dos binômios de transporte, dos encargos adicionais.

120. No que se refere ao percentual de ISSQN adotado no BDI, informamos baseado nos termos da jurisprudência do TCU, que a alíquota do ISSQN deve incidir sobre a parcela do preço de venda exclusivamente relacionada à prestação de serviços, sendo recomendável proceder o desconto da base de cálculo a parcela referente ao fornecimento de materiais. Entretanto, o valor dos materiais fornecidos pelo prestador fora do local dos serviços e previstos deve ser suprimido, sob risco de ocorrência de duplicidade de tributação. Por sua natureza majoritariamente linear, as taxas de BDI para obras públicas de infraestrutura de transportes devem considerar a legislação tributária vigente no(s) município(s) onde serão prestados os serviços de construção civil. Consoante este entendimento sugerimos a dedução dos materiais produzidos pelo prestador dos serviços.

121. Recomendamos que a Concessionária apresente as composições das outras bases de custos de forma analítica, assim como as composições do SICRO e assim proceda de forma análoga quanto ao desconto do ISSQN, caso a base de cálculo não esteja disponibilizada na Lei Municipal.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

122. Observou-se que a Concessionária faz uso de bases oficiais diferentes de onde a obra será executada, como cor exemplo, DER-SP e SEINFRA-CE. Neste caso, recomendamos que a Concessionária não faça o uso de bases oficiais alheias ao Estado onde a obra será executada, evitando assim, a defasagem regional dos custos praticados. Na impossibilidade da utilização das referências de custos dos itens anteriores, deverão ser apresentadas no mínimo três cotações de mercado para cada serviço enquadrado nesta situação.

123. Cada cotação deverá possuir a descrição da empresa com endereço administrativo, localização da ocorrência do material, telefones, e-mail de contato, data da proposta, assinatura com identificação do responsável pela cotação, cargo e função, bem como, descrição detalhada dos serviços a serem prestados contendo: quantidades, obra a ser atendida, prazos, condições de faturamento, impostos inclusos e exclusivos, além de informar se o frete e CIF ou FOB. Preferencialmente a cotação deverá possuir a mesma data base do orçamento. Na impossibilidade, admitir-se-á a utilização dos índices setoriais indicados pelo DNIT para ajuste dos valores à data-base do orçamento.

124. De forma a facilitar o entendimento, bem como a rastreabilidade das informações recomendamos que a Concessionária apresente a planilha orçamentária com os serviços enquadrados em seus respectivos grupos de trabalho. Exemplo, Plano de contas, serviços preliminares, terraplenagem, drenagem, estabilização de encosta separadas por tipo de soluções, OAE, pavimentação, sinalização, paisagismo, serviços complementares, etc.

125. Sobre o binômio “aquisição + transporte”, recomendamos que o fornecedor de materiais betuminosos deve ser escolhido conforme Portaria n° 1977 de 25 de outubro de 2017, adotando-se como referência a condição mais vantajosa ao erário. Não foi possível analisar a metodologia apresentada pela Concessionária, visto que a planilha disponibilizada não indica a memória de cálculo do binômio. A aquisição dos materiais asfálticos deve ser considerada junto as refinarias, bem como fábricas distribuidoras, como por exemplo para a aquisição de emulsões asfálticas e asfaltos modificados (CAP 50/70 e RRIC). Recomendamos a revisão do binômio “aquisição + transporte”, bem como justificativa quanto a solução apresentada.

126. Recomendamos que as DMT's sejam apresentadas no linear de ocorrências, indicando todas as rotas ligadas a obra, traçadas com (link) auxílio do Google, comprovando as distâncias entre o canteiro, as refinarias e as distribuidoras, bem como memória de cálculo.

127. Quanto ao plano de contas, recomendamos que a Concessionária faça uso das diretrizes preconizadas na Portaria n° 028, de 07 de fevereiro de 2019. Administração local, canteiro de obras e mobilização/desmobilização deverão ser apresentadas de forma analíticas. Licença e compensação ambiental só serão remuneradas mediante apresentação de EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental). Cabe ressaltar que qualquer custo diferente dos citados na portaria supracitada não fará parte do escopo de futuras análises.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Considerações Finais do orçamento

128. Por se tratar de metodologias distintas entre SICRO2 e o Novo SICRO, chama-se atenção que após atendimento aos itens aqui elencados, novos itens de orçamento poderão ser pontuados, de modo a continuar a análise orçamentária.

129. Ressaltamos que a não indicação de objeções na presente análise não exime a concessionária de sanar vícios nos volumes de projeto e orçamentos apresentados.”

402. Devidamente notificada para sanear os vícios apontados, por meio do **Ofício nº OF-0092.2020-GEENG-SUINF-R00 (R-91)**, a **Requerente optou por não solucionar administrativamente o problema**, conforme **Carta CNB-DIR 07606.2020 (R-92)**, em razão da instauração da presente arbitragem.

403. Portanto, o que impede a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é justamente a inércia da **Requerente** em promover os ajustes cabíveis no projeto executivo, mormente na orçamentação das obras.

II.10. Inexecução dos Contratos CREMA

404. Outro fator que, segundo a **Requerente**, estaria a desequilibrar o Contrato de Concessão consiste na suposta assunção de obrigações adicionais de restauração de segmentos do Sistema Rodoviário que eram de responsabilidade do **Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT**, por meio dos **Contratos de Recuperação e Manutenção – CREMA**, especialmente nos trechos entre o km 108,1 ao km 246,7 da Rodovia BR-153/MG e entre o km 566,4 ao km 610,60 da Rodovia BR-153/GO.

405. A requerente aduz que somente após a transferência dos bens e a assunção dos serviços, é que notou ter havido problemas de pavimento nos trechos objeto de ambos os contratos acima mencionados – em particular problemas afetos à exsudação e a presença



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

de trilhas de rodas acentuadas, que são defeitos da instabilidade da mistura asfáltica aplicada no revestimento.

406. Com tais alegações, sustenta que os **Contratos CREMA** firmados pelo **DNIT** não foram adequadamente cumpridos e, ainda que seu objeto tivesse se esgotado, a qualidade dos serviços prestados pelas contratadas do **DNIT** teria sido *“muito abaixo do que era possível supor, evidenciando erros técnicos graves na realização das intervenções no pavimento”*.

407. O pleito ora apresentado pela **Requerente**, de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato devido a problemas identificados pela Concessionária no pavimento nos trechos entre o km 108,1 ao km 246,7 da Rodovia BR-153/MG e entre o km 566,4 ao km 610,60 da Rodovia BR-153/GO, referentes aos contratos do **DNIT** nº 1059/2012 e nº 051/2012, respectivamente, já foi **analisado e indeferido** por meio da **2ª Revisão Ordinária** e **5ª Revisão Extraordinária**, aprovada por meio da **Resolução nº 5.363/2017, de 23/06/2017**, conforme análise constantes das **Notas Técnicas nº 15/2017/GEINV/SUINF, de 22/03/2017 (R-73)** e nº **25/2017/GEINV/SUINF, de 18/05/2017 (R-75)**. Os motivos do indeferimento administrativo são dois.

408. Em primeiro lugar, nos termos estabelecidos no contrato, é obrigação da Concessionária não somente a manutenção do trecho, mas também a sua restauração e adequação, caso necessário ao atingimento dos parâmetros de desempenho previstos contratualmente.

409. Em segundo lugar, não houve demonstração de **vício oculto nos trechos entregues pelo DNIT** – assim entendidos aqueles imperceptíveis a tal ponto que sequer poderiam ser considerados como um risco a ser precificado pela Concessionária.

II.10.1 Obrigação de recuperação prevista no PER



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

410. O serviço de restauração de pavimento consta como obrigação da Concessionária para a Fase de Recuperação e Manutenção, conforme item 3.1 do PER, a seguir reproduzido:

3.1 FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO

A Frente de Recuperação e Manutenção engloba as fases de Recuperação e Manutenção da Rodovia, conforme exposto abaixo.

RECUPERAÇÃO

- **Objeto:** conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do Sistema Rodoviário e aquelas de cunho estrutural nos pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos do Sistema Rodoviário.
- **Período:** inicia-se a partir da data de assunção do Sistema Rodoviário e estende-se até o final do prazo máximo assinalado para atendimento de cada Parâmetro de Desempenho. As obrigações a serem atendidas em até 12 (doze) meses consideram-se integrantes dos Trabalhos Iniciais, para os efeitos do Contrato e dos Escopos abaixo especificados.

MANUTENÇÃO

- **Objeto:** conjunto de obras e serviços de recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário.
- **Período:** inicia-se a partir do atendimento ao Parâmetro de Desempenho final indicado na Recuperação, bem como a partir da entrega de obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de nível de serviço e estende-se até o final do prazo da Concessão.

3.1.1 Pavimento	
Escopo Trabalhos Iniciais	<ol style="list-style-type: none">1. Ações de correção de desnível entre duas faixas de tráfego contíguas.2. Reparos localizados na pista, de natureza superficial e profunda, e fresagem.3. Fresagem e recomposição de revestimento asfáltico nos subtrechos que apresentam IRI $\geq 4,0$ m/km.4. Reparos localizados nos segmentos em que os acostamentos pavimentados encontram-se em más condições funcionais ou com alta frequência de defeitos.5. Eliminação de degrau acentuado entre a pista de rolamento duplicada e o acostamento.6. Serviços de melhoria das condições de conforto ao rolamento em segmentos críticos.7. Solução de problemas de irregularidades localizadas, contidos em segmentos que indiquem valores toleráveis, tais como abatimentos de pista causados por problemas geotécnicos ocorridos em terrenos de fundação de aterros, nas encostas adjacentes ou no próprio terreno.8. Eliminar e prevenir a ocorrência de flechas nas trilhas de roda superiores ao valor limite estabelecido e de desnível superior ao valor admissível entre a faixa de tráfego e o acostamento ou entre duas faixas de tráfego contíguas, causado por recapeamentos diferenciados.
Escopo Recuperação	<ol style="list-style-type: none">1. Execução dos reparos localizados necessários à recuperação do pavimento flexível, previamente à execução das obras de reforço do pavimento, em complemento ao tratamento iniciado nos Trabalhos Iniciais.2. Reforço estrutural do pavimento flexível existente, com eventual reconstrução de segmentos cujo nível de deterioração, condições estruturais ou ambos não comportem o reforço do pavimento existente.3. Recuperação ou recomposição dos acostamentos.4. Recuperação de pavimento rígido, compreendendo substituição parcial ou total de placas danificadas, de acordo com os limites estabelecidos nos Parâmetros de Desempenho.5. Definição dos tipos de revestimento a aplicar na pista de rolamento de tal forma que as condições de aderência pneu-pavimento sejam as melhores possíveis, de modo a não comprometer a segurança do usuário.6. Eliminação de degrau entre a pista de rolamento e o acostamento.
Escopo Manutenção	<ol style="list-style-type: none">1. Garantir frequência mínima de intervenções, utilizando técnicas que reduzam as interferências com o tráfego ao estritamente necessário.2. Assegurar irregularidade mínima e compatível com as velocidades operacionais, a fim de minimizar a resposta dinâmica na interação veículo-pavimento, de acordo com as avaliações previstas.3. Garantir atrito adequado, mesmo sob chuvas intensas, sem causar desgaste excessivo dos pneus.4. As soluções técnicas para a manutenção deverão garantir vida de serviço superior a 5 anos a contar da conclusão das respectivas obras, e, no mínimo, até a próxima intervenção programada, de modo que o pavimento se mantenha em bom estado e com os critérios de aceitação relativos à deterioração de superfície plenamente atendidos.



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

411. Dessa maneira, não há como considerar os custos com a recuperação do pavimento como impossíveis de serem precificados à época da licitação, pois fazem parte do escopo dos serviços obrigatórios da Concessionária.

412. Não bastasse isso, o Contrato de Concessão em discussão, assim como os demais contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, adotou modelo de Reabilitação-Operação-Transferência (*Rehabilitate Operate Transfer – ROT*), isto é, **exploração da infraestrutura mediante a execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação e ampliação.**

413. O objeto do contrato, conforme item I.4.1., foi a **concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário**, além, é claro, da implantação dos sistemas de operação e de arrecadação de pedágio de acordo com o estabelecido na Seção II do **Programa de Exploração da Rodovia – PER**, anexo ao **Contrato de Concessão**.

414. Nesse ponto, de fundamental importância observar que, **além da concessão ser justamente para promover serviços de recuperação e manutenção da via, o contrato não previu que a Concessionária receberia os trechos do DNIT já com parâmetros de desempenho adequados. Ora, se a proposta da concessão é justamente elevar o nível de serviço entregue ao usuário, não há fundamento algum para que a requerente queira ser ressarcida de gastos que lhe competiam, não havendo falar-se em reequilíbrio do contrato neste aspecto.**

415. Veja que o Poder Concedente (nesse caso, por intermédio do DNIT) rescindiria os contratos que porventura tivesse celebrado com vistas à prestação de serviços no Sistema Rodoviário e disponibilizaria amplo acesso para que a Concessionária ingressasse no trecho e se desincumbisse de suas obrigações:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

- 10.1.4 O **Poder Concedente** obriga-se a rescindir, até a **Data da Assunção**, todos os contratos referentes a obras e serviços no **Sistema Rodoviário** que estejam em vigor na data de assinatura do **Contrato**, que impeçam ou prejudiquem a **Concessionária** no atendimento aos **Parâmetros de Desempenho** nele estabelecidos, com exceção das obras em andamento pelo **DNIT** indicadas no Apêndice D do **PER**.
- 10.1.5 O **Poder Concedente** obriga-se a disponibilizar o acesso da **Concessionária** a todo o **Sistema Rodoviário** para a execução das obras e serviços do **Contrato**, incluindo nos locais com obras em andamento pelo **DNIT** indicadas no Apêndice D do **PER**.

416. Como já ressaltado, a concessão se fez justamente para que os parâmetros de desempenho da rodovia fossem elevados. A cobrança de pedágio se dá para garantir o investimento e a manutenção constantes, necessários em trechos rodoviários estratégicos para o desenvolvimento da infraestrutura do país.

417. Vale dizer, o objeto das concessões rodoviárias federais é a exploração da infraestrutura e da prestação de serviços públicos e obras, abrangendo execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação, ampliação, melhorias e exploração, sem que em nenhum momento seja estabelecido, no contrato, que a concessionária deva receber a rodovia com parâmetros já adequados. Ao contrário: a concessão visa justamente alcançar os parâmetros de excelência estabelecidos no contrato e no PER.

II.10.2 Inexistência de vício oculto

418. Não bastassem as obras executadas já estarem previamente estabelecidas no Contrato de Concessão e no PER como responsabilidade da Concessionária, os elementos trazidos à época ao processo administrativo ainda revelam a inexistência de qualquer



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

problema estrutural decorrente da execução dos Contratos CREMA que pudessem ser reputados como vícios ocultos.

419. Segundo ordem cronológica dos fatos trazida pela própria **Requerente**, o **DNIT rescindiu** os contratos **CREMA** dos trechos em referência em **fevereiro de 2014**, posteriormente à **data da assinatura do Contrato de Concessão**, que se deu em **31/01/2014**, mas anterior à data da assunção, que foi **05/03/2014**.

420. Ato contínuo, **somente 01 (um) ano e 04 (quatro) meses depois da assunção, em julho de 2015**, a **Requerente** informa **ter realizado inspeções nos trechos onde executadas as obras**.

421. Ora, de início, já é possível notar que **após o decurso de tanto tempo, é natural que defeitos sejam identificados no pavimento em decorrência do desgaste natural que ocorre em pavimentos flexíveis. Inclusive, justamente em decorrência desse desgaste que se renova constantemente, que o PER, em seu subitem 3.1.1. traz parâmetros de desempenho a serem mantidos pela Concessionária e que serão monitorados pelo Regulador ao longo de toda a Concessão**, tais como áreas exsudadas, superiores a 1 metro quadrado, flechas nas trilhas de roda medidas sob cordas de 1,20 metros e percentagem de área trincada entre outros.

422. Assim, completamente descabida a afirmação de ter havido vícios ocultos simplesmente porque observada a natural necessidade de recuperação e manutenção do pavimento decorridos mais de um ano após a rescisão dos contratos CREMA.

423. Portanto, todo o contexto de desgaste de pavimento seguida de sua recuperação e manutenção para atendimento de parâmetros de desempenho previstos no PER decorre do próprio objeto do Contrato de Concessão e das obrigações delegadas à **Requerente**, motivo pelo qual totalmente descabido o pleito de reequilíbrio.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II.11. Aplicação do Fator Q

424. A **Requerente** asseverou em suas alegações iniciais que a **ANTT** teria se equivocado no cálculo do impacto do **Fator Q** aplicável à **3ª Revisão Ordinária** e à **7ª Extraordinária** da Tarifa Básica de Pedágio ocorridas em **2019**, em razão do seguinte: (i) utilização como termo inicial para o cálculo do **Indicador de Acidentes com vítimas na rodovia (IA)** data **posterior** àquela determinada pelo contrato de concessão; e (ii) se equivocado na metodologia de aferição do **Volume Diário Médio Anual – VDMA**, um dos componentes utilizados na fórmula do **Fator Q**.

425. Afirmou, ademais, que os equívocos da **ANTT** implicaram desconto tarifário excessivo com a aplicação do **Fator Q**, resultando, segundo alegou, em desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

426. As alegações da **Requerente** não são condizentes com os fatos observados no processo administrativo que tratou das citadas revisões e podem ser refutados sem maiores digressões, como se passa a fazer, de forma individualizada, a seguir.

II.11.1. Compreensão do Fator Q.

427. Os contratos de concessão de serviços de exploração de infraestrutura rodoviária da **3ª etapa do PROCROFE** pretenderam tornar as revisões periódicas de tarifas mais eficientes. Para tanto, uma das medidas inovadoras em relação às etapas anteriores foi a previsão do **Fator Q** na fórmula da revisão tarifária.

428. O **Fator Q** é um índice destinado a incentivar o aumento da qualidade dos serviços prestados pelo concessionário, e se utiliza de uma comparação de determinadas categorias de eventos observadas em *todas* as rodovias concedidas no âmbito da **3ª etapa do PROCROFE**. Trata-se, assim, de método destinado a induzir uma competição virtual entre os concessionários e premiar aqueles que se mostrem mais eficientes no desempenho dos serviços delegados.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

429. Em termos matemáticos, o uso do **Fator Q** na fórmula da revisão tarifária pode resultar em **acréscimo ou em diminuição** no valor final da **tarifa** a ser revisada, conforme o desempenho da concessionária avaliada em relação às demais delegatárias da mesma etapa do PROCROFE.

430. Os objetivos de tais inovações foram bem captados por Rafael Vêras de Freitas em obra dedicada às concessões rodoviárias no Brasil, de que se extrai o excerto a seguir trazido:

“Para além de se estabelecer um fator de repasse de índices de produtividade para os usuários, a regulação contratual aplicada a tais modelagens deve, por desiderato, diferenciar as ‘obrigações de investimentos’ das ‘obrigações de desempenho’ do contrato de concessão. Ou seja, passou-se a ter um contrato baseado em um sistema de incentivos que induzisse o concessionário a atingir o escopo da delegação. Daí que, além de investimentos para dar cumprimento ao Programa de Exploração Rodoviária, previram-se indicadores de desempenho, os quais foram aplicados para incentivar dois pontos essenciais para a qualidade da rodovia: a fluidez e a segurança.

Tal indicador de qualidade é composto por dois outros indicadores: o indicador de nível de acidentes da rodovia (IA) e o indicador de disponibilidade da rodovia (ID). Seus objetivos são, respectivamente, incentivar a redução do número de acidentes e agregar eficiência na gestão de obras e serviços”.

(FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de Rodovias. Editora Fórum. Belo Horizonte: 2017. P. 153)

431. O **Fator Q** tem em sua fórmula um componente referencial, pois simula (e incentiva) competição entre as concessionárias de rodovias federais. Isso se dá basicamente porque o número de acidentes com vítimas é comparado entre as diversas concessionárias federais, de modo a recompensar aquelas cuja boa execução dos serviços resultou em diminuição do número de sinistros observados.

432. Veja-se, a propósito, o disposto nas cláusulas 3.1, 3.4 e 3.5, todas do Anexo 7 do contrato de concessão celebrado, concernentes ao **Indicador do Nível de Acidentes com Vítimas na Rodovia**, um dos componentes do **Fator Q**:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

3.1 O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia tem por objeto aferir a variação no nível de acidentes da rodovia em comparação a outras rodovias concedidas, incrementando a **Tarifa Básica de Pedágio** de acordo com a melhora propiciada nas condições de segurança dos usuários. (...)

3.4 O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas das rodovias concedidas consiste no percentual extraído a partir do confronto da variação do indicador calculado na forma do item 3.2 comparado com a variação média dos indicadores de acidentes das rodovias concedidas pela ANTT, de acordo com as seguintes fórmulas: (...)

3.5 Todas as rodovias concedidas que possuam cálculo de indicador do nível de acidentes disponível serão utilizadas como referência para aplicação da fórmula prevista no item 3.4 do presente **Anexo**.

433. Ora, para se garantir de parâmetros válidos de comparação, é preciso que os números de acidentes entre as concessionárias hajam sido colhidos em igual período. Afinal, não se pode comparar o número de acidentes ocorridos em determinada rodovia no período de 12 (doze) meses com o número de acidentes ocorridos em outra no período de apenas 07 meses sem um uso de parâmetro deflator ou de algum artifício estatístico.

434. Tendo-se em conta, portanto, as premissas do caráter referencial do **Fator Q** (é instrumento indutor de competição entre agentes exploradores de serviços em regime monopolístico) e da necessária uniformidade no período de comparação, pode-se facilmente demonstrar o equívoco dos argumentos da **Requerente** em suas alegações iniciais, como adiante demonstrado.

II.11.2. Termo inicial para a apuração do número de acidentes nas rodovias concedidas.

435. O **Fator Q** foi definido pela cláusula 1.1.1 (xxi) do contrato de concessão nos seguintes termos:

Fator Q: redutor ou incrementador da **Tarifa Básica de Pedágio**, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto por não atendimento aos indicadores de qualidade previstos no **Anexo 7** ou, conforme o caso, como acréscimo em razão do atendimento desses mesmos indicadores.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

436. O mencionado **Anexo 7 do Contrato de Concessão** traz, por sua vez, a seguinte definição da fórmula matemática a ser utilizada para o cálculo do **Fator Q**:

1.3. O **Fator Q** é o percentual obtido após o cálculo do Indicador do Nível de Acidentes (IS) e do Indicador de Disponibilidade (Dis) da **Rodovia**, sendo:

$$FatorQ = IDt + IA$$

Onde:

ID: Indicador de Disponibilidade da **Rodovia**.

IA: Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na **Rodovia**.

(t): Período de mensuração dos Indicadores de Qualidade da **Rodovia**.

437. No caso dos autos, como já narrado linhas acima, a **Requerente** questiona critérios referentes apenas ao **Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia (IA)**, um dos componentes da fórmula de cálculo do **Fator Q**.

438. Sobre o mencionado quesito, convém trazer a redação da cláusula 1.5 do Anexo 7 do contrato de concessão, adiante transcrita:

1.5 A aferição do Indicador do Nível de Acidentes terá início a partir do início da cobrança de Tarifa de Pedágio pela **Concessionária**, com sua aplicação prevista na revisão ordinária que se seguir ao decurso de 24 (vinte e quatro) meses contados do início da cobrança de Tarifa de Pedágio.

439. A disposição contratual acima trazida indica a data da cobrança de pedágio em cada rodovia concedida como termo inicial para a aferição do **Indicador do Nível de Acidentes (IA)**. No caso da **Requerente**, o **pedágio** passou a ser **exigido** no dia **25 de junho de 2015**.

440. Relembre-se, nada obstante, que o **IA** é componente *referencial* do **Fator Q**, como mencionado acima, tendo como finalidade comparar o desempenho de cada concessionária de rodovia federal em relação às demais.

441. Ocorre, contudo, que por vários motivos foi observada um grande intervalo temporal entre o início da cobrança de pedágio por cada uma das concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE, como se pode observar na tabela a seguir trazida:



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Concessionária	Início da Cobrança	Praça(s) de Pedágio considerada(s)
MGO	12/04/2015	P3/P5
Ecoponte	01/06/2015	P1
Concebra	27/06/2015	P1/P2/P3/P4/P5/P6/ /P7/P8/P9/P10/P11
VIA-040	30/07/2015	P1/P2/P3/P4/P5/P6/ /P7/P8/P11
Rota do Oeste	06/09/2015	P1/P2/P3/P4/P5/ /P7/P8/P9
MSVIA	14/09/2015	P1/P2/P3/P4/P5/ /P6/P7/P8/P9

442. Nesse sentido, observa-se uma diferença de mais de **05 (cinco) meses** entre a data do início de cobrança de pedágio entre a primeira (MGO) e a última (MSVIA) das concessionárias incluídas no mesmo universo estatístico para fins de cálculo do **IA**.

443. Ora, dado que o **Fator Q** busca simular uma competição entre os diversos agentes monopolísticos de exploração da infraestrutura pública, no sentido de incentivar a diminuição de acidentes com vítimas, é indispensável que os períodos utilizados nos cálculos sejam uniformes.

444. Foi precisamente para este fim que o **Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF** (RTE 191) propôs uniformizar o termo inicial de apuração do **IA** para todas as concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE, fixando-o no dia **01 de janeiro de 2016**.

445. A medida, distintamente do que pretende fazer crer a **Requerente**, apenas institui uma simplificação para o cálculo uniforme do **IA**, atentando, aliás, para o **caráter necessariamente anual** de sua aferição, tal como exigido pela cláusula 3.2 do Anexo 7 do contrato de concessão. Veja-se, a propósito, a redação do mencionado dispositivo contratual, a seguir transcrito:

3.2 O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas de cada rodovia consiste no percentual extraído a partir da **avaliação anual** da quantidade de acidentes com vítima, do Volume Diário Médio Anual – VDMA e da extensão da Rodovia, de acordo com a seguinte fórmula: (...)

(grifos apostos)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

446. Nesse sentido, percebe-se que a medida promovida pela **ANTT** não representa infração contratual, como alegado pela **Requerente**, mas mera simplificação metodológica feita para preservar a função comparativa inerente ao **Fator Q**, sob pena de render este inútil ou necessariamente falho.

447. Por fim, é de se ressaltar que a unificação dos termos iniciais para aferição dos acidentes nas rodovias **não** ocasionou prejuízo à **Requerente**, como pretendido nas alegações iniciais.

448. De fato, é preciso ressaltar que, uma vez calculado de forma a garantir a comparabilidade dos resultados entre todas as concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE, o **Fator Q** foi aplicado ao período tendo em conta o início da cobrança de pedágio pela **Requerente**⁸, conforme determinado contratualmente.

449. É o que expressamente se observa na **Nota Técnica nº 871/2019/GEREF/SUINF/DIR** (RTE 104) e na **Nota Técnica SEI nº 2.275/2019/GEREF/SUINF/DIR** (R - 48), de que se extraíram os excertos a seguir transcritos, respectivamente:

Nota Técnica nº 871/2019/GEREF/SUINF/DIR

3.2 FATOR Q

(...)

21. Para a CONCEBRA, o Fator Q apurado para o 4º ano concessão – que deveria ter sido aplicado na revisão anterior –, foi de - 4,5%, e para o 5º ano concessão, a ser aplicado na presente revisão, foi de -6%.

22. A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, foi realizada por meio do Fator C.

(...)

3.4.9. Correção do percentual de Fator Q aplicado na 3ª Revisão Ordinária.

A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária – apurado por meio do Parecer Técnico n 142/2019/GEFIR/SUINF no valor de - 4,5% – foi realizada por meio do Fator C, considerando o período de 27/06/2018 a 04/03/2019, com o tráfego

⁸ O início da cobrança de pedágio se deu em 27 de junho de 2015. O Anexo 7 determina que o Indicador de Acidentes com vítimas na rodovia seja aferido com dados dos 12 meses subsequentes, e efetivamente aplicado à revisão tarifária que ocorrer após os 24 meses seguintes.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

referente ao Ano 5. A parcela referente ao período de 05/03/2019 a 26/06/2019 será realizada na próxima revisão, quando estarão disponíveis os dados de tráfego do Ano 6.

(...)

90. Promovido o reequilíbrio, o repasse à modicidade da aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, resultou em um saldo positivo de R\$ 12.487.984,84 (a preços correntes).”

Nota Técnica SEI nº 2275/2019/GEREF/SUINF/DIR

6.2.2 Fator Q

(...)

60. Pelo exposto, no caso da CONCEBRA, o Fator Q apurado para o 4º ano concessão – que deveria ter sido aplicado na revisão anterior foi de -4,5%, e para o 5º ano concessão, a ser aplicado na presente revisão, foi de -6,0%.

61. *A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, foi realizada por meio do Fator C e o montante apurado será apresentado adiante.*

6.2.4.9. Correção do percentual de Fator Q aplicado na 3ª Revisão Ordinária

120. A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária – apurado por meio do Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF no valor de -4,5% – foi realizada por meio do Fator C, *considerando o período de 27/06/2018 a 04/03/2019*, com o tráfego referente ao Ano 5. *A parcela referente ao período de 05/03/2019 a 26/06/2019* será realizada na próxima revisão, quando estarão disponíveis os dados de tráfego do Ano 6.

121. Promovido o reequilíbrio, o repasse à modicidade da aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, resulta em um saldo positivo de R\$ 13.456.235,10 (a preços correntes) – Considerando a Incidência do Fator D sobre a tarifa de leilão revisada somada à tarifa resultante dos FCM's.

(destaques nossos)

450. Identificado, portanto, o equívoco do primeiro argumento da **Requerente** quanto ao suposto erro da **ANTT** na aplicação de componente de **Fator Q**, cumpre demonstrar a seguir que aquela também cometeu erro ao criticar o uso do **VDMA** no cálculo do **Indicador de Acidentes** pela **ANTT**.

II.11.3. Aferição do Volume Diário Médio Anual da Rodovia – VDMA.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

451. A **Requerente** afirmou em suas alegações iniciais que a **ANTT** haveria cometido erro metodológico ao aferir o **Volume Diário Médio Anual da Rodovia – VDMA** para fins do cálculo do **Indicador de Acidentes com vítimas na rodovia (IA)**, este último um dos componentes do **Fator Q**.

452. Alegou, em síntese, que a **ANTT** teria utilizado apenas o volume de tráfego **pagante** pela rodovia concedida, quando, na sua **opinião**, deveria ter utilizado o volume **total** de tráfego.

453. Pede-se permissão ao **Tribunal** para transcrever o trecho relevante da petição da **Requerente**:

“977. Além da aplicação equivocada da metodologia de cálculo do Fator Q pela ANTT, no que tange à consideração da data de início para contabilização dos índices, a agência decidiu considerar, no Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF, os valores de tráfego pagante para estimar o volume diário médio anual da rodovia (VDMA), o que impactou o cálculo do indicador de acidentes. Em contraposição a esse entendimento, a **Concessionária defende que seja utilizado o tráfego passante para medir o VDMA, uma vez que essa métrica representa melhor o quadro de movimentação da rodovia**”.

(grifos no original)

454. Inicialmente, convém esclarecer não ter sido identificado no processo administrativo referente às revisões tarifárias da **Requerente** qualquer contestação anterior à metodologia de cálculo do **VDMA** do trecho rodoviário concedido. Trata-se, portanto, de questão inédita entre as partes, devendo ser tratada de forma original no âmbito da presente arbitragem.

455. Feita a ressalva, é preciso demonstrar o equívoco dos argumentos da **Requerente**.

456. O **Indicador de Nível de acidentes com vítimas de cada rodovia – IA** está descrito, como visto linhas acima, na cláusula 3.2 do Anexo 7 do contrato de concessão,



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

e consiste no percentual extraído a partir da avaliação anual da quantidade de acidentes com vítima, do **Volume Diário Médio Anual – VDMA** e da extensão da rodovia.

457. Veja-se, por oportuno, a redação do dispositivo contratual mencionado:

3.2 O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas de cada rodovia consiste no percentual extraído a partir da avaliação anual da quantidade de acidentes com vítima, do Volume Diário Médio Anual – VDMA e da extensão da Rodovia, de acordo com a seguinte fórmula: (...)

458. Ocorre, contudo, que a **Requerente** confundiu em suas alegações iniciais dois conceitos distintos, a saber: o **VDMA** (definido contratualmente nos moldes acima transcritos) com o **VDMA-Equivalente**.

459. Veja-se, nesse sentido, transcrição do trecho relevante das alegações iniciais da **Requerente** em que se evidencia a confusão identificada:

“978. Na subcláusula 1.1.1 do Contrato de Concessão, que elenca a lista de definições para o documento, **esclareceu-se o significado de termo que contém o conceito de volume diário médio anual da rodovia (VDMA)**: ‘(xlix) VDMA-Equivalente móvel: para um determinado subtrecho do Sistema Rodoviário, é a média móvel do volume diário de veículos, aferido nos dois sentidos, calculada diariamente para os últimos 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, na forma prevista no item Obras de Capacidade condicionadas ao volume de tráfego do PER’.

979. Por sua vez, o **PER**, ao discorrer sobre as **Obras de Capacidade condicionadas ao volume de tráfego no item 3.2.3.1**, afirmou que ‘o fator determinante para início da execução das faixas adicionais em subtrechos em pista dupla é o atingimento do **VDMA equivalente** de gatilho, dos valores constantes na Tabela a seguir, aferidos com base em uma média móvel de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, para os subtrechos em pista dupla indicados, com base nas informações diárias do Sistema de Monitoramento de Tráfego.’ Note-se que a **aferição do VDMA equivalente de gatilho** se dá a partir das informações diárias do Sistema de Monitoramento de Tráfego. (...)”

(grifos apostos)

460. Ora, a simples leitura dos dispositivos contratuais citados pela **Requerente** é suficiente para perceber que **VDMA** e **VDMA-Equivalente** são conceitos **distintos**.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

461. De fato, o **VDMA-Equivalente** é o volume médio diário de tráfego equivalente em uma dada seção da via, em um período de um ano completo, aferido **de acordo com o tipo de veículo** que trafega na rodovia, observando-se a categoria de veículos determinada. Tem por objetivo captar o impacto de cada uma das categorias de veículos em circulação no trecho rodoviário concedido (com reflexos tarifários, visto que cada categoria de veículo se sujeita à tarifa de pedágio distinto).

462. Já para o cálculo do **VDMA** **não se considera a categoria dos veículos** que trafegam na rodovia concedida, mas **apenas sua quantidade global**.

463. Comprovada a confusão feita pela **Requerente** entre conceitos distintos, não há como se entender correta sua ilação no sentido de que *“a definição de VDMA adotada pelo PER faz referência à totalidade de veículos que transitam na rodovia, e não apenas àqueles que pagam pedágio à Concessionária”*, considerando que *“o sistema de monitoramento a que se refere o PER não trata apenas dos veículos pagantes”*.

464. Em verdade, é preciso reconhecer que a **fórmula trazida pelo Anexo 7** do contrato de concessão **não especificou o tipo de tráfego** (se era pagante ou passante) a ser utilizado na obtenção do **IA**, sendo necessária, mais uma vez, uma análise teleológica de tal indicador para dissipar eventual perplexidade.

465. Nesse diapasão, a **ANTT** entendeu que o uso apenas de veículos pagantes pela rodovia refletiria uma escolha mais acertada, uma vez que permitiria considerar dados marcados pela consistência, confiabilidade e integridade, uma vez que submetidos a vários controles pelas concessionárias (interessadas, claro, em preservar sua arrecadação).

466. Ressalte-se que não se trata de beneficiar ou prejudicar a Concessionária. Buscou-se, isto sim, a opção regulatória mais eficaz e condizente com as finalidades do instituto. Tanto que a forma de cálculo utilizada pela ANTT, em determinados períodos, é mais benéfica do que a metodologia proposta pela **Requerente**, conforme se depreende da tabela 26 abaixo, extraída da Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

59), e que demonstra ter sido reconhecido pela ANTT no ano 1 um Índice de Acidentes (IA) inferior ao proposto pela Concessionária, relação que se inverteu nos anos seguintes:

Ano Apuração	ANTT (Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF)	Proposta CONCEBRA
01	-4,5%	-0,7%
02	-6,0%	-6,9%
03	0%	-1,6%

Tabela 1 – Comparação considerando metodologia para aferição do Fator Q realizada pela ANTT e proposta pela Concebra no procedimento arbitral. Fonte: Despacho GEFIR 3603017

467. Assim compreendidos os fatos, percebe-se que **não houve equívoco ou infração contratual** da ANTT no cálculo do VDMA com o uso de dados referentes apenas ao fluxo de veículos pagantes, mas antes uma escolha técnico-regulatória necessária em decorrência da inespecificidade da fórmula prevista no Anexo 7 do contrato de concessão.

468. Desse modo, também neste ponto se demonstra a falta de fundamento da **Requerente** em seu pleito específico, razão pela qual se requer seu indeferimento.

III – REQUERIMENTOS FINAIS

469. Diante do exposto, requer a ANTT:

- i) a revisão da tutela de urgência concedida por meio da Ordem Processual nº 03, de modo a restabelecer todas as obrigações contratuais, seja em razão das informações trazidas pelo BNDES (doc. R-39), seja pelo fato de a pretensão de reequilíbrio relativa ao financiamento estar acobertada pela eficácia da coisa julgada (subitem II.1.3.2 acima);



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

ii) sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados nas Alegações Iniciais, bem como a condenação da **Requerente** ao pagamento integral dos custos da presente arbitragem.

Brasília, 24 de julho de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal

MILTON CARVALHO GOMES
Procurador Federal

KALIANE WILMA CAVALCANTI DE LIRA
Procuradora Federal

ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE
Advogado da União

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

IV – LISTA DE DOCUMENTOS

Índice de documentos juntados pela Requerida ANTT	
Número	Descrição
Petições anteriores	
R-01	Contrato de Concessão Edital nº 004-2013
R-02	1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão
R-03	Programa de Exploração da Rodovia (PER)
R-04	Ata de Missão – sugestão ANTT
R-05	Cronograma processual – sugestão ANTT
Petição de 31.01.2020 acerca da revogação das liminares	
R-06	Contrato de Concessão
R-07	Programa de Exploração da Rodovia – PER
R-08	Petição inicial da ação cautelar
R-09	Decisão liminar proferida na ação cautelar
R-10	Decisão terminativa proferida na ação cautelar
R-11	Informação Eletrônica nº 233/2018/CIPRO/SUINF
R-12	Documento do BNDES, explicitando as razões do cancelamento do financiamento
R-13	Petição inicial da ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101
R-14	Sentença proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101
R-15	Correspondência eletrônica acerca da ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101
R-16	Decisão do árbitro de emergência
R-17	Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF
R-18	Nota Técnica nº 25/2017/GEINV/SUINF
R-19	Nota Técnica SEI nº 211/2016/GEROR/SUINF/DIR
R-20	Resolução ANTT nº 5.410/2017
R-21	Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR
R-22	Parecer n. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU
R-23	Ofício nº 87/2016/GEROR/SUINF
R-24	Resolução nº 675, de 04 de agosto de 2004
R-25	Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SUINF
R-26	Parecer nº 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
R-27	Correspondência eletrônica da área técnica da ANTT
R-28	Parecer 361/2019/GEFIR/SUINF/DIR
R-29	Deliberação ANTT nº 964, de 30 de outubro de 2019
Petição de 06.05.2020 acerca da OP 02	
R-30	Despacho CIPRO
R-31	Carta_3192399_ABCR_Ct. 48_2020__SUINF__orientacao_fiscalizacao
R-32	Ofício SEI ANTT n. 3193684
R-33	E_mail_COINFMG de resposta à CONCEBRA
R-34	Ofício Circular SEI nº 489/2020/SUINF/DIR-ANTT
Petição de 10.06.2020	



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

R-35	Correspondência eletrônica do ordenador de despesas da ANTT
Manifestação sobre OP 04	
R-36	Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR
R-37	Edital de Concessão n. 004-2013
R-38	Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF
R-39	Nota BNDES AST/DECRO nº 031/2020
R-40	Nota Técnica nº 75/2015/GEROR/SUINF
R-41	Instrução Técnica constante do TC 039.581/2019-5
R-42	Aprovação da Instrução Técnica no TC 039.581/2019-5
R-43	Decisão do Min. Augusto Nardes no TC 039.581/2019-5
R-44	Decisão do árbitro Giovane Ettore Nanni
R-45	Ofício SEI nº 2600/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT
R-46	Carta CNB DIR 0535/2019
R-47	Nota Técnica SEI nº 1827/2019/GEFIR/SUINF/DIR
R-48	Nota Técnica SEI nº 2275/2019/GEREF/SUINF/DIR
R-49	Parecer Nº 166/2020/GEFIR/SUINF/DIR
R-50	Deliberação nº 306, de 30 de junho de 2020
R-51	Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2
Resposta às Alegações Iniciais	
R-52	Edital nº 004/2013
R-53	Acórdão TCU nº 2644/2019
R-54	CCBC 64-2019 Ordem Processual n. 5
R-55	Matéria VALOR - Concessões vão exigir reequilíbrio de caixa
R-56	Dissertação Rangel (2017)
R-57	Contrato de Concessão celebrado com ECOSUL
R-58	Parecer 01751-2016 - Reequilíbrio ECOSUL insumos asfálticos
R-59	Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR
R-60	Carta nº CNB/DIR/0999/2015
R-61	Ofício nº 450/2015/GEPRO/SUINF, de 20/07/2015
R-62	Carta protocolada sob o nº 50500.382317/2015-85
R-63	Carta sob protocolo nº 50500.226158/2016-11
R-64	Carta sob protocolo nº 50500.396282/2015-6
R-65	Parecer Técnico nº 55/2016/GEINV/SUINF
R-66	Memorando nº 608/2016/GEINV/SUINF
R-67	Memorando nº 707/2016/GEINV/SUINF
R-68	Deliberação nº 180, de 07/07/2016
R-69	Parecer Técnico nº 1423/2016/GEPRO/SUINF
R-70	Parecer Técnico nº 266/2017/GEPRO/SUINF
R-71	Memorando nº 04/2017/DG/ANTT
R-72	Instrução Técnica do TC 036.417/2016-5
R-73	Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF
R-74	Deliberação nº 627, de 04/06/2019
R-75	Nota Técnica nº 25/2017/GEINV/SUINF
R-76	Resolução ANTT nº 5.142, de 15/07/2016
R-77	Parecer nº 01875/2017/PF-ANTT/PGF/AGU



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

R-78	Parecer nº 01341/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
R-79	Acórdão nº 2934/2019-TCU-Plenário
R-80	Parecer Técnico nº 204/2018/GEPRO/SUINF
R-81	Portaria SUINF nº 256/2016
R-82	Portaria SUINF nº 257/2016
R-83	Acórdão TCU n. 2.185/2017
R-84	Acórdão 290/2018-Plenário do TCU
R-85	Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT
R-86	Resolução ANTT n. 1.187, de 09 de novembro de 2005
R-87	Deliberação n. 628/2018
R-88	Nota técnica SEI nº 377/2019/GEFOR/SUINF/DI
R-89	Resolução ANTT nº 3.651, de 07 de abril de 2011
R-90	Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00
R-91	Ofício nº OF-0092.2020-GEENG-SUINF-R00
R-92	Carta CNB-DIR 0760.2020