



Advocacia-Geral da União
Procuradoria-Geral Federal
Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

**PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 64/2019/SEC7
CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ
– CAM-CCBC**

PETIÇÃO 4 DA REQUERIDA - RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS

VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A.
(Requerente)

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida)

TRIBUNAL ARBITRAL
Carlos Ari Vieira Sundfeld
Carlos Alberto Carmona
Paula Andrea Forgioni



Sumário

BREVE SÍNTESE DA DEMANDA E DOS PONTOS CONTROVERTIDOS SUBMETIDOS À ARBITRAGEM	5
I – PRELIMINARMENTE: LIMITES DA ARBITRAGEM	22
II – PREMISSAS PARA A SOLUÇÃO DO LITÍGIO	27
II.1. Histórico da Concessão e das inexecuções contratuais	27
II.2. <i>Acta sunt servanda</i> e Contratos de Concessão	33
II.3. Alocação de riscos em contratos de concessão	36
III – IMPACTOS DO BAIXO CRESCIMENTO ECONÔMICO NA CONCESSÃO	41
III.1. Volume de tráfego e receitas	41
III.1.1. <i>Ausência de Impactos Relevantes da Crise na Concessão</i>	41
III.1.2. <i>Crise econômica não configura força maior: entendimento da CCI</i>	45
III.1.3. <i>“Documento diagnóstico”</i>	49
III.2. Readequação Econômico-financeira das Obras Condicionadas ao Volume de Tráfego	51
III.2.1. Financiamento do BNDES	54
III.2.2. Revisão Quinquenal	56
III.2.3. <i>Aumento do preço dos insumos asfálticos</i>	63
III.2.4. <i>Impactos da Lei dos Caminhoneiros</i>	70
III.3. Prazo de execução das Obras Condicionadas	72
IV – QUESTÕES RELATIVAS AO PAVIMENTO E A PASSIVOS AMBIENTAIS	78
IV.1. Solo Massapê	78
IV.2. Impactos da Lei nº 13.103/2015	83
IV.3. Passivos ambientais	83
IV.4. Remanejamento de adutoras da Embasa	89
V – OUTROS PLEITOS REVISIONAIS	92
V.1. Recursos para o Desenvolvimento Tecnológico - RDT	92
V.2. Crise dos Caminhoneiros	94
V.3. Atraso na abertura das praças de pedágio	96
V.3.1. <i>Morosidade para obtenção da Declaração de Utilidade Pública</i>	96
V.3.2. <i>Atraso na aprovação de projetos executivos encaminhados pela VIABAHIA</i>	100
V.3.3. <i>Atraso no recebimento dos Trabalhos iniciais</i>	104
V.3.4. <i>Greve dos trabalhadores da construção civil</i>	107
V.3.5. <i>Autorização de cobrança da tarifa de pedágio em cada uma das praças de pedágio</i>	108
V.4. Passagem de cargas especiais (AET)	112
V.5. Exploração de receita alternativa com publicidade	113
V.6. Sistema de pesagem de veículos	114
V.7. Verba de segurança no trânsito	116
VI – DESCONTO DE REEQUILÍBRIO E PENALIDADES	119



VI.1. Forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio	119
<i>VI.1.1. Aplicação do Desconto de Reequilíbrio no Fluxo de Caixa Marginal – FCM</i>	119
<i>VI.1.2. Revisão dos referenciais para aplicação do Desconto de Reequilíbrio</i>	124
VI.2. Aplicação do Desconto de Reequilíbrio na 7ª Revisão Ordinária	130
VI.3. Autos de Infração nº 5027, 5082, 5086 e 5087	135
<i>VI.3.1. Violação ao princípio da hierarquia.....</i>	135
<i>VI.3.2. Violação ao princípio da tipicidade.....</i>	138
<i>VI.3.3. Ausência de previsão de penalidade para a conduta da autora</i>	141
<i>VI.3.4. Violação aos princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa</i>	142
<i>VI.3.5. Ausência de infração ante o atendimento das determinações da ANTT</i>	142
<i>VI.3.6. Desproporcionalidade e ausência de razoabilidade do valor da multa</i>	143
<i>VI.3.7. Violação aos princípios constitucionais regentes da atuação da Administração Pública</i>	146
<i>VI.3.8. Consumação da prescrição intercorrente</i>	148
VII – ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELA ANTT	151
VII.1. Da regulação exercida pela ANTT	151
VII.2. Da competência da SUINF (atual SUROD) na edição de Portarias.....	153
VII.3. Portaria nº 184/2018	157
VII.4. Portaria nº 28/2019	163
VII.5. Da impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro face à edição das Portarias nº 184/2018 e nº 29/2018	164
VII.6. Portaria nº 216/2019	169
VII.7. Ofício Circular nº 011/2018/SUINF	170
VII.8. Resolução nº 5.859/2019	175
<i>VII.8.1. Da integração do contrato de concessão com a edição da Resolução nº 5.859/2019</i>	175
<i>VII.8.2. Da legalidade da edição da Resolução nº 5.859/2019</i>	177
<i>VII.8.3. Da aplicação imediata da Resolução ANTT nº 5.859/2019</i>	183
VIII – PLEITOS DE INCLUSÃO/EXCLUSÃO DE INVESTIMENTOS	185
VIII.1. Inclusão de novos investimentos – ponderações do TCU e tentativas de aperfeiçoamento.	186
VIII.2. Implantação de ruas laterais e drenos no Contorno Sul de Feira de Santana/BA.....	192
VIII.3. Incorporação de novos custos com o Projeto SIR	192
VIII.3.1. Natureza e Escopo do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR.....	193
VIII.3.2. Os impactos do SIR no contrato de concessão.....	199
VIII.4. Implantação de passarela no km 446+000 da BR-116/BA	202
VIII.5. Implantação de retorno em nível no km 481 da BR-116/BA	203
VIII.6. Exclusão do Contorno Norte e trecho urbano de Feira de Santana/BA.....	204
VIII.7. Exclusão do segmento rodoviário denominado perímetro urbano de Vitória da Conquista/BA	204



VIII.8. Exclusão da obra de construção de trevo com alças de acesso à rodovia BA-524 (Canal de Tráfego).....	204
VIII.9. Implantação de dispositivo de acesso definitivo ao Aeroporto de Vitória da Conquista/BA	205
VIII.10. Implantação de interligação entre os bairros de Viveiros e Feira X, em Feira de Santana/BA, no km 6+000 da BR-324/BA	208
VIII.11. Implantação de retorno em Amélia Rodrigues/BA, no km 546+160 da BR-324/BA	210
VIII.12. Rodovias Estaduais – BA526 e BA528	210
VIII.13. Inclusão dos custos complementares para todas as obras Extra-PER já aprovadas.....	213
VIII.14. Implantação de retornos rodoviários em Santo Estevão, km 458 da BR-116/BA	213
VIII.15. Implantação de dispositivo de retorno no km 560+800 da BR-324/BA, em Terra Nova/BA	213
VIII.16. Implantação do retorno rodoviário em Amélia Rodrigues/BA, sentido oeste, km 540+440, da BR-324/BA	214
IX – REQUERIMENTOS FINAIS	215
X – LISTA DE DOCUMENTOS.....	216



1. A **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**, qualificada como Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, representada pelos membros da Advocacia-Geral da União infra-assinados, em obediência ao calendário previsto na Ata de Missão, vem apresentar sua **RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS**, nos termos seguintes:

BREVE SÍNTESE DA DEMANDA E DOS PONTOS CONTROVERTIDOS SUBMETIDOS À ARBITRAGEM

2. A VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A (REQUERENTE) apresentou suas Alegações Iniciais neste procedimento arbitral de nº CAM-CCBC nº 64/2019/SEC7, por meio de 7 (sete) petições, totalizando mais de 300 páginas – sem considerar os documentos anexos. Em sua exposição, sustenta a REQUERENTE, em síntese, que o contrato atualmente apresenta grande desequilíbrio econômico-financeiro, ocasionado, essencialmente, pela “depressão econômica que afetou o país nos anos 2015/2016”, a qual teria gerado “grande impacto nas receitas auferidas pela VIABAHIA”. Sustenta, ainda, que vem cumprindo as obrigações que lhe cabem no contrato de concessão, e que “o percentual de inexecução da Concessionária não é expressivo”.

3. Em sequência, defende que a mora da ANTT na promoção da *revisão quinquenal* do contrato de concessão – a qual seria o “mecanismo específico” para a promoção de reequilíbrio contratual – agravou o desequilíbrio contratual, “tornando inexecutável o cumprimento de certas obrigações”. Ao final, os pedidos de reequilíbrio contratual totalizam mais de 2.2 bilhões de reais – a preços de 2005 – sem considerar aqueles cujos valores não foram liquidados.

4. O valor dos pedidos formulados, somado à extensão dos tópicos levantados, nos levam a questionar qual a real estratégia da concessionária na presente arbitragem. Praticamente todos os acontecimentos minimamente relevantes – e alguns mesmo sem



relevância nenhuma – ao longo de 10 anos de concessão, foram trazidos à análise deste Tribunal Arbitral, talvez com a expectativa de que, formulando dezenas de pedidos, em dezenas de tópicos diferentes, algo lhes seja reconhecido como direito. Porém, como será exaustivamente demonstrado no curso deste processo, nenhuma das demandas da concessionária sobrevive a um maior escrutínio, à luz das regras contratuais e da legislação vigente.

5. Inobstante o enorme volume de palavras utilizadas pela REQUERENTE para expor seus pleitos, são **apenas três** os pilares da argumentação da REQUERENTE, os quais serão aqui enunciados de forma a tornar mais clara e objetiva a compreensão da estruturação da defesa ora apresentada. Sustenta a REQUERENTE que:

- 1) A crise econômica vivenciada pelo Brasil nos anos 2015-2016 causou desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão, em desfavor da concessionária;
- 2) A *revisão quinquenal*, procedimento previsto no contrato de concessão, seria o instrumento específico para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não foi realizada pela ANTT no ano previsto, em 2014 (e até hoje não foi concluída);
- 3) A omissão da ANTT na realização da *revisão quinquenal* agravou o desequilíbrio contratual, tornando obrigações contratuais inexequíveis.

6. Ao lado desse eixo de sustentação principal da demanda arbitral, composto pelos três elementos referidos acima, a concessionária adiciona outras questões secundárias, como discussões sobre aprovação de projetos executivos, inclusão e exclusão de investimentos no contrato de concessão, aplicabilidade de normas procedimentais da ANTT na gestão do contrato de concessão, interpretação sobre a aplicação do Fator D e penalidades. Nos casos mais extremos, chega a alegar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão do tipo de solo da região, fato notório e de amplo conhecimento muito antes da assinatura do contrato.

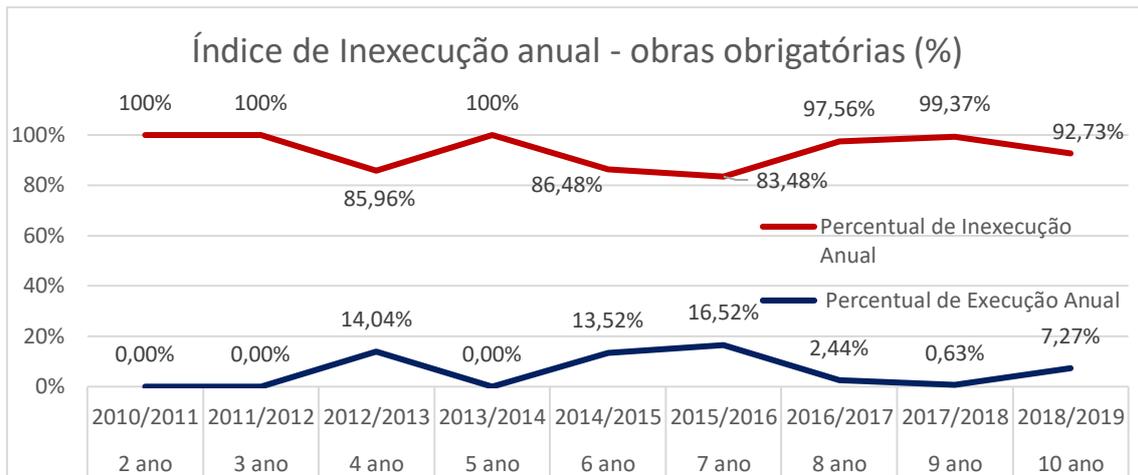


7. Visando auxiliar o Tribunal Arbitral na compreensão de todas as questões postas pela REQUERENTE, apresentaremos abaixo, de forma sucinta, os argumentos que serão posteriormente aprofundados. A leitura destas considerações prévias deixará claro que nenhum dos pedidos formulados pela REQUERENTE possui fundamento no contrato de concessão e que, no fundo, a complexidade da causa não justifica as mais de 300 páginas de petição apresentadas pela Concessionária.

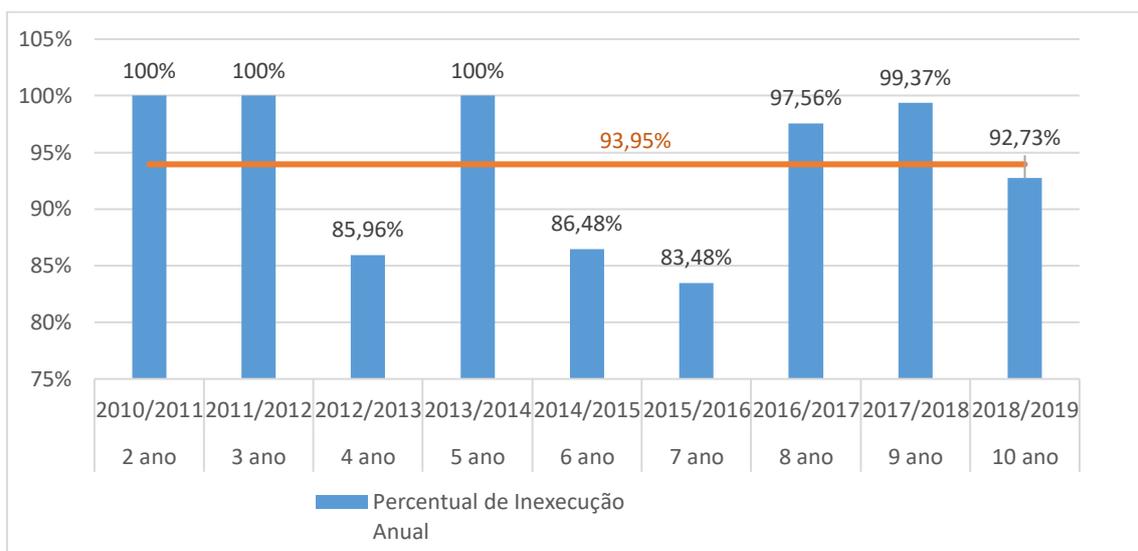
8. Antes de mais nada, em especial no caso da concessionária em questão – VIABAHIA - não se pode iniciar a abordagem de qualquer outro tema sem que antes seja trazido a lume seu comportamento desde o início da concessão. **A Concessionária VIABAHIA demonstrou, desde o primeiro ano de concessão, ininterruptamente e sem exceções, durante os nove anos de gestão, descomprometimento com suas obrigações contratuais** e com os usuários da rodovia que pagam pedágio desde o dia 07/12/2010.

9. Naquela data, quando teve início a cobrança do pedágio, iniciou-se também a denominada Fase de Recuperação da rodovia, com duração de 5 anos, encerrando-se em 19/10/2014. Essa fase iniciou-se “imediatamente após a conclusão dos Trabalhos Iniciais, estendendo-se no máximo até o final do 5º (quinto) ano do Prazo da Concessão” (item 2.1.1.2 do Programa de Exploração Rodoviária – PER). No relatório de vistoria realizado pela ANTT, em nov/2014 e jan/2015, já se constatou o **não atendimento aos parâmetros de desempenho** previstos no PER até o final do 5º ano de Concessão (19/10/2014), no que diz respeito à qualidade e suficiência dos serviços de recuperação realizados pela Concessionária VIABAHIA.

10. Além das obras e serviços relativos à fase de recuperação, a concessionária deveria, ainda, executar as obras **obrigatórias**, descritas no PER, a cada ano da concessão. **Desde o início do contrato de concessão, a REQUERENTE não executou as obras previstas**, como se observa do seguinte gráfico:



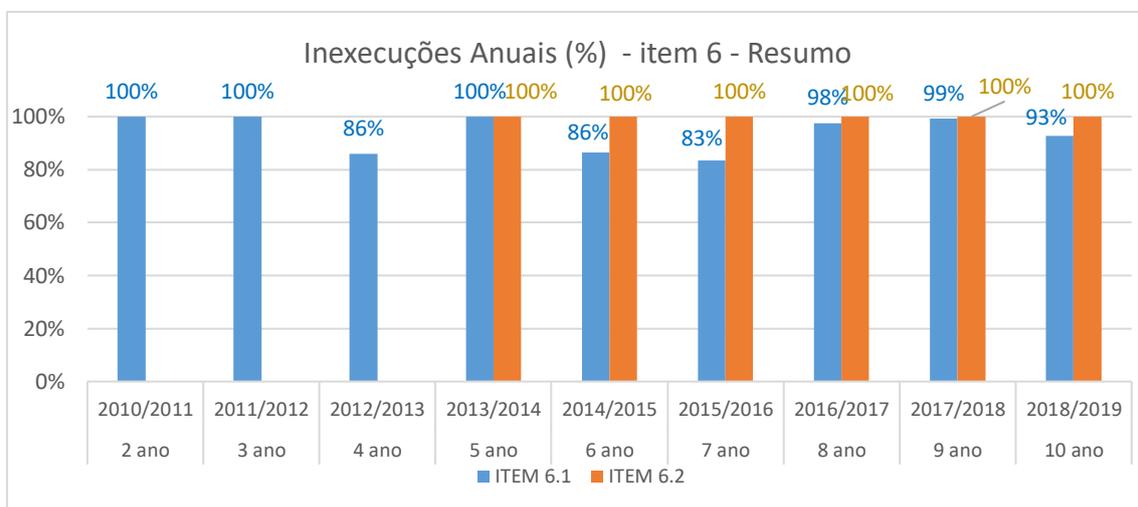
11. Percebe-se que a REQUERENTE apresenta um comportamento de **inexecução sistemática do contrato de concessão**, que se verifica desde o primeiro ano do contrato, não possuindo nenhuma relação com a alegada crise econômica ocorrida nos anos 2015-2016, ou com qualquer mora na realização de revisão quinzenal. Já nos anos 2 e 3 do contrato a concessionária não executou nenhuma das obras obrigatórias previstas no contrato. **A média das inexecuções contratuais para as obras obrigatórias é de 93,95%**, **há pelo menos 9 (nove) anos consecutivos**, isto é, dos investimentos anuais previstos, de 2010 a 2019, a concessionária executa, em média, somente 6,05% do previsto desde o início da concessão.

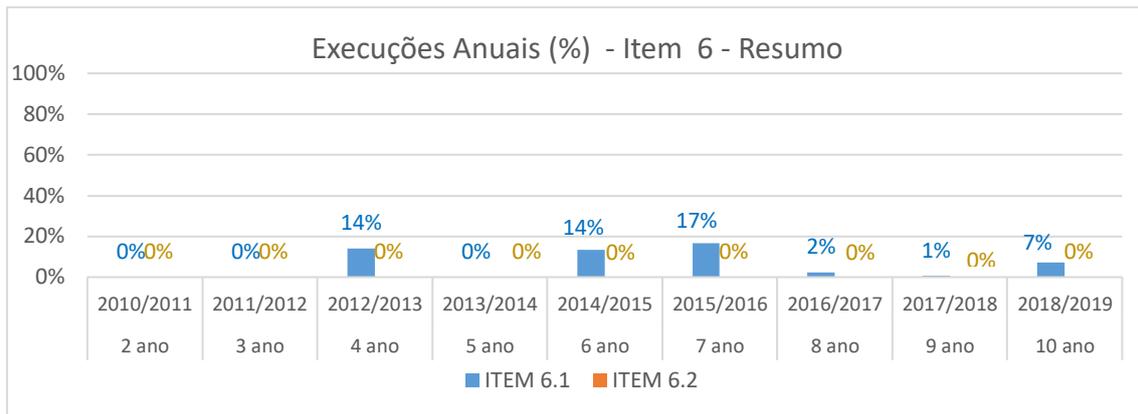




12. Os descumprimentos contratuais serão mais bem aprofundados ao longo desta peça de defesa, servindo os dados acima apenas para situar este Tribunal acerca da postura da concessionária desde o início da concessão e durante todo o seu período de vigência, até a data atual, e do seu aparente propósito de ter na presente arbitragem uma chance de reverter todo esse inadimplemento em seu próprio favor. Este cenário de **sistemático descumprimento contratual** pela concessionária constitui premissa fundamental em toda a discussão acerca dos pleitos de inclusão/exclusão de investimentos trazidos por ela em suas alegações iniciais, assim como é essencial no debate acerca do procedimento de revisão quinquenal em curso. Este é o pano de fundo de toda a discussão em curso na presente arbitragem, sendo também o contexto no qual todas as decisões da ANTT foram tomadas ao longo da concessão.

13. Pedimos vênia para incluir apenas mais dois gráficos, demonstrando os índices de descumprimento contratual das obras obrigatórias, segmentando as relativas ao item 6.1 do PER e as previstas no item 6.2 (aqui incluídas as duplicações por acionamento de gatilhos de tráfego):





14. O extenso e sistemático descumprimento contratual pela concessionária motivou, já em 2013, a abertura de processo apuratório que poderia ter resultado na caducidade da concessão. Àquele tempo, optou-se pela celebração de um termo de ajustamento de conduta - TAC, como forma de dar uma nova chance à concessionária para adimplir com suas obrigações. **O prazo do TAC se encerrou em janeiro de 2015, tendo sido considerado descumprido, com inexecução de 32,41%.**

15. Elucidado o cenário geral da concessão, ao menos em linhas gerais, desde a assinatura do contrato, podemos passar à abordagem das premissas equivocadas nas quais se baseia a concessionária para a formulação de seus pleitos. **Primeiro** a afirmação de que a crise econômica de 2015/2016 constituiu evento de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois teria afetado de forma extraordinária as receitas da concessão. **Segundo** a alegação de que a *revisão quinquenal*, não realizada pela ANTT em 2014, seria o instrumento para promover o reequilíbrio contratual. **Terceiro** a afirmação de que a não realização da *revisão quinquenal* teria ampliado o desequilíbrio contratual e tornado as obrigações contratuais inexecutáveis.

16. A presente defesa abordará especificamente cada um desses pontos, cabendo aqui a colocação de breves considerações sobre cada um deles.

17. A alegada crise econômica ocorrida no Brasil entre 2015/2016 constitui a **premissa fundamental** das alegações iniciais. É a partir dela, apontada como o evento gerador do desequilíbrio contratual, que se desenrola toda a argumentação da



concessionária. Removendo-se a crise econômica, nada sobra da demanda formulada, dado que a concessionária não aponta em sua argumentação quaisquer outros eventos que resultem em desequilíbrio contratual, como se evidenciará.

18. O argumento da crise econômica vem sendo utilizado de forma reiterada por diversas concessionárias de rodovias, em outras demandas arbitrais, constituindo um tema no qual a ANTT já desenvolveu análises bastante aprofundadas. Em nenhuma concessão de rodovias, incluindo a outorgada à REQUERENTE, foi verificada uma oscilação de demanda significativa, comparativamente com as projeções de tráfego elaboradas nos estudos que embasaram a licitação.

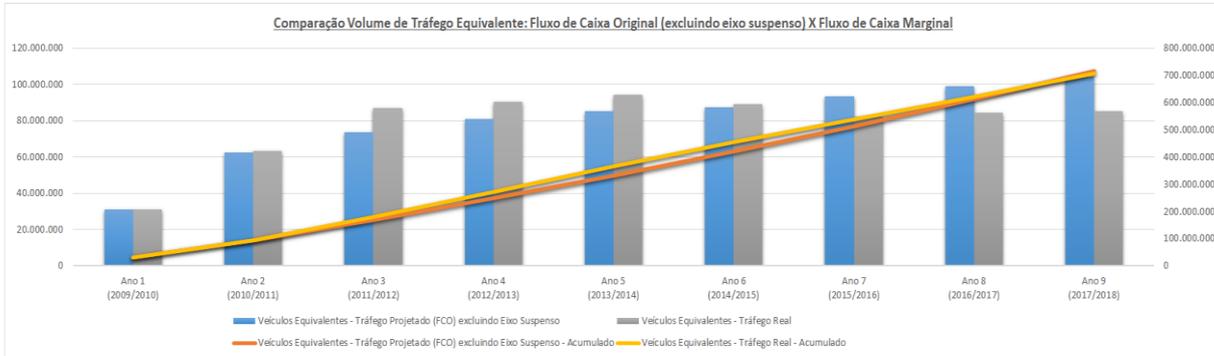
19. Acerca deste argumento da crise econômica, será demonstrado que:

- A alegada crise econômica não afetou o tráfego da rodovia, o qual apresentou desvio ínfimo em relação à projeção;
- Crises econômicas não constituem eventos de força maior – são cíclicas e previsíveis em contratos de longo prazo, conforme já decidido em outros casos, inclusive em procedimentos arbitrais no âmbito da CCI;
- A variação de tráfego na rodovia é risco alocado expressa e exclusivamente à concessionária no contrato de concessão (risco de demanda), inexistindo qualquer garantia de que projeções realizadas no passado se concretizarão no futuro;
- Inexiste relação de causalidade entre a sistemática inexecução contratual da REQUERENTE (desde 2010) e a alegada crise econômica (2015-2016);

20. O baixo impacto da alegada crise econômica na concessão em questão está representado no gráfico abaixo, o qual traz a comparação entre o **volume de tráfego projetado** e o **volume de tráfego real**, ano a ano, em valores acumulados. A linha alaranjada representa o volume de tráfego projetado, enquanto a amarela representa o tráfego real:



Comparação Fluxo de Caixa Original (excluindo eixos suspensos) x Fluxo de Caixa Marginal (Volume de Tráfego Equivalente)												
Tipo	Ano 1 (2009/2010)	Ano 2 (2010/2011)	Ano 3 (2011/2012)	Ano 4 (2012/2013)	Ano 5 (2013/2014)	Ano 6 (2014/2015)	Ano 7 (2015/2016)	Ano 8 (2016/2017)	Ano 9 (2017/2018)	Acumulado	Diferença	
Veículos Equivalentes - Tráfego Projetado (FCO) excluindo Eixo Suspenso	31.082.118	62.622.008	73.545.177	80.758.052	85.247.787	87.347.877	93.386.110	98.853.639	104.136.156			
Veículos Equivalentes - Tráfego Projetado (FCO) excluindo Eixo Suspenso - Acumulado	31.082.118	93.704.126	167.249.303	248.007.355	333.255.142	420.603.019	513.989.130	612.842.768	716.978.924	716.978.924		
Veículos Equivalentes - Tráfego Real	31.082.118	63.428.221	86.822.295	90.592.286	94.216.957	89.229.387	82.426.404	84.265.854	85.164.763			
Veículos Equivalentes - Tráfego Real - Acumulado	31.082.118	94.510.340	181.332.634	271.924.920	366.141.877	455.371.263	537.797.667	622.063.521	707.228.284	707.228.284	1,36%	



21. Quando analisamos os valores comparados entre o tráfego projetado (no momento da assinatura do contrato) e o tráfego real, temos que **a diferença entre volumes acumulados até o ano 9 (2017/2018) é de apenas 1,36 %**, ou seja, praticamente o volume equivalente acumulado real é igual ao volume equivalente acumulado projetado. Em outras palavras, a alegada crise econômica de 2015-2016 em pouco ou nada afetou o tráfego da concessão, inexistindo qualquer indício de desequilíbrio econômico-financeiro em razão desse evento.

22. O risco de demanda é o primeiro risco elencado no contrato de concessão, assumido integralmente pela concessionária (cláusula 19.1.2(i)). Segundo o contrato, “[a] Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (i) volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente(...)”. Se já não havia como sustentar que a variação de tráfego constituiria um evento ensejador de desequilíbrio contratual, dada a matriz de risco fixada no contrato, a demonstração de que a diferença entre o tráfego projetado e o real é de apenas 1,36% inviabiliza de forma absoluta qualquer alegação de desequilíbrio, adicionando mais uma razão que aponta para o descabimento do argumento.

23. Não apenas o risco de tráfego é da concessionária como a variação do volume de tráfego foi insignificante para um contrato de concessão, considerando a totalidade



do contrato. Oscilações no volume de tráfego são normais e esperadas ao longo do contrato de concessão, não se podendo considerar apenas variações de um ano para outro, mas sim períodos mais longos da concessão. **Surpreende constatar que mesmo com a concretização das projeções de tráfego, a concessionária apresente um inadimplemento contratual de 93,95%.**

24. Cabe uma consideração adicional acerca deste ponto, no que toca à “metodologia para aferição do desequilíbrio” desenvolvida no “caderno I” das petições da Requerente, a qual constitui uma verdadeira agressão à inteligência do ser humano mediano, e certamente uma afronta a todas as regras legais e contratuais que regem o contrato de concessão.

25. A concessionária requer um reequilíbrio de mais de 1.5 bilhões de reais, a preços de 2005. Para se chegar a este resultado, sob o pretexto de recompor o contrato em razão da crise de 2015-16, é realizada uma conta que **anula completamente o risco de demanda** do contrato, que é alocado à concessionária por disposição contratual expressa. O pretense cálculo de reequilíbrio abrange **os primeiros 5 anos da concessão** (antes da crise), e **estende-se por todo o período do contrato**, para o futuro, buscando garantir à concessionária o fluxo de tráfego projetado no plano de negócios, o que constitui exatamente o risco que assumiu no contrato.

26. A REQUERENTE afirma literalmente sua intenção de **anular o risco a ela atribuído**, pedindo a este Tribunal uma **garantia de demanda** até o final da concessão, ao afirmar que “o valor pleiteado consiste no montante a ser recomposto à VIABAHIA para que sejam mantidas as condições da Proposta, como previsto no Plano de Negócios, retomando-se o equilíbrio projetado quando da formalização do Contrato”. Duas hipóteses são aqui possíveis: ou a concessionária desconhece completamente os riscos assumidos por ela no contrato ou litiga de má-fé, formulando pedidos que sabe frontalmente contrários às disposições contratuais e legais vigentes.

27. A demanda formulada se torna ainda mais constrangedora ao sustentar a concessionária, no mesmo “caderno I”, pleito de recomposição pelo que denominou “frustração da legítima expectativa de crescimento do volume de tráfego” e “perda da



chance de ampliação das receitas”. Em síntese, alega a REQUERENTE que “[n]os primeiros anos da Concessão o volume de tráfego tanto das categorias de veículos leves como pesados, estava em ascensão, **superando substancialmente a projeção da evolução da curva de tráfego que norteou o Plano de Negócio da VIABAHIA**”. Assim, como nos primeiros anos a demanda superou a projeção, materializou-se – não se sabe com base em que elementos – uma “legítima expectativa” de que a curva continuasse infinitamente ascendente, e no mesmo ritmo de crescimento.

28. A concessionária então deixa de utilizar até mesmo as projeções do plano de negócios, do momento da licitação, e passa a adotar como referência uma nova projeção, a partir dos volumes de tráfego dos primeiros 5 anos, para sustentar o “direito” à garantia daquele crescimento até o fim da concessão. **A Concessionária então calcula a taxa de crescimento de tráfego nos primeiros 5 anos e projeta essa taxa de crescimento por todo o período da concessão, buscando garantir não apenas a constância do tráfego – garantia inexistente, posto constituir risco dela no contrato – mas também a manutenção constante da mesma taxa de crescimento verificada nos primeiros 5 anos da concessão, o que não apenas anula o risco contratual mas também lhe assegura demanda muito superior até mesmo àquela projetada no plano de negócios.**

29. Essas considerações se justificam na medida em que a metodologia apresentada pela ANTT, nos gráficos acima, se baseia em uma comparação entre o tráfego projetado no plano de negócios e o tráfego real, com a única finalidade de demonstrar a inoportunidade de uma variação significativa que caracterizasse um evento excepcional. Mesmo na hipótese de ser o desvio maior, inexistiria qualquer garantia à concessionária sobre essa demanda, tendo em vista se tratar de risco exclusivo dela.

30. De toda forma, o argumento da concessionária serve unicamente para reforçar tudo que foi aqui dito sobre a inoportunidade de desequilíbrio. Na medida em que a concessionária afirma, literalmente, que “[n]os primeiros anos da Concessão o volume de tráfego tanto das categorias de veículos leves como pesados, estava em ascensão, **superando substancialmente a projeção da evolução da curva de tráfego que norteou**



o Plano de Negócio da VIABAHIA”, temos a confirmação factual do que chamamos de risco de demanda. A demanda certamente oscila, ao longo dos 25 anos de vigência do contrato, alguns períodos para mais, outros para menos. Este é o risco da concessionária. Fosse o caso de se discutir reequilíbrio em razão de oscilação de demanda, a própria confissão da concessionária de que os primeiros anos superaram substancialmente as projeções ensejaria um reequilíbrio em favor do Poder Público, o que terminaria por anular exatamente o risco que se pretendeu transferir no contrato de concessão – o risco de oscilações positivas e negativas de tráfego.

31. Passando à questão da revisão quinquenal, os argumentos da concessionária se sustentam em uma série de pressupostos equivocados, que não encontram fundamento no contrato de concessão ou em qualquer outra fonte normativa e que precisam ser esclarecidos. Há uma clara incompreensão acerca da *revisão quinquenal*, apontada pela concessionária como solução para todos os seus problemas de inexecução contratual. A concessionária assume que a revisão quinquenal é um *direito* seu, e não apenas isso. Entende que possui direito à revisão quinquenal *na forma determinada por ela própria*, ou seja, com a retirada de uma série de investimentos originais do contrato, a inclusão de outros (com valor sem o deságio do leilão) e ainda reprogramações diversas de obrigações já vencidas.

32. Podemos resumir as **premissas equivocadas** da concessionária acerca da revisão quinquenal da seguinte forma:

- A revisão é um direito da concessionária;
- O conteúdo da revisão deve ser ditado pela concessionária;
- O escopo da revisão é promover o reequilíbrio do contrato;
- A revisão pode alterar obrigações vencidas e não cumpridas;
- A revisão deve considerar a situação econômica da concessionária.



33. Como será extensamente demonstrado ao longo desta defesa, nenhuma dessas premissas se sustenta. A revisão quinquenal é um procedimento previsto em contrato (e em norma regulatória da ANTT) tendo por objetivo, exclusivamente, o ajuste do contrato às condições dinâmicas do interesse público, não às necessidades da concessionária.

34. Inexiste um direito da concessionária à revisão, até porque **não caberia a ela qualquer decisão sobre seu conteúdo**, sendo de competência exclusiva da ANTT a avaliação dos ajustes necessários ao contrato. Havendo aumento ou redução dos encargos da concessionária, resultantes da revisão, aí sim seria impositivo o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, sempre observada a matriz de riscos do contrato.

35. Dessa forma, mesmo que existisse um direito da concessionária à *realização* da revisão quinquenal, **nenhum direito ela teria sobre seu conteúdo**. Não há qualquer dispositivo contratual que sustente demanda nesse sentido. Esse fato, por si só, afasta qualquer alegação de prejuízos em razão da alegada mora da ANTT. Cabe à Agência, exclusivamente, a decisão sobre as alterações a serem eventualmente realizadas no contrato de concessão, à luz do interesse público – referido no contrato como “reais necessidades advindas do sistema rodoviário e do cenário econômico”. Promovidas essas *alterações contratuais*, ocorrerá a “revisão quinquenal da tarifa de pedágio”, como reflexo *delas*:

“16.5 Revisão quinquenal da Tarifa Básica de Pedágio

16.5.1 Revisão quinquenal é a revisão que será **realizada pela ANTT** a cada 5 (cinco) anos, com intuito de reavaliar a concessão em relação à sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, **preservando-se a alocação de riscos e as regras para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** originalmente estabelecidas no contrato.”



36. A concessionária, em seu longo arrazoado, parece tomar como premissa um suposto direito ao *conteúdo* da revisão quinquenal: tal revisão, segundo sustenta, reconfiguraria o contrato de acordo com as necessidades dela própria, postergando investimentos e incluindo/excluindo outros. Tal linha de argumentação não tem base em qualquer disposição contratual. Não passam de ilações sobre o possível conteúdo da revisão quinquenal – conteúdo que inclusive poderia resumir-se a não alterar o contrato, caso a ANTT constatasse a inexistência de mudanças contextuais significativas que motivassem alterações no contrato.

37. Em qualquer cenário que se analise o conceito da revisão quinquenal, nenhum deles permite concluir a existência de um direito da concessionária quanto ao *conteúdo* desta revisão. O conteúdo da revisão está no campo do interesse público, área na qual a decisão cabe exclusivamente à ANTT, com ampla participação da sociedade e da própria concessionária, na forma do procedimento previsto na Resolução ANTT 5.859/2019. Mesmo assim, há ainda outros elementos que devem ser adicionados à análise.

38. Em 2014, data na qual poderia ter sido realizada a primeira revisão quinquenal, a concessionária já apresentava **extenso descumprimento** de suas obrigações contratuais, tendo inclusive assinado um termo de ajustamento de conduta no ano anterior. Tal fato é relevante no contexto da presente discussão. A concessão não se apresentava saudável, sendo fonte de grande preocupação, inclusive quanto à sua continuidade.

39. Àquele tempo inexistia, ainda, qualquer norma regulatória que estabelecesse o **procedimento adequado** para esta revisão, o que se impôs como um obstáculo à reavaliação da concessão e de sua adequação às reais necessidades do Sistema Rodoviário e do cenário econômico. Apenas em 2019 a ANTT editou norma procedimental sobre o tema, a Resolução ANTT 5.859/2019.

40. Ademais, àquele tempo, em 2014, inexistia o cenário de crise econômica repetidamente suscitada pela concessionária, não havendo elementos que fundamentassem alterações no contrato de concessão, que já se encontrava com amplo



descumprimento. Percebe-se aqui a total **ausência de relação de causalidade** entre a não realização da revisão quinquenal em 2014 e o alegado desequilíbrio contratual em razão da crise de 2015-16. Em outras palavras, mesmo que a ANTT tivesse realizado a revisão quinquenal em 2014, em nada alteraria o contrato para o ajustar a uma realidade inexistente à época, razão pela qual não subsiste o argumento da concessionária no sentido de que a não realização da revisão agravou o desequilíbrio contratual.

41. Argui a REQUERENTE que a revisão quinquenal se destinaria à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, “na medida em que engloba a compatibilização contratual ao cenário econômico e às demandas do Sistema Rodoviário verificados a cada 5º aniversário da Concessão”. O argumento equivoca-se ao ver na revisão quinquenal instrumento de promoção de reequilíbrio, tendo em vista que sua realização não necessariamente resulta em qualquer desequilíbrio no contrato de concessão. A revisão quinquenal pode ser realizada havendo ou não desequilíbrios no contrato, fato este que lhe é indiferente. Como resultado da revisão pode haver inclusões, exclusões e alterações de obrigações contratuais, podendo ser, aliás, nulo o resultado, em termos de equilíbrio.

42. A cláusula contratual que trata da revisão quinquenal limita sua referência ao reequilíbrio devido em razão das alterações promovidas por ela própria, ou seja, **se a revisão resulta na inclusão ou exclusão de obrigações, poderá causar desequilíbrio, o qual deve ser reequilibrado**. Para outros eventos de desequilíbrio no contrato de concessão há cláusula contratual expressa prevendo o instrumento de promoção do reequilíbrio, que é a revisão extraordinária:

“16.6 Revisão extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio

16.6.1 É a revisão da Tarifa Básica de Pedágio decorrente da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, cujas hipóteses, procedimentos, critérios e princípios estão estabelecidos na cláusula 20”.



43. Tivesse a concessionária entendido que a alegada crise econômica de 2015-16 causou desequilíbrio na concessão, a resposta contratual estaria nas cláusulas 16.6.1 e 20, cabendo a ela requerer a recomposição na forma do procedimento próprio. Tal pleito **nenhuma relação teria com o instituto da revisão quinquenal**. Ocorre que a concessionária confunde as cláusulas contratuais, entendendo que teria um direito à alteração do contrato, por meio da revisão quinquenal, e que esta alteração a isentaria de cumprir suas obrigações, já **extensamente descumpridas desde a assinatura do contrato**, muito antes de qualquer discussão sobre crise econômica ou revisão quinquenal.

44. Do que se depreende das alegações iniciais apresentadas, qualquer dificuldade enfrentada pela concessionária no cumprimento de suas obrigações contratuais lhe conferiria o *direito* de pedir a alteração do contrato, seja por meio da exclusão de obrigações, seja por meio de reequilíbrio contratual. Percebe-se, a partir dos argumentos apresentados pela REQUERENTE, que sua noção de risco contratual é extremamente rarefeita, descolada dos termos contratuais e da legislação vigente.

45. Aponta a concessionária diversos eventos ocorridos ao longo do contrato como causadores de desequilíbrio contratual, porém tais eventos, observando-se a matriz de riscos do contrato, estão integralmente atribuídos a ela. Da leitura das alegações iniciais não se consegue compreender quais riscos a concessionária entende como atribuídos a ela, dado que pleiteia reequilíbrios por eventos que vão desde a variação do preço petróleo ao tipo de solo típico da região da concessão. Até mesmo para esses eventos, contratados como risco da concessionária, não admite ela qualquer parcela da responsabilidade, requerendo a recomposição integral por todos os valores alegadamente dispendidos – não apenas da parcela considerada *excepcional*.

46. Há, por fim, mais um ponto que exige uma abordagem preliminar. Trata-se das razões pelas quais a concessionária apresenta, ao longo dos anos, dezenas de pleitos de inclusão e exclusão de investimentos no contrato de concessão. Tal conduta já foi amplamente discutida no âmbito do Tribunal de Contas da União, onde se observou que há uma postura deliberada de certas concessionárias no sentido de alegar dificuldades



de execução e pedir a **exclusão de obrigações originais** do contrato – as quais foram contratadas com deságio, no leilão, e a **inclusão de obrigações novas** no contrato – as quais, por sua vez, são remuneradas em seu valor integral, ou seja, sem deságio. A questão foi bem resumida pelo Ministro Bruno Dantas, no Acórdão 1.174/2018, merecendo transcrição:

“54. Portanto, a sistemática de **inclusão** de investimentos por meio de projetos apresentados pelas concessionárias e custos baseados em sistemas referenciais de preços (“valor cheio”), sem passar pelo crivo de um procedimento competitivo, ou outro procedimento de barganha ou lapidação de custos pelo mercado, associada à **exclusão** de investimentos sobre os quais incidiam deságios, **constitui fator de desequilíbrio contratual em desfavor dos usuários**, e pode desvirtuar o objeto licitado e concedido, a depender da representatividade das modificações.
(sem grifos no original).

47. A preocupação com esses incentivos gerados pelos contratos, de demandas de inclusão/exclusão de obrigações, foi um dos principais elementos que levaram a ANTT a editar a Resolução 5.859/2019. Por meio dessa Resolução a ANTT disciplinou, de maneira uniforme, buscando assegurar uma ampla participação e debate social, a forma e o momento no qual analisaria os pleitos de inclusão/exclusão de obrigações nos contratos de concessão.

48. Tratou-se, portanto, de um importante marco na regulação da gestão desses contratos de concessão, o que já explica grande parte das decisões da Agência – criticadas pela REQUERENTE – de transferir discussões sobre inclusões/exclusões, mesmo aquelas já em curso, para o âmbito do procedimento participativo da revisão quinquenal. O deslocamento dessas discussões para o momento da revisão quinquenal constitui prerrogativa pública, decisão exclusiva da ANTT, dada a completa ausência de direito das concessionárias à inclusão ou exclusão de obrigações no contrato de concessão – que a princípio deve ser cumprido em sua forma original.



49. Inobstante a elementar regra jurídica de que os contratos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), a concessionária (no “caderno VI”) pretende convencer este Tribunal da existência de um *direito à alteração contratual*, com a inclusão e exclusão de investimentos, tecendo seguidas críticas à Agência pelas decisões de transferir a discussão desses pleitos para o procedimento participativo da revisão quinquenal.

50. Sustenta a REQUERENTE seu direito à inclusão de investimentos novos no contrato de concessão alegando a ocorrência de desequilíbrio contratual em razão da negativa da ANTT no acolhimento desses pleitos. Argui a concessionária, que “a ANTT também se afasta da finalidade que deveria ser perseguida em sua atuação no presente Contrato: a preservação do interesse público”. A seguir, defende seu direito ao reequilíbrio contratual decorrente da **inclusão de obras novas** no contrato – desconsiderando completamente a circunstância, já aqui amplamente discutida, do extenso descumprimento contratual de suas obrigações.

51. Não é sequer razoável – para evitar a repetição do fato óbvio de que inexistente direito da concessionária à inclusão de investimentos novos – que se inclua novas obrigações no contrato, se a REQUERENTE não se mostra minimamente capaz de executar as obrigações que já possui. Extrapola ainda mais a razoabilidade a pretensão de inclusão de novos investimentos quando, além de descumprir as **obrigações originais**, a concessionária descumpre também as **obrigações novas** que já foram incluídas no contrato até o momento.

52. Já foi incluído no contrato – e conseqüentemente na tarifa de pedágio cobrada até o final da concessão – o montante de R\$ 124.474.229,13 (cento e vinte e quatro milhões, quatrocentos e setenta e quatro mil duzentos e vinte e nove reais e treze centavos), por meio do fluxo de caixa marginal – FCM, significando um aditivo de 46% nos investimentos do item 6.1. do PER, dos quais a concessionária executou apenas 34,16% do total. Há ainda 65,84% desses investimentos novos, já inseridos no contrato, pendente de cumprimento, e mesmo assim a concessionária sustenta um direito à inclusão de novos investimentos.



53. Quanto a essas questões, importante esclarecer que a decisão de incluir/excluir obrigações é da ANTT. O pleito formulado pela concessionária chega a ser contraditório, em certo ponto, ao defender um direito à alteração do contrato e apontar, como fundamento, a previsão contratual de alteração unilateral do contrato pela ANTT. Se a alteração é unilateral, não constitui direito da concessionária, mas sim da Agência, à luz do interesse público e por meio dos processos decisórios públicos estabelecidos por ela.

54. Fixados previamente os pontos acima, passaremos a seguir a abordar, de forma específica, cada uma das questões levantadas pela concessionária em sua petição.

I – PRELIMINARMENTE: LIMITES DA ARBITRAGEM

55. Antes de adentrar nas questões de mérito essenciais à solução do litígio e, em especial, na refutação dos argumentos trazidos pela **Requerente**, faz-se necessário revisitar brevemente um tema objeto de inúmeros debates nos presentes autos, qual seja, os limites da presente arbitragem.

56. O fato de o **Contrato de Concessão** (Doc. RDA-001) não conter originalmente cláusula compromissória, posteriormente incluída somente com o **3º Termo Aditivo** (Doc. RDA-002), levou este Tribunal a assentar, por meio da **Ordem Processual nº 05**, *“não possuir jurisdição para julgar as demandas propostas pelas Partes perante o Poder Judiciário antes de 3 de maio de 2019. Esta arbitragem está limitada, portanto, aos pedidos postos no Termo de Arbitragem, naquilo em que não coincidirem com o objeto das ações judiciais.”*

57. Nesse contexto, importante trazer à baila a existência da **ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.01.3400**, em tramitação perante o Poder Judiciário, órgão reconhecido como competente pelo próprio Tribunal Arbitral. Da petição inicial (Doc. RDA-029) daquele processo, extrai-se a formulação de pretensão em face da **ANTT** no



sentido de suspender a exigibilidade de determinadas obrigações contratuais até que concluída a 1ª Revisão Quinquenal:

108. Ante todo o exposto, requer-se:

- (i) Seja concedida tutela de urgência, nos termos do artigo 300 do CPC/15, para suspender a execução das Obrigações de Investimentos tabuladas no item 2 da Seção I do PER, isto é, as “Obras e Serviços de Caráter Não Obrigatório” (Item 2.1 da Seção I), as “Obras e Serviços de Caráter Obrigatório” (Item 2.2 da Seção I) e “Obras Condicionadas” (Item 2.3 da Seção I), **bem como os serviços não essenciais de poda, capina e roçada (Quadro 4.6 do PER – Doc. 11) e implantação do Sistema de Paisagem indicado no Item 8.6 do PER, preservando incólume todos os demais serviços atinentes à Conservação (Item 2.1.1.4 da Seção I) e aos Sistemas de Operação (Item 2.2.1.4 da Seção I)**, assim como a exigibilidade de sanções advindas de processos administrativos instaurados pela ANTT relacionados à estas obrigações, passíveis de serem executadas em razão do eventual descumprimento de tais obrigações (que afetam os parâmetros de desempenho estipulados pelo PER), até que haja a conclusão e perfeita exequibilidade da 1ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão sobre cujo processo ainda pende conclusão e decisão da Ré;
- (ii) Ao final, seja reconhecida a PROCEDÊNCIA total da pretensão da Autora, a fim de afastar a exigibilidade das obrigações não essenciais e apenamentos sobre eventual descumprimento das obrigações e parâmetros de desempenho fixados no PER, até que seja concluída a 1ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão, nos termos da Cláusula 16.5.1.

58. Nota-se que um ponto controvertido com vocação natural para se tratar de questão prejudicial, a saber, **eventual mora da ANTT em proceder à 1ª Revisão Quinquenal** foi expressamente trazida pela **Requerente** para o pedido, objeto principal da demanda e com potencialidade de revestir-se da imutabilidade própria da coisa julgada material.



59. Ainda que se entenda ter esse eventual reconhecimento de mora da Agência permanecido como questão prejudicial, aplica-se àquele procedimento o Código de Processo Civil, que confere o mesmo tratamento das questões principais às questões prejudiciais cuja resolução depender o julgamento de mérito:

Código de Processo Civil

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º **O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial,** decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

60. Conforme se depreende da petição inicial daquele processo, eventual procedência da pretensão de suspensão de obrigações depende do reconhecimento de comportamento indevido da **ANTT** no âmbito da 1ª Revisão Quinquenal, notadamente a mora, uma vez que a revisão não se consumou.

61. Cumpre ainda destacar que, com vistas à suspensão das obrigações listadas no pedido, a **Requerente** trouxe à ação judicial as mesmas discussões referentes ao solo massapê, demora na liberação de trechos da rodovia, problemas com licenciamento ambiental e impactos da crise econômica na concessão, conforme passagem a seguir extraída da petição inicial (Doc. RDA-029):



48. A equação econômico-financeira que guiou a Concessão encontra-se irremediavelmente comprometida por diversos fatores ocorridos durante a execução destes quase 8 anos de contrato. Em primeiro lugar, como é frequente em contratos de longo prazo e da complexidade do contrato de concessão, ocorreram alterações nas obrigações previstas e no cronograma de implantação do projeto, por fatores alheios à vontade da Concessionária e do Poder Concedente. É o caso, por exemplo, da demora na liberação de trechos ou da obtenção das licenças ambientais competentes, ou ainda a implantação de trecho da rodovia sobre solo massapê no trecho entre o km 545 e o km 605 da rodovia BR-324/BA (Doc. 04/12).

49. Além desses diversos eventos geradores de desequilíbrio, a Concessionária foi surpreendida – como, aliás, a integralidade dos empresários brasileiros – por uma crise econômica sem precedentes, cujos efeitos econômicos serão detalhados no presente tópico. Mesmo antes do início da crise, **a mudança do cenário econômico e a singularidade do momento de exuberância econômica em que o contrato de concessão foi assinado fizeram com que a expectativa de demanda que orientou a formulação da concessão fosse drasticamente frustrada.**

62. Soma-se a todo esse pano de fundo a necessidade de que, em torno dos pleitos formulados no âmbito da ação ordinária, seja considerado por este Tribunal a eficácia preclusiva da coisa julgada, de que trata o art. 508 do Código de Processo Civil, de modo que todas as alegações e defesas acerca desses temas deveriam ser deduzidas naquele processo.

63. Ainda que a aplicabilidade do Código de Processo Civil às arbitragens seja tomada com as devidas ressalvas, o código será sim aplicado ao processo estatal consubstanciado na **ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.01.3400**, o que acaba por trazer reflexos no processo arbitral a serem levados em consideração, sob pena de agravamento de risco de decisões contraditórias.

64. Por sua vez, na presente arbitragem, as questões pertinentes à litispendência e coisa julgada também devem ser observadas tanto por envolverem princípio de direito processual quanto porque, decorrerem do princípio da segurança jurídica com assento no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição da República.



65. Ademais, nem a cláusula compromissória, nem o regulamento da CAM-CCBC, nem a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) tratam dos temas da litispendência e coisa julgada.

66. O fato de o subsistema arbitral não oferecer respostas mais imediatas a essas questões, contudo, não tem impedido mesmo a doutrina internacional de arbitralistas de ressaltar a importância de se evitar processos com tramitação em paralelo (*parallel proceedings or parallel litigation*) com objetos semelhantes:

“Lis pendens serves highly important purposes, related to principles of res judicata and preclusion, which include, but extend beyond, procedural order and efficiency. The lis pendens doctrine prevents the waste and duplication that result from parallel proceedings, and serves to facilitate the application of preclusion rules.

Perhaps more importantly, the doctrine also protects parties against the oppression and unfairness of an adversary seeking to assert the same claim against the same respondent before multiple decision-makers, in the hopes that one of them will accept it, even if most do not”.

(Chapter 27: Preclusion, Lis Pendens and Stare Decisis in International Arbitration’, in Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, 2nd edition, Kluwer Law International 2014, pp. 3.791-3.793*).

67. Instituições internacionais também proscvem que os Tribunais Arbitrais deliberem sobre temas objeto de outros processos, conforme se depreende, a título exemplificativo, do princípio “3” do *Institut de Droit International* e da *International Law Association*:

Institut de Droit International

1. The principles for determining when the use of the doctrine of forum non conveniens and anti-suit injunctions is appropriate

3. Parallel litigation in more than one country between the same, or related, parties, in relation to the same, or related, issues, should be discouraged.

(Disponível em https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_01_en.pdf. Acesso em 09 de setembro de 2020)



International Law Association (ILA)

Recommendations on Lis Pendens and Res Judicata and Arbitration

3. Where the Parallel Proceedings are pending before a court of the jurisdiction of the place of the arbitration, in deciding whether to proceed with the Current Arbitration, the arbitral tribunal should be mindful of the law of that jurisdiction, particularly having regard to the possibility of setting aside of the award in the event of conflict between the award and the decision of the court.

(Filip De Ly, Audley Sheppard, *ILA Recommendations on Lis Pendens and Res Judicata and Arbitration, Arbitration International*, Volume 25, Issue 1, 1 March 2009, Pages 83–86, <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.1.83>)

68. Assentadas essas premissas e porque já estão sendo tratadas as questões pertinentes no âmbito do processo judicial, tudo conforme Ordem Processual nº 05, requer a **ANTT** que este **Tribunal se abstenha de apreciar os pedidos a.i, a.ii, a.iii, a.iv, a.vi, a.xii, a.xiii, b.i., b.ii., b.iii. e b.iv. constantes da Petição 5 da Requerente – Parte Geral, item 7 (Lista consolidada de pedidos da ViaBahia).**

II – PREMISSAS PARA A SOLUÇÃO DO LITÍGIO

69. Embora o objeto da presente arbitragem deva ser mais restrito do que a pretensão formulada nas **Alegações Iniciais**, conforme explicitado acima, serão, contudo, contestados todos os temas trazidos pela **Requerente**, em homenagem à eventualidade. Cabe, porém, um passo atrás para contextualizar como vem sendo executado o Contrato de Concessão e assentar algumas premissas jurídicas que necessitam ser levadas em consideração na análise dos pleitos de reequilíbrio.

II.1. Histórico da Concessão e das inexecuções contratuais



70. O Contrato de Concessão (RDA-001) celebrado com a **Requerente** decorreu de procedimento licitatório regulado pelo **Edital de nº 001/2008** (RDA-004), do qual sagrou-se vencedor o Consórcio Rodobahia, com **deságio de 21% (vinte e um por cento)** sobre a **tarifa básica de pedágio (TBP)** que foi a leilão. A segunda colocada havia ofertado **deságio de apenas 10,10% (dez por cento e dez centésimos por cento)**, conforme quadro a seguir (extraído da Nota Informativa SEI nº 181/2020/NAM/DG/DIR - Doc. RDA-030):

Classificação	Corretora	Proponente	Lance	Deságio
1	Theca CCTVM Ltda.	Consórcio RodoBahia	R\$ 2,212	21%
2	Brascan S.A. CTV	Consórcio Cia Brasileira de Rodovias	R\$ 2,517	10,10%

Tabela 1 – Propostas apresentadas para o Edital 001/2008. Fonte: Nota Técnica nº 223/2017/GEROR/SUINF, de 09/11/2017, parte do processo nº 50500.119516/2017-11

71. Finalizado o certame, o contrato foi assinado em **03.09.2009** com início de execução em **20.10.2009**. Tem por objeto a concessão para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade, pelo **prazo de 25 (vinte e cinco) anos**, do **Sistema Rodoviário** compreendido pela BR-116/BA, trecho entre Feira de Santana e a divisa BA/MG; BR-324/BA, trecho entre Salvador e Feira de Santana; BA-526, trecho entre BR 324/BA e BA-528; e BA-528, trecho entre BA-526 e acesso à base naval de Aratu, conforme ilustração a seguir (extraída da Nota Informativa SEI nº 181/2020/NAM/DG/DIR - Doc. RDA-030):



72. Esse contrato, dadas as peculiaridades do modelo regulatório adotado, integra a chamada **2ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE**. O enquadramento didático em etapas, fases ou rodadas do programa de concessões se faz justamente com vistas a ressaltar que cada etapa traz regulamentação própria para institutos muitas vezes previstos em outros contratos, mas que receberam configuração diversa, a depender da opção regulatória tomada pelo formulador de política pública, naquele momento. E todos os então licitantes tinham ciência dessas informações, bem



como deveriam fazer seus “estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao Sistema Rodoviário”, conforme se depreende das seguintes passagens do edital (Doc. RDA-004):

- 2.3 A obtenção do Edital não será condição para participação no Leilão, sendo suficiente para tanto o conhecimento e aceitação, pela Proponente, de todos os seus termos e condições.
- 2.4 As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do Sistema Rodoviário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.
 - 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 no sítio eletrônico www.antt.gov.br, 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.
- 2.5 Os interessados são responsáveis pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão.

73. Da mesma forma, o Contrato de Concessão (Doc. RDA-001) não deixa dúvidas acerca da responsabilidade da Concessionária pela obtenção de todas as informações necessárias ao cumprimento das obrigações nele estabelecidas:

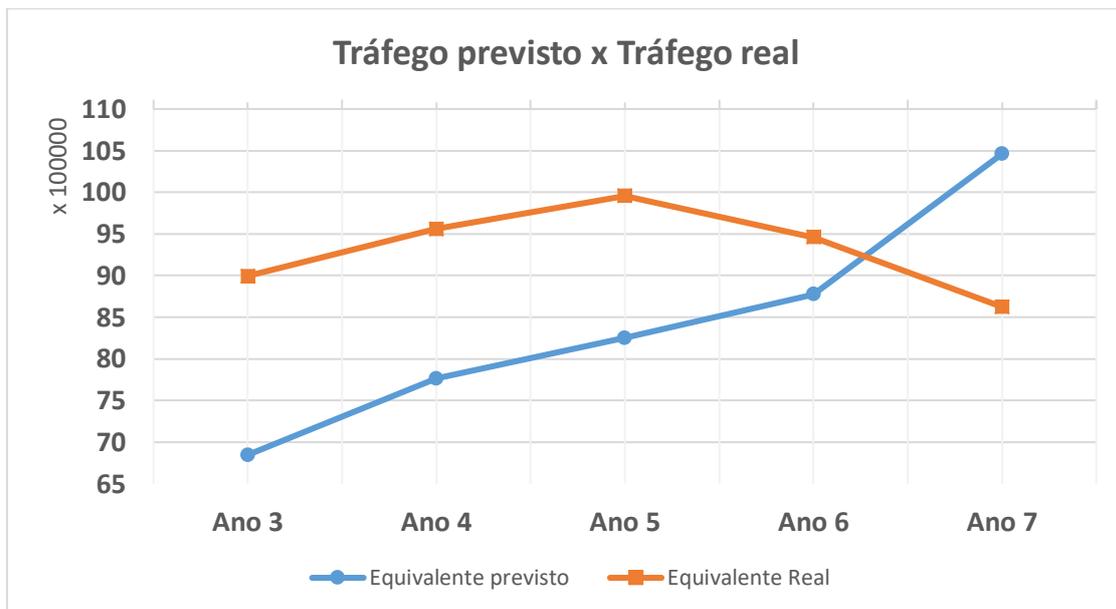
10 Declarações

- 10.1 A Concessionária declara que obteve, por si ou por terceiros, todas as informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais.
- 10.2 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.



74. Temas como metodologia de aplicação do desconto de reequilíbrio, obrigações condicionadas ao volume de tráfego, matriz de riscos contratuais, penalidades a serem aplicadas entre outros ora discutidos pela **Requerente** estão previstos de forma clara no **Contrato de Concessão**. Essa é modelagem contratual submetida ao certame público e tomada como ponto de partida para avaliação por todos os então licitantes acerca da valoração do negócio e formulação dos seus lances.

75. Outro ponto que, desde já, chama a atenção é que o **Contrato de Concessão** foi **celebrado há mais de 10 (dez) anos**, bem **antes do cenário de baixo crescimento econômico** observado no país nos anos de **2015/2016**. Inclusive, ao longo dos **primeiros anos da concessão**, o **tráfego real (“Equivalente Real”)** foi **bem superior ao projetado pela própria Concessionária** em seu plano de negócios (“Equivalente previsto”), conforme gráfico a seguir, extraído do documento RDA-026:



76. Mesmo a **Requerente** gozando de situação econômica amplamente favorável, desde o início da Concessão, observa-se um elevado nível de inexecução contratual, **desde muito antes da propalada crise**, conforme Nota Técnica SEI nº 97/2020/GEFIR/SUINF/DIR (Doc. RDA-18).



77. Com efeito, os níveis de inexecução das Obras Obrigatórias, sempre estiveram acima de 80% (oitenta por cento), conforme tabela a seguir (Doc. RDA-18):

ViaBahia - BR-324/BA e BR-116/BA			
ANO CONCESSÃO	ANO CIVIL	PERCENTUAL DE INEXECUÇÃO (%) ANUAL	DOCUMENTO
2º	2010 - 2011	100,00%	Parecer Técnico nº 021/2012/GEINV/SUINF
3º	2011 - 2012	100,00%	Parecer Técnico nº 117/2012/GEINV/SUINF
4º	2012 - 2013	85,96%	Parecer Técnico nº 116/2014/GEINV/SUINF
5º	2013 - 2014	100,00%	Parecer Técnico nº 001/2015/GEINV/SUINF
6º	2014 - 2015	86,48%	Parecer Técnico nº 322/2015/GEINV/SUINF; Parecer Técnico nº 080/2016/GEINV/SUINF, e NOTA TÉCNICA Nº 041/2016/GEINV/SUINF

78. Quanto às obras condicionadas ao volume de tráfego, as inexecuções atingiram níveis ainda mais altos, conforme tabela a seguir (Doc. RDA-18):

ANO CONCESSÃO	ANO CIVIL	MONTANTE PREVISTO (PREÇO INICIAL)	INEXECUÇÃO
5	2013/2014	R\$ 134.215.011,71	100,00%
6	2014/2015	R\$ 137.975.429,98	100,00%

79. As mesmas constatações foram observadas em Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do Relatório de Fiscalização da SEINFRA, parte do TC n. 010.222/2019-7 (Doc. RDA-025). A área técnica do tribunal destacou que **“durante a auditoria, foi possível atestar a situação precária de manutenção da rodovia BR-116/324/BA”**.

80. No mesmo documento, com relação às inexecuções por parte da **Requerente**, destacou o sistemático descumprimento das obrigações da concessionária, com o **“desatendimento a todos os parâmetros de desempenho previstos para a fase de recuperação da rodovia, a inexecução de 360 km de duplicação de obras de gatilho previstas para até o 8º ano, e a não realização de obras obrigatórias, que levaram a celebração do TAC, sendo este também descumprido”**.



81. O TAC mencionado (Doc. RDA-019) refere-se a tentativa consensual de resolução do problema, a qual também restou infrutífera.

82. É nesse contexto que a **Requerente**, a despeito de ter se declarado ciente das obrigações contratuais e de ter se responsabilizado por fazer os devidos estudos e levantamentos relacionados ao **Sistema Rodoviário**, busca trazer temas como solo de massapê, revisão quinquenal, critérios para aplicação do desconto de reequilíbrio, crise macroeconômica dentre outros para tentar justificar os altos níveis de inexecução contratual observados desde o início de vigência do contrato.

83. Cada uma dessas características seja das obrigações contratuais seja do **Sistema Rodoviário** decorre de opção regulatória incorporada no **Contrato de Concessão** que já eram de conhecimento da **Requerente** e já foram ou deveriam ter sido levados em consideração quando da avaliação e precificação do negócio.

84. Ademais, não há como a **Requerente** alegar surpresa ou argumentar ter nutrido a expectativa de que os institutos previstos no contrato fossem aplicados de forma diversa ou de que seriam alterados ao longo da execução contratual, em prejuízo do usuário e em menoscabo ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 14 da Lei nº 8.987/93¹).

85. Conforme detalhado no tópico a seguir, não se pode considerar como legítima uma expectativa de alteração futura do **Contrato de Concessão**, de modo a causar um desequilíbrio econômico-financeiro em favor do Concessionário.

II.2. *Pacta sunt servanda* e Contratos de Concessão

¹ Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.



86. Em que pese a divergência doutrinária acerca da natureza efetivamente contratual dos contratos administrativos², dentre os quais se inclui o **Contrato de Concessão**, esse ponto não é objeto de divergência nos presentes autos, na medida em que não posto em dúvida pela **Requerente** em nenhum momento.

87. Mesmo aqueles que defendem a natureza híbrida do contrato administrativo, parte com natureza de ato, em razão da possibilidade de alteração unilateral pela Administração Pública, parte com natureza contratual, cuja alteração unilateral não seria possível, fazem essa distinção em razão do reconhecimento de **prerrogativa em favor do ente público de alterar unilateralmente** o contrato (ou partes dele), observado seu equilíbrio-econômico financeiro.

88. Nesse sentido, ao definir o instituto, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta a possibilidade de mudança, por imposição do interesse público:

(...) contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis **imposições de interesse público**, ressalvados os interesses patrimoniais do contratado privado.

grifamos

(MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 615)

89. De modo semelhante, Carlos Ari Sunfeld também condiciona essa alteração unilateral a razões de interesse público:

É perfeitamente natural ao contrato administrativo a faculdade de o Estado introduzir alterações unilaterais. Trata-se de instrumentá-lo com os poderes indispensáveis à persecução do interesse público. Caso a Administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, com o correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do interesse público – decorrentes de fatos supervenientes ao contrato – não teriam como ser atendidas. Em suma, a possibilidade de o Poder Público modificar unilateralmente o vínculo constituído é **corolário da prioridade do**

² Corrente minoritária refuta a natureza contratual. Por todos, BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. 3. Ed. São Paulo: Malheiros 2007. V.1. p. 670.



interesse público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade.

grifamos

(SUNDFELD. Carlos Ari. Contratos administrativos: acréscimo de obras e serviços: alteração. Revista Trimestral de Direito Público, p. 152. Parecer)

90. Sem querer adentrar na polêmica se há uma superposição de interesse público sobre o privado, o fato é que a alteração unilateral dos **Contratos de Concessão** é uma prerrogativa legal (§4º do art. 9º da Lei nº 8.987/93³), conferida à Administração Pública (não ao particular), que poderá lançar mão desse poder, **se presentes justificativas reputadas como plausíveis pelo ente público.**

91. Por se tratar de prerrogativa a ser exercida se presente alguma situação que o ente público entenda como relevante para buscar preservar o interesse da coletividade, será possível o seu exercício. **Isso não significa, contudo, que necessariamente o Poder Público deverá fazê-lo.**

92. Ressalvada a **preservação do equilíbrio econômico-financeiro**, que, em regra, será ajustado mediante **revisão tarifária, não há qualquer determinação legal de que a Administração Pública necessariamente altere aquelas obrigações originalmente pactuadas**, entre as quais a alteração da forma de aplicação de redutor tarifário já previsto no contrato (desconto de reequilíbrio), alteração de prazos de obras sem que tenha havido qualquer fato superveniente impeditivo da sua execução, dentre outros.

93. É importante que essa característica do **Contrato de Concessão** fique bem clara porque, nos pleitos da **Requerente**, observa-se a todo momento a **tentativa de subverter a noção de prerrogativa em determinação legal.**

94. Conforme será mais bem detalhado ao longo da presente manifestação, a **ANTT** fez os devidos ajustes tarifários, quando necessário, e resguardou-se ao direito de promover alterações nas obrigações originalmente pactuadas somente quando

³ Art. 9º (...)

§ 4º Em havendo **alteração unilateral** do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.



entendeu absolutamente necessário para resguardar a qualidade do serviço prestado aos usuários. A atuação da Agência simplesmente pautou-se por buscar manter as obrigações livremente pactuadas pelas partes, como é de se esperar na celebração de qualquer contrato.

95. A maioria dos pleitos da **Requerente** buscam fundamentalmente que houvesse uma alteração de obrigações para lhe trazer algum benefício econômico além daqueles já previstos no contrato. Em última análise, tais pleitos, se acolhidos, **causariam sim um desequilíbrio econômico-financeiro em favor do concessionário**, em completa desconsideração ao instrumento convocatório e, por consequência, em desrespeito aos demais licitantes do procedimento concorrencial e dos usuários. Esse tipo de alteração contratual não encontra amparo no ordenamento jurídico.

96. Em especial, busca a **Requerente** uma subversão da matriz de riscos prevista no contrato, algo inadmissível, conforme tópico a seguir.

II.3. Alocação de riscos em contratos de concessão

97. 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 **2ª etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE** tiverem prazo inicial de **25 (vinte e cinco) anos**, passíveis de prorrogação por igual período.

98. 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.



99. 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

100. 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, 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.

101. 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**.

102. 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.

103. 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:



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

104. 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.**

105. 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.

grifamos

(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)

106. 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 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.

107. 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. Nesse sentido, o Contrato de Concessão foi claro ao prever a necessidade de que o contratado levasse em consideração na sua proposta os riscos assumidos:

19.1.4 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.

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

108. 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.

109. 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.



110. 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 e devidamente comprovado pela parte que o alega.**

111. 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.**

112. 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. 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.

grifamos

(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)

113. 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.**

114. 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.

III – IMPACTOS DO BAIXO CRESCIMENTO ECONÔMICO NA CONCESSÃO

115. Contextualizada a concessão e estabelecidas as premissas jurídicas de que os contratos, incluídos os **Contratos de Concessão**, devem ser cumpridos tal qual pactuados, em respeito sobretudo à matriz de riscos nele estabelecidas, é possível adentrar na análise dos pontos suscitados pela Requerente, a começar por uma suposta inviabilidade de execução contratual em decorrência do baixo crescimento da economia brasileira desde o final de 2014 até o ano de 2016, tema abordado pela Requerente na **Petição 5 da Requerente – Alegações Iniciais – II. Parte Especial – Caderno I.**

III.1. Volume de tráfego e receitas

III.1.1. Ausência de Impactos Relevantes da Crise na Concessão

116. A **Requerente** aponta que a **crise econômica** experimentada pelo Brasil **entre 2014 e 2016** trouxe como consequência uma diminuição no tráfego de veículos nos trechos da rodovia concedida, com a decorrente redução de receita auferida pela prestação do serviço.



117. Pretende qualificar a crise como fato imprevisível e extraordinário, apto a prejudicar objetivamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão outorgada e, portanto, gerador de um direito à revisão extraordinária da tarifa praticada.

118. Todavia, nos contratos de concessão, a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro é pressuposto de sua existência⁴ e a aferição do desequilíbrio passa por quatro etapas: (i) a constatação da ocorrência de algum evento com potencial para afetar o equilíbrio inicial; (ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido; (iii) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo⁵.

119. Assim, argumentação genérica de crise econômica não implica em imediato direito ao reequilíbrio.

120. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que **o risco pela flutuação da demanda pelo serviço concedido foi previamente alocado como de responsabilidade da Concessionária**, a quem coube levá-lo em consideração quando da formulação de seu projeto de execução das atividades delegadas e do preço ofertado para a composição da tarifa do serviço concedido. Nesse sentido, dispõe o contrato de concessão (RDA-001):

19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

- (i) volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 20.5.4;**

⁴ SILVA, Fabiane Tessari Lima da. *Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs: do rebus sic stantibus ao Pacta Sunt Servanda?* Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, nº 5, p. 3346, mar./ago. 2014.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 192.



121. Ademais, **a crise econômica não pode ser igualada ao chamado fato do príncipe e muito menos fato da administração** para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

122. Primeiro, não há comprovação de que a crise como fenômeno econômico tenha se originado de conduta ou escolha do **Poder Concedente**.

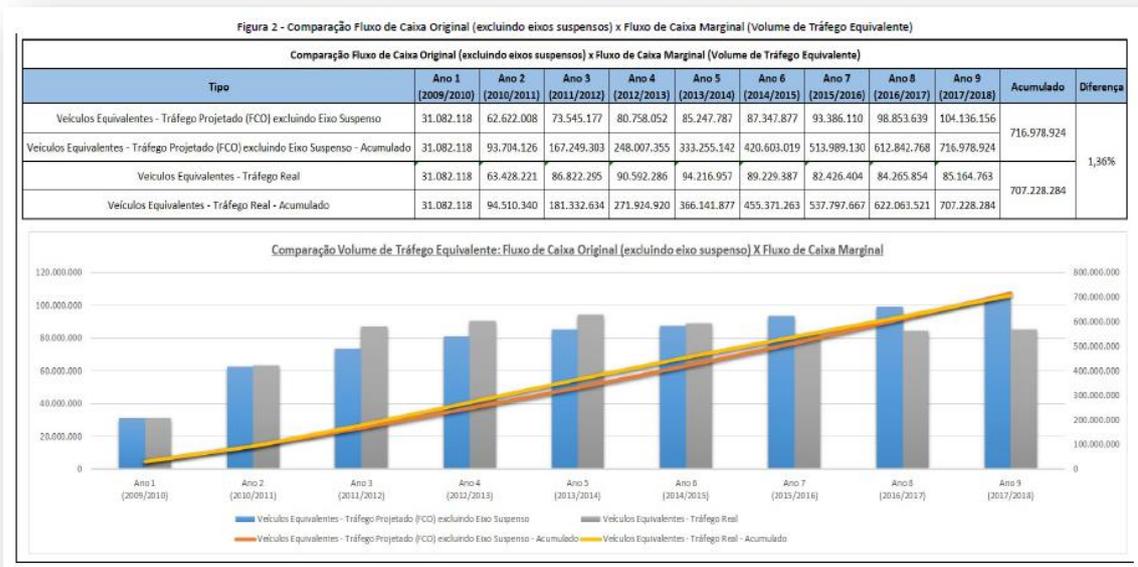
123. Em segundo lugar, não se pode identificar qualquer ação do **Poder Concedente** com efeitos diretos nas atividades da concessionária, situação imprescindível para o reconhecimento de eventual *fato do príncipe ou da administração*.

124. Em verdade, defender que um fenômeno geral, experimentado por toda a sociedade brasileira (a “crise econômica”) guarde relação especial com a atividade explorada pela concessionária de serviço público para efeitos de proteção da equação econômico-financeira originalmente projetada **equivale a mitigar ou eliminar o risco ordinário do serviço delegado**, ignorando a alocação inicial do risco da concessão, que, ressalte-se, foi devidamente precificado pelo particular.

125. Não é demais salientar que no caso ora discutido não houve garantia pelo Poder Concedente de *qualquer nível de demanda* pelos serviços delegados.

126. Na situação concreta da concessão administrada pela **ViaBahia**, a ausência de evento extraordinário fica ainda mais evidente. Nesse sentido, foram feitos levantamentos na Nota Técnica SEI nº 4044/2020/GT - ARBITRAGEM/GEENG/SUROD/DIR (Doc. RDA-031), acerca da diferença entre o tráfego projetado (chamado no gráfico de “Fluxo de Caixa Original”) e o tráfego real (chamado no gráfico de “Fluxo de Caixa Marginal”), ao longo dos primeiros **09 (nove) anos** da Concessão⁶. Considerado o volume de tráfego equivalente acumulado, a diferença foi mínima, **o tráfego real foi apenas 1,36% (um inteiro e trinta e seis centésimos por cento) inferior ao tráfego projetado**. Vejamos (gráfico extraído do Doc. RDA-031):

⁶ Foram utilizados os dados de tráfego disponíveis no momento.



127. Não há como tomar por extraordinária, em completo desrespeito à matriz de riscos contratual, **uma ínfima variação do tráfego, dado que indubitável que tal variação encontra-se na álea ordinária.**

128. 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 até **25% (vinte e cinco por cento), no caso da Coreia do Sul** (dados extraídos da Dissertação Rangel - Doc. RDA-032).

129. Nesse passo, torna-se evidente que (a) a crise econômica observada entre **meados de 2014 e 2016 não** pode ser compreendida como fato imprevisível ou extraordinário suficiente para gerar direito a reequilíbrio, dada a ínfima variação negativa do volume de tráfego acumulado; (b) o risco relativo ao atendimento da demanda pelos serviços delegados foi *integralmente* alocado de forma prévia à concessionária, não havendo qualquer compartilhamento de responsabilidade com o



Poder Concedente; e (c) **não** há demonstração denexo causal entre qualquer conduta do Poder Concedente ou da ANTT e a deflagração da crise econômica experimentada.

130. Assim, dada a clara alocação de riscos do **Contrato de Concessão**, a ausência de impacto no equilíbrio econômico financeiro, incabível qualquer concessão de reequilíbrio em razão da suposta crise.

III.1.2. Crise econômica não configura força maior: entendimento da CCI

131. 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.

132. De fato, basta salientar que, **nos últimos 25 anos (mesmo prazo previsto para vigência 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 (Doc. RDA-033), 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.



133. 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. 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).

134. 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).

135. Em contratos longos, como é o caso do contrato de concessão que ora se discute, com vigência prevista de **25 (vinte e cinco) 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 **25 (vinte e cinco) anos** o contrato passará por algumas crises econômicas, e da 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.

136. O fato é que **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.

(Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>. Acesso em 5 de agosto de 2020).

137. 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.

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.

138. 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 tribunals 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. Tribunals 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. Tribunals 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 tribunals 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)⁷ .

⁷ Notas de rodapé do texto citado:

³⁹ ICC Case No. 2216, Award of 1974, 1975 JDI 917 and I Collection of ICC Awards 225: “Il 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.



139. Retomando a situação concreta atual, a concessionária alega que a expressiva redução do volume de tráfego como decorrência da crise econômica, que por sua vez configuraria caso fortuito ou 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, além de ter gozado de forte crescimento econômico na fase mais crítica de execução contratual, os primeiros 05 (cinco) anos de concessão.

III.1.3. “Documento diagnóstico”

140. Quanto ao chamado “Documento Diagnóstico” (Doc. RDA-034), mencionado a título de demonstração de suposto reconhecimento administrativo do pleito, este afirma genericamente ter havido crise com possíveis impactos no volume de tráfego. Não há, contudo, em tais documentos, qualquer menção se houve e o quanto teria havido redução **no volume de tráfego das rodovias do Sistema Rodoviário em discussão, no período sob administração da requerente.**

141. Nesse ponto, vale destacar que esse impacto deve ser avaliado, levando-se em consideração o fluxo de caixa da concessão como um todo, **não com base em apenas 02 (dois) ou 03 (três) anos em um contrato com previsão de vigência por 25 (vinte e cinco) anos.** A **Requerente**, inclusive, reconhece a necessidade dessa abordagem, conforme se extrai do seguinte trecho das Alegações Iniciais (Extraído da Petição 5 da Requerente – Parte Especial – Caderno I, pág. 10)

“35. Com efeito, a dimensão do impacto da depressão econômica sobre a Requerente só pode ser devidamente aquilatado quando se vislumbra a Concessão como um todo, isto é, ao longo de toda a sua duração, ângulo a



ser necessariamente considerado haja vista as características próprias desse tipo peculiar de negócio jurídico (...)"

142. A rigor, nos primeiros anos da concessão, o volume de tráfego foi bem superior ao projetado e ainda resta mais da metade no prazo contratual para que novos períodos de crescimento compensem a recente desaceleração do crescimento das receitas da concessão.

143. Ademais, cumpre destacar que referidas manifestações de alguns agentes públicos não poderiam se furtar de dispositivo contratual imperativo, segundo o qual o risco de tráfego é da concessionária.

144. Embora afirme a **Requerente** que no tal documento **apócrifo** denominado "Estudo Diagnóstico" (Doc. RDA-034), a própria **ANTT** tivesse reconhecido os efeitos da crise, **nenhuma evidência de reconhecimento de desequilíbrio foi trazida aos autos.**

145. Inclusive, importante ressaltar que a análise de pleitos de reequilíbrio obedece ao rito previsto na Resolução nº 675, de 04 de agosto de 2004 (Doc. RDA-010). 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)

146. O chamado "Estudo Diagnóstico", repita-se, é **apócrifo**, ou seja, não foi assinada pelos técnicos da Agência e, **ao contrário do afirmado pela Requerente, 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.



147. 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.

148. 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 no subitem III.1.1 acima, não houve qualquer impacto relevante seja nas receitas da Concessão que justificasse uma desconsideração da matriz de riscos prevista no contrato.**

III.2. Readequação Econômico-financeira das Obras Condicionadas ao Volume de Tráfego

149. A título de “readequação econômico-financeira das obras condicionadas ao volume de tráfego”, pleiteia a **Requerente** a declaração de inexecutabilidade de tais obras seguidas de sua nova precificação, em conformidade com as subcláusulas 20.4.2 (i) e 20.5.3 (Fluxo de Caixa Marginal – FCM) ou outra metodologia a ser definida por este Tribunal Arbitral.

150. Sustenta sua pretensão em diversos eventos apontados como alheios à sua responsabilidade, a saber: (i) a crise econômica; (ii) redução da disponibilidade de crédito pelo BNDES em conexão com; (iii) mora da ANTT em apreciar a 1ª Revisão Quinquenal; (iv) aumento do Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP; e (v) impactos em decorrência da lei dos caminhoneiros. Todos esses eventos teriam gerado impactos na elevação dos custos das obras a patamares superiores aos previstos no EVTEA – Estudo



de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental e no Plano de Negócios, bem como levou a reajustes de preços superiores ao índice inflacionário eleito pelo contrato, o IPCA.

151. Pois bem, inicialmente, cabe ressaltar que o risco pela variação nos preços dos insumos e mesmo o referente ao aumento de taxas de juros foram alocados pelo Contrato de Concessão de forma clara e expressa à Concessionária, conforme se depreende da subcláusula 19.1.2, (v), (xi) e (xvii), os quais não são passíveis de reequilíbrio, conforme subcláusula 19.1.5:

19 Alocação de Riscos

19.1 Alocação de Riscos

19.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos indicados na subcláusula 19.1.3.

19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(v) custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.1.3 abaixo;

(xi) aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;



(xvii) 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;

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

152. Da mesma forma, o contrato traz de forma clara serem os riscos pelo financiamento de integral responsabilidade da Concessionária:

8 Financiamento

8.1 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.

153. Além da ausência de fundamento contratual para o reequilíbrio pleiteado, a metodologia proposta pela **Requerente** para precificação das obras é inadequada.

154. A proposta de utilização do **Fluxo de Caixa Marginal – FCM** de que trata a **subcláusula 25.5.3**, afigura-se inadequada, justamente por envolver obras previstas originalmente no contrato (Fluxo de Caixa Original). A metodologia de reequilíbrio, via FCM, é aplicável somente **para obras novas**, conforme estabelece a **subcláusula 25.5.1**:



20.5.1 O processo de recomposição, para as hipóteses de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, considerando (i) os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição e (ii) os fluxos das receitas marginais resultantes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

155. Ora, o contrato é claro que o **FCM** será utilizado somente em caso de inclusão de novos investimentos, isto é, inclusão de obras não previstas originalmente no contrato e no PER.

156. Portanto, nos termos do que foi convencionado entre as partes, a **Concessionária** deve suportar as consequências decorrentes da materialização dos riscos que assumiu. Além de não ter sido demonstrada a impossibilidade de execução das **Obras Condicionadas ao Volume de Tráfego**, visto que toda a argumentação da **Requerente** busca demonstrar apenas a elevação de custos, sendo que esse eventual sobrecusto deve ser suportado pela **Requerente**.

157. Embora o contrato seja claro e suficiente para o deslinde da questão, por amor ao debate, a **ANTT**, mais uma vez, não se furtará de retorquir os argumentos alegados pela **Requerente** para sustentar sua pretensão.

158. O primeiro argumento, referente à suposta crise macroeconômica, já foi abordado no **item III.1.** acima, motivo pelo qual, não se faz necessária a repetição de argumentos.

159. Quanto aos demais, serão tratados nos subtópicos a seguir:

III.2.1. Financiamento do BNDES



160. O tema referente ao financiamento pelo BNDES foi devidamente esclarecido na petição da ANTT de 29.04.2020. De todo modo, cabe aqui rememorar o contexto no qual se deu a recusa do BNDES em oferecer crédito adicional à Requerente.

161. A rigor, **a Requerente chegou a receber vultosa quantia do BNDES a título de financiamento**. Nos termos do Carta AST nº 21/2017 (Doc. RDA-035) **R\$ 847.868.000,00 (oitocentos e quarenta e sete milhões, oitocentos e sessenta e oito mil reais)**, o que equivale a **62% (sessenta e dois por cento)** do total previsto.

162. Ademais, os outros **38% (trinta e oito por cento)** não foram liberados por **fatos imputáveis à própria Concessionária**. Primeiramente, o **envolvimento de sócios em atos suspeitos acarretou investigação pela Polícia Federal e atrasos na avaliação da substituição da garantia**. Vejamos (trecho extraído do Doc. RDA-035):

Ocorre que essa substituição até o momento não ocorreu, permanecendo como fiadores os antigos sócios da ViaBahia. A demora na formalização da garantia está relacionada ao tempo despendido na negociação dos termos do futuro aditivo e na realização de diligências, necessárias em virtude de notícia de investigação da Polícia Federal envolvendo pagamentos da ViaBahia a seus fornecedores. Por se

163. Em segundo lugar, o banco constatou o **baixo nível de execução das obras, se comparado ao volume financeiro liberado**. Em conformidade com o baixo índice de execução contratual já alertado no **subitem II.1** acima, também o Banco Público constatou haver um **total descasamento entre a injeção de capital feita pelos bancos públicos e o serviço entregue à população pela Concessionária**. Nesse sentido, foi a manifestação do **BNDES**, que chegou a apontar inclusive o **sobrecusto nas obras** (Doc. RDA-035):

Dessa forma, evidencia-se um grande descasamento entre os valores desembolsados do crédito do BNDES e o real avanço físico do projeto tal como previsto e contratado, sugerindo um enorme sobrecusto.



164. Por fim, e não menos importante, o BNDES deixa claro que, **mesmo se houvesse sido finalizada a revisão quinquenal** nos moldes solicitados pela Requerente, **o banco permaneceria impedido de fazer novos desembolsos**. É o que se depreende do documento citado (Doc. RDA-035):

3. Demais considerações

Ainda que o BNDES anuísse ao pleito de remanejamento de recursos, caso já houvesse ocorrido a aprovação do plano de ação da ViaBahia pela ANTT, não seria possível a realização de novos desembolsos à Concessionária, uma vez que não se encontram atendidas as seguintes condições para liberação do crédito do Contrato de Financiamento BNDES, nos termos das Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES:

- (i) *“permanecerem regularmente constituídas as garantias e serem consideradas suficientes, a juízo do BNDES”³* – conforme mencionado no item 1 desta Carta, encontra-se pendente de regularização a garantia corporativa do Contrato de Financiamento BNDES, que, até o momento, não reflete a atual estrutura societária da ViaBahia, tal como aprovada pela Dec. Dir. nº 870/2015 – BNDES, de 18/12/2015; e
- (ii) *“estar a Beneficiária e os demais integrantes do Grupo Econômico em dia com todas as obrigações contratuais perante o Sistema BNDES”⁴* – pende de regularização obrigação constante do inciso XXI da Cláusula Décima do Contrato de Financiamento BNDES, referente às obras de duplicação que deveriam estar realizadas em 28/02/2016.

165. Verifica-se, dessa forma, que além da clara atribuição de risco pelo financiamento ao Concessionário e da significativa ingestão de capital por parte do BNDES, não procedem as alegações da requerente sobre a suposta alteração da política de financiamento dos bancos públicos.

III.2.2. Revisão Quinquenal

166. No que se refere à revisão quinquenal, é importante resgatar a discussão, já iniciada nesse processo, acerca do seu escopo e amplitude, para, em seguida, demonstrar a inexistência de qualquer relação entre a não realização da revisão quinquenal e a negativa de financiamento adicional pelo BNDES.



III.2.2.1. Escopo da Revisão Quinquenal no setor rodoviário

167. Nos termos da regulamentação que rege a matéria, a Resolução ANTT nº 675/2004 (RDA-010), os reequilíbrios econômico-financeiro dos contratos regulados pela Agência são feitos por ocasião das denominadas revisões **ordinárias** e **extraordinárias**. Vejamos as avaliações próprias de cada uma dessas modalidades de revisão:

Resolução nº 675/2004.

Art. 2º Nas revisões **ordinárias** serão considerados:

I – relativamente ao exercício anual anterior:

- a) as receitas complementares, acessórias ou alternativas à receita principal ou de projetos associados, com base nos valores faturados pela concessionária;
- b) os recursos para desenvolvimento tecnológico e verba de laboratório, conforme previsão contratual, quando não utilizados em projetos aprovados pela ANTT;
- c) criação, alteração e extinção de tributos ou de encargos decorrentes de disposições legais, de comprovada repercussão nos custos da concessionária;
- d) os recursos para aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal e demais verbas, conforme previsão contratual, quando não utilizadas integralmente.

II - as diferenças de receita, apuradas entre as datas contratualmente estabelecidas para o do reajuste do ano anterior e do presente, decorrentes de:

- a) aplicação, quando da concessão do reajuste anterior, do índice de reajuste tarifário provisório e do índice definitivo;
- b) arredondamento da tarifa do reajuste anterior, conforme previsão contratual;
- c) defasagem decorrente de eventual concessão de reajuste tarifário em data posterior ao contrato;

III – as repercussões decorrentes de inexecuções, antecipações e postergações de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração da Rodovia

Art. 2º-A. Nas revisões **extraordinárias** serão consideradas as repercussões:

- I - decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, caso fortuito, fato da Administração, fato do príncipe ou alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, em caráter emergencial, ou da ocorrência de outras hipóteses previstas expressamente no contrato de concessão;



II - que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária, ou que comprometa ou possa comprometer a solvência da Concessionária e/ou continuidade da execução/prestação dos serviços previstos neste Contrato.

(grifamos)

168. Observa-se que, a depender do evento potencialmente causador de desequilíbrio, a apreciação da ANTT far-se-á no âmbito da revisão **ordinária** ou no âmbito de revisão **extraordinária**. O próprio contrato, ao detalhar o objeto de cada uma das revisões, somente menciona **revisão tarifária**, quando trata das revisões ordinária e extraordinária. Quando detalha o objeto da revisão quinquenal, menciona apenas **revisão para reavaliação da Concessão**:

16.4.1. É a **revisão anual da Tarifa Básica de Pedágio**, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incorporar a parcela das Receitas Extraordinárias auferidas no ano anterior, conforme disposto na subcláusula 17.6.

16.4.2. A **revisão da Tarifa Básica de Pedágio** com o objetivo de incorporar os recursos mencionados na subcláusula 16.4.1 acima, será realizada conforme disposto no item (iii) da subcláusula 20.4.2.

(...)

16.5.1 Revisão quinquenal é a **revisão** que será realizada pela ANTT a cada 5 (cinco) anos, **com intuito de reavaliar a Concessão** em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, **preservando-se a alocação de riscos e a regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato**.

(...)

16.6.1 É a **revisão da Tarifa Básica de Pedágio** decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, cujas hipóteses, procedimentos, critérios e princípios estão estabelecidos na cláusula 20.

(grifamos)

169. Importante ainda notar que a subcláusula 16.6.1., ao tratar da **revisão extraordinária**, remete ao procedimento previsto na **subcláusula 20**, justamente a cláusula que trata do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.



170. Verifica-se, portanto, que **a avaliação quanto aos impactos que determinados eventos possam causar no equilíbrio econômico-financeiro do contrato é feita, de regra, na revisão extraordinária.** Vejamos:

20 Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

20.1 Cabimento da Recomposição

20.1.1 Sempre que atendidas as condições do Contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

20.1.2 A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na subcláusula 19.1.3 acima.

20.1.3 A ANTT poderá efetuar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando cabível nos termos da lei e observado o disposto na subcláusula 16.7.3.

20.2 Procedimento para Pleito de Recomposição pela Concessionária

20.2.1 O procedimento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será o seguinte:

(i) a Concessionária, “Postulante” deverá enviar notificação de solicitação de recomposição à ANTT, “Postulada”, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da data em que tomar conhecimento da ocorrência da hipótese ensejadora da recomposição;

(ii) dentro de 15 (quinze) dias a contar da data da entrega da notificação, a Postulante poderá enviar à Postulada uma segunda notificação, fornecendo detalhes sobre a hipótese ensejadora da recomposição, bem como, se for o caso, informações sobre:

- (a) a data da ocorrência e provável duração da hipótese ensejadora da recomposição;
- (b) o tempo necessário para compensar eventuais atrasos nos cronogramas previstos no PER;
- (c) a estimativa da variação de investimentos, custos ou despesas, ou variação de receitas;
- (d) qualquer alteração necessária nas obras e nos serviços objeto do Contrato;
- (e) a eventual necessidade de aditamento do Contrato; e



(f) a eventual necessidade de liberação do cumprimento de quaisquer obrigações, de qualquer das Partes;

(iii) dentro de 20 (vinte) dias a contar da data da entrega da primeira notificação, a ANTT estabelecerá prazo para que se faça a comprovação dos fatos e das condições que ensejaram a solicitação de recomposição do equilíbrio, demonstrando, especialmente, que:

(a) a hipótese ensejadora da recomposição foi a causa direta dos investimentos, custos ou despesas adicionais, da perda ou aumento de receita ou descumprimento dos Parâmetros de Desempenho ou cronogramas previstos no PER; e

(b) os investimentos, custos ou despesas adicionais, a perda ou aumento de receita, o descumprimento dos parâmetros de desempenho ou cronogramas previstos no PER ou a liberação do cumprimento de certas obrigações contratuais não puderam ou não poderão ser evitados, mitigados ou recuperados pela Concessionária ou por seus contratados, atuando com diligência, prudência e perícia, por meio da adoção de medidas que estivessem ou estejam a seu alcance, incluindo, quando for o caso, o uso de avaliações de mercado e demonstração de como a hipótese vem afetando os preços cobrados por outros negócios semelhantes ao objeto do Contrato; e

(iv) a ANTT examinará as informações fornecidas pela Concessionária e decidirá, no prazo de até 90 (noventa) dias a contar da data da comprovação dos fatos e das condições que ensejaram a solicitação de recomposição, pelo cabimento ou não da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro – o referido prazo poderá ser prorrogado, justificadamente, a critério da ANTT.

171. Assim, é no âmbito do procedimento detalhado da **revisão extraordinária** que o equilíbrio do contrato é aferido e eventualmente corrigido.

172. Situação diversa ocorre nas chamadas **Revisões Quinquenais**. Essas, embora possam culminar com uma alteração tarifária, 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 (RDA-010), que traz redação semelhante àquela prevista no contrato e transcrita acima:

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 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)

173. 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 da Concessionária.**

174. Evidentemente, se o acolhimento de um pleito do usuário impactar no equilíbrio do contrato, haverá a devida revisão tarifária. Mas o importante é que, se a ANTT, por qualquer motivo, deixar de promover a revisão quinquenal, **não há qualquer prejuízo econômico** à Concessionária, na medida em que resta preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (justamente porque não houve alteração do contrato, e sim a manutenção das condições originais avençadas) e, por conseguinte, a Concessionária não pode exigir qualquer conduta da Agência. O usuário sim tem total interesse nas adaptações do **Sistema Rodoviário** para satisfação de suas necessidades.

175. A revisão da tarifa básica de pedágio é elemento apenas acidental na revisão quinquenal. O contrato de concessão deixa claro que o objetivo de tal modalidade revisional, diversamente das revisões ordinária e extraordinária, **não é o restabelecimento da equação econômico-financeira**, mas a **adequação do sistema rodoviário.**

176. Portanto, qualquer ilação da **Requerente** de que a ausência da efetivação da revisão quinquenal tenha deixado o contrato desequilibrado não procede.

III.2.2.2. Revisão quinquenal e financiamento do BNDES



177. Também não procede a vinculação, feita pela Requerente, entre a ausência da revisão quinquenal e a negativa de financiamento adicional pelo BNDES.

178. Em primeiro lugar, conforme esclarecido acima, a **negativa do BNDES se deve ao descasamento entre o nível de execução contratual e o montante financeiro já liberado à Concessionária.**

179. Em segundo lugar, sustenta a **Requerente** que a realização da **1ª** Revisão Quinquenal permitiria uma readequação do cronograma das obras condicionadas ao volume de tráfego, o que aumentaria a financiabilidade do projeto, na medida em que haveria um maior alongamento do prazo dos desembolsos.

180. Ora, conforme salientado anteriormente, o objetivo da revisão quinquenal é adaptar o sistema rodoviário a eventuais novas necessidades dos usuários, sempre respeitado o equilíbrio-econômico financeiro e a matriz de riscos prevista no contrato. Não se prestando a alterar obrigações vencidas por interesse exclusivo da concessionária.

181. No caso da concessão em análise, observou-se um **aumento no volume de tráfego superior às previsões do Poder Concedente e da Concessionária (vide subitem II.1), nos primeiros 05 (cinco) anos de concessão.** Assim, **dado o aumento da demanda, não faria o mínimo sentido adiar ou retirar do contrato as obras condicionadas ao volume de tráfego.** É da essência dessas obras a sua execução somente se atingido determinado volume de tráfego, nos termos e condições previstos no PER (RDA-003):



2.3. Obras Condiçionadas

2.3.1. Duplicações e implantação de faixas adicionais Condiçionadas ao Volume de Tráfego.

2.3.1.1. Além das obrigações de investimento expressas nos itens 2.1 e 2.2 acima, a Concessionária realizará investimentos de ampliação de capacidade condiçionadas à regra detalhada a seguir.

2.3.1.2. O fator determinante para a realização das obras de ampliação de capacidade é o atingimento do volume diário de veículos especificado abaixo para cada subtrecho, sem distinção quanto à categoria dos veículos e sem considerar motocicletas, aferidos com base em uma média móvel de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, para os subtrechos listados abaixo. O Apêndice F apresenta o conceito metodológico que baseia este critério determinante dos investimentos de ampliação de capacidade condiçionados ao volume do tráfego.

182. As necessidades do **Sistema Rodoviário** e do cenário econômico não comportavam o adiamento de obrigações. Pelo contrário, a única medida que poderia ser avaliada tecnicamente pela **ANTT**, seria uma eventual antecipação dessas obras, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, **jamais o adiamento de obras importantes para a segurança dos usuários, num cenário de demanda crescente.**

183. Mais uma vez fica claro o total descabimento de vincular a **1ª** Revisão Quinquenal a uma eventual restrição de crédito pelo **BNDES**.

184. Quanto à **2ª** Revisão Quinquenal, sequer havia decorrido o tempo necessário para sua realização (10 anos vencidos em 20.10.2019), ao tempo das negociações com o Banco (ano de 2017, conforme Doc. RDA-035).

185. Portanto, as revisões quinquenais não influenciaram de qualquer forma o financiador, e sim a **Concessionária** sofreu as **consequências de ter mantido altos índices de inexecução contratual.**

III.2.3. Aumento do preço dos insumos asfálticos



III.2.3.1. Matriz de riscos do contrato

186. 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 pela variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário**, nos termos da subcláusula 19.1.2. (v):

19 Alocação de Riscos

19.1 Alocação de Riscos

19.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos indicados na subcláusula 19.1.3.

19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(v) **custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.1.3 abaixo;**

187. Importante destacar que se trata de **opção regulatória de modelagem contratual** conscientemente tomada antes do procedimento licitatório. A título exemplificativo de situação diversa, no contrato da **ECOSUL** (Doc. RDA-036), 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.

188. 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 (Doc. RDA-037). Repita-se, **a modelagem do contrato da Requerente é totalmente diversa**, por isso o pleito foi indeferido, não se verificando nenhum tratamento não isonômico por parte desta ANTT, dado que, repise-se, se trata de situações distintas.

189. 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.

190. 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 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

191. Importante ainda destacar a diferenciação trazida por **Marçal Justen Filho** em excerto de texto acadêmico sobre o ponto ora discutido, citado no **subitem II.3** acima⁸.

192. Os trechos doutrinários transcritos revelam que os contratos de concessão de serviço público trazem peculiaridades e objetivos que os diferenciam dos contratos de

⁸ **Numa concessão de serviço público, o concessionário assume riscos muito mais intensos do que se passa com o contratado em um contrato de obras.** 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 – grifamos (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)



prestação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93.

193. Enquanto os contratos de prestação de 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**, todas dentro da álea ordinária do risco inerente ao negócio jurídico. Por essa razão, o licitante que pretende se tornar concessionário deve formular sua proposta levando em consideração os riscos que irá assumir.

194. Ora, é evidente que num contrato de **25 (vinte e cinco) 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.

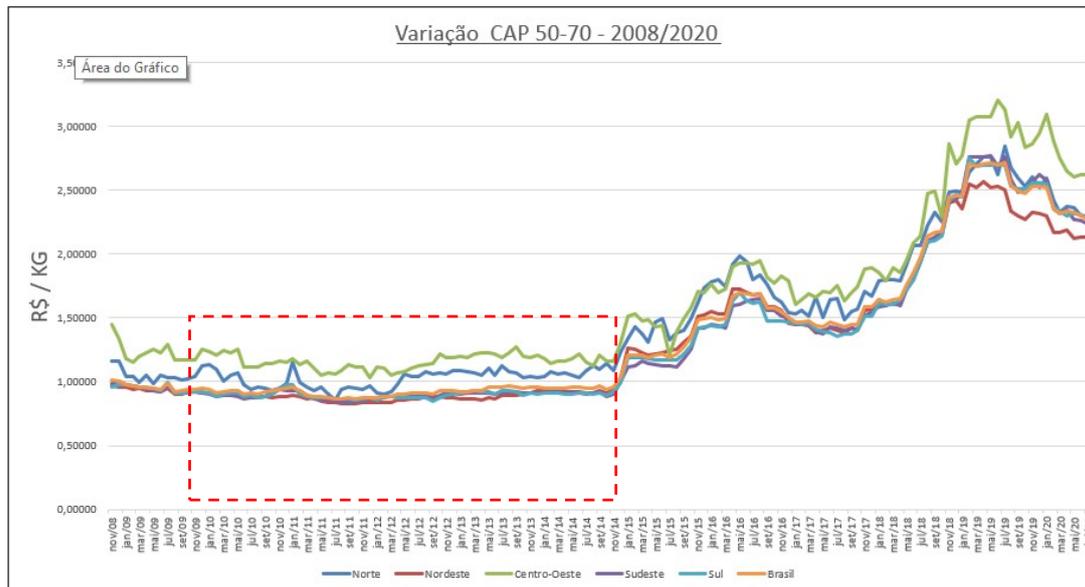
II.2.3.2. Previsibilidade da flutuação de preços dos insumos

195. 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.

196. A Nota Técnica SEI nº 4043/2020/GT (Doc. RDA-038) traz a série histórica da evolução dos preços do CAP desde 2008 e que, aliado à variação de preços de outros insumos, permite dimensionar o real impacto dos insumos asfálticos na Concessão como um todo:



ANEXO I



197. Um primeiro dado que salta aos olhos é que, desde o início da vigência do Contrato de Concessão, em **20/10/2009**, até os 05 (cinco) anos seguintes (novembro/2014), a Concessionária se beneficiou por um cenário bastante favorável em termos de custos com insumos betuminosos, com variação de preços bem inferior ao índice inflacionário previsto no contrato.

198. Para se ter uma noção aproximada das diferenças, no período de **janeiro de 2009 a novembro de 2014**, o CAP sofreu **redução de 2,67% (dois inteiros e sessenta e sete centésimos por cento)**, ante um **IPCA positivo de 38,59% (trinta e oito inteiros e cinquenta e nove centésimos por cento)**, conforme levantamento constante da Nota Técnica SEI nº 4043/2020/GT (Doc. RDA-038):

- CAP: Janeiro de 2009 a Novembro de 2014 – redução de 2,67 %;
- IPCA: Janeiro de 2009 a Novembro de 2014 – aumento de 38,59 %.



199. Durante esse período, segundo amplamente noticiado pela imprensa⁹, houve uma política de represamento de preços pela Petrobrás, a despeito da alta internacional dos preços do petróleo. Esse **represamento beneficiou amplamente a Requerente**.

200. E mais, a beneficiou **no período mais crítico da Concessão, os primeiros cinco anos, em que há um grande volume de obras da concessão, incluindo toda a fase de recuperação da rodovia**.

201. Apesar de todo esse benefício recebido pela **Concessionária**, a **ANTT** respeitou a matriz de riscos do contrato e não promoveu qualquer reequilíbrio para baixo.

202. Ademais, o gráfico acima revela uma clara tendência de queda dos preços dos insumos asfálticos. Inclusive, nos termos da Nota Técnica SEI nº 4043/2020/GT (Doc. RDA-038), **entre julho de 2019 e junho de 2020**, houve **queda no preço do CAP de 16,16% (dezesseis inteiros e dezesseis centésimos por cento)**. Nem por isso o contrato foi reequilibrado com redução tarifária.

203. Outros insumos também relevantes para a Concessão tais como aço e cimento também tiveram evolução de preços bem inferior ao índice inflacionário (extraído do Doc. RDA-038):

- **Aço** (CA 50A D=10mm) = Jan/2009 – R\$ 4,06 / kg à Jun/2020 – R\$ 4,16 / Kg – Variação de **2,46 %**;
- **IPCA** Jan/2009 a Jun/2020 – **83,21%**.

⁹ 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>.



- Cimento (CP 32) = Jan/2009 – R\$ 0,38 / kg à Jan/2020 – R\$ 0,4524 / Kg – Variação de 19,05%;
- IPCA Jan/2009 a Jun/2020 – 83,21%.

204. Soma-se a todo esse cenário, o altíssimo índice de inexecução de obras que utilizariam uma maior quantidade de material betuminoso (vide subitem II.1. acima), **o que faz com que os impactos dessa flutuação de preços sejam insignificantes para a Requerente.**

205. 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 a partir da **1ª etapa do PROCROFE**, ao se abandonar esse modelo de revisão pelo custo do serviço (*rate of return* ou *cost plus*).

206. Verifica-se, portanto, que o pleito não deve ser acolhido pelo Tribunal Arbitral em razão dos seguintes argumentos: **(a)** o contrato da fase II da 2ª etapa do PROCROFE, no qual se insere o da ViaBahia, não previu a revisão pelo custo do serviço, **(b)** esse risco não ter sido expressamente alocado à Requerente na subcláusula 19.1.2. (v) do contrato, e **(c)** a variação foi ínfima.

III.2.4. Impactos da Lei dos Caminhoneiros

207. Também não se justifica utilizar os impactos trazidos pela Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015 como argumento para pleitear uma nova precificação das obras.

208. Isso porque a ANTT já reconheceu administrativamente os impactos decorrentes da inovação legislativa e, ato contínuo, procedeu ao reequilíbrio desse contrato



provisoriamente; num primeiro momento, valendo-se de estudo elaborado pelo DNIT (6ª Revisão Ordinária e 9ª Revisão Extraordinária); em seguida, foram feitos os devidos ajustes nos termos do Acórdão 290/2018-Plenário do TCU (Doc. RDA-140), na 8ª Revisão Ordinária e 11ª Revisão Extraordinária (conforme Nota Técnica nº 08/2019/GEFIR/SUINF - Doc. RDA-039).

209. Nesse sentido, importante citar trecho da Nota Técnica nº 040/2016/GEROR/SUINF (Doc. RDA-040), que serviu de fundamento técnico para a 6ª Revisão Ordinária e 9ª Revisão Extraordinária, nesse ponto:

19. Portanto, em atendimento ao Memorando da SUINF, propõe-se, a seguir, um novo cronograma financeiro, para inclusão do valor adicional de manutenção do pavimento em detrimento da “Lei dos Caminhoneiros” (Item 3.1.3 - Manutenção - Lei nº 13.103/2015):

DESCRIÇÃO	FLUXO	TOTAL do ITEM	5º Ano	6º Ano	7º ao 24º Ano	25º Ano
Vigente	FM					
SUINF - RE	FM	133.176.694		4.514.464	6.771.696	6.771.696

RE – Revisão extraordinária
FM – Fluxo Marginal

OBRAS INCLUÍDAS NO PER (Fluxo marginal)

ITEM	DESCRIÇÃO	QUANT.	ANO	VALOR (R\$)
3.1.3	Manutenção - Lei nº 13.103/2015	1	6º ao 25º	133.176.694

OBRAS EXCLUÍDAS NO PER

ITEM	DESCRIÇÃO	QUANT.	ANO	VALOR (R\$)
	Nenhuma			

OBRAS POSTERGADAS (sem considerar Inexecuções)

ITEM	DESCRIÇÃO	QUANT.	ANO	VALOR (R\$)
	Nenhuma			

**Justificativas descritas no corpo do texto*



210. Portanto, a **ANTT** já procedeu a título provisório e emergencial o devido reequilíbrio, enquanto buscava desenvolver em conjunto com a **Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS** uma metodologia para cálculo o mais fidedigno possível desses impactos, seguida da implementação dos ajustes eventualmente cabíveis, em definitivo.

211. A título ilustrativo e com vistas a demonstrar o nível de **complexidade** do tema, a **ANTT** junta nesta oportunidade a Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (Doc. RDA-041), estudo que busca construir uma metodologia adequada ao reequilíbrio do contrato. A título ilustrativo, o projeto envolve 07 (sete) profissionais, dos quais 03 (três) professores doutores da UFRS, e outros 04 (quatro) também com vasto currículo. O prazo previsto para desenvolvimento era de 12 (doze) meses, mas, justamente pela complexidade do objeto, já se arrasta por mais de 02 (dois) anos.

212. Embora com alguns percalços em decorrência da complexidade da matéria, que exigiu esforços adicionais de pesquisa, o fato é que a Requerente não foi prejudicada pelo advento da Lei nº 13.103/2015. O reequilíbrio provisório já foi implementado na tarifa e os devidos ajustes decorrentes do reequilíbrio definitivo devem ser empreendidos em breve, em razão da recente conclusão dos estudos desenvolvidos em parceria com a UFRS.

III.3. Prazo de execução das Obras Condicionadas

213. A pretensão de readequação do prazo para a execução das **Obras Condicionadas ao Volume de Tráfego** pauta-se essencialmente na suposta impossibilidade técnica de execução das obras nos prazos estabelecidos no **PER** (RDA-003), a saber, duplicação de até **90km (noventa quilômetros)** no período de **12 (doze) meses**.



214. Segundo a **Requerente**, “se consideradas as etapas preparatórias que antecedem a execução efetiva das obras de ampliação, seriam necessários, ao menos, **44 (quarenta e quatro) meses** para a conclusão das obras” (fl. 49 da Petição 5 da Requerente – Parte Especial – Caderno I).

215. Mais uma vez, a **Requerente** admite a existência de determinadas obrigações previstas originalmente no contrato em relação às quais, depois de ter manifestado expressa aquiescência, pretende alteração.

216. De início, importante evidenciar a insinceridade do argumento da suposta inexecuibilidade sob dois aspectos.

217. Em primeiro lugar, se havia essa flagrante desproporcionalidade do prazo estabelecido para execução das obras, a **Requerente** poderia muito bem ter impugnado, ao tempo da licitação, essa obrigação fruto de opção regulatória tomada à época e amplamente divulgada a todos os interessados em participar do certame. Nesse sentido, constou do edital do certame (RDA-004):

4 Impugnações ao Edital

- 4.1** Sob pena de decadência do direito, eventual impugnação do Edital deverá ser protocolada na sede da ANTT até 5 (cinco) dias úteis antes da data de início da Sessão Pública do Leilão.
- 4.2** As impugnações ao Edital deverão ser dirigidas ao presidente da Comissão de Outorga e entregues na sede da ANTT, nos prazos mencionados no item 4.1 acima e observadas as condições legais.
- 4.3** A impugnação feita tempestivamente não impedirá a participação do interessado no Leilão até a decisão da Comissão de Outorga.

218. Considerando que não houve essa impugnação pela **Requerente**, e tendo participado do certame, presume-se que esta vislumbrou a possibilidade técnica de efetivar um planejamento apto a entregar as obras no prazo contratualmente estabelecido.



219. Em segundo lugar, sustenta que o prazo ideal para a execução de tais obras seria 44 (quarenta e quatro) meses. Ocorre que, **mesmo passados os citados 44 (quarenta e quatro) meses contados do início do prazo contratual para execução de tais obras, nada foi executado**. Esse prazo está estabelecido na Subcláusula 9.5.1. e 9.5.2. do Contrato de Concessão, nos seguintes termos:

9.5 Obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego

9.5.1 As obras de duplicação de cada um dos subtrechos da rodovia BR 116 descritos no PER como obras condicionadas ao volume de tráfego deverão estar concluídas até 12 (doze) meses contados da data em que for verificado que o VMD-Móvel do respectivo subtrecho atingiu 6.500 (seis mil e quinhentos) veículos, observado que caso o VMD-Móvel do respectivo subtrecho atinja 6.500 (seis mil e quinhentos) veículos antes do 4º (quarto) ano da Concessão, a Concessionária somente estará obrigada a realizar as obras de duplicação após o 4º (quarto) ano da Concessão, respeitado o prazo de conclusão de 12 (doze) meses acima referido, ressalvado o disposto na subcláusula 9.5.2 a seguir.

9.5.2 Observado o disposto na subcláusula 9.5.1 acima, na hipótese de o VMD-Móvel de diferentes subtrechos do Sistema Rodoviário atingir 6500 (seis mil e quinhentos) veículos em intervalo inferior a 12 (doze) meses, a Concessionária não estará obrigada a realizar obras de duplicação cuja soma exceda 90 (noventa) km para cada período de 12 (doze) meses.

220. Considerando que o contrato teve seu **início de execução em 20.10.2009** e que há previsão de realização das **obras de duplicação somente após o 4º ano da Concessão**, o termo *a quo* do prazo se daria em **20.10.2014** e os 44 (quarenta e quatro) meses **findariam em 20.06.2018**. Nessa última data, correspondente aos períodos que a Requerente alega ser o necessário para execução das obras, nada havia sido executado. Conforme dados trazidos na Nota Técnica SEI nº 97/2020/GEFIR/SUINF/DIR (Doc. RDA-018), as inexecuções permaneceram em 100% no ano de 2017/2018:

Figura 14 – Tabela de Inexecuções – Obras Condicionadas ao Volume de Tráfego – 2013 a 2019.



INEXECUÇÃO CONTRATUAL - OBRAS OBRIGATÓRIAS			
ANO CONCESSÃO	ANO CIVIL	MONTANTE PREVISTO (PREÇO INICIAL)	INEXECUÇÃO
5	2013/2014	R\$ 134.215.011,71	100,00%
6	2014/2015	R\$ 137.975.429,98	100,00%
7	2015/2016	R\$ 123.365.820,07	100,00%
8	2016/2017	R\$ 121.622.860,37	100,00%
9	2017/2018	R\$ 96.201.625,08	100,00%

Fonte: GEFIR/SUINF

221. Nota-se que, nem partindo de suas equivocadas premissas, a **Requerente** consegue justificar a gravidade da situação decorrente dos baixos níveis de execução contratual.

222. O fato é que não há obrigações contratuais inexequíveis em sua origem, mas sim que a **Concessionária**, sem motivo justificável, absteve-se de cumprir o **Contrato de Concessão**, tal qual livremente pactuado pelas partes.

223. Se o nível de serviço a ser entregue ao usuário foi fixado em patamar de excelência, trata-se de opção de política pública em relação à qual a **Requerente** tinha pleno conhecimento ao tempo da licitação e mesmo quando da assinatura do contrato.

224. Se o prazo estabelecido para, atingido certo nível de saturação na rodovia, serem executadas obras de ampliação de capacidade era relativamente curto, esta informação também era de conhecimento da **Requerente**, que deveria ter se programado previamente para lidar com as peculiaridades das obrigações previstas no contrato.

225. Inclusive, o próprio contrato traz alguns mecanismos que permitem essa antecipação por parte da **Concessionária**, quando os chamados gatilhos de tráfego estão prestes a serem disparados.



226. Nesse sentido, estabeleceu o **PER** em sua redação original (RDA-003), posteriormente alterada na 3ª Revisão Ordinária e 4ª Revisão Extraordinária, a obrigação de instalar contadores de tráfego **até o 2º ano da Concessão**, o que poderia ser antecipado, se fosse do interesse da Concessionária:

PER Original.

83.2.1. A Concessionária deverá instalar, até o final do 2º (segundo) ano do Prazo da Concessão os equipamentos de detecção e sensoriamento de pista que deverão realizar contagens volumétricas, bem como medições de velocidade e densidade de veículos no Sistema Rodoviário de acordo com os parâmetros de monitoramento definidos no Apêndice E.

227. Portanto, ainda que não se antecipasse à obrigação contratual, a Concessionária, **a partir do 3º ano de Concessão, já teria ciência do volume de tráfego** e, ainda que superado o patamar exigido para ensejar a realização das obras de ampliação de capacidade, **esse prazo somente teria início a partir do 4º ano**, nos termos da **subcláusula contratual 9.5.1.**, transcrita acima.

228. Ora, se a **Requerente** considerava o prazo contratual muito curto, deveria ter se antecipado na monitoração do volume de tráfego, de modo a antecipar atos necessários à execução das obras de ampliação de capacidade.

229. Outro dado importante é que **o acionamento do gatilho não se dá com o mero aumento momentâneo do volume de tráfego**. A metodologia trazida no **item 23.1.2. do PER** utiliza uma **média móvel de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias**. Isso permite um acompanhamento da tendência de aumento do tráfego e até mesmo antecipação de medidas, sempre que a média móvel se aproximar dos níveis de acionamento do gatilho:



2.3.1.2. O fator determinante para a realização das obras de ampliação de capacidade é o atingimento do volume diário de veículos especificado abaixo para cada subtrecho, sem distinção quanto à categoria dos veículos e sem considerar motocicletas, aferidos com base em uma média móvel de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, para os subtrechos listados abaixo. O Apêndice F apresenta o conceito metodológico que baseia este critério determinante dos investimentos de ampliação de capacidade condicionados ao volume do tráfego.

230. Verifica-se, portanto, que dada a configuração do contrato, era de se esperar um cuidadoso monitoramento do tráfego, pela **Concessionária**, para que pudesse se desincumbir das obrigações que lhe cabem de modo tempestivo, assim que acionado o gatilho.

231. Quanto ao argumento de que a **Polícia Rodoviária Federal - PRF** não permitiria a execução de obras de manutenção e conservação em ritmo mais acelerado, além de **contrafactual**, não parece crível, uma vez que a **PRF** não detém competência legal para a regulação de rodovias concedidas, e sim a **ANTT**, nos termos da Lei nº 10.233/2001:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas;

232. Todos esses esclarecimentos revelam que **a razão da inexecução das obrigações não foram as cláusulas contratuais, aceitas e não impugnadas pelos então licitantes, e sim a incapacidade da Concessionária de, ciente das obrigações a que estaria submetida, planejar-se de forma adequada ao cumprimento dos prazos estabelecidos. Repita-se, não houve surpresa, alteração contratual ou qualquer catástrofe capaz de impedir o cumprimento das obrigações. As condições contratuais se mantiveram as mesmas e as obrigações não foram cumpridas.**



IV – QUESTÕES RELATIVAS AO PAVIMENTO E A PASSIVOS AMBIENTAIS

233. Na presente seção, serão abordados os pleitos de reequilíbrio trazidos pela Requerente na **Petição 5 da Requerente – Alegações Iniciais – II. Parte Especial – Caderno II.**

IV.1. Solo Massapê

234. A análise do pleito de reequilíbrio referente às dificuldades enfrentadas pela Concessionária para execução de obras nos **quilômetros 545 a 605 da BR 324/BA**, em decorrência da **presença de solo massapê**, guarda relação com as premissas tratadas no **subitem II.1.** acima.

235. Tanto o Edital (RDA-004) quanto o Contrato de Concessão (RDA-001) foram expressos em consignar que as então licitantes promovessem seus estudos e levantamentos com vistas a precificar corretamente sua proposta, em consonância com os desafios que estavam na iminência de assumir. Vale transcrever mais uma vez esses dispositivos editalício e contratual:

Edital de Licitação



- 2.3 A obtenção do Edital não será condição para participação no Leilão, sendo suficiente para tanto o conhecimento e aceitação, pela Proponente, de todos os seus termos e condições.
- 2.4 As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do Sistema Rodoviário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.
- 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 no sítio eletrônico www.antt.gov.br, 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.
- 2.5 Os interessados são responsáveis pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão.

Contrato de Concessão

10 Declarações

- 10.1 A Concessionária declara que obteve, por si ou por terceiros, todas as informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais.
- 10.2 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.

236. No caso específico do **Sistema Rodoviário** em discussão, é **incontroverso** ser **fato público e notório** a **presença de solo massapê**, conforme ressaltado pela própria **Requerente** em sua manifestação:

4. É de conhecimento geral que o Estado da Bahia, em especial na região do Recôncavo Baiano, apresenta um tipo de solo conhecido como massapê, que é um solo “plástico”, com elevado teor de argila, contendo minerais expansivos.



237. Além da certeza quanto à existência desse tipo de solo na região, também não havia dúvidas de que, tecnicamente, se trata de um solo mais desafiador para a execução de obras de engenharia rodoviária.

238. A própria **Requerente**, no trecho transcrito acima, informa tratar-se de solo “plástico” e que contém “minerais expansivos”.

239. Diante desse cenário no qual os **licitantes conheciam a existência** de um tipo de solo capaz de trazer maior dificuldades na execução das obras, da **ausência de estudos vinculativos** apresentados pelo **Poder Concedente** ao tempo da licitação e da **expressa previsão editalícia e contratual** de que os competidores no certame deveriam fazer seus **próprios levantamentos e estudos**, caberia à **Requerente** ter **aprofundado as pesquisas em relação ao trecho em questão**.

240. Se houve surpresa ou imprevisibilidade, isso se deve à ausência de diligência da **Requerente** na preparação do seu plano de negócios, uma vez que, sabidamente, o trecho com presença de solo massapê teria grandes chances de demandar um maior número de intervenções do que um solo com características de menor expansividade.

241. As informações trazidas pelo Consórcio Minas Bahia, contratada da ANTT para auxiliar na verificação do atendimento dos parâmetros de desempenho da rodovia, no Ofício CMB 003/19, de 04 de abril de 2019 (Doc. RDA-042), deixam claro que todas as dificuldades relatadas pela **Requerente** poderiam ter sido antecipadas e precificadas (se já não o foram).

242. O citado documento revela que os Solos Massapê evidentemente impactam no pavimento e que o dimensionamento desses impactos pode ser antecipado por mapeamento geológico da área acompanhado de plano de sondagem:



5. **Questionamento:** Se o solo expansivo impacta no pavimento é possível calcular seus efeitos ao longo do tempo? Se for possível calcular, indicar metodologia, equações que considerem o solo na condição de contorno e possam prever esses efeitos com elevada confiabilidade.

Consideração: *É evidente que os Solos Massapê impactam no pavimento. Os seus efeitos poderão ser calculados mediante um mapeamento geológico detalhado, acompanhado de um criterioso plano de sondagem, capazes de definir as geometrias dos diversos corpos geológicos, posicionando os mesmos nos cortes e aterros.*

243. É evidente que em regiões com baixa probabilidade de se encontrar solo massapê, não faria sentido que os licitantes tivessem gastos adicionais com mapeamento geológico e sondagens. Mas **num trecho sabidamente com esse tipo de solo, era de se esperar uma maior cautela** na precificação considerando essa característica. Todavia, em vez de possuir uma postura mais racional e cautelosa, a ViaBahia parece ter poupado despesas com estudos adicionais e assumido o risco de ter calculado de maneira equivocada os custos para a execução das obras. Essa, inclusive, **pode ter sido uma das razões pelas quais a segunda colocada no certame ofereceu um lance com menor desconto da TBP.**

244. Ademais, por se tratar de rodovia já existente, a **Requerente** poderia ter buscado informações na unidade regional do **DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes** acerca do histórico das intervenções na rodovia.

245. Não bastasse toda essa série de cautelas a serem tomadas pela **Requerente**, também é preciso destacar que o risco pela ocorrência de gastos superiores ao esperado é da Concessionária, a teor do disposto no **Contrato de Concessão (RDA-001):**



19 Alocação de Riscos

19.1 Alocação de Riscos

- 19.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos indicados na subcláusula 19.1.3.
- 19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(v) custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.1.3 abaixo;

(vii) tecnologia empregada nas obras e serviços da Concessão;

246. O simples fato de ter que despender mais recursos do que o previsto em seu plano de negócios não faz surgir para a **Requerente** uma pretensão favorável ao reequilíbrio contratual, uma vez que **assumiu o risco por eventual sobrecusto**.

247. Nem mesmo um custo maior se comparado a solos mais propícios à execução de obras rodoviárias deve ser reequilibrado, uma vez que **era de conhecimento público e notório a existência do solo massapê à época da licitação**, naturalmente mais propício a trazer dificuldades ao empreiteiro.

248. Nesse sentido, não tem cabimento a **Requerente** querer comparar um tipo de solo sabidamente mais complexo com a média de solos expansivos nacionais, quando **já se sabia previamente que era o solo massapê que seria encontrado na região**, não uma média de tipos de solos expansivos.



249. Portanto, não há razão para desmerecer a matriz de riscos prevista no contrato simplesmente porque a **Requerente** encontrou no trecho rodoviário dificuldades previsíveis à época da licitação, em decorrência de um tipo de solo sabidamente existente na região e que tecnicamente tende a exigir um maior esforço do construtor.

IV.2. Impactos da Lei nº 13.103/2015

250. A questão dos impactos do aumento do limite de peso bruto por eixo, em decorrência da Lei nº 13.103/2015 já foi objeto de análise no subitem II.2.4. desta petição, ao qual se faz remissão.

IV.3. Passivos ambientais

251. No que se refere ao alegado desequilíbrio em decorrência dos passivos ambientais, o tema foi objeto de análise no âmbito administrativo no **processo nº 50500.418613/2016-11** (Doc. RDA-043). As mesmas razões para indeferimento do pleito no âmbito administrativo, permanecem neste procedimento arbitral, conforme exposto a seguir.

252. Pois bem, seja por força do **Contrato de Concessão** (RDA-001) ou do **PER** (RDA-003), é de responsabilidade da **ViaBahia** a recuperação, prevenção e gerenciamento do passivo ambiental relacionado ao sistema rodoviário assumido, nos moldes do que estabelece a **Cláusula 19.1.2**:

19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(...)

(xv) recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental relacionado ao Sistema Rodoviário, exceto o passivo que não possa ser ou não pudesse ter sido descoberto ou previsto por aprofundada



auditoria ambiental, realizada de acordo com as melhores práticas internacionais;

253. Certo é também que o Contrato cuidou de, excepcionalmente, excluir de sua responsabilidade o passivo que não possa ou não pudesse ter sido descoberto ou previsto por aprofundada auditoria ambiental. Ou seja, **para que se exima a Concessionária desse ônus, é preciso que o passivo ambiental seja de difícil constatação a ponto de, mesmo depois de cuidadosa auditoria ambiental, não ter sido possível descobri-lo ou tê-lo previsto.**

254. Ocorre que tal “auditoria ambiental” não pode ser entendida como aquela promovida ainda em fase de estudos prévios à licitação para a concessão do trecho – como quer fazer crer a Concessionária, mas sim aquela a ser promovida por ela própria.

255. Ora, os estudos que precederam a concessão, elaborados pelo *International Finance Corporation* – IFC, embora tenham servido de norte ao **Poder Concedente** ao estruturar a concessão, não tinham a pretensão de “esgotar a matéria”. Tanto que o Contrato cuidou de alertar a Concessionária acerca da incumbência de, ela própria, fazer seus próprios levantamentos, conforme previsão contratual:

10.2 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.

256. A prevalecer a tese de que aquele estudo disponibilizado pela **ANTT** seria bastante (a ponto de exclusivamente nele se fiar), restaria dispensada a realização de novo levantamento do passivo ambiental, o que jamais se cogitou pelo absurdo da hipótese.

257. Ao contrário, é obrigação da Concessionária o levantamento dos passivos ambientais, nos termos do **Anexo 7** (Doc. RDA-062) do **Contrato de Concessão**, cujo **item 4.4 do Termo de Referência** para elaboração de Estudo Ambiental transcrevemos:



4.4 – LEVANTAMENTO DOS PASSIVOS AMBIENTAIS

Para todos os meios Físico, Biótico e Sócio-econômico, também deverá ser realizado e considerado o levantamento dos passivos ambientais, resultantes das intervenções e/ou eventos ocorridos desde a implantação do empreendimento, na ADA e AID, bem como a solução adequada para os mesmos.

Devem ser incorporados inclusive os passivos ambientais levantados no documento “Estudo da Caracterização Ambiental das BR’s 116 e 324”, e àqueles identificados em Relatório de Vistoria deste IBAMA, ocorrido em abril de 2006. Deverão ser enfocadas as seguintes situações de passivos ambientais:

Meio Físico:

- áreas de empréstimos abandonadas;
- Bota-foras ou áreas de deposição de material excedente abandonadas;
- Canteiros-de-obra abandonados;
- Antigas estruturas abandonadas;
- taludes de corte ou de aterro com processos erosivos em desenvolvimento;
- Falhas de manutenção ou entupimento de drenagem com riscos à plataforma da rodovia;
- Falhas de manutenção de drenagem com desenvolvimento de processos erosivos na faixa de domínio e em áreas de terceiros;

Meio Biótico:

- Áreas de Preservação Permanente suprimidas nas intersecções com cursos d’água e na faixa de domínio;

Meio Sócio-econômico:

- Ocupações permanentes ou temporárias da faixa domínio (por residências, empreendimentos industriais, comerciais ou de serviços) nas Áreas de Preservação Permanente (na ADA) ou que impliquem em risco de acidentes;
- Grandes acúmulos de resíduos sólidos (lixo) na faixa de domínio da rodovia
- Entre outros a serem identificados.

Deverão ser apresentados no Levantamento de Passivos Ambientais:

- Mapeamento dos passivos ambientais identificados, com localização georreferenciada dos mesmos,
- Identificação e descrição de cada passivo ambiental, com relatório fotográfico e croquis/representações.
- apresentar mapeamento georreferenciado geológico/geotécnico dos passivos ambientais tipos feições erosivas e escorregamentos em taludes de corte e aterro;
- descrição das condições geomecânicas e geotécnicas dos passivos (do meio físico), apresentando relatório fotográfico.



- Descrição de causas e conseqüências do passivo ambiental.

258. Por sua vez, o **PER** (itens 7.1, 7.5 e 7.7) determina que a Concessionária deverá observar e cumprir, às suas expensas, a legislação ambiental vigente, incluindo eventuais providências exigidas pelos órgãos ambientais competentes, nos níveis federal, estadual e municipal; deverá adotar, como diretrizes para a regularização do **Sistema Rodoviário, Termos de Referências emitidos pelo IBAMA** constantes do **Anexo 7 do Contrato de Concessão**; deverá assumir integralmente os custos e os encargos decorrentes do processo de licenciamento ambiental regular, da imposição de penalidades por descumprimento de exigências contidas na legislação ambiental e das cláusulas estabelecidas em Termos de Ajustamento de Conduta.

259. Ou seja, desde a publicação do Edital, eram conhecidas as premissas/parâmetros/referências a serem levadas em conta na elaboração do estudo ambiental (de responsabilidade da Concessionária), dentre eles, além da identificação e avaliação dos impactos ambientais e definição das medidas mitigadoras, por óbvio, o *levantamento dos passivos ambientais*.

260. Não bastasse, conforme bem destacado pelo Relatório de Análise de Projeto nº 205/2016 (fls. 10/14 do processo administrativo 50500.418613/2016-11 - Doc. RDA-044), os **passivos também fazem parte das condicionantes ambientais da licença de operação que a Via Bahia teve renovada em maio de 2016** (fls. 20/23 do PA 50500.418613/2016-11) e que lhe impusera o **dever de executar o Programa de Monitoramento e Recuperação de Passivos, Processos Erosivos e Áreas Degradadas**:



25. A recuperação de passivos ambientais, além de constituir uma obrigação contratual, faz parte do condicionamento ambiental da Licença de Operação – LO nº 882/2009, renovada em 05 de maio de 2016. Nesse sentido, cumpre informar que o PAR. 02006.000032/2016-56 NLA/IBAMA, o qual analisou o pedido de renovação da referida LO, elencou que não haveriam impedimentos à renovação da licença, desde que a recuperação dos passivos ambientais fossem considerados como uma condicionante específica, conforme apresentado a seguir.

4. CONCLUSÕES

A partir das análises e considerações elencadas neste Parecer Técnico, entende-se que não existem grandes impedimentos à renovação da Licença de Operação, desde que os passivos ambientais do empreendimento sejam colocados como condicionantes na nova licença, passíveis de autuação por seu descumprimento, com a permanência das condicionantes não cumpridas, além daquelas que serão executadas pelo tempo que o empreendimento existir, assim como com as ressalvas destacadas e as observações abaixo: (Grifo nosso).

(...)

26. Dessa forma, a Condicionante 2.1.5 estabeleceu que a Concessionária VIABAHIA deve executar o Programa de Monitoramento e Recuperação de Passivos, Processos Erosivos e Áreas Degradadas. Observa-se, portanto, que a própria Concessionária já assumiu, no âmbito do seu licenciamento ambiental, novos compromissos e metas a serem cumpridas face à necessidade da recuperação dos passivos ambientais.

261. Sendo assim, de uma forma ou de outra, o gerenciamento/recuperação desse passivo ambiental, em sua totalidade, seria de responsabilidade da Concessionária, seja porque responde por eles em razão de sua obrigação contratual, seja porque são seus os custos decorrentes da obtenção de licenças, permissões e autorizações, nos termos do inciso (iii) da Cláusula 19.1.2. e também porque é seu o dever de cumprir com todas as providências exigidas pelos órgãos competentes, para a concessão das licenças, permissões e autorizações necessárias ao pleno exercício das atividades objeto da Concessão, **arcando com as despesas e custos correspondentes** (item 5.1.2 do Contrato).

262. Não há, assim, qualquer conflito entre os dispositivos contratuais que, na verdade, se complementam.



263. **O equívoco parece estar na suposição de que a ressalva da parte final do inciso XV da Cláusula 19.1.2 se referiria ao produto daquele estudo disponibilizado quando ainda transcorria o procedimento licitatório. De certo que não! Tal exceção alcançaria hipóteses em que eventuais passivos ambientais surgissem ou fossem descobertos em decorrência de eventos extraordinários, incalculáveis ou imprevisíveis, ou ainda em razão de extrema dificuldade em sua constatação, posteriormente ao levantamento promovido quando dos trâmites do licenciamento ambiental a cargo da Concessionária.**

264. E mais, como atestado pelo Relatório de Análise de Projeto nº 205/2016 (Doc. RDA-044 - fls. 10/14 do processo administrativo 50500.418613/2016-11), **os descumprimentos da Via Bahia apontados pela COINF da URBA, na vistoria mencionada, não envolvem, de toda forma, passivo não descoberto ou não previsto**, razão pela qual estaria excluída a aplicação da indigitada exceção do inciso XV da cláusula 19.1.2:

Fl. 13v do PA 50500.418613/2016-11 - Doc. RDA-045

23. Cabe ressaltar que Cláusula 19.1.2, item XV do Contrato de Concessão, no que se refere à recuperação de passivos ambientais, estabelece que a Concessionária deve recuperar todos os passivos ao longo do trecho concedido, resguardando a seguinte exceção:

“(...) exceto o passivo que não possa ser ou não pudesse ter sido descoberto ou previsto por aprofundada auditoria ambiental”.

24. Nesse trecho específico, o Contrato de Concessão refere-se a passivos não identificados por estudos especializados, e conseqüentemente, não cadastrados. Logo, **os passivos averiguados pela vistoria realizada em outubro de 2016 não fazem parte do escopo de passivos não descobertos ou não previstos no âmbito da Concessão.**

Grifamos.

265. Tanto o **Edital**, quanto o **Contrato de Concessão** ou o **PER**, formam um amálgama normativo coerente com o disposto na subcláusula contratual **10.2**, transcrita acima, no sentido de que a Concessionária não pode ser liberada de suas obrigações contratuais (gerenciamento e recuperação de passivos ambientais), tampouco será indenizada pelo **Poder Concedente** (e portanto, não faz jus a reequilíbrio da equação econômico-



financeira do contrato de concessão) em razão de qualquer informação incorreta ou insuficiente, seja obtida por meio da **ANTT**, da **União** ou qualquer outra fonte.

266. A Concessionária, portanto, ao firmar o **Contrato de Concessão**, reconheceu que era sua a incumbência de fazer seus próprios levantamentos para verificar a adequação e a precisão de qualquer informação que lhe foi fornecida; assim, não é possível que invoque, em seu benefício, suposta omissão ou insuficiência daquele estudo, a quem ela própria não confere caráter vinculante.

267. Portanto, uma vez **demonstrado que as condicionantes ambientais identificadas não constituem eventos extraordinários que “não possa ser ou não pudesse ter sido descoberto ou previsto por aprofundada auditoria ambiental”**, **afigura-se totalmente improcedente o pleito da Requerente.**

IV.4. Remanejamento de adutoras da Embasa

268. No que se refere ao pleito de reequilíbrio em decorrência do remanejamento de adutoras Empresa Baiana de Águas e Saneamento – EMBASA, cumpre destacar que não foi apenas um, como alega a Requerente, e sim dois os impedimentos ao prosseguimento do reequilíbrio, conforme se depreende da Nota Técnica nº 049/2017/GEINV/SUINF (Doc. RDA-046), a saber: (i) deficiências no projeto executivo; e (ii) divergências quanto ao valor da obra. Vejamos trecho do referido documento:

177. Entretanto no projeto de interferências integrante do citado projeto executivo, em anexo, não foi possível identificar a interferência referente à EMBASA – Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A.

178. Além disso, o valor constante do Contrato e Nota Fiscal difere do valor pleiteado, cabendo esclarecer o motivo da divergência.



269. No que se refere aos projetos, o **Contrato de Concessão** (RDA- 001) é claro ao estabelecer o dever da Concessionária quanto à sua elaboração e manutenção da sua atualização, bem como a prerrogativa da **ANTT** de solicitar esclarecimentos ou modificações, em conformidade com regulamentação vigente:

6 Projetos

6.1 A Concessionária deverá **elaborar e manter atualizados** os projetos das obras e dos serviços da Concessão, que deverão atender integralmente ao disposto no PER.

6.3 A ANTT poderá acompanhar a elaboração dos projetos, podendo solicitar **esclarecimentos ou modificações** caso entenda haver desconformidade com o estabelecido no PER ou com a regulamentação vigente.

270. A própria **Requerente** alega ter identificado a necessidade de remoção da interferência em momento posterior, motivo pelo qual deveria ter promovido as atualizações devidas.

271. A necessidade de apresentação de projetos, além de prevista no contrato, constitui dever legal da **ANTT**, dado que inerente a sua autorização, conforme prevê sua lei de criação:

Lei 10.233/2001

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas;

272. Também a regulamentação setorial respectiva, **Resolução ANTT nº 1.187, de 09 de novembro de 2005** (Doc. RDA-047), prevê a necessidade de apresentação de projeto, como etapa necessária à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato:



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.

Grifamos

273. Referido normativo ainda estabelece a necessidade de que **o Projeto Executivo seja exaustivo, ou seja, contemple todos os elementos necessários à completa execução da obra, o que, por óbvio, se aplica à necessidade de prever as interferências a serem remanejadas:**

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:

(...)

III - PROJETO EXECUTIVO: conjunto dos **elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, inclusive as peças, os diagramas e outros elementos elucidativos necessários à sua execução**, de acordo com as normas pertinentes;

Grifamos

274. Além de ser uma formalidade exigida pelo ordenamento jurídico, a necessidade de apresentação de projeto condizente com as obras e serviços a serem executados é fator essencial para a segurança da regulação, tendo em vista que, diferentemente dos contratos de empreitada executados por contratadas do DNIT, não há por parte da ANTT um acompanhamento *pari passu* da execução dos serviços. A existência de projetos executivos com a devida anotação de responsabilidade técnica é importante componente para agregar segurança à regulação do contrato.

275. Quanto ao segundo ponto, referente à divergência entre o valor pleiteado e aquele previsto na nota fiscal e no contrato firmado entre as partes para execução da obra, por óbvio, é dever da Agência zelar para que não haja **sobrecusto nos serviços**, principalmente quando não acompanhados da documentação comprobatória, na



medida em que **impactam no patamar tarifário cobrado do usuário**. Caberia à Concessionária ter prestado os esclarecimentos cabíveis relacionado a divergência de valores.

276. Portanto, mais uma vez, não assiste razão à Requerente.

V – OUTROS PLEITOS REVISIONAIS

277. Na presente seção, serão abordados os pleitos de reequilíbrio trazidos pela Requerente na **Petição 5 da Requerente – Alegações Iniciais – II. Parte Especial – Caderno III**.

V.1. Recursos para o Desenvolvimento Tecnológico - RDT

278. O primeiro pleito do Caderno III refere-se à inclusão de **Recursos para o Desenvolvimento Tecnológico – RDT** no Contrato de Concessão.

279. Pela leitura do pedido já é possível concluir que, mais uma vez, a **Requerente**, em completa inversão de valores, se insurge contra a observância do contrato tal qual pactuado e busca sua alteração.

280. Conforme já enfrentado anteriormente, o **Poder Concedente** tem a prerrogativa de alterar o contrato, não a obrigação legal de fazê-lo.

281. No caso do **RDT**, trata-se de verba prevista em alguns **Contratos de Concessão** para que as Concessionárias executem estudos e pesquisas, desde que previamente aprovadas pela **ANTT**, com vistas ao desenvolvimento e divulgação de conhecimento científico relativo à engenharia rodoviária.



282. O objetivo claro de tal verba, que **acaba por onerar o usuário da rodovia**, é fomentar a pesquisa na área, de modo a beneficiar todo o setor e a comunidade acadêmica relacionada.

283. Justamente por envolver a oneração do usuário de determinada rodovia com vistas a buscar um **benefício que é difuso**, sua inclusão ou manutenção nos contratos de concessão exige cautelas.

284. Ademais, porque **geralmente** esses estudos e pesquisas **não demandam senso de urgência**, não devem, como regra, serem incluídos no âmbito das revisões extraordinárias, nos termos da **Resolução ANTT nº 675/2004 (RDA-010)**. Não se trata também de tema sujeito às revisões ordinárias, motivo pelo qual o momento adequado para discussão acerca de tais verbas será a **revisão quinquenal**.

285. Com efeito, o fato é que a justificativa para inclusão de tal verba é o desenvolvimento e difusão do conhecimento científico de uma forma mais geral. Em nenhum momento o contrato condiciona a execução de obrigações pela **Concessionária** à aquisição desse conhecimento científico, mediante o desenvolvimento de projetos com verbas do **RDT**. Pelo contrário, **o contrato pressupõe que a Concessionária já domine a tecnologia necessária para desincumbir-se das obrigações que pactuou**.

286. Além de onerar o usuário, a inclusão de tal verba ainda gera um ônus regulatório para que a Agência fiscalize se houve, de fato, o emprego integral da verba nos projetos de pesquisa.

287. No caso dos autos, **a Requerente nem apresentou justificativas plausíveis pelas quais a ANTT deveria incluir tal verba no contrato, nem demonstrou ter sido autorizada a efetivar qualquer despesa a ser coberta por verbas do RDT**. Por consequência, **a opção da ANTT por simplesmente seguir na execução do contrato da forma em que pactuado não gerou qualquer desequilíbrio econômico-financeiro a ser reconhecido por este Tribunal Arbitral**.



288. Quanto ao mérito da decisão de não alterar o contrato, esta sequer é passível de ser revista, na medida em que integra a esfera de competência discricionária do regulador.

289. Portanto, não assiste razão à **Requerente**, ao querer impor uma alteração contratual.

V.2. Crise dos Caminhoneiros

290. Pretende a **Requerente** ser reequilibrada em decorrência de paralização de caminhoneiros no período compreendido entre os dias **21 e 30 de maio de 2018**, evento de conhecimento público e notório¹⁰.

291. Alega ter sofrido substancial impacto em suas receitas em razão de abrupta interrupção do tráfego.

292. Pois bem, nos termos do já citado art. 2º, inciso II da Lei nº 8.987/95¹¹, a própria definição de concessão de serviço público envolve a delegação ao particular de cometimentos públicos, para que o privado preste o serviço, **por sua conta e risco**.

293. Em regra, portanto, os riscos do negócio são transferidos ao concessionário.

294. Da mesma forma, prevê o **Contrato de Concessão** que a Concessionária é **responsável por todos os riscos relacionados na Concessão**, salvo aqueles previstos na subcláusula 19.1.3.:

¹⁰Nesse sentido, confira-se: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>

¹¹ 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;



19 Alocação de Riscos

19.1 Alocação de Riscos

19.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos indicados na subcláusula 19.1.3.

295. Veja que as hipóteses previstas contratualmente como risco do Poder Concedente receberam tratamento excepcional. E mais, o contrato foi específico ao tratar dos riscos decorrentes de manifestações sociais ou públicas:

19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(...)

(ix) manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato por (a) até 15 (quinze) dias, sucessivos ou não, a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, e (b) até 90 (noventa) dias a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, se as perdas e danos causados por tais eventos sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;

296. Veja que o contrato foi bastante específico ao tratar de manifestações sociais e/ou públicas, como é o caso da manifestação dos caminhoneiros.

297. As disposições previstas na subcláusula 19.1.3., conforme prevê o próprio contrato, devem ser tomadas como excepcionais, justamente nas hipóteses não tratadas na subcláusula 19.1.2 que a precede tanto em relevância quanto topograficamente no contrato.

298. Portanto, o contrato somente conferiria à **Requerente** direito ao reequilíbrio em caso de duração da manifestação por pelo menos 15 (quinze) dias sucessivos ou 90 (noventa) dias alternados no período de 12 (doze) meses.



299. O argumento da **Requerente** de que referida cláusula deveria ser afastada porque a manifestação prejudicou o tráfego, não a prestação do serviço, também não procede.

300. O serviço público delegado à Concessionária envolve justamente a exploração da infraestrutura rodoviária, mediante a disponibilização da rodovia aos usuários em troca da cobrança do pedágio. Se não houve a cobrança de pedágio na ocasião, isso decorreu justamente da ausência da prestação do serviço, mediante a disponibilização da rodovia para uso de terceiros.

301. Enfim, mais uma vez a **Requerente** pretende desconsiderar o contrato, que foi bastante específico em lhe atribuir a responsabilidade por manifestações públicas que não suplantasse o período de 15 (quinze) dias corridos ou 90 (noventa) dias alternados.

V.3. Atraso na abertura das praças de pedágio

302. A título de reequilíbrio em decorrência de atrasos na abertura de pedágio, a Requerente suscita os seguintes pontos (extraídos do §71 da petição): (i) morosidade para obtenção da Declaração de Utilidade Pública (“DUP”), (ii) atraso na aprovação dos projetos executivos encaminhados pela VIABAHIA, (iii) atraso no recebimento dos Trabalhos iniciais e (iv) greve dos trabalhadores.

V.3.1. Morosidade para obtenção da Declaração de Utilidade Pública

303. Segundo alegações da Requerente, houve uma demora na obtenção das DUP que seria atribuível tão somente à ANTT e que teria provocado um atraso na abertura das praças de pedágio. Apresenta, para tanto, uma tabela com especificação da data de envio da minuta à ANTT e da data de publicação efetiva da DUP referente a cada praça de pedágio:



PP	Envio da minuta à ANTT	Publicação da DUP	Demora da ANTT (dias)
PP1	23/10/2009	04/03/2010	132
PP2	02/10/2009	04/03/2010	153
PP3	23/10/2009	04/03/2010	132
PP4	23/10/2009	04/03/2010	132
PP5	02/10/2009	04/03/2010	153
PP6	02/10/2009	04/03/2010	153
PP7	02/10/2009	04/03/2010	153

304. Sustenta que, nos termos da subcláusula 7.3 do contrato de concessão, *“a demora na da declaração de utilidade pública não acarretará responsabilização da Concessionária, desde que, comprovadamente, o fato não lhe possa ser imputado”*.

305. Compara o atraso da ANTT em apreço com o prazo máximo para emissão da DUP, pela ANTT, fixado na Resolução ANTT nº 5.819, de 2018 (Doc. RDA-117), qual seja, 120 (cento e vinte) dias.

306. Nos termos da subcláusula 7.1.1 do contrato de concessão (Doc. RDA-001) *“cabe à concessionária, como entidade delegada do Poder Concedente, promover desapropriações, servidões administrativas, propor limitações administrativas e ocupar provisoriamente bens imóveis necessários à execução e conservação de obras e serviços vinculados à Concessão”*.

307. No caso, a concessionária insistiu em tentar justificar seu atraso na conclusão dos trabalhos iniciais da concessão em diferentes fatores não inseridos em sua esfera de culpabilidade, entre eles a “demora da ANTT” em publicar a DUP.

308. Ocorre que, conforme foi objeto de análise técnica em várias oportunidades por esta Agência, tal argumenta não se sustenta:

- a uma, porque, nos termos da subcláusula 7.1.3 do contrato de concessão, a declaração de utilidade pública é somente uma etapa antecedente no procedimento de desapropriação, instituição de servidão administrativa, imposição de limitação administrativa ou ocupação provisória de bens imóveis



necessários à execução e conservação de obras e serviços vinculados à concessão, e não uma etapa antecedente necessária à finalização de trabalhos iniciais;

- a duas, porque não houve uma demonstração do nexo de causalidade entre as atividades a serem desempenhadas no âmbito dos trabalhos iniciais e a eventual “demora” na publicação de DUP, ou melhor, não houve uma demonstração da necessidade de se declarar um dado imóvel como de utilidade pública para fins de executar as obras e serviços emergenciais nas pistas e demais elementos do Sistema Rodoviário;
- a três, porque o prazo acima especificado, na própria tabela informada pela concessionária, pouco extrapolaria o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias consagrado atualmente no art. 8º, parágrafo único, da Resolução ANTT nº 5.819, de 2016.

309. Novamente aqui a Requerente sustenta a responsabilidade dessa Agência para o atraso na finalização dos trabalhos iniciais inseridos no PER – **sem qualquer demonstração de nexo de causalidade entre o fato eventualmente ocorrido (atraso na publicação de DUP) e o resultado indesejável (atraso na cobrança de tarifas nas praças de pedágio).**

310. De todo modo, ainda que sem qualquer embasamento de prejuízo concretamente verificado, essa Agência não se furtou a analisar o pleito administrativo de recomposição de equilíbrio, o que lhe demandou a necessidade de proferir variadas manifestações técnicas, inclusive lhe induzindo a erro que foi posteriormente corrigido.

311. A título ilustrativo, destacamos análises técnicas iniciais promovidas no Memorando nº 1.606/2013/GEINV/SUINF, de 09/10/2013 (Doc. RDA-118), no Memorando nº 278/2016/GEPRO/SUINF, de 29/08/2016 – 50500.3381601/2016-31 (Doc. RDA-119), no Parecer Técnico 1179/2016/GEPRO/SUINF (Doc. RDA-120), no Memorando nº 313/2016/GEPRO/SUINF, de 07/10/2016 (Doc. RDA-121), e Memorando nº 341/2016/GEPRO/SUINF, de 04/11/2016, 50500.415330/2016-77 (Doc. RDA-122).

312. Pelas manifestações acima referenciadas, essa Agência chegou a reconhecer o atraso na emissão de DUP em apenas 1 das 9 propostas protocoladas,



e cuja motivação seria a necessidade de requisição de DUP complementar para uma área relativamente menor do que a área originalmente decretada. E, quanto a esse “reconhecimento de atraso”, várias manifestações técnicas indicaram que caberia questionar sobre o grau de impacto em eventual atraso de obra ocasionado especificamente pelo referido DUP, *“uma vez que a área principal inicialmente requisitada já havia sido liberada e que haveria uma parcela de responsabilidade da concessionária no que diz respeito ao dimensionamento da área necessária para implantação da praça de pedágio”*.

313. No âmbito da 6ª Revisão Extraordinária e 9ª Revisão Extraordinária, houve o devido reequilíbrio econômico financeiro incorporado na tarifa, conforme se observa da análise na Nota Técnica nº 221/2016/GEROR/SUINF (Doc. RDA-048), com reconhecimento e devido reequilíbrio dos atrasos imputáveis à ANTT:

97. No que se refere ao atraso na expedição dos DUPs, a GEPRO manifestou-se por meio dos Memorandos nº 278/2016/GEPRO/SUINF¹⁴, de 29/08/2016, nº 313/2016/GEPRO/SUINF¹⁵, de 07/10/2016, e nº 341/2016/GEPRO/SUINF¹⁶, de 04/11/2016, informando que houve atraso de 237 dias na expedição de DUP relativo à área complementar das obras de

¹⁴ Fl. 17 a 20 dos autos do Processo nº 50500.402719/2015-11

¹⁵ Fls. 69 a 87 dos autos do Processo nº 50500.402719/2015-11

¹⁶ Fl. 136 dos autos do Processo nº 50500.402719/2015-11

25



Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária
Gerência de Regulação e Outorga da Exploração de Rodovias

implantação da Praça P06, cuja responsabilidade não recai sobre a Concessionária.

98. Assim, os dias de atraso considerados para expedição do DUP foram lançados no Fluxo de Caixa Original (FCO), resultando no impacto percentual de 0,705%.



314. Posteriormente, por meio da Nota Técnica 223/2017/GEROR/SUINF, de 09/11/2017 (Doc. RDA-123), proferida no bojo da 7ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária, e que a ANTT veio a propor uma correção da recomposição de equilíbrio verificada na revisão tarifária anterior (6ª Revisão Ordinária e 9ª Revisão Extraordinária), pelos motivos a seguir apresentados:

5.2.2 Dias de atraso no DUP – 1º e 2º ano

86. Na 6ª Revisão Ordinária e 9ª Revisão Extraordinária foi considerado um total de 237 (duzentos e trinta e sete) dias de atraso na expedição do Decreto de Utilidade Pública (DUP) referente à área complementar das obras de implantação da Praça P06, conforme consta no Memorando nº 341/2016/GEPRO/SUINF, de 04/11/2016.

87. Haja vista que o início da cobrança de pedágio na Praça P06 ocorreu antes da implantação da área complementar, não haveria que se falar em perda de receita na referida Praça em razão do atraso na expedição do DUP.

88. O reequilíbrio foi realizado na planilha FCO, aba “Tráfego ver”, Praça P6, excluindo-se os dias de atraso considerados na revisão anterior para os anos 1 e 2.

315. Nessa trilha, a Nota Técnica 223/2017/GEROR/SUINF (Doc. RDA-123) concluiu por propor a correção dos dias de atraso da DUP - anteriormente concebidos como fator de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato -, excluindo-se do Fluxo de Caixa Original a variação percentual de -0,694%.

316. Essa retificação – efetivada com a publicação da Resolução ANTT nº 5.656, de 2018 (Doc. RDA-124) – deu-se pelos motivos acima apresentados e que poderiam ser sintetizados **na ausência de demonstração do nexo de causalidade entre eventual atraso na publicação de uma DUP complementar, ou mesmo do conjunto de DUPs, com a finalização dos Trabalhos Iniciais no trecho rodoviário concedido.**

V.3.2. Atraso na aprovação de projetos executivos encaminhados pela VIABAHIA



317. No que se refere aos supostos atrasos na aprovação de projetos, a insurgência da Requerente limita-se à questão do prazo que teria a ANTT para a análise dos projetos. Sustenta a Concessionária que esse prazo seria de 15 (quinze) dias, nos termos da Resolução ANTT nº 1.187/2005 (Doc. RDA-047) e que a Agência teria considerado que dispõe de prazo de 60 (sessenta) dias para essa aprovação.

318. A divergência, portanto, é fundamentalmente de interpretação da regulamentação da ANTT acerca do tema. Nesse ponto, **parece haver uma incompreensão da Requerente acerca do procedimento para aprovação do projeto estabelecido na Resolução nº 1.187/2005 (Doc. RDA-047), considerando que há uma manifestação intermédia da ANTT entre a apresentação do projeto e sua aprovação.**

319. O primeiro ato desse procedimento reside na apresentação do projeto executivo, pela Concessionária, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias para a data prevista para início de execução das obras, conforme art. 14 da Resolução nº 1.187/2005.

320. Em seguida, a ANTT deve se pronunciar, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme art.15 da mesma Resolução. Esse pronunciamento, contudo, não tem por finalidade a aprovação ou objeção ou projeto, e sim sanear o procedimento, mediante requisição de documentação complementar, se necessário, e estimativa de prazo para análise.

321. Essa estimativa de prazo permite à Concessionária se ajustar para que eventual superação do prazo previsto para início de execução das obras traga um menor ônus possível (*duty to mitigate the loss*).

322. Nesse sentido, se a regulamentação exige uma apresentação do projeto com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias do cronograma previsto para início de execução das obras é justamente porque se espera uma aprovação do projeto dentro desses 60 (sessenta) dias. Esse, portanto, é o prazo de que dispõe a ANTT, para manifestação conclusiva.

323. Vejamos o que dispõe a Resolução nº 1.187/2005:



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.

Art. 15. A ANTT deverá **manifestar-se** sobre o Projeto Executivo **no prazo de 15 (quinze) dias** após o seu recebimento protocolizado.

§1º Em função da complexidade ou do porte do projeto, a manifestação da ANTT conterá a **estimativa de prazo para análise.**

§2º **A apresentação incompleta dos documentos previstos no Anexo I implicará na suspensão da análise por parte da ANTT.**

§3º A aceitação do Projeto Executivo pela ANTT não significa a assunção de qualquer responsabilidade técnica sobre o mesmo.

Grifamos.

324. A tese da Requerente de que o prazo da **ANTT** para aprovação seria de **15 (quinze) dias** não é coerente com a regulamentação do procedimento. Tomado como verdadeiro o argumento da Concessionária, um projeto aprovado pela Agência no prazo de **20 (vinte) dias** ensejaria direito ao reequilíbrio, mesmo com a previsão de início das obras apenas em **40 (quarenta) dias**.

325. Portanto, o prazo para aprovação é todo aquele período entre a apresentação do projeto e a data prevista de início da execução da obra, ou seja 60 (sessenta) dias.

326. Novamente aqui essa Agência foi provocada em diferentes oportunidades para se manifestar quanto ao pleito de recomposição de equilíbrio em decorrência do atraso na abertura das praças de pedágio, e dessa feita em razão de atrasos na análise de projetos executivos.

327. A título ilustrativo, destacamos o Memorando nº 1.761/2013/GEINV/GEINV/SUINF (Doc. RDA-125), datado de 05/11/2013, e proferido no bojo dos autos 50500.183139/2013-40, que, pautando-se no art. 14 da Resolução



ANTT nº 1.187, de 2005, considerou terem sido extrapolados somente os prazos de análise dos projetos executivos referentes às P04, P05 e P07.

328. Esse entendimento foi mantido por ocasião da 8ª Revisão Extraordinária, conforme se verifica na Nota Técnica nº 190/2015/GEROR/SUINF, de 20/11/2015 (Doc. RDA-126), que propôs recomposição de equilíbrio econômico financeiro quanto aos atrasos de:

- 8 dias para a aprovação de projeto executivo na P04;
- 8 dias para a aprovação de projeto executivo na P05;
- 9 dias para a aprovação de projeto executivo na P07.

329. Para essa recomposição de equilíbrio proposta, foram gerados impactos no FCO com uma variação percentual de 0,062%, o que se efetivou com a edição da Resolução ANTT nº 4.950, de 2 de dezembro de 2015 (Doc. RDA-133).

330. A Requerente defende, no entanto, que o prazo de 60 (sessenta) dias mencionado no art. 14 da Resolução ANTT nº 1.187, de 2005, *“não se refere ao ‘prazo da ANTT para aprovação dos projetos’ (objeto do artigo 15), mas para o envio dos projetos pelas concessionárias.”*

331. Ainda que se considerasse como peremptório o prazo previsto no art. 15 da Resolução ANTT nº 1.187, de 2005 (Doc. RDA-047), vale aqui destacar que esse dispositivo não impõe à Agência um prazo para aprovação ou para não objeção ao projeto executivo, mas tão-somente para “manifestar-se” sobre o referido projeto. E é nesse sentido o disposto no seu § 1º:

§1º Em função da complexidade ou do porte do projeto, a manifestação da ANTT conterá **a estimativa de prazo para análise.** (grifamos)

332. E mais: a tabela abaixo, contida no Memorando nº 1.761/2013/GEINV/GEINV/SUINF (Doc. RDA-125) informa que o comparativo promovido foi entre a data de protocolo de projeto executivo relacionado com cada praça de pedágio e a autorização de início de obra. Ou seja, o tempo de análise foi mais



completo do que uma simples manifestação onde poderia ser informada tão-somente a estimativa de prazo para análise:

PRAÇA	PROCESSO	Carta ViaBahia	Data do Protocolo	Ofício de autorização do início da obra	Data	Tempo da análise
P02	50500.063338/2009-56	VB-GEC-0011/2009	23/10/2009	959/2009/GEINV/SUINF	03/12/2009	41 dias
P03	50500.063352/2009-50	VB-GEC-0010/2009	23/10/2009	960/2009/GEINV/SUINF	03/12/2009	41 dias
P04	50500063340/2009-25	VB-GEC-0009/2009	23/10/2009	1034/2009/GEINV/SUINF	30/12/2009	68 dias
P05	50500.063349/2009-36	VB-GEC-0008/2009	23/10/2009	1032/2009/GEINV/SUINF	30/12/2009	68 dias
P06	50500.063331/2009-34	VB-GEC-0007/2009	23/10/2009	986/2009/GEINV/SUINF	14/12/2009	52 dias
P07	50500.062739/2009-99	VB-GEC-0006/2009	22/10/2009	1033/2009/GEINV/SUINF	30/12/2009	69 dias

333. A situação em apreço nos parece demonstrar uma clara insistência da Requerente em se furtar de suas responsabilidades pela entrega – em atraso - de trabalhos iniciais que deveriam ser concluídos até o 6º (sexto) mês do prazo da concessão, ou seja, até abril de 2010, e também pela conclusão das obras relativas às praças de pedágio.

334. Conforme será visto nos tópicos seguintes, a vistoria da Agência atestando a conclusão das praças de pedágio se deu em 29/10/2010, ou seja, bem além do prazo inicialmente indicado para a sua execução completa.

335. Novamente não se demonstrou o nexo de causalidade entre eventual atraso na apreciação dos projetos executivos e o atraso na conclusão das obras respectivas. Se o início das obras de cada praça de pedágio já tinha sido autorizado em dezembro de 2009, definitivamente não nos parece ter sido o tempo de análise de projetos a causa para a mora na execução dessas obras.

336. Mais uma vez as alegações da Requerente nos parecem indicar uma busca constante pela “culpa alheia”, como forma de justificar o total descumprimento dos compromissos contratuais celebrados perante essa Agência.

V.3.3. Atraso no recebimento dos Trabalhos iniciais



337. O terceiro ponto referente aos supostos atrasos no recebimento dos trabalhos iniciais também não procede. A Requerente relata estarem inseridas no bojo do contrato de concessão 7 (sete) praças de pedágio, cuja implantação seria de responsabilidade da concessionária e cuja abertura estaria condicionada à conclusão dos “Trabalhos Iniciais”, assim definidos no item 2.1.1.1 do PER: (Doc. RDA – 003).

Os Trabalhos Iniciais compreendem as obras e serviços emergenciais nas pistas e demais elementos do Sistema Rodoviário que a Concessionária deverá executar imediatamente após a Data da Assunção até o 6º (sexto) mês do Prazo da Concessão, conforme os Parâmetros de Desempenho e especificações técnicas mínimas estabelecidos na Seção II. A cobrança da Tarifa de Pedágio somente poderá ter início simultaneamente em todas as praças de pedágio após a conclusão dos Trabalhos Iniciais no Sistema Rodoviário, condicionada à aceitação dos trabalhos e autorização de início de cobrança pela ANTT, ressalvado o previsto na subcláusula 16.1.7 do Contrato de Concessão.

338. Como visto no trecho acima transcrito, foi previsto no PER que **a cobrança da Tarifa de Pedágio somente poderia ter início simultaneamente em todas as praças de pedágio após a aceitação dos Trabalhos Iniciais pela ANTT**. Também se destaca do trecho acima a previsão de conclusão da execução dos Trabalhos Iniciais até o 6º (sexto) mês do Prazo da Concessão (o que, se daria no dia 19 de abril de 2010).

339. No que se refere especificamente aos trabalhos iniciais, a Requerente alega não ter sido cumprido por essa Agência o prazo máximo de emissão do “Termo de Vistoria” quanto à vistoria final das obras e dos serviços referentes aos Trabalhos Iniciais, conforme subcláusula 16.1.3 do contrato de concessão.

340. Ao que consta na Petição 5 da Requerente, a concessionária teria sido diligente no cumprimento de todas as etapas necessárias para o recebimento, pela ANTT, dos Trabalhos Iniciais por ela executados.

341. De forma mais específica, alega ter havido uma mora indevida de 100 (cem) dias contados entre o protocolo da carta VB-GEC 0139/2010 (Doc. RDA-127),



datada de 26/07/2010, em que solicitava a realização de vistoria definitiva dos Trabalhos Iniciais, e a comunicação do aceite e recebimento dos referidos Trabalhos, que somente teria se dado em 03/11/210, por meio do Ofício nº 0523/2010/GEFOR/SUINF (Doc. RDA-128).

342. Novamente não há qualquer respaldo nessa alegação.

343. **A própria Requerente informa que o pleito final de realização de vistoria definitiva dos Trabalhos Iniciais se deu em 26/07/2010.** E, conforme informação colhida do Memorando nº 276/2015/GEFOR/SUINF (Doc. RDA-129), acostado nos autos nº 50500.018404/2010-77 (Doc. RDA-134) a vistoria final foi realizada no dia 24/08/2010, ou seja, dentro do prazo de 30 (trinta) dias previstos no contrato de concessão.

344. É certo que houve um lapso entre a data de realização da vistoria final, qual seja, 24/08/2010, e a data em que comunicado à concessionária o aceite e o recebimento dos Trabalhos Iniciais, que se deu em 29/10/2010, conforme Ofício 523/2010/SUINF (Doc. RDA-128).

345. Contudo, o referido lapso temporal decorreu do atraso no cumprimento de outros requisitos para o início de cobrança da tarifa nas praças de pedágio, que seriam:

- a integralização de capital social mínimo no valor de R\$ 102.000.000,00 (cento e dois milhões de reais), **formalmente comprovada na data de 13/09/2010 (protocolo nº 50500.068506/2010-33, e**
- o atraso na solicitação de vistoria das praças P3, P4, P5, P6 e P7, que somente se deu com a Carta VB-GEC-0225/2010 (Doc. RDA-129), datada de 13/10/2010, em que informava estar a P4 liberada para vistoria imediata e a liberação das demais praças de pedágio somente em 20/10/2010.

346. As subcláusulas 11.8 e 16.1.1 do contrato de concessão (Doc. RDA-001) estabelecem:



11.8 A Concessionária deverá comprovar um capital social de no mínimo R\$ 102.000.000,00 (cento e dois milhões de reais) até a conclusão dos Trabalhos Iniciais.

16.1.1 A cobrança da Tarifa de Pedágio somente poderá ter início, simultaneamente em todas as praças de pedágio, após a conclusão dos Trabalhos Iniciais no Sistema Rodoviário, e cumprimento, pela Concessionaria, do disposto na subcláusula 11.8. (grifamos)

347. O item 2.2.1.5 do PER (Doc. RDA-003) estabelece, por sua vez:

As praças de pedágio deverão ser construídas durante a execução dos Trabalhos Iniciais e a implantação das pistas e cabines de arrecadação, bem como a automatização da cobrança, será feita de acordo com a evolução do volume de tráfego.

(grifamos)

348. Assim, vale aqui transcrever a análise técnica outrora promovida por essa Agência, no âmbito do Memorando nº 276/2015/GEFOR/SUINF – Doc. RDA-129), que concluiu:

(...) mesmo que a ANTT tivesse feito a comunicação do recebimento dos trabalhos iniciais um dia após a solicitação da ViaBahia (27/07/2010), a cobrança do pedágio já não iniciaria.

(...)

Em suma, a demora de três meses para a comunicação do recebimento dos trabalhos iniciais (Ofício nº 153/2010/GEFOR/SUINF, de 29/10/2010) não constitui fato plausível como justificativa de atraso para o início da cobrança da tarifa de pedágio, diante do acima exposto.

349. Em suma, os fatos e argumentos apresentados comprovam que não deve ser imputada a essa Agência a responsabilidade pelo início da cobrança de pedágio.

V.3.4. Greve dos trabalhadores da construção civil

350. Sobre a greve dos trabalhadores da construção civil, ocorrida entre 15 de abril de 2010 e 18 de maio de 2010, a própria Requerente informa ter sido reconhecido o impacto da paralisação dos trabalhos no cronograma de execução das praças de pedágio, com a efetivação da recomposição do equilíbrio econômico financeiro do



contrato correspondente a 18 (dezoito) dias em relação a todas as praças de pedágio individualmente consideradas.

351. Decerto, em face do Ofício nº 200/10/Secretaria-Geral, do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção de Estradas, Pavimentação, Obras de Terraplanagens e Montagem Industrial do Estado da Bahia (SINTEPAV), a então SUINF concluiu que a paralisação de trabalhadores da construção civil no período acima mencionado teria afetado a finalização dos Trabalhos Iniciais (informação contida no Memorado nº 391/2016/GEFOR/SUINF – Doc. - Doc. RDA-132).

352. Nos termos da subcláusula 19.1.2 (ix) do contrato de concessão (Doc. RDA- 001) cabe à concessionária a responsabilidade pelos riscos de manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao contrato, por até 15 (quinze) dias.

353. Assim, a Nota Técnica nº 221/2016/GEROR/SUINF (Doc. RDA-048), propôs, no âmbito da 6ª Revisão Ordinária e 9ª Revisão Extraordinária (que culminou com a Resolução nº 5.250, de 21 de dezembro de 2016 - Doc. RDA-115, acostada nos autos 50500.402719/2015-11 (Doc. RDA-116), a recomposição de equilíbrio quanto ao atraso superior ao marco fixado na subcláusula 19.1.2 (ix) do contrato de concessão (Doc RDA-001), correspondente a 18 (dezoito) dias.

V.3.5. Autorização de cobrança da tarifa de pedágio em cada uma das praças de pedágio

354. A Requerente informa ter sido conferida por essa Agência uma autorização de cobrança parcial da tarifa de pedágio, para cada uma das praças de pedágio, conforme decisões administrativas abaixo especificadas:



PP	Início da cobrança de tarifa de pedágio	Resolução que autorizou a cobrança da tarifa de pedágio
PP1	31/07/2011	Resolução nº 3697/2011 (RTE-202)
PP2	28/12/2010	Resolução nº 3619/2010 (RTE-203)
PP3 à PP7	07/12/2010	Resolução nº 3606/2010 (RTE-204)

355. Essa autorização do início parcial da cobrança de pedágio estaria respaldada na cláusula 16.1.7 do Contrato, que dispõe:

16.1.7 Desde que concluídos os Trabalhos Iniciais e integralizado o capital, de que trata a subcláusula 11.8, excepcionalmente, se a Concessionária comprovar que foi impedida de construir todas as praças de pedágio por razões alheias à sua vontade, para as quais não tenha contribuído direta ou indiretamente e que fossem impossíveis de prever quando da assinatura do presente Contrato, a ANTT poderá autorizar o Início parcial da cobrança de pedágio na medida em que as praças sejam construídas por meio de Resolução específica para este fim.

356. Pelo ponto de vista da Requerente, essas autorizações representariam um reconhecimento por essa Agência da ocorrência de fatos alheios à culpabilidade da concessionária e que teriam impedido a conclusão a tempo das praças de pedágio. E é diante desse reconhecimento que a regra de autorização de cobrança da tarifa de pedágio simultaneamente em todas as praças de pedágio (item 2.1.1.1 do PER) teria sido excepcionalizada.

357. Diante dessa constatação, a Requerida deveria ser condenada a promover “a **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato**, nos termos da cláusula 19.1.3 (iii) e 20.1.2, art. 9º e 10 da Lei Geral de Concessões e do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, no montante de **R\$ 43.378.763,04** (quarenta e três milhões, trezentos e



setenta e oito mil, setecentos e sessenta e três reais e quatro centavos)”, cujos valores seriam assim especificados:

Praça de Pedágio	Dias de atraso	Perda de Receita (R\$ - Dez/2005)
PP1	188	13.332.158,22
PP2	166	7.045.162,57
PP3	114	3.479.877,36
PP4	133	2.859.165,35
PP5	136	5.515.541,42
PP6	125	5.171.349,20
PP7	136	5.975.508,93
		43.378.763,04

358. Quanto a essa alegação, necessário fazermos algumas considerações.

359. Primeiramente, não se trata aqui de alegação de um outro fator alheio à responsabilidade da concessionária que teria ocasionado o atraso na abertura das praças de pedágio.

360. O que a Requerente pretende, em seu último subtópico sobre o atraso na abertura das praças de pedágio, é tentar construir um argumento genérico de ausência de culpabilidade em razão de uma decisão administrativa tomada em 2010 e 2011.

361. Não seria aqui necessário, após praticamente dez anos, tentar reaver tudo o que foi decidido à época, para demonstrar o cabimento de eventual pleito de recomposição de equilíbrio decorrente do atraso na abertura das praças de pedágio.

362. E isso porque os fatores especificados pela própria concessionária como causadores do referido atraso na abertura dessas praças já foram acima analisados por



essa Agência, quais sejam, greve dos trabalhadores da construção civil, eventual atraso na publicação de DUPS e eventual atraso na análise de projetos executivos.

363. Relevante destacar, por fim, que a conclusão da fase de Trabalhos Iniciais, requisito central para autorização da cobrança de pedágio, é objeto da Ação Civil Pública n. 0006049-88.2011.4.01.3304, proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor da Viabahia Concessionária de Rodovias S/A e desta Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, tendo o *Parquet* considerado que não houve conclusão das obras previstas para os trabalhos iniciais do Contrato de Concessão nº 001/2008, referente às Rodovias BR-116/BA, BR-324/BA, BA-526 e BA-528.

364. A ação, atualmente em sede de Apelação perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, teve Sentença exarada em 15/08/2016, pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Feira de Santana/BA (4050734), nos seguintes termos:

Ante o exposto julgo parcialmente procedente o pedido para condenar a VIABAHIA e a ANTT Agência Nacional de Transportes Terrestres solidariamente no pagamento de R\$ 1.269.842,00 (um milhão duzentos e sessenta e nove mil oitocentos e quarenta e dois reais) a título de perdas e danos pelo efetivo descumprimento parcial dos Trabalhos Iniciais previstos no contrato de concessão do Trecho da BR 324 que liga Feira de Santana a Salvador valor este que será revertido ao Fundo Nacional de Defesa dos Interesses Difusos com juros de mora contados da data de aprovação dos trabalhos iniciais (24.08.2010) e correção monetária a partir desta sentença. (grifo nosso)

365. Nesse sentido, caso transitado em julgado o feito, constatando-se a inexecução dos Trabalhos Iniciais, requisito central para autorização de início da cobrança de pedágio, a Concessionária sequer estaria apta à sua cobrança, demandando-se reequilíbrio por todo o período no qual indevidamente auferida a tarifa de pedágio.



V.4. Passagem de cargas especiais (AET)

366. Alega a Requerente estar sendo onerada com a passagem de cargas especiais assim entendidas aquelas caracterizadas por grande volume e indivisibilidade.

367. Pois bem, o objeto do Contrato de Concessão (Doc. RDA-001) é bem amplo, conforme dispões a cláusula 2 transcrita a seguir:

2. Objeto do Contrato

2.1 O objeto do Contrato é a concessão para exploração da infra-estrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do Sistema Rodoviário (“Concessão”), no prazo e nas condições estabelecidas no Contrato e segundo os Parâmetros de Desempenho e especificações mínimas estabelecidas no PER.

368. Além do amplo objeto contratual é quase que intuitivo perceber que em uma concessão rodoviária, é natural que figure entre os usuários daquele serviço os transportadores de cargas especiais. Essa modalidade de transporte não foi criada depois da celebração do Contrato de Concessão e já integra o escopo do contrato.

369. Nesse sentido, manifestou a área técnica da ANTT, por meio do Ofício nº 903/2018/GEFIR/SUINF (Doc. RDA-050):

3. Não se trata de novo encargo atribuído à concessionária, tampouco constitui-se fato excepcional, muito pelo contrário, é perfeitamente plausível o uso de rodovias federais por veículos que necessitem de Autorização Especial de Trânsito. Não sendo, portanto, fato imprevisível à época da apresentação da proposta comercial, de forma que defendemos não ser cabível reequilíbrio econômico-financeiro.

370. Ademais, a Requerida não demonstrou qualquer custo adicional em decorrência da regulamentação desse tipo de transporte pelo DNIT.



371. Assim, por já fazer parte do escopo contratual, não cabe qualquer reequilíbrio decorrente da utilização da rodovia concedida pelos transportadores de cargas especiais.

V.5. Exploração de receita alternativa com publicidade

372. No que se refere à exploração de receitas alternativas ou extraordinárias, o Contrato condiciona essa possibilidade à compatibilidade com a prestação de um serviço adequado:

17.2 A proposta de exploração de Receitas Extraordinárias deverá ser apresentada pela Concessionária à ANTT acompanhada de projeto de viabilidade jurídica, técnica e econômico-financeira, comprovação da compatibilidade da exploração comercial pretendida com as normas legais e regulamentares aplicáveis, com as cláusulas do Contrato, com o PER, com as metas e objetivos da Concessão e com a prestação de serviço adequado, conforme regulamentação da ANTT.

373. Por sua vez, a Lei nº 8.987/93, define que serviço adequado é aquele satisfaz condições de segurança:

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

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

Grifamos.

374. Justamente em observância a essas disposições contratuais e legais é que **a ANTT alertou às Concessionárias, de forma geral e irrestrita, que a exploração de publicidade nas testeiras das praças de pedágio e no garrafão configuraria comportamento apto a comprometer a segurança do usuário.** Por se tratar de uma região de redução de velocidade e com obstáculos, haveria o risco de desvio de atenção do motorista que demandaria maior cautela quanto à exploração de tal atividade.



375. Quanto à informação trazida pela Requerente de que algumas Concessionárias têm desobedecido as normas de segurança, sua veracidade será averiguada pela ANTT e, caso confirmada, serão tomadas as providências punitivas cabíveis. O fato é que não houve tratamento diferenciado no sentido de permitir que somente algumas concessionárias explorem esse serviço de forma insegura.

376. Portanto, não procede o pleito da Requerente.

V.6. Sistema de pesagem de veículos

377. Os eventuais custos adicionais com a alteração do sistema de pesagem ainda estão em análise no âmbito desta Agência.

378. Com efeito, conforme esclarecido na NOTA TÉCNICA SEI Nº 3070/2019/GEFIR/SUINF/DIR (Doc. RDA-138), restou devidamente informado à concessionária que os projetos estavam em análise no âmbito da Superintendência de Fiscalização – SUFIS desta Agência, *verbis*:



aa) Implantação dos postos de pesagem fixa (PPV's).

A - Proposta da Concessionária

287. A Concessionária apresentou o seguinte pleito:

"(...)

Como cedição, a Concessionária recebeu o Ofício Circular nº 0002/2018/GEFIR/SUINF, encaminhado pela Agência em 11 de junho de 2018, no qual informou, com base no Memorando nº 0275/2018/SUFIS, que os novos projetos ou mesmo aqueles em andamento, relativos à implantação de postos de pesagem, estariam cancelados, quando em desacordo com a Resolução ANTT nº 5.379/2017.

Posteriormente, em 06 de junho de 2019, a Concessionária recebeu o Ofício SEI nº 4986/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, comunicando a data para envio dos projetos. Sendo assim, VIABAHIA envidou todos os esforços para atender tanto o prazo estipulado, como para adequar os projetos às novas diretrizes impostas da ANTT. Assim, a Concessionária protocolou quatro projetos relativos às PPV's, conforme determinado pela ANTT.

Dessa forma, por meio das Cartas VB-GEC-0576/2019, VB-GEC-0577/2019, VB-GEC-0578/2019, VB-GEC-0579/2019, protocoladas em 01 de julho de 2019, a Concessionária encaminhou (i) o projeto relativo ao PPV-03, localizado no km 594-456, pista leste, da BR-324/BA; (ii) o projeto relativo ao PPV-02, localizado no km 836+000, pista sul, da BR-116/BA; (iii) o projeto relativo ao PPV-03, localizado no km 489+300, pista sul, da BR-116/BA; e (iv) o projeto do PPV-04 localizado no km 836+000, pista norte, da BR-116/BA, todos para análise e aprovação da ANTT.

Por intermédio das mencionadas Cartas, a Concessionária deixou claro que os projetos apresentados estavam em acordo com as novas premissas indicadas pela Agência e que os respectivos orçamentos seriam objeto, no momento oportuno, de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Portanto, a Concessionária vem informar que, uma vez que os projetos foram elaborados, atendendo às novas diretrizes impostas pela Agência, apresentará, oportunamente, os correspondentes orçamentos, para que haja o devido reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da VIABAHIA, por força do quanto preceitua o art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95, bem como de acordo com a Cláusula 19.1.3, (v) do Contrato de Concessão."

B - Proposta SUINF

288. Sobre assunto, informamos que os projetos foram encaminhados à Superintendência de Fiscalização - SUFIS, para análise.

289. Até o presente momento, a SUFIS não informou sobre a eventual aprovação de tais projetos à esta GEFIR.

290. Informamos que após aprovação dos projetos e seus respectivos orçamentos, esta Agência retornará as tratativas sobre o assunto por meio do processo de revisão subsequente à aprovação dos mesmos.

379. Como ainda não há propriamente uma pretensão resistida, face a inexistência de decisão definitiva desta Agência, não há controvérsia apta a ser submetida a este procedimento arbitral nos termos do art. 31 da Lei n.º 13.448/2017:

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei **após decisão definitiva da autoridade competente**, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.



380. Nesse sentido, requer a ANTT que este Tribunal, por ora, se abstenha de pronunciamento sobre o tema, com fulcro no art. 31 da Lei n.º 13.448/2017, em razão de ainda não terem sido concluídas as análises dos projetos apresentados nos processos administrativos n.º 50500.344777/2019-39, 50500.386897/2019-11, 50500.395996/2019-86 e 50500.386887/2019-78.

V.7. Verba de segurança no trânsito

381. Insurge-se a Requerente, nesse tópico, em face de suposto desequilíbrio causado em razão de dispêndio a título de verba de Segurança no Trânsito, no montante de **R\$ 386.389,66 (trezentos e oitenta e seis mil, trezentos e oitenta e nove reais e sessenta e seis centavos)**, valor na data-base (dezembro/2005). Segundo afirma, por solicitação da PRF em **20.09.2010**, teria adquirido e repassado ao órgão policial **08 (oito) viaturas**, porém, tais despesas teriam sido glosadas pela **ANTT** no segundo ano da concessão (**2011**).

382. Inicialmente, cabe esclarecer ser aplicável ao caso o prazo da prescrição quinquenal de que trata o Decreto nº 20.910/1932, de aplicação também às autarquias federais, a teor do disposto no Decreto-lei nº 4.597/1942:

Decreto 20.910/1932

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Art. 2º Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.

Decreto-lei nº 4.597/1942

Art. 2º O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou



quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

383. Importante ainda destacar já ter o **STJ** pacificado o entendimento no sentido de, em tema de prescrição, aplicar aos entes públicos a legislação especial (Decreto 20.910/1932) em detrimento do Código Civil. Nesse sentido, vejamos o precedente que, embora tratando de situação de indenização, tem sua *ratio decidendi* aplicável ao presente caso:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. (...)

4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (“Tratado de Responsabilidade Civil”. Editora Revista dos Tribunais, 7. ed., São Paulo, 2007; p. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Fórum, 2. ed., Belo Horizonte, 2010; p. 1.042).

5. (...).

6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011.

7. (...) (REsp 1.251.993/PR, STJ – Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento 12.12.2012, DJe 19.12.2012)



Grifamos

384. Assim, pelo princípio da *actio nata*, com a alegada glosa no ano de 2011, teve início tanto a pretensão em face da ANTT, quanto o prazo da prescrição quinquenal, consumado no ano de 2016 e, portanto, não passível de ser renovado esse pleito no presente procedimento arbitral.

385. Quanto ao mérito das despesas com Segurança no Trânsito, o Contrato de Concessão estabelece a possibilidade de que a verba nele prevista seja utilizada em: (i) custeio de programas relacionados à prevenção de acidentes; (ii) educação no trânsito; (iii) comunicação; (iv) aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal. Veja que são várias as possibilidades a depender da indicação da ANTT. Nesse sentido, dispõe o Contrato (RDA-001):

14.10 Segurança no Trânsito

14.10.1 A Concessionária **deverá disponibilizar à ANTT,** ao longo de todo o Prazo da Concessão, verba anual para segurança no trânsito, destinada exclusivamente ao custeio de programas relacionados à prevenção de acidentes, educação no trânsito, comunicação e ou aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal.

- (i) A verba para segurança no trânsito será no montante anual de até R\$ 693.820,00 (seiscentos e noventa e três mil e oitocentos e vinte reais), que será reajustado anualmente, na mesma data dos reajustes da Tarifa de Pedágio, de acordo com a fórmula: verba anual para segurança no trânsito x IRT.
- (ii) A ANTT indicará a forma como a Concessionária disponibilizará a referida verba anual para segurança no trânsito, que poderá compor fundo com recursos provenientes das concessões de rodovias federais sob a responsabilidade da ANTT, ou poderá ser aplicada diretamente em bens e serviços relacionados ao Sistema Rodoviário.

386. Nos termos definidos no Contrato de Concessão, a destinação e a autorização para utilização de tal verba necessitaria de prévia anuência do Regulador. Não poderia a Concessionária, ao seu bel prazer, definir como seria gasta a verba.



387. Nesse sentido, com vistas a destinar recursos à Polícia Rodoviária Federal - PRF, a ANTT aquiesceu quanto a esse repasse, porém, em observância à celebração de convênio (Doc. RDA-050) entre Concessionária e PRF, sob a interveniência da Agência.

388. No citado convênio, celebrado em 13/01/2011 (conforme Doc. RDA-050) e que contou com expressa concordância da Requerente, constou previsão de que não seriam aceitas despesas com data incompatível com a vigência do convênio.

Parágrafo Segundo – Não serão aceitas as despesas:

1. com data não compatível com a vigência do Convênio;

389. Nos termos da Nota Técnica nº 023/2012/GEINV/SUINF (Doc. RDA-052), **as despesas que a Requerente alega ter incorrido com vistas a repassar recursos à PRF remontam a período anterior à celebração do convênio e que não contaram com a expressa anuência da ANTT.** Portanto, não deveriam ser consideradas.

390. Diante do exposto, seja pelo transcurso do prazo prescricional, seja ausência de observância das disposições contratuais e do convênio, o pleito da Requerente não pode ser acolhido.

VI – DESCONTO DE REEQUILÍBRIO E PENALIDADES

391. Na presente seção, serão abordados os pleitos de reequilíbrio trazidos pela Requerente na **Petição 5 da Requerente – Alegações Iniciais – II. Parte Especial – Caderno IV.**

VI.1. Forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio

VI.1.1. Aplicação do Desconto de Reequilíbrio no Fluxo de Caixa Marginal – FCM



392. Insurge-se a requerente contra a aplicação do mecanismo contratual chamado **Desconto de Reequilíbrio** no chamado **Fluxo de Caixa Marginal – FCM**, o que, segundo afirma, contraria o disposto no contrato de concessão.

393. Inicialmente, cabe dar um passo atrás para deixar claro, grosso modo, alguns conceitos.

394. Pois bem, para compreensão da lógica financeira por detrás da modelagem dos contratos de concessão é preciso ter em mente a noção de fluxo de caixa, ou seja, os fluxos de entrada e saída de recursos ao longo do tempo.

395. Nos estudos prévios à concessão, esse fluxo de caixa constitui mera projeção. A materialização dessas entradas e saídas vai se dar ao longo da execução do contrato, no chamado **fluxo de caixa original – FCO**. Esse primeiro fluxo de caixa toma como premissas as condições da licitação (taxas de juros da época, por exemplo) e as obrigações originalmente pactuadas.

396. Por outro lado, o contrato pode sofrer alterações ao longo do tempo, como por exemplo a inclusão de uma obra não prevista originalmente no PER. Ao promover essas alterações, o regulador, para reequilibrar o contrato mediante novo cálculo da tarifa, não mais toma como premissa para precificação dessas obras as condições originais da licitação, mas sim as condições da época de inclusão da obra, mediante aplicação de metodologia para criação de novo fluxo, o **fluxo de caixa marginal – FCM**.

397. Por sua vez, o **Desconto de Reequilíbrio** é um mecanismo contratual utilizado para reequilibrar o contrato nos casos de atrasos ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e obras e serviços de caráter não obrigatório. Esse mecanismo vai incidir sobre o fluxo de caixa original, se estamos diante de uma obra originalmente pactuada.

398. A divergência é, em caso de atraso de obra nova, que, portanto, integra o **fluxo de caixa marginal – FCM**, como deveria ser realizado esse reequilíbrio. O contrato é



claro no sentido de que o **Desconto de Reequilíbrio** incidiria sobre a Tarifa Básica de Pedágio – TBP, nos termos seguintes:

20.6.5 O valor da Tarifa Básica de Pedágio resultante das revisões anuais indicadas nas subcláusulas 16.4, 16.5 e 16.6 sofrerá a dedução do Desconto de Reequilíbrio referente ao desempenho apurado no ano anterior, calculado na forma do Anexo 5, de acordo com a fórmula:

$$\text{Tarifa Básica de Pedágio} \times (1 - \text{Desconto de Reequilíbrio})$$

399. Considerando que a TBP resulta tanto do fluxo de caixa original (**FCO**) quanto do marginal (**FCM**), o **Desconto de Reequilíbrio** deveria incidir sobre ambos os fluxos de caixa. Esse foi o entendimento utilizado pela **ANTT** nas primeiras revisões tarifárias.

400. Tratava-se de entendimento não somente da **ANTT**, mas também da área técnica do **Tribunal de Contas da União – TCU**. Nesse sentido, confira-se trechos da manifestação constante do TC 010.125/2019-1 (Doc. RDA-053):

74. Todavia, na subcláusula 20.6.2, o contrato de concessão estabelece que “o resultado da avaliação de desempenho determinará, anualmente, o percentual relativo ao Desconto de Reequilíbrio a ser aplicado à Tarifa de Pedágio” (peça 5, p. 34).

75. Já o valor da Tarifa Básica de Pedágio “deverá ser aquele resultante das revisões estabelecidas nas subcláusulas 16.4 e 16.5, com a dedução do Desconto de Reequilíbrio para o respectivo ano”. Por sua vez, as subcláusulas 16.4 e 16.5 remetem a revisões ordinária e extraordinária. A revisão extraordinária, por exemplo, remete à subcláusula 20.1 do contrato, e à utilização do fluxo de caixa marginal (20.5).

76. Ou seja, segundo consta no contrato de concessão, o desconto de reequilíbrio deverá ser aplicado à tarifa básica de pedágio, calculada a partir das revisões ordinária e extraordinária. Por isso, entende-se, numa avaliação preliminar, que o desconto de reequilíbrio deve incidir sobre as tarifas calculadas no fluxo de caixa original (revisão ordinária) e marginal (extraordinária).

401. Veja que a interpretação era altamente plausível, na medida em que **ANTT** e área técnica do **TCU** tinham posicionamento semelhante.



402. **E mais, a própria Concessionária também aquiesceu com esse entendimento. Tanto que não impugnou ou manifestou qualquer discordância em relação aos cálculos apresentados nas primeiras revisões ordinárias.**

403. **Inclusive, o documento RDA-054 (Memorando nº 036/2018/SUINF), citado pela Requerente no § 13 para demonstrar ter impugnado a forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio constitui Memorando da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária – SUINF, não propriamente uma impugnação da Concessionária.**

404. Importante destacar que as revisões ordinárias têm procedimento próprio previsto Resolução ANTT nº 675/2004 (RDA-010), que assim dispõe:

Art. 2º Nas revisões ordinárias serão considerados:

(...)

III – as repercussões decorrentes de inexecuções, antecipações e postergações de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração da Rodovia (Alterado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

Art. 5º O procedimento de revisão rege-se pelas disposições constantes dos contratos de concessão, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no que couber, e da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dar-se-á mediante: (Alterado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

I – apuração das informações relativas a cada item do art. 2º, 2º-A e 2º-B; (Alterado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

II comunicação à Concessionária dos resultados preliminares de cada item, sendo-lhe facultado manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias, e

III – consolidação e apropriação dos impactos econômico-financeiros (Alterado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

405. **Apesar de devidamente notificada a se manifestar sobre os cálculos nas referidas revisões, a Requerente não se insurgiu, motivo pelo qual perdeu sua faculdade processual de impugnar os cálculos.**

406. De todo modo, com a edição da Resolução nº 5.850/2018 (Doc. RDA-055), houve uma alteração da interpretação de modo prospectivo, no sentido da incidência do **Desconto de Reequilíbrio** somente sobre o fluxo de caixa original (**FCO**). O



entendimento anterior, conforme apontado, não era ilegal ou contrário às cláusulas avançadas, na medida em que a redação do contrato possibilita ambas interpretações.

407. Por se tratar de nova interpretação sobre aplicação do **Desconto de Reequilíbrio** consolidada em ato normativo específico, é legalmente vedada a retroação desse entendimento a revisões tarifárias já consolidadas, nos termos do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

408. Incide ao caso, para além do dispositivo acima transcrito, o art. 24 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), regulamentada pelo Decreto n.º 9.830, de 2019 que resguarda a validade dos atos praticados sob a ótica da interpretação anterior:

Decreto-Lei nº 4.657, de 1942

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

[\(Regulamento\)](#)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Decreto nº 9.830, de 2019

Revisão quanto à validade por mudança de orientação geral

Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em



curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.

§ 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso.

§ 3º Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

§ 4º A decisão a que se refere o **caput** será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

Motivação e decisão na nova interpretação de norma de conteúdo indeterminado

Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

§ 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

§ 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

409. Portanto, o entendimento anterior se tratava de uma prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público (dada a publicidade conferida às revisões tarifárias no âmbito das concessões rodoviárias), sendo vedada a declaração de invalidade de situação plenamente constituída em razão da alteração de orientação geral.

410. Assim, somente com o advento de novo ato normativo (Resolução nº 5.850/2018 – Doc. RDA-055) definiu-se uma mudança de rumos, de modo que a não incidência do **Desconto de Reequilíbrio** no fluxo de caixa marginal passou a ser incorporada às decisões da Agência. Veja que a **ANTT** se antecipou à própria **Requerente**, que, repita-se, aquiesceu com as primeiras revisões anteriores, sujeitando-se, dessa forma, aos efeitos da preclusão administrativa em observância ao primado da segurança jurídica.

VI.1.2. Revisão dos referenciais para aplicação do Desconto de Reequilíbrio



411. O pleito de revisão dos referenciais para aplicação do **Desconto de Reequilíbrio** apresentado pela Requerente nada mais é do que mais um pedido de alteração do **Contrato de Concessão** para torná-lo mais rentável à **Concessionária**, ignorando as bases econômicas do contrato submetido a certame público.

412. A **Requerente** confessa ter assinado um contrato com determinada regulamentação acerca da aplicação do **Desconto de Reequilíbrio**, mas, de forma contraditória, busca atribuir a pecha de injusta às regras livremente pactuadas pelas partes.

413. E mais, busca induzir este Tribunal a erro, ao afirmar que a **ANTT** tem aplicado referido redutor tarifário de forma diversa da prevista no **Contrato de Concessão**, bem como que seria incontroversa “a possibilidade jurídica de revisão do referencial de aplicação do Desconto de Reequilíbrio.”

414. Para demonstrar as inverdades afirmadas pela **Requerente**, cabe esclarecer a forma como o **Desconto de Reequilíbrio** foi prevista no contrato, mais precisamente na **subcláusula 20.6**, que remete ao **Anexo 5 (Doc. RDA-060)**. Esse anexo traz dois pontos fundamentais e que a **Requerente** busca alteração.

415. O primeiro ponto reside na determinação de que, para aferição dos parâmetros de desempenho e dos indicadores utilizados na aplicação do **Desconto de Reequilíbrio**, **são tomados como referência trechos da rodovia**, assim delimitados no PER (RDA-003), **não por quilômetro**.

416. O segundo ponto reside na aplicação do **Desconto de Reequilíbrio**, **ainda que o não atendimento de um parâmetro seja parcial ou em desconformidade com as especificações do Contrato de Concessão**.

417. Nesse sentido, confirmam-se as disposições do Anexo 5 (Doc. RDA-060) do Contrato:



O desempenho da Concessão será considerado satisfatório quando o serviço público prestado aos usuários, estabelecido na subcláusula 2.1 do Contrato, atender integralmente às condições estabelecidas no Contrato e no PER (Anexo2).

A avaliação de desempenho prevista neste Anexo 5 é a verificação objetiva, promovida pela ANTT, para medir o desempenho da Concessão com base nos indicadores estabelecidos na Tabela I a seguir.

A avaliação de desempenho será realizada em periodicidade anual, e terá por objetivo identificar o atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório. Essa identificação será feita por meio da constatação do não cumprimento de cada um dos referidos indicadores em cada subtrecho do Sistema Rodoviário e para cada ano do Prazo de Concessão, observando-se que:

- os indicadores relativos à qualidade do Pavimento e da Sinalização constituem os Parâmetros de Desempenho estabelecidos na Seção II do PER, para as atividades relacionadas aos Trabalhos Iniciais, Recuperação, Manutenção, Conservação e Monitoração;
- as obras condicionadas ao volume de tráfego deverão ser realizadas nas condições estabelecidas no item 2.3 da Seção I do PER;
- caso se verifique o não atendimento parcial de um Parâmetro de Desempenho, ou seu atendimento em desconformidade com as especificações estabelecidas no Contrato e no PER, o respectivo indicador será considerado não cumprido;
- o não cumprimento de cada indicador será atestado e documentado pela ANTT.

418. Assim, quando a **Requerente** pretende utilizar o **referencial por quilômetro**, busca **descumprir o contrato**, que determina a aferição **por trecho**. Da mesma forma, quando pretende **isentar-se** da incidência do **Desconto de Reequilíbrio** em razão do **cumprimento apenas parcial** de alguma obrigação, também **descumpre o Contrato**.

419. O argumento de que a **ViaBahia** busca apenas uma atualização do instituto, que recebeu configuração diversa em contratos mais recentes, não convence. A rigor, não pretende a **Requerente** que a **ANTT** aplique o instituto em sua versão mais moderna, e sim, que seja aplicada a regulamentação contratual **somente na parte que lhe convém**.

420. Com efeito, nos contratos de concessão mais recentes (a título exemplificativo, segue contrato da **ViaSul** – Doc. RDA-063), celebrados pela **ANTT** a **partir de 2019**, o **Desconto de Reequilíbrio** recebeu o nome de **Fator D** e foi aperfeiçoado para que reflita

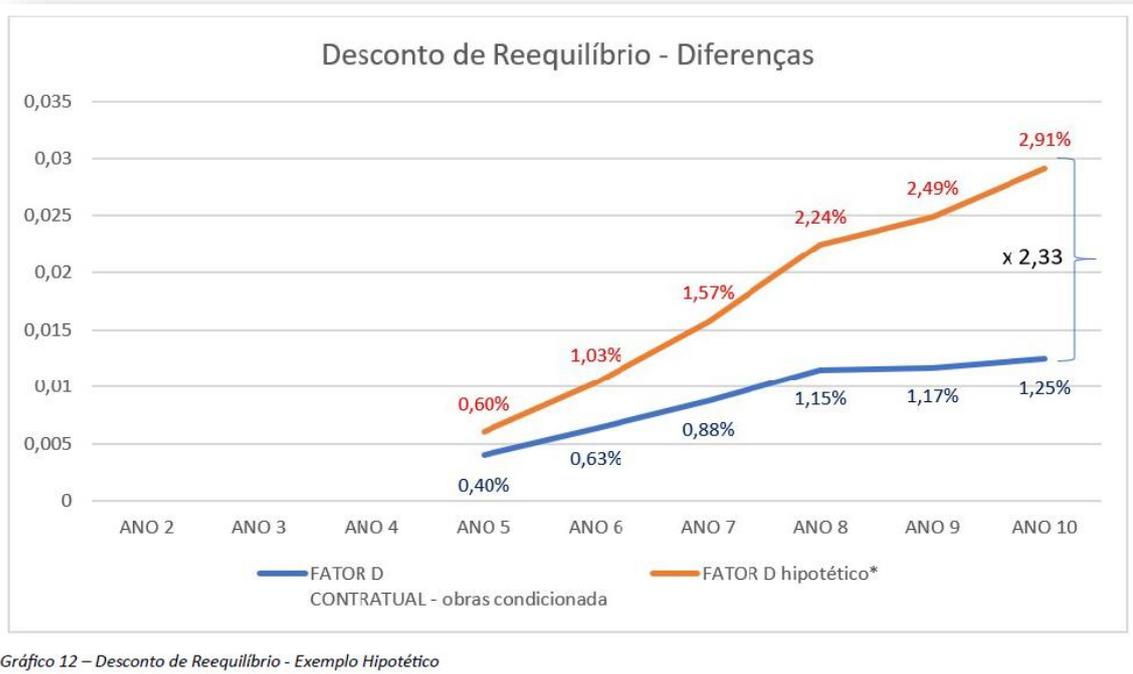


de fato um reequilíbrio do contrato, ou seja, **para que consiga de fato neutralizar o ganho financeiro** obtido pela **Concessionária** ao deixar de executar uma obra.

421. Esse não é o caso do mecanismo previsto no Contrato da ViaBahia, que possui uma **fórmula bem mais branda**, na medida em que: (i) não contempla alguns descumprimentos, como por exemplo, a não observância de parâmetros de desempenho em obras de arte especiais; (ii) é diluído pelos anos remanescentes do final da concessão; (iii) não leva em consideração no cálculo do desconto o CAT – Coeficiente de Ajuste Temporal.

422. Se fosse utilizada para a **ViaBahia** a mesma metodologia utilizada pela **ANTT** para os **contratos celebrados a partir de 2019**, o percentual aplicado em termos de desconto de reequilíbrio seria **mais do que o dobro (2,33 vezes)**.

423. Observa-se no gráfico abaixo que a **linha em azul** representa o quanto foi aplicado de desconto de reequilíbrio à **ViaBahia** e a **linha vermelha** o quanto seria aplicado se utilizada a metodologia **em sua versão aperfeiçoada**, utilizada pela **ANTT** em **contratos celebrados a partir de 2019** (gráfico 12 extraído da Nota Informativa SEI nº 181/2020/NAM/DG/DIR - Doc. RDA-030):



424. Nota-se que seria muito mais gravoso para a **Requerente** a aplicação do **Fator D** em sua versão mais moderna e que consta do **Contrato de Concessão da ViaSul** (Doc. RDA-063). Essa atualização se faz justamente após diversas críticas do **TCU**, no sentido de que o **Fator D não gerava incentivo à execução contratual**, conforme se depreende dos **Acórdão nº 283/2016/TCU-Plenário** (Doc. RDA-064) e **Acórdão nº 1174/2018/TCU-Plenário** (Doc. RDA-065).

425. Mais recentemente, a área técnica do **TCU** foi ainda mais enfática acerca do quão benéfico é o **Desconto de Reequilíbrio**, na modelagem constante do contrato da **Requerente**. Inclusive, salientou ser mais vantajoso para a **Concessionária** pagar o desconto e continuar com os descumprimentos, conforme se depreende do trecho extraído da instrução técnica do **TC 031.985/2016-5** (Doc. RDA-066):

98. Os desequilíbrios em desfavor dos usuários causados pelas metodologias ineficazes para compensar atrasos e inexecuções já foram objeto de análise desta unidade técnica em fiscalizações recentes. **O caso mais evidente de desequilíbrio foi a inexecução das obras de duplicação condicionadas ao volume de tráfego na BR-116/BA, no trecho sob concessão administrado pela concessionária ViaBahia**, cujo desconto de reequilíbrio na tarifa de pedágio se mostrou irrisório frente aos prejuízos impostos aos usuários pela

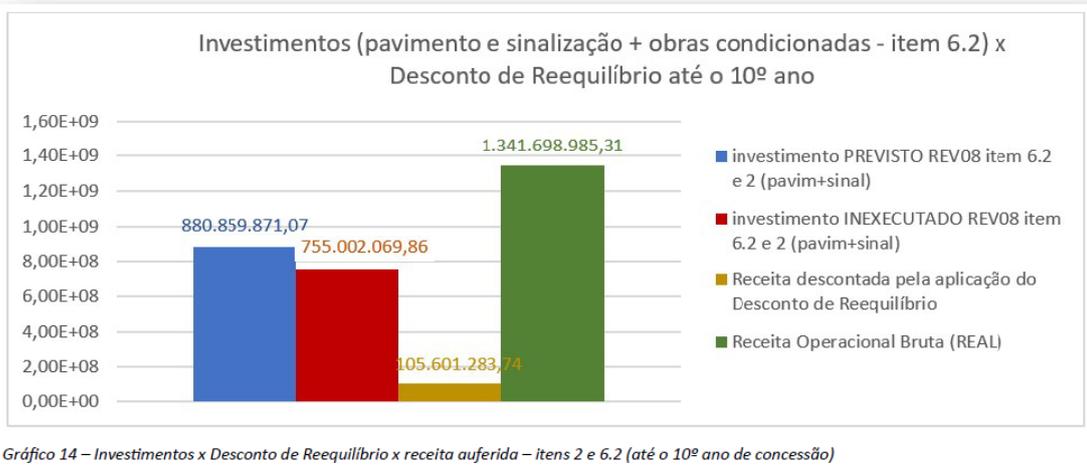


não execução de 441 km de duplicação que já deveriam estar concluídos até outubro de 2018 (peça 105, p. 218). Em que pese a inexecução de obras orçadas em R\$ 1,3 bilhão (peça 115), somente foi descontado 0,88% da tarifa pelo atraso de um ano, ou seja, cerca de R\$ 3 milhões da arrecadação de pedágio da concessionária. Considerando que o custo de capital da concessão é de 8,53%, a não execução da obra desonerou a concessionária em R\$ 111 milhões, ou seja, cerca de 37 vezes mais do que foi subtraído de suas receitas.

99. Nesse sentido, **é extremamente vantajoso à concessionária ViaBahia não executar a obra e “pagar” o desconto de reequilíbrio**, já que o custo deste capital é muitas vezes maior do que o desconto tarifário, ou seja, caso não haja uma atuação incisiva e rigorosa da agência, essas obras jamais serão executadas. Vale mencionar que esta mesma concessionária, assim como todas as demais concessões da 2ª etapa, acordou um Termo de Ajustamento de Conduta, assinado justamente devido ao seu baixo nível de desempenho.

Grifamos

426. O **gráfico 14** a seguir, também extraído da Nota Informativa SEI nº 181/2020/NAM/DG/DIR (Doc. RDA-030), revela claramente o quão brando é o **Desconto de Reequilíbrio** no contrato celebrado com a ViaBahia. Embora tenha deixado de investir na Concessão o valor aproximado de **R\$ 755.000.000,00 (setecentos e cinquenta e cinco milhões)**, no período compreendido entre o 1º e o 10º ano de concessão, a Concessionária teve descontado das suas receitas somente o montante de **R\$ 105.000.000,00 (cento e cinco milhões de reais)**. Veja que cerca de **R\$ 650.000.000,00 (seiscentos e cinquenta milhões)** foram simplesmente embolsados pela Concessionária:



427. Conclui-se, portanto, não assistir razão à **Requerente** em querer alterar as cláusulas contratuais livremente pactuadas e seguidas com rigor pela **ANTT**.

VI.2. Aplicação do Desconto de Reequilíbrio na 7ª Revisão Ordinária

428. A controvérsia referente à aplicação do **Desconto de Reequilíbrio na 7ª Revisão Ordinária** cinge-se apenas à demonstração do cumprimento de alguns parâmetros de desempenho do pavimento pela **Concessionária**, tudo conforme previsto no contrato:

9.2 Comprovação à ANTT

9.2.1 Para o atendimento do PER, a **Concessionária deverá comprovar à ANTT** (i) a conclusão de cada uma das obras de caráter obrigatório nos respectivos cronogramas e das obras condicionadas ao volume de tráfego e (ii) o cumprimento dos **Parâmetros de Desempenho e demais especificações técnicas mínimas**.

429. Mais especificamente, carece de demonstração o cumprimento do contrato nos subtrechos 8, 9,14, 15 e 16, conforme quadro-resumo apresentado pela **Requerente**:



#	Referência	Indicador	Subtrechos
4	Pavimento	Ausência de flechas nas trilhas de roda, medidas sob a corda de 1,20 m, superiores a 7mm;	8, 9, 14 e 16
7	Pavimento	Cumprimento dos limites de Deflexão Característica ("Dc") máxima	15

Fonte: Relatório A&M (RTE-087)

430. Os citados parâmetros são previstos no **PER** e constituem verdadeira **obrigação de resultado**, ou seja, ainda que eventualmente tenham sido executadas obras no trecho é **preciso que esse investimento na rodovia se traduza em determinado nível de qualidade do serviço disponibilizado ao usuário**.

431. Pois bem, o tema foi objeto de análise no **Parecer Técnico nº 180/2018/GEFIR/SUINF** (Doc. RDA-067), ocasião em que se constatou não ter a Concessionária demonstrado o atendimento aos parâmetros de desempenho, conforme justificativas transcritas a seguir.

432. Primeiramente, quanto ao **indicador 4**, cada subtrecho traz justificativas diferentes para o não acolhimento do pleito.

a. Subtrecho Homogêneo 08 (km 495,1 ao 496) e (km 527 ao 528)

433. Nesse trecho, embora o **Relatório Técnico Operacional Financeiro – RETOF**, documento criado e encaminhado pela Concessionária, tenha atestado a realização de obras, estas não se traduziram em parâmetros de desempenho adequados, conforme **Relatório de Monitoração da ANTT** (Docs. RDA-068 a RDA-076). Essa constatação é possível porque a data indicada como de realização das intervenções é anterior à monitoração que constatou o não atingimento dos parâmetros, ou seja, a execução das obras não foi suficiente para disponibilizar aos usuários o serviço na qualidade almejada:



20. As obras descritas no RETOFF de dezembro 2015, mostram realmente que foram executadas intervenções em campo que seriam suficientes para que no km 527,9, Pista Sul, passasse a atender ao PER.

21. Também, o RETOFF de agosto de 2014, apresenta fotos de serviços executados no trecho entre os quilômetros 495 e 497 da BR-116/BA – Sentido Norte/Sul, no entanto, as mesmas não poderão ser consideradas devido ao fato de sua execução ter sido efetuada antes na confecção do Relatório de Monitoração do 5º ano. Os demais documentos citados não apresentam confirmação de intervenções executadas no trecho em destaque.

22. Portanto, não podemos considerar que as intervenções descritas pela Concessionária foram suficientes para que o subtrecho STH 08 passasse a atender ao parâmetro do PER.

b. Subtrecho Homogêneo 09 (km 547,2 ao 548)

434. No caso do subtrecho 09, a documentação encaminhada pela Concessionária não permitiu que fosse identificado o local nem a data precisa das intervenções:



23. Para o subtrecho em destaque, a Concessionária informa que o RCA 128, de 02/2016, apresenta intervenções efetuadas no pavimento pela Concessionária, entre km 547,2 ao 548, que possibilitaram que o subtrecho STH 09 atendesse o parâmetro do PER.

24. Porém, as fotos enviadas pela Concessionária não comprovam as que as intervenções apontadas foram realizadas no referido trecho, apenas informa serviços executados no 5º ano de concessão, sem informar o período da execução do mesmo.

25. Sendo assim, não podemos corroborar que aceitar as intervenções descritas pela Concessionária foram suficientes para aceitar que o STH 09 passou a atender ao parâmetro do PER.

c. Subtrecho Homogêneo 14 (km 68 a 682), (km 682 ao 683), (km 699 ao 700), (km 700 ao 701), (km 713 ao 714) e (km 677,2, OS)

435. Semelhante ao ocorrido quanto ao subtrecho 08, também neste subtrecho 14 as intervenções informadas à **Agência** no **RETOF** não condizem com os parâmetros de desempenho aferidos na confecção do **Relatório de Monitoração**:

36. Para o trecho da pista norte, entre o km 700 e 701, foi alegado que no RETOFF de 05/2014, apresenta fotos de serviços executados no quilômetro que constava afundamento de trilha de roda superiores a 7 mm, no entanto, essa intervenção foi executada antes da execução do Relatório de Monitoração, portanto, não é suficiente para comprovar o atendimento do Parâmetro.



d. Subtrecho Homogêneo 16 (km 757,0 ao 758), (km 776 ao 777), (km 777 ao 778), (km 782 ao 782,8) e (km 777, pista sul)

436. No caso deste subtrecho, **imprecisões quanto ao período em que os serviços teriam sido executados e mesmo quanto ao tipo de serviço executado** impediram o reconhecimento quanto ao cumprimento dos parâmetros de desempenho:

39. Para o trecho da pista norte, entre o km 782 e 782,8, foram apresentadas fotos do Pavimento, que aparentemente está em bom estado. Porém, como as informações cedidas pela Concessionária não são apresentadas em nenhum Relatório oficial que indique o período em que foram realizadas, como também o tipo de serviço executado, não podemos considerar, para fins de efeito, que tais informações são suficientes para comprovar a execução do Serviço e o período em que foi realizado.

437. Quanto ao **indicador 07**, aferido no **subtrecho 15**, mais uma vez há uma divergência entre a execução das obras informada pela **Concessionária** por meio do **RETOFF** e a efetiva aferição dos parâmetros no âmbito de **Relatório de Monitoração**:



63. Para o subtrecho em destaque, a Concessionária informa que no RETOFF de Agosto/2014, apresentou as obras que foram executadas, e que constam intervenções no pavimento no referido subtrecho, que possibilitaram o atendimento do parâmetro do PER.

64. No entanto, como essas intervenções foram executadas antes da elaboração do Relatório de Monitoração, portanto não são informações válidas para comprovar o atendimento do parâmetro de desempenho.

438. Em síntese, não houve a demonstração, no âmbito administrativo, acerca do cumprimento dos parâmetros de desempenho previstos no **PER**.

VI.3. Autos de Infração nº 5027, 5082, 5086 e 5087

439. A Requerente apresenta uma série argumentos meramente formais com vistas a desconstituir os Autos de Infração - AI nº 5027 (Doc. RDA-077), 5082 (Doc. RDA-078), 5086 (Doc. RDA-079) e 5087 (Doc. RDA-080). Nenhum desses argumentos procede, conforme detalhado a seguir.

VI.3.1. Violação ao princípio da hierarquia

440. Relativamente ao AI 5027, alega a requerente violação ao princípio da hierarquia, na medida em que o Auto de Infração teria sido lavrado pelo fiscal da ANTT em desconformidade com decisão do seu superior hierárquico, o Coordenador de Infraestrutura Rodoviária - COINF da Unidade Regional da Bahia - URBA. Todavia, pela análise do processo administrativo nº 50500.107335/2012-37 (Doc. RDA-077), é possível perceber claramente não ter havido qualquer subversão de hierarquia.



441. O motivo da incompreensão da Requerente deve-se ao documento de fls. 20 do processo administrativo (Doc. RDA-081). Na ocasião, foi expedido ofício com o seguinte teor:

Doc.03 - Anexo da Carta VB-GEC-0917/2012

 **ANTT** AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

Ofício nº 312 /2012/COINF/URBA

Salvador, 08/10/2012

À VIABAHIA – Concessionária de Rodovias S/A

Att.: Dr. José Navas Fernandes - Presidente

Assunto: Termo de Registro de Ocorrência – TR0 nº 22583

Prezado Sr.

Pela presente a ANTT comunica que aceita as justificativas apresentadas pela ViaBahia através da correspondência VB-GEC- 0813/2012, relativas ao atendimento do TRO acima discriminado.

Solicitamos entretanto que nos mantenha informados sobre o andamento do processo e que tome todas as medidas necessárias para solução do problema.

Att


EDUARDO JOSÉ DE SANTANA
Coordenador de Infraestrutura Rodoviária - COINF
ANTT / Unidade Regional da Bahia - URBA

RECEBIDO
09 OUT 2012
HORA: 17:35
Cassio Filgueiras

ANTT
Fl. nº 10
GEFOR

442. Veja que o COINF faz referência ao **Termo de Registro de Ocorrência - TRO nº 22583** (não ao auto de infração), para dizer que, embora aceite as justificativas da Concessionária para não ter implementado o cercamento da faixa de domínio, aquela deveria "tomar todas as providências para a solução do problema", ou seja, para providenciar o cercamento, sob pena de lavratura do respectivo auto de infração.

443. Importante registrar que o TRO apenas registra o descumprimento contratual e confere prazo para correção, antes de a Agência tomar a medida punitiva consistente na lavratura do Auto de Infração.

444. Pois bem, após o citado ofício, o COINF emite nova correspondência esclarecendo que, por problemas operacionais, não tinha conhecimento do transcurso



do prazo para correção e da lavratura do auto de infração, motivo pelo qual, a correspondência anterior deveria ser desconsiderada. Senão vejamos (fls. 21/21v do processo administrativo - Doc. RDA-082):

 ANTT AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES	VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A RECEBIDO 15 OUT 2012 HORA: 12:100 <i>[Signature]</i>	
--	---	---

Ofício nº 317 /2012/COINF/URBA

Salvador, 11/10/2012

A VIABAHIA – Concessionária de Rodovias S/A

Att: Dr. José Navas Fernandes - Presidente

Assunto: Autos de Infração 05026 e 05027

Ofícios nº 312/2012/COINF/URBA e nº 313/COINF/URBA

Prezado Sr.

Informamos a V.S. que, em função dos novos procedimentos de controle da fiscalização instaurados nesta COINF URBA, ainda em fase de implantação, houve uma falha operacional na tramitação de correspondências e documentos para essa concessionária.

Com efeito, em 9/10/2012 foram encaminhadas a V.S. duas correspondências: a) Ofício nº 312/2012/COINF/URBA, aceitando justificativas da ViaBahia sobre inconformidade identificada pelo TRO nº 22.583; b) Ofício nº 313/COINF/URBA, concedendo prazo para atendimento do TRO nº 31327. Tais correspondências foram indevidamente enviadas por essa COINF, já que a nossa fiscalização de campo já tinha anteriormente detectado o não atendimento de tais TRO's, o que justificou a emissão dos respectivos Autos de Infração, conforme determinam as normas da ANTT. Para a falha mencionada contribuiu também uma pane no nosso sistema de protocolo e de tramitação interna de documentos.

Pelos fatos expostos solicitamos que a ViaBahia desconsidere os aludidos ofícios citados acima, considerando pois como válidos os Autos de Infração emitidos.

Outrossim comunicamos que estamos tomando providências para minimizar a possibilidade de ocorrência dessas falhas operacionais na nossa Unidade Regional.



445. Ora, sem qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, o próprio COINF reconheceu ter laborado em equívoco, quando do envio da primeira comunicação, erro esse que foi corrigido e devidamente esclarecido com a segunda comunicação, **tudo sem qualquer prejuízo de que a Concessionária se defendesse**. Por certo, a Requerente não logrou demonstrar ou comprovar efetivo prejuízo.

446. Não houve, portanto, subversão da hierarquia com a superposição do ato emanado do órgão inferior sobre a manifestação de vontade do órgão superior, e sim uma convalidação do ato praticado pelo último. E, o mais importante, sem nenhum prejuízo à defesa do autuado.

VI.3.2. Violação ao princípio da tipicidade

447. Também não há que se falar em violação ao princípio da tipicidade. Nesse ponto, vale esclarecer que **as infrações objeto de discussão nos autos não decorre de um poder geral de polícia outorgado pela legislação à Agência, e sim do próprio Contrato de Concessão** voluntariamente assinado pela autora.



448. Nesse sentido, são lúcidas as lições doutrinárias de Lucas Rocha Furtado, ao tratar das prerrogativas das Agências Reguladoras em geral para a gestão e regulação de contratos firmados para delegação de serviço público. São as palavras do autor:

A atividade desenvolvida pelas agências reguladoras se enquadra como simples gestão e regulação dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. Isto em nada lhes reduz a importância ou as potestades. Ao contrário, amplia a possibilidade de intervenção estatal. Em razão de as concessionárias explorarem atividade pública delegada, amplia-se sobremaneira a possibilidade de intervenção do Estado, que não se limita aos instrumentos da polícia administrativa. Se a atividade desenvolvida pelas agências reguladoras se inserisse como poder de polícia, as restrições ao exercício dessa atividade seriam aplicáveis, inclusive no que concerne à necessidade de lei específica.

Definida a atividade das agências reguladoras como regulação de contratos, os limites para a intervenção estatal, relativamente às concessionárias, podem decorrer não apenas da lei, mas igualmente do contrato firmado. **Pode o contrato de concessão conferir à Agência poderes outros não previstos em lei, desde que constantes no edital da licitação e no respectivo contrato de concessão ou de permissão.** Amplia-se igualmente o poder normativo da agência, o que não poderia ocorrer se a atividade fosse de polícia administrativa, que deve observar estritamente o princípio da legalidade administrativa.

Ademais, o regime jurídico que trata dos serviços públicos permite intervenção estatal mais invasiva em razão de se tratar de atividade pública delegada, diversamente do que ocorre com as atividades privadas reguladas e que são objeto de ordenação pelo poder de polícia.

Grifamos

(FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 5ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 572/573)

449. Nesse diapasão, estabelece o contrato de concessão celebrado com a Requerente:



- 18.4** O não atingimento dos Parâmetros de Desempenho constantes do PER para as obras e serviços de caráter não obrigatório será considerado inexecução parcial do Contrato de Concessão, e ensejará à Concessionária as sanções previstas nos subitens (ii) e/ou (iii) do item 18.5, sem prejuízo, da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro calculada na forma do Anexo 5. Tais penalidades não poderão ser cumulativas com as multas previstas no item 18.3 acima.
- 18.5** Pela inexecução parcial ou total deste Contrato, a ANTT poderá, garantida prévia defesa, aplicar à Concessionária as seguintes sanções:
- (i) advertência;
 - (ii) multa, de 100 (cem) até 1000 (mil) URT's;
 - (iii) rescisão contratual, na forma prevista neste Contrato.
- 18.6** Na aplicação das sanções será observada regulamentação da ANTT quanto à graduação da gravidade das infrações.

450. Observa-se que constitui infração toda e qualquer inexecução do contrato, ou seja, todo e qualquer descumprimento de obrigações estabelecidas no contrato deve ser reputado como infração passível de punição com advertência ou multa. No caso dos autos, cada auto de infração traz de forma precisa a descrição da conduta infracional e o processo administrativo (especialmente os relatórios técnicos) informam expressamente o dispositivo contratual infringido pela Concessionária, os quais podem ser sintetizados no quadro a seguir:

Auto de Infração	Fundamento Contratual
5027	Violação à obrigação prevista no quadro 4.6 do PER - Programa de Exploração da Rodovia
5082	Violação à obrigação prevista no quadro 4.2 do PER - Programa de Exploração da Rodovia
5086	Violação à obrigação prevista no quadro 1.1 do PER - Programa de Exploração da Rodovia
5087	Violação à obrigação prevista no quadro 4.1 do PER - Programa de Exploração da Rodovia

451. Dessa forma, também deve ser rejeitado o argumento da autora de que não houve observância da tipicidade. Todas as infrações estão devidamente enquadradas



como obrigações contratuais que foram descumpridas. Essas obrigações permeiam todo o contrato de concessão e seus anexos, especialmente, o **Programa de Exploração da Rodovia – PER (RDA-003)**, documento que detalha de modo eminentemente técnico as obrigações da concessionária em relação ao sistema viário.

VI.3.3. Ausência de previsão de penalidade para a conduta da autora

452. Conforme trecho citado no tópico antecedente, o contrato de concessão traz não somente as condutas passíveis de punição (qualquer descumprimento contratual) como também as possíveis penalidades a serem aplicadas, notadamente advertência e multa de 100 (cem) a 1000 (mil) unidades de referência tarifária - URT.

453. Por outro lado, a dosimetria dessa penalidade é remetida para regulamentação da Agência, no caso, a Resolução ANTT nº 4.071, de 3 de abril de 2013 (Doc. RDA-083), que faz um agrupamento de infrações segundo a gravidade. Nesse sentido, dispõe o art. 2º da referida resolução:

Art. 3º A partir das Concessões da 2ª Etapa do PROCROFE, as penalidades de multas serão calculadas tendo como base a Unidade de Referência de Tarifa - URT, conforme disposto nos Contratos de Concessão, com a seguinte gradação:

- I - Grupo 1 - multa de 100 (cem) URTs;
- II - Grupo 2 - multa de 165 (cento e sessenta e cinco) URTs;
- III - Grupo 3 - multa de 275 (duzentos e setenta e cinco) URTs;
- IV - Grupo 4 - multa de 413 (quatrocentos e treze) URTs; e
- V - Grupo 5 - multa de 550 (quinhentos e cinquenta) URTs.

454. Nos artigos seguintes, a Resolução traz as hipóteses de aplicação de pena de advertência e explicita quais infrações se enquadram em cada um dos grupos.

455. Portanto, **o contrato e a regulamentação da Agência deixam indenes de dúvidas as penalidades imputáveis ao concessionário.**



VI.3.4. Violação aos princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa

456. Basta uma breve análise dos processos administrativos juntados aos autos pela própria Requerente para perceber que seguiram rigorosamente a legislação de regência e o contrato de concessão, assegurando ao autuado as garantias do contraditório e da ampla defesa, a possibilidade de recursos e culminou com decisões motivadas de duas instâncias diversas.

457. Não procede, portanto, a alegação da autora e esta não detalha de que modo a Agência teria falhado nesse mister de fundamentar suas decisões e de observar o devido processo legal.

VI.3.5. Ausência de infração ante o atendimento das determinações da ANTT

458. Também quanto a este ponto, basta uma breve análise dos processos administrativos para se constatar que a requerente não cumpriu tempestivamente as determinações da Agência, após a lavratura dos Termos de Registros de Ocorrência - TRO. Tal omissão culminou na lavratura dos autos de infração seguida da aplicação das penalidades cabíveis

459. Como já salientado nesta manifestação, as infrações objeto de discussão nos autos não decorrem de um poder geral de polícia outorgado pela legislação à Agência, e sim do próprio Contrato de Concessão, presentes em cláusulas exorbitantes.

460. A Administração Pública tem o poder de estabelecer, em instrumentos convocatórios e contratuais, cláusulas em que constem penalidades aplicáveis à Concessionária, a fim de coibir ou repreender o comportamento anticontratual, expresso em condutas que representem a inexecução de suas obrigações no curso da contratação, sendo de grande relevância por se tratar de contratos de longa duração.



461. Identificadas as condutas praticadas pela Via Bahia que descumpriram as obrigações contratuais, foram aplicadas sanções descritas e identificadas em cada auto de infração (como já apontado no tópico anterior VI.3.4).

462. Como constatado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no Relatório de Fiscalização da SEINFRA, parte do TC n. 010.222/2019-7 (RDA-025), houve sistemático descumprimento das obrigações da concessionária, com o desatendimento dos parâmetros de desempenho previstos no contrato para a fase de recuperação da rodovia, a inexecução de 360 km de duplicação de obras de gatilho previstas para até o 8º ano, e a não realização de obras obrigatórias

463. O descumprimento de obrigações estabelecidas no contrato deve ser reputado como infração passível de aplicação de sanção administrativa, nos termos previstos no instrumento. Deve-se salientar que o dever de reparar os danos decorrentes das infrações independe das sanções administrativas aplicadas. Ocorrido o dano, nasce o dever de indenizar e identificado o descumprimento ou inexecução contratual, aplica-se a sanção. Dito de outra forma, a indenização objetiva restaurar o prejuízo decorrente do dano e a sanção tem a finalidade de desestimular a conduta contrária as obrigações contratuais.

VI.3.6. Desproporcionalidade e ausência de razoabilidade do valor da multa

464. Conforme informado anteriormente, o próprio contrato de concessão remete a gradação das penalidades à regulamentação da Agência, que assim o fez por meio da Resolução nº 4.071/2013 (Doc. RDA-083). Nos casos discutidos nos autos, os fiscais e posteriormente os especialistas em regulação da Agência nada mais fizeram senão aplicar a referida resolução tal qual é feito em relação a todas as outras Concessionárias. Não houve aplicação de penalidade mais gravosa ou mais branda à concessionária ViaBahia, mas sim a aplicação de penalidade nos termos estabelecidos pela referida resolução.



465. Ressalte-se que atos dessa natureza, antes de editados, precisam observar o disposto no art. 68 da Lei 10.233/2001, que assim dispõe:

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

466. Longe de se tratar de uma imposição autoritária por parte da ANTT, uma proposta de resolução desta natureza segue todo um rito de participação e controle social previamente à sua edição (atualmente, esse procedimento é regulamentado pela Resolução ANTT nº 5624, de 21 de dezembro de 2017). De forma resumida, uma proposta fundamentada é formulada pela área técnica; há ampla divulgação no DOU e na imprensa em geral acerca do conteúdo da proposta; são recebidas contribuições por escrito ou orais em audiências públicas; todas essas contribuições são analisadas e fundamentadamente acatadas ou rejeitadas; segue-se para deliberação do órgão máximo da Agência, a Diretoria Colegiada composta por 5 (cinco) diretores (ou seja, não basta a vontade de uma única autoridade da ANTT).

467. Verifica-se, portanto, que há todo um procedimento prévio transparente que legitima a atuação do regulador.

468. Ademais, ao valer-se a Agência da prerrogativa que lhe foi conferida pela Lei e pelo Contrato para tratar do tema, é preciso que haja uma deferência do Tribunal Arbitral à decisão tomada pelo Regulador no âmbito da sua discricionariedade técnica. Nesse sentido, são dignas de nota as ponderações de Marcos Juruena Vilela Souto:

No Brasil, como dito, os atos regulatórios, como atos administrativos que são, se submetem ao princípio da jurisdição una, razão pela qual podem ser revistos pelo Judiciário.

É claro que, como frisado, **a decisão judicial não poderá substituir a valoração técnica do órgão regulador, que envolve um juízo de valor que pondera aspectos econômicos (e/ou sociais) e jurídicos acerca da melhor técnica de implementação de uma política pública.** A independência do regulador, portanto, só afasta a valoração política, que já foi tomada por ocasião da formulação política.

(SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Direito Administrativo Regulatório. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 377)



469. Portanto, nada mais adequado do que o próprio regulador, após todo um procedimento transparente e participativo, proceder ao juízo de valor acerca da gradação mais adequada para as penalidades previstas contratualmente.

470. O próprio Superior Tribunal de Justiça também tem se mostrado sensível à necessidade de que o Poder Judiciário confira alguma deferência às decisões regulatórias. Vejamos:

Em que pese aos judiciosos argumentos expendidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotada para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também instabilidade no mercado de saúde suplementar.

Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. (...)

Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em "Controle Judicial dos Atos Regulatórios", anotando que: "se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado" (2005, fls. 272/275).

(STJ - AgRg na SLS 163 / PE - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA - 2005/0128970-7 - Relator(a): Ministro EDSON VIDIGAL (1074) - Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL - Data do Julgamento: 19/12/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006 p. 133)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

(...)



6.4. Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo -, e, na espécie, a cautela possível é apenas promover o redimensionamento da tutela antecipada aos termos do Despacho Anatel/CAI n. 3/2007.

(STJ – Processo REsp 1171688 / DF - RECURSO ESPECIAL 2009/0242534-7 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 01/06/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 23/06/2010)

471. Enfim, cai por terra toda e qualquer alegação de desproporcionalidade no caso dos autos, na medida em que a ponderação quanto à penalidade adequada seguiu regulamentação prévia da Agência, elaborada segundo parâmetros técnicos e após todo um procedimento participativo, além de se tratar de normas aplicáveis indistintamente a todos os Concessionários da mesma etapa de concessões (e que, portanto, seguem o mesmo modelo regulatório).

VI.3.7. Violação aos princípios constitucionais regentes da atuação da Administração Pública

472. A autora alega genericamente a violação aos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública sem indicar, tampouco comprovar, tais violações.

473. De maneira imprecisa, a autora afirma que houve violação aos princípios da hierarquia, tipicidade, motivação, contraditório, ampla defesa, legalidade por parte da ANTT.

474. Contudo, como demonstrado detalhadamente nos tópicos VI.3.1, VI.3.2, VI.3.4, desta manifestação, não há violação a tais princípios.

475. Denomina-se hierarquia, a relação de coordenação e de subordinação dos órgãos do poder executivo, demarcando a autoridade de cada um. Segundo o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública devem ser estruturados de forma tal



que haja uma relação de coordenação e subordinação entre eles, cada um titular de atribuições definidas na lei.

476. Não obstante tenha a autora apontado suposta violação a tal princípio, como detalhado no tópico VI.3.1, a lavratura do Auto de Infração se deu em conformidade com decisão de seu superior hierárquico, em observância ao princípio da hierarquia. Verifica-se também, no tópico indicado, ter sido atendida à motivação do ato administrativo.

477. Identifica-se, ainda, a atividade administrativa ocorreu em observância ao princípio da impessoalidade, sem determinação quanto ao destinatário do ato ou discriminação de qualquer natureza, caracterizado o tratamento isonômico, a isenção e valoração objetiva dos interesses públicos e privados no Contrato de Concessão. Como detalhado no referido tópico (VI.3.1), não houve prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, tendo o próprio COINF reconhecido o equívoco da primeira comunicação, erro que foi corrigido e devidamente esclarecido com a segunda comunicação, tudo sem qualquer prejuízo à oportunidade de defesa pela Concessionária.

478. Como detalhado no referido tópico (VI.3.1), não houve prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, tendo o próprio COINF reconhecido o equívoco da primeira comunicação, erro que foi corrigido e devidamente esclarecido com a segunda comunicação, tudo sem qualquer prejuízo à oportunidade de defesa pela Concessionária.

479. Como já tratado no tópico anterior desta manifestação, as infrações objeto de discussão nos autos não decorrem de um poder geral de polícia outorgado pela legislação à Agência, e sim do próprio Contrato de Concessão. Mas isso não significa que não tenham previsão específica no contrato.

480. As penalidades a serem aplicadas nos casos de descumprimento do contrato, dentre outros pontos ora discutidos pela autora, estão previstos de forma clara no Contrato de Concessão.



481. O contrato de concessão prevê as condutas passíveis de punição (qualquer descumprimento contratual) como também as possíveis penalidades a serem aplicadas, notadamente advertência e multa de 100 (cem) a 1000 (mil) unidades de referência tarifária – URT.

482. A juridicidade é a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. Sob essa perspectiva, a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo.

483. A atuação da ANTT se deu em observância à legalidade-juridicidade, em conformidade aos mandamentos legais e ao Direito, tendo observado também o princípio da moralidade porque suas condutas na condução dos procedimentos administrativos foram de acordo com a ética vinculada e voltada para a conduta e desempenho da função administrativa, ou seja, uma atuação em submissão aos fins institucionais da Administração Pública e ao interesse público.

484. De toda argumentação apresentada anteriormente, percebe-se que a ANTT atuou em observâncias aos princípios inerentes à Administração Pública, em especial à legalidade, juridicidade, impessoalidade e moralidade.

VI.3.8. Consumação da prescrição intercorrente

485. Ao alegar a consumação da prescrição intercorrente, a autora desconsidera o quanto disposto na Lei nº 9.873/99, que assim dispõe:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, **pendente de julgamento ou despacho**, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem



prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

Grifamos

486. Veja que somente incide a prescrição intercorrente em caso de o processo administrativo permanecer paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. Dessa forma, tanto o julgamento quanto despacho têm o condão de impedir a consumação da prescrição. Nesse sentido, é a jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS MARCOS INTERRUPTIVOS PREVISTOS NA LEI Nº 9.873/99.

1. A Lei nº 9.873/99 cuida da sistemática da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória referidas ao poder de polícia sancionador da Administração Pública Federal.

2. O art. 2º, II, da Lei nº 9.873/99, estabelece que a prescrição da pretensão punitiva da Administração é interrompida por qualquer ato inequívoco que tenha por objetivo a apuração do fato, devolvendo-se integralmente a contagem do prazo prescricional, que é de cinco anos.

3. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os despachos de encaminhamento dos autos proferidos no curso do processo administrativo têm o condão de interromper o prazo prescricional**, visto que necessários à conclusão do iter procedimental instaurado para a apuração do fato.

(TRF4, AC 5013567-54.2016.4.04.7000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 15/12/2016)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PRESCRIÇÃO TRIENAL INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO VERIFICADA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. (...) De acordo com o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/99, "incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada" (texto original não sublinhado).

4. No caso em apreço, consoante consignado no acórdão do Tribunal de origem, a autuação ocorreu em 8 de novembro de 2001, tendo a ora executada apresentado defesa no dia 20 do mesmo mês, defesa essa encaminhada ao setor de análise técnica em 6 de setembro de 2002. Segundo o Tribunal de origem, sem que houvesse instrução, constando dos autos do processo administrativo unicamente a defesa, a cópia do auto de



infração e o instrumento procuratório, foi proferido despacho intimando o autuado para apresentar alegações finais, em 1º de junho de 2005, despacho esse ratificado em 12 de setembro de 2005. O julgamento na esfera administrativa ocorreu em 3 de abril de 2006.

5. Diante das supracitadas circunstâncias fáticas descritas pelo Tribunal de origem, o acórdão recorrido deve ser reformado, pois, ao contrário do que ali ficou consignado, **o processo administrativo não ficou paralisado por mais de três anos, tendo em vista que o despacho de intimação do administrado para apresentar alegações finais é suficiente para descaracterizar a paralisação do processo administrativo.** (...) (REsp 1431476/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014).

487. Para fins de análise da higidez de cada auto de infração, cabe refutar a contagem de prazo empreendida na petição inicial, notadamente o quadro constante do parágrafo 109 da Petição 5 da Requerente – Parte Especial - Caderno IV, assim confeccionado:

Auto de Infração	Data - Recurso	Data - Decisão	Período transcorrido
AI 5027	25/04/2013	14/08/2019	4 anos e 3 meses
AI 5082	09/03/2015	12/07/2019	4 anos e 4 meses
AI 5086	27/03/2015	14/08/2019	4 anos e 4 meses
AI 5087	25/05/2015	15/07/2019	4 anos e 1 mês

488. Observe que a autora desconsidera completamente os despachos proferidos entre os marcos temporais citados, senão vejamos.

489. Quanto ao **AI 5027**, constam do processo administrativo nº 50500.107335/2012-37 (Doc. RDA-077) diversos atos que impediram a consumação da prescrição intercorrente entre a data do recurso e a data da decisão, com destaque para os despachos de **03/02/2015** (fl. 139 do Doc. RDA-084) e de **10/02/2017** (fl. 144 do Doc. RDA-077), bem como do Parecer Técnico nº 148/2018/GEFOR/SUINF (fls. 149/151v do Doc. RDA-085) produzido em **24/04/2018**.

490. Em relação ao **AI 5082**, também constam do processo administrativo nº 50535.003945/2014-27 (Doc. RDA-078) diversos atos que impediram a consumação da



prescrição intercorrente entre a data do recurso e a data da decisão, com destaque para o despacho de **13/09/2017** (Doc. RDA-086).

491. No processo administrativo nº 50535.004387/2014-17 (Doc. RDA-079), que trata do **AI 5086**, é possível citar, dentre outros, o despacho de **13/09/2017** (Doc. RDA-087) como marco impeditivo da consumação da prescrição.

492. Por fim, quanto ao **AI 5087**, cabe destacar no processo administrativo nº 50535.004386/2014-72 (Doc. RDA-080), o despacho de **13/09/2017** (Doc. RDA-088) como impeditivo da consumação da prescrição.

493. Assim, também não procede a alegação da autora quanto à suposta consumação da prescrição intercorrente.

VII – ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELA ANTT

494. Na presente seção, serão abordados os pleitos de reequilíbrio trazidos pela Requerente na **Petição 5 da Requerente – Alegações Iniciais – II. Parte Especial – Caderno V**.

VII.1. Da regulação exercida pela ANTT

495. As Agências Reguladoras foram criadas para desempenhar funções normativas e fiscalizadoras em setores específicos de atividade econômica, garantindo-lhes uma maior autonomia decisória. Enquanto cabe, notadamente, ao Poder Executivo o papel preponderante na proposição das políticas públicas, à ANTT foi reservado o papel de implementar tais políticas dentro da sua esfera de atuação, bem como de regulação e fiscalização da prestação do serviço:

Lei n.º 10.233/2001



Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - **implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas** pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; [\(Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013\)](#)

II – **regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes**, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

496. Com vistas a exercer seu mister regulatório, as agências reguladoras foram dotadas de poder normativo. Nas lições de Carvalho Filho:

(...) o poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis, delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (jus novum)

(CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. Manual de Direito Administrativo. 15ªed. 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 392)

497. Para Marçal Justen Filho a regulação exercida por uma agência, “pode representar um relevante instrumento de controle do poder político” servindo o “interesse público na imposição de certas soluções”¹². A regulação estatal deve ser “*eficiente, adotando novas técnicas regulatórias — flexíveis e consensuais —, que, sem excluir as anteriores, a elas se somem para serem mais eficazes e menos onerosas (para a sociedade e para o Estado)*”¹³.

¹²JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras. São Paulo: Dialética, 2002, p. 375.

¹³ARAGÃO, Alexandre Santos de. A regulação estatal na economia: agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31/32.



498. Nesse cenário, a regulação assume uma função integrativa face a mutabilidade e incompletude do contrato:

“Como se pretendeu demonstrar no item anterior, a regulação por contrato é naturalmente *incompleta, inacabada e dotada de lacunas que deverão ser objeto de uma atuação integrativa da agência capaz de manter o equilíbrio sistêmico entre os interesses juridicamente protegidos de todas as partes envolvidas.*

É nesse espaço de incompletude contratual que **se vislumbra um amplo espectro de atuação no campo da regulação por agência, aqui denominada de função regulatória secundária**, não porque menos importante do que a regulação por contrato, mas porque opera a partir de um *regulatory commitment* preestabelecido pelo ente político e não pela agência.

Grifamos

(GARCIA, Flávio Amaral. A MUTABILIDADE E INCOMPLETUDE NA REGULAÇÃO POR CONTRATO E A FUNÇÃO INTEGRATIVA DAS AGÊNCIAS. Revista de Contratos Públicos –RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014, p. 66).

499. Sob esse viés, uma conclusão é inafastável: **diferentemente do alegado pela Requerente, a regulação desta Agência não altera as bases contratuais, incluída a matriz de risco, tampouco é fato que provoca desequilíbrio na equação econômico financeira do contrato.** Ao contrário, trata-se de importante mecanismo de integração da regulação por contrato adotada por esta Agência.

VII.2. Da competência da SUINF (atual SUROD) na edição de Portarias

500. A autora tenta induzir esse Tribunal Arbitral a concluir que todos os atos normativos exarados pela Agência Reguladora seriam de atribuição exclusiva da



Diretoria Colegiada da ANTT, e que por representar impactos aos direitos dos agentes econômicos devem ser precedidas de audiências públicas.

501. Importante ressaltar que, embora a competência normativa seja atribuição da Diretoria Colegiada da ANTT, há possibilidade de delegação de parte dessa competência às Superintendências para edição de atos que apenas especifica determinações contidas em outras normas superiores ou decisões da Diretoria Colegiada. *ei.*

502. Senão vejamos o que disciplina o art. 120 do regimento interno atualmente em vigor desta Agência Reguladora aprovado pela Resolução nº 5.888/2020, que possui redação similar ao art. 106, inciso IV, alínea "b", do Regimento Interno aprovado pela Resolução nº 5.810/2018 (Doc. RDA-095), que vigorava à época:

“Art. 120. As manifestações da ANTT ocorrerão mediante os seguintes instrumentos:

(...)

VI - Portaria - ato emanado:

(...)

*b) **dos Superintendentes**, para a execução de atividades administrativas e regulatórias das respectivas unidades, **em estrita observância aos limites de sua competência e das delegadas pela Diretoria Colegiada em ato específico.**”*
(grifamos)

503. O Regimento Interno da ANTT se coaduna com a Lei n. 13.448/2019 (conhecida como nova lei das agências reguladoras), que trouxe a possibilidade de delegação interna de decisão de competência da Diretoria Colegiada. A esse respeito veja o seu art. 7º:

Art. 7º O processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado.

(...)

*§ 2º **É facultado à agência reguladora adotar processo de delegação interna de decisão**, sendo assegurado ao conselho diretor ou à diretoria colegiada o direito de reexame das decisões delegadas. (grifamos)*

504. Noutro giro verbal, a Lei nº 10.233/2001 estabelece, no art. 68, que “*as iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das*



Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública”.

505. Já o Decreto nº 4.130/2002, que regulamentou a Lei nº 10.233/2001, dispôs no seu art. 32 que a audiência pública terá como objetivo recolher subsídios para o processo decisório da ANTT, bem como propiciar aos agentes e usuários dos serviços de transporte terrestre a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos e sugestões, além de identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública, dando-se publicidade à ação regulatória da Agência.

506. No âmbito da ANTT, a matéria foi normatizada pela Resolução nº 5.624/2017 (Docs. RDA-135 e RDA-136), cujo art. 7º estabeleceu um rol exemplificativo de situações que afastam a obrigatoriedade de realização de Consulta e Audiência Pública:

Art. 7º **Não é obrigatória** a realização de Consulta Pública ou Audiência Pública para os seguintes casos, dentre outros:

I – proposta de alterações formais em normas vigentes;

II – consolidação de normas vigentes;

III – **edição ou alteração de normas que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais**; e

IV – edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANTT.

§ 1º **A dispensa tratada no caput deverá ser motivada e aprovada pela Diretoria Colegiada.**

§ 2º **Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, a ANTT poderá, sempre que entender conveniente,** decidir pela realização de Audiência Pública ou Consulta Pública. (Grifado)

[...]

Art. 8º A ANTT realizará Audiência Pública quando as matérias afetarem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transportes, nos seguintes casos:

I - minutas de ato normativo;

II - minutas de editais de licitação de outorgas, minutas de contratos de concessão ou permissão;



III - iniciativas de anteprojetos de lei; e

IV - outras matérias relevantes, a critério da ANTT.

[...]

Art. 10. A ANTT, a seu critério, poderá realizar Consulta Pública quando as matérias envolverem assunto de interesse geral e necessitarem de contribuição das partes interessadas e da sociedade em geral, nos seguintes casos:

I – minutas de ato normativo; e

II – outras matérias relevantes, a critério da ANTT.

507. Como se percebe da leitura da resolução transcrita acima, a realização de audiência pública ocorreria nos casos de iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões da Diretoria Colegiada para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte. E, caso a decisão afete interesse geral, poderá ser realizada Consulta Pública.

508. A novel Lei nº 13.848/2019, também prevê, em seu art. 10, que a audiência pública será destinada a formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante, conforme decisão sobre o seu cabimento pela Diretoria colegiada.

509. Feito esse breve panorama normativo, em sendo Portarias editadas pelos Superintendentes atos normativos destinados a *“execução de atividades administrativas e regulatórias das respectivas unidades, em estrita observância aos limites de sua competência e das delegadas pela Diretoria Colegiada em ato específico”*, nos termos anteriormente mencionados, tais atos não teriam o condão de afetar direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte eis adstritas as normas superiores que lhe conferem legitimidade. Não incidindo, portanto, a obrigatoriedade de realização de audiência ou consulta pública.

510. Além disso, observa-se **do inciso I do art. 46 do regimento interno vigente a época da edição dos normativos questionados (Resolução n.º 5.810/2018) que ao Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária foi conferida**



competência para “promover a regulamentação da infraestrutura rodoviária federal concedida”.

511. Portanto, qualquer alegação de usurpação de competência, seja na criação de normas de caráter normativo pela SUINF (atual SUROD) não desempenhadas exclusivamente pela Diretoria Geral, seja para justificar supostos vícios graves de forma dos atos administrativos — são totalmente infundadas.

512. Firme nos argumentos anteriormente apresentados, não se verifica qualquer ilegalidade quanto à edição das Portarias nº 184/2018 (Doc. RDA-089), 28/2019 (Doc. RDA-090), 216/2019 (Doc. RDA-091), com fundamento no art. 106, inciso IV, alínea "b" c/c art. 46, I, do regimento interno vigente a época da edição dos normativos questionados (Resolução n.º 5.810/2018), haja vista consistir em ato expedido por agente competente para tanto, em pleno exercício de suas atribuições institucionais (diga-se regimentais), devidamente motivado, dispondo sobre objeto lícito, possível e determinado, dirigido a área hierarquicamente subordinada, em juízo de conveniência e oportunidade inerentes ao desempenho das atividades administrativas.

VII.3. Portaria nº 184/2018

513. A Portaria nº 184/2018 (Doc. RDA-089) institui “*as diretrizes para elaboração do Plano de Gerenciamento de Riscos e Plano de Ação de Emergência (PGR/PAE)*” e revisa “*os procedimentos, definidos no capítulo 4.8 (Gerenciamento de riscos) do anexo da Portaria SUINF nº 130/2015 (Doc. RDA-094), a serem adotados pelas concessionárias de rodovias federais para a elaboração e envio do relatório com informações relacionadas aos acidentes rodoviários envolvendo produtos perigosos*” (vide art. 1º da citada Portaria).

514. Ademais, o art. 11 da citada Portaria, expressamente consigna que “*não gera novas despesas para as concessionárias, pois trata-se de padronização dos documentos e informações a serem apresentados, considerando as obrigações contratuais*”.



515. A Portaria nº 184/2018 (Doc. RDA-089) teve como fundamento o art. 46 da Resolução nº 5.810/2018 (Doc. RDA-095), que elenca as seguintes competências que foram delegadas à Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária pela Diretoria, tais como promover a regulamentação da infraestrutura rodoviária federal concedida (i), fiscalizar as condições da infraestrutura rodoviária federal concedida (ii), fiscalizar a execução dos contratos de concessão rodoviária (iii), entre outros.

516. Registre-se que no âmbito das Notas Técnicas SEI nº 1770/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR (Doc. RDA-096) e SEI nº 1678/2020/COAMB/GEENG/SUINF/DIR (Doc. RDA-097) já foram afastados pleitos de recomposição de equilíbrio econômico financeiro alegados pela Requerente, sob o fundamento de ilegalidade da Portaria SUINF nº 184/2018.

517. Em um primeiro momento, a Nota Técnica SEI Nº 1770/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR bem demonstrou que o PGR/PAE constitui obrigação definida no item 7 do PER, mais especificamente nos subitens 7.11 e 7.12, sendo que decorria da obrigação da Requerente implantar, até o final do **2º (segundo) ano do Prazo da Concessão, um Sistema de Gestão Ambiental, com base na Norma NBR ISO 14001, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, equivalente à Norma ISO 14001 da International Standards Organization, e suas atualizações.**

518. No âmbito desse Sistema de Gestão Ambiental, vinha prevista a necessidade de se conter um **“Plano de Gerenciamento de Risco – PGR e um Plano de Ação de Emergência – PAE para o transporte de produtos perigosos, que poderão ser elaborados sob a orientação dos Órgãos Ambientais Federal, Estaduais e Municipais sobre o trecho concedido, e deverão ser apresentados à ANTT para aceitação.”**

519. E, mais adiante, a Nota Técnica SEI Nº 1770/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR acrescenta:

Conforme o exposto no Anexo 1 da Portaria nº 184/2018/SUINF, o PGR/PAE deve seguir o “Manual para Implementação de planos de ação de emergência para atendimento a sinistros envolvendo o transporte rodoviário de produtos perigosos” do DNIT (IPR-716/2005), cuja publicação data do ano de 2005, preteritamente aos contratos de concessão da 2ª etapa, incluindo a VIABAHIA.



Nesse sentido, destaca-se ainda desde 2014 ANTT solicitou, por meio do Ofício-Circular nº 59/2014/GEFOR/SUINF, que as Concessionárias da 2ª Etapa de Concessão, incluindo a VIABAHIA, encaminhassem o PGR/PAE, seguindo as orientações do referido manual do DNIT.

Além disso, cumpre informar que dentre os aspectos normatizados pela Portaria nº 184/2018/SUINF e que foram destacados pela Concessionária como sendo “novidades”, muitas das informações já foram levantadas e/ou previstas pela Concessionária no âmbito do seu Plano Básico Ambiental - PBA, encaminhado ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, quando da solicitação de renovação da Licença de Operação – LO nº 882/2009.

Nesse sentido, destaca-se que no Plano de Gerenciamento de Risco e Plano de Ação Emergencial – PGR/PAE encaminhado pela Concessionária ao Órgão Ambiental em novembro de 2014, observa-se a previsão de simulados e treinamentos, conforme o exposto a seguir.

*Tendo em vista os procedimentos e aparato desencadeado em casos de acidentes, esse programa prevê ainda a **realização de treinamentos simulados** envolvendo a equipe de operação da rodovia, os órgãos ambientais, dentre outros como a Polícia Rodoviária Federal, Corpo de Bombeiros, auxiliando na capacitação dos envolvidos diretamente no atendimento das ocorrências desta natureza. (Grifo nosso).*

520. Quanto à identificação, mapeamento dos pontos críticos e apresentação de hipóteses de acidentes, o PGR/PAE, vinculado ao PBA da Concessionária, prevê:

O PGR/PAE tem como objetivos específicos os que seguem:

- **Identificar, cadastrar e atualizar trechos críticos de acidentes** ao longo das rodovias administradas (que apresentem recorrência de acidentes), principalmente quando associados a presença de áreas sensíveis no entorno direto;
- **Mapear os riscos associados aos acidentes envolvendo transporte de cargas perigosas**, especialmente nos segmentos das rodovias que apresentem mananciais de abastecimento público a jusante da rodovia, presença de adensamentos urbanos ou inseridos nos domínios de unidades de conservação;
- **Desenvolver e atualizar sempre que necessário as hipóteses acidentais** destinadas ao atendimento das ocorrências com transporte de produtos perigosos; (Grifo nosso).

521. Em relação às atualizações e revisões, o Programa prevê que:

*A Coordenação Geral do PGR fica sob a responsabilidade do Gerente de Operações a quem cabe manter o **programa permanentemente atualizado, bem como coordenar a sua periódica revisão**. (Grifo nosso).*



522. Quanto a realização de auditorias, também se observa que o PBA prevê a implementação desse instrumento.

Assim, são atribuições da Coordenação Geral:

(...)

- *Gerenciar as atividades de análise, avaliação e revisão dos riscos;*
- ***Assegurar e acompanhar as avaliações de segurança, por meio de auditorias periódicas, incluindo a verificação de:***
 - *Medidas recomendadas em estudos de análises de riscos;*
 - ***Atualização de normas e procedimentos operacionais e de segurança;***
 - *Cumprimento da legislação aplicável, incluindo as normas técnicas e instruções de trabalho;*
 - *Programas de treinamento e capacitação de inspetores de tráfego e agentes de fiscalização;*
- ***Avaliar as ações, os indicadores e metas, com a finalidade de orientar os procedimentos necessários nas situações de emergência. (Grifo nosso).***

523. Nesse contexto, destacam-se as obrigações contratuais quanto à assunção pela Concessionária dos custos relativos às exigências ambientais, conforme previsto na Cláusula 5 do Contrato de Concessão da VIABAHIA.

5 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;*
e

5.1.2 ***cumprir com todas as providências exigidas pelos órgãos competentes, nos termos da legislação vigente, para a concessão das licenças, permissões e autorizações necessárias ao pleno exercício das atividades objeto da Concessão, arcando com as despesas e custos correspondentes. (Grifo nosso).***

524. Mais recentemente, a Nota Técnica SEI nº 1678/2020/COAMB/GEENG/SUINF/DIR destacou que a Portaria SUINF nº 184/2018



versa somente sobre dois temas: (i) a elaboração do Plano de Gerenciamento de Riscos e Plano de Ação de Emergência (PGR/PAE) e (ii) o relatório com informações relacionadas aos acidentes rodoviários envolvendo produtos perigosos.

525. Quanto à elaboração do PGR e do PAE, o art. 5º, § 1º, da Portaria nº 184/2018 foi expresso ao prever que **para os referidos Planos em vigor à época da edição daquele ato, não seria exigido o disposto no Anexo I daquela Portaria**, 'in verbis':

Art. 5º As concessionárias deverão encaminhar cópia, em meio digital, do PGR/PAE atualmente vigente à Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias (GEENG) da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária (SUINF), no prazo de 30 (trinta) dias após a publicação desta Portaria.

§ 1º Para o PGR/PAE atualmente vigente não será exigido o disposto no Anexo 1 desta Portaria." (Grifo nosso)

526. Veja-se pelo disposto acima que, **no tocante ao PGR/PAE, não foram imputadas mudanças de qualquer natureza aos Planos já elaborados pela Concessionária e, portanto, não foram criadas quaisquer novidades ou obrigações de cunho extra contratual.**

527. Nesse sentido vale destacar o seguinte trecho da Nota Técnica SEI nº 1678/2020/COAMB/GEENG/SUINF/DIR:

3.7 Nesse contexto, evidencia-se que, no tocante ao PGR/PAE, não foram imputadas mudanças de qualquer natureza aos Planos já elaborados pela Concessionária e, portanto, não foram criadas quaisquer novidades ou obrigações de cunho extra-contratual. Salienta-se que o supracitado Anexo 1 estabelece diretrizes para a elaboração do PGR/PAE e que, portanto, o § 1º em referência foi redigido justamente para resguardar as Concessionárias que, excepcionalmente, já possuíam um PGR/PAE à época da publicação da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT, como é o caso da VIABHIA.

528. Ressaltou, ainda, que a omissão no encaminhamento do PGR e do PAE é inclusive caracterizado como infração passível de penalidade, conforme dispõe o art. 8º, XXIII, da Resolução ANTT nº. 4.071, de 3 de abril de 2013:



Art. 8º Constituem infrações do Grupo 4:

(...)

XXIII - deixar de entregar ou entregar fora do prazo previsto o Plano de Gerenciamento de Risco bem como o Plano de Ação Emergencial, conforme Contrato de Concessão e o PER;

529. A ausência de obrigações extra contratuais também se verificou no tocante à instituição do relatório com informações relacionadas a acidentes rodoviários envolvendo produtos perigosos.

530. O item 7.8 do PER já previa a obrigação da concessionária de **“enviar à ANTT, semestralmente, Relatório de Acompanhamento Ambiental, com todas as informações relativas aos aspectos ambientais dos serviços e obras previstos e executados no Sistema Rodoviário no período, inclusive com relação aos respectivos licenciamentos ambientais.”** (Grifo nosso).

531. Nesse sentido, a Nota Técnica SEI Nº 1770/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR destacou:

Quanto à argumentação sobre o eventual custo gerado pela elaboração semestral do relatório do PGR/PAE, destaca-se que o levantamento das ocorrências de acidentes envolvendo carga perigosas já ocorre diariamente no âmbito do PGR/PAE da operação da rodovia. Nesse sentido, destaca-se também que tais informações eram reportadas à ANTT semestralmente desde 2015, no âmbito do RAA da Concessionária, mais precisamente, na apresentação dos resultados dos Programas Ambientais – PBA da VIABAHIA, conforme as solicitações da Portaria nº 130/2015/SUINF.

532. Essa avaliação foi reforçada pela NOTA TÉCNICA SEI Nº 1678/2020/COAMB/GEENG/SUINF/DIR, quando asseverou que as informações sobre acidentes com produtos perigosos são relativas a aspectos ambientais, sendo que a Portaria 184/2018/SUINF/ANTT apenas definiu a forma de apresentação de informações



que já eram requeridas à Concessionária, não imputando à VIABAHIA quaisquer obrigações extracontratuais.

533. O que se pretendeu, no caso, foi melhor detalhar a forma ou o procedimento operacional de entrega dessas informações sobre transporte de cargas perigosas, com o fito de tornar mais eficiente a competência fiscalizatória dessa Agência, pautada legalmente no art. 12, V, art. 22, VII, art. 24, XIV, art. 37, I, II e III da Lei nº 10.233, de 2001, e o dever de adequada prestação de informações de que trata a subcláusulas 13.1.3 e 13.4 do contrato de concessão

534. Resta, pois, demonstrado, que a Portaria 184/2018/SUINF/ANTT observou a forma e a competência previstas pelo art. 106, inciso IV, alínea "b" c/c art. 46, I, ambos do Regimento Interno vigente à época (Resolução nº 5.810/2018) e, além disso, não trouxe nenhum gravame à Requerente havendo qualquer direito a redação dada ao art. 120, VI, 'b', do Regimento Interno atualmente em vigor (aprovado pela Resolução ANTT nº 5.888, de 2020), acima transcrito. reequilíbrio.

VII.4. Portaria nº 28/2019

535. A Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT (Doc. RDA-090), que revisa as Diretrizes para Elaboração de Estudos e Projetos de Rodovias no âmbito da SUINF (atual SUROD), tem como objetivo tão somente *“sistematizar os procedimentos para elaboração de estudos e projetos de rodovias concedidas, sem aprofundamento e esgotamento da matéria, uma vez que a ANTT adota os manuais e normativos já consagrados sobre o tema”* (cf. art. 2º, §1º da citada Portaria).

536. Ademais, conforme se observa do art. 2º, §2º da referida Portaria, a mesma expressamente consigna que *“não gera novas despesas para as concessionárias, pois trata-se de padronização dos documentos e informações a serem apresentados, considerando as obrigações contratuais”*.



537. Por mais que a Requerente estimule a ideia de imposição a novas obrigações tal assertiva não se sustenta. Exemplo disso, é insistir que os instrumentos normativos e de orientação praticados pela ANTT não se mostrariam aptos a manter o cronograma de obras, manutenção e preservação do trecho concedido.

538. A fixação de metas, prazos e o fornecimento de informações que auxiliem em estudos e projetos voltados a melhoria do tráfego e segurança do sistema rodoviário a ser apresentado pela VIABAHIA não constituem por si só novas obrigações impostas a título de condicionantes extracontratuais.

539. Logicamente, o fomento de rotinas, requisitos a serem seguidos e prazos têm como premissa a preservação dos exatos termos contratuais, convergentes nas noções de capacidade técnica e financeira que se espera da Requerente na qualidade de vencedora do processo licitatório e contratada.

540. Desse modo, não há que se falar em qualquer ilegalidade da referida Portaria.

VII.5. Da impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro face à edição das Portarias nº 184/2018 e nº 29/2018

541. Em que pese já ter sido apontado nos itens anteriores que as Portarias nº 184/2018 e nº 29/2018 não trouxeram obrigações adicionais a ensejar reequilíbrio econômico financeiro do contrato, mas limitaram-se a estabelecer diretrizes e procedimentos para dar integral cumprimento a obrigações as quais já estaria vinculada por contrato, cabe neste momento aprofundar essa discussão.

542. A Portaria n. 184/2018 foi editada para dar cumprimento ao dispositivo da Lei nº 10.233/2001, que disciplina a preservação ambiental e o transporte de cargas perigosas. Senão vejamos:

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:
(...)



V - promover a adoção de práticas adequadas de conservação e uso racional dos combustíveis e de preservação do meio ambiente;

Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT:

(...)

VII - o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

XIV - estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

(...)

III - modo, forma e condições de exploração da infraestrutura e da prestação dos serviços, inclusive quanto à segurança das populações e à preservação do meio ambiente;

Art. 37. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:

I - adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a preservação do meio ambiente;

II - responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar todos e quaisquer danos decorrentes das atividades contratadas, devendo ressarcir à Agência ou à União os ônus que estas venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

III - adotar as melhores práticas de execução de projetos e obras e de prestação de serviços, segundo normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor.

543. Dessa forma, a observância dos padrões do Plano de Gerenciamento de Risco - PGR e do Plano de Ação de Emergência - PAE estabelecidos pela Portaria nº 184/2018 (Doc. RDA-089) decorrem das seguintes normas contratuais:

Contrato de Concessão

13 Prestação de Informações

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



(...)

13.1.3 de acordo com regulamentação da ANTT, apresentar à ANTT, na periodicidade por ela estabelecida, relatório com informações detalhadas sobre:

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

(ii) o estado de conservação do Sistema Rodoviário;

(iii) a qualidade ambiental ao longo do Sistema Rodoviário, bem como impactos ambientais decorrentes da execução das obras e dos serviços previstos no Contrato;

(iv) a execução das obras e dos serviços da Concessão;

(v) o desempenho de suas atividades, especificando, dentre outros, a forma de realização das obras e da prestação dos serviços relacionados ao objeto do Contrato, os resultados da exploração do Sistema Rodoviário, bem como a programação e execução financeira;

(vi) os Bens da Concessão, incluindo descrição do seu estado e valor;

13.4 Os relatórios, documentos e informações previstos nesta cláusula deverão integrar bancos de dados, em base eletrônica, conforme padrão mínimo determinado pela ANTT, a qual será assegurado acesso irrestrito, em tempo real.

14 **Fiscalização pela ANTT** e Segurança no Trânsito

14.1 **Os poderes de fiscalização da execução do Contrato serão exercidos pela ANTT**, diretamente ou mediante convênio, que terá, no exercício das suas atribuições, livre acesso, em qualquer época, aos dados relativos à administração, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros da Concessionária, assim como aos Bens da Concessão. (Grifado)

544. Para entender o contexto normativo de gestão ambiental a que está atrelada por contrato a Requerente é preciso ainda destacar principalmente os itens 7.1 e 7.2 do PER (Doc. RDA-003), que fulmina o pedido de novos serviços considerando que verdadeiramente decorre de expediente de fiscalização e prevenção de acidentes; logo, impassível de ajustes no Contrato de Concessão:

Programa de Exploração da Rodovia - PER

7. GESTÃO AMBIENTAL DO SISTEMA RODOVIÁRIO

7.1 **A Concessionária deverá observar e cumprir, às suas expensas**, a legislação ambiental vigente, incluindo eventuais providências exigidas pelos órgãos ambientais competentes, nos níveis federal, estadual e municipal.



Isto inclui as instruções de serviço, normas, regulamentos e resoluções, tais como Instruções e Procedimentos do DNIT, Base Legal adotada pelo IBAMA e pelos Órgãos Ambientais Estaduais e Municipais, Leis Federais, Estaduais e Municipais de Meio Ambiente, Portarias, Resoluções do CONAMA e Resoluções da ANTT.

(...)

7.12 O Sistema de Gestão Ambiental deverá conter um Plano de Gerenciamento de Risco - PGR e um Plano de Ação de Emergência - PAE para o transporte de produtos perigosos, que deverão ser elaborados sob a orientação dos Órgãos Ambientais Federal, Estaduais e Municipais com jurisdição sobre o trecho concedido, e deverão ser apresentados à ANTT para aceitação.

545. Assim, repise-se, **não há que se falar em reequilíbrio contratual, dado que estamos diante de mero cumprimento de normas de fiscalização e de prevenção de acidentes ambientais e de segurança de transporte de cargas perigosas que devem constar do Sistema de Gestão Ambiental, obrigação esta que a "Concessionária deverá observar e cumprir, às suas expensas" (item 7.1 do PER).**

546. No tocante à Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT (Doc. RDA-090), os estudos e projetos relacionados às outorgas de competência da ANTT estão assim previstos na Lei nº 10.233/2001:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas;

Art. 37. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:

I - adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a preservação do meio ambiente;

II - responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar todos e quaisquer danos decorrentes das atividades contratadas, devendo ressarcir à Agência ou à União os ônus que estas venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

III - adotar as melhores práticas de execução de projetos e obras e de prestação de serviços, segundo normas e procedimentos técnicos e



científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor.

547. Nesse aspecto, estabelece o Contrato de Concessão (RDA – 001):

6.1 A Concessionária deverá elaborar e manter atualizados os projetos das obras e dos serviços da Concessão, que deverão atender integralmente ao disposto no PER.

6.2 A Concessionária deverá submeter os projetos para a aceitação pela ANTT antes da data do início da execução das obras e investimentos em questão, de acordo com a regulamentação vigente, de forma a assegurar o cumprimento do PER, devidamente acompanhados, quando for o caso, de estudos e pareceres de consultores independentes e das aprovações das demais autoridades competentes.

6.3 A ANTT poderá acompanhar a elaboração dos projetos, podendo solicitar esclarecimentos ou modificações caso entenda haver desconformidade com o estabelecido no PER ou com a regulamentação vigente.

6.4 A aceitação dos projetos pela ANTT, a resposta às consultas feitas pela Concessionária à ANTT e os esclarecimentos ou modificações solicitadas pela ANTT à Concessionária não alterarão, de qualquer forma, a alocação de riscos prevista no Contrato.

548. Seguindo o mesmo raciocínio, não há que se falar em reequilíbrio contratual dado que a Portaria nº 28/2019 limita-se a disciplinar a forma por meio da qual se dará o fornecimento de dados da concessionária para a elaboração de estudos e projetos para o melhoramento do sistema rodoviário.

549. Diante do exposto, requer sejam julgados improcedentes os pedidos da Concessionária relativos a qualquer reequilíbrio econômico financeiro decorrente da aplicação das portarias questionadas no presente processo arbitral, por não terem esses



atos normativos provado qualquer desequilíbrio econômico financeiro no contrato da Requerente, conforme demonstrado anteriormente.

VII.6. Portaria nº 216/2019

550. A Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT (Doc. RDA-091) estabelece apenas a *"sistemática para fiscalização dos investimentos das concessões de infraestrutura rodoviária, contemplando as seguintes etapas: análise do planejamento anual, acompanhamento da execução dos investimentos previstos no planejamento anual, efeitos ordinários da não execução dos investimentos no ano concessão e aplicação de penalidades"* (artigo 1º).

551. Nesse sentido, o art. 2º da referida Portaria prevê:

Art. 2º. Em no mínimo 40 (quarenta) dias antes do término do ano concessão, as Concessionárias deverão apresentar às respectivas Coordenações de Exploração da Infraestrutura Rodoviária - COINF, para análise e avaliação, a proposta de Planejamento Anual dos investimentos, contendo as obras e serviços previstos no ano concessão subsequente, conforme modelo estabelecido no Anexo I.

552. Por outro lado, consta do item 2.2.1 do Programa de Exploração da Rodovia - PER:

2.2.1. São obras e serviços cuja data de conclusão ou implantação deverá ocorrer até o ano determinado pela ANTT. Compreendem as obras de ampliação de capacidade, melhorias físicas e operacionais, recuperação emergencial da Ponte Cândido Sales, sistemas de operação e sistema de arrecadação de pedágio.

553. Uma simples leitura mostra que os textos acima não são incompatíveis entre si, pois o primeiro trata da apresentação do Planejamento Anual dos investimentos das



obras e serviços previstos no ano concessão subsequente, enquanto o segundo cuida da data de conclusão das obras e serviços.

554. Pedir o afastamento da incidência da Portaria nº 216/2019 porque a Requerente não consegue fazer o planejamento eficiente dos seus investimentos só reforça a necessidade das normas produzidas pela ANTT que visam garantir um mínimo de planejamento das obrigações que a Concessionária deve cumprir anualmente, especialmente no presente caso em que a VIABAHIA atinge patamares superiores a 95% (noventa e cinco por cento) de inexecução contratual, nos termos da Nota Informativa SEI nº 181/2020/NAM/DG/DIR (Doc. RDA-030) .

555. Além disso, se afastada a norma por completo como pretende a Requerente em seu pedido genérico, aí sim haveria enorme insegurança jurídica no que tange aos procedimentos, prazos e requisitos técnicos relacionados com a prestação de contas dos investimentos e execução de obras e serviços por parte da VIABAHIA.

556. Dessa forma, conforme demonstrado, os pedidos da Concessionária relativos à Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT devem ser julgados improcedentes, pelos motivos expostos acima.

VII.7. Ofício Circular nº 011/2018/SUINF

557. O Ofício Circular nº 011/2018/SUINF (Doc. RDA-092) , teve por objeto cientificar as concessionárias de rodovias federais concedidas sobre a implantação de um novo sistema de custos (Sistema de Custos Referenciais de Obras - SICRO) pelo DNIT, segundo o qual *“os itens atinentes a administração local e canteiro de obras passaram a ser disciplinados com base em metodologia específica e analítica, afim de figurarem como composições de preços unitários integrantes do custo do empreendimento, em detrimento da classificação como despesa (no BDI) conforme anteriormente se determinara, sobremaneira no que condiz à administração local.”*



558. Contudo, percebeu-se que a metodologia para remuneração dos custos vinculados à administração local e canteiro de obras de forma analítica foi amplamente estudada pelo DNIT para obras comumente executadas por aquela autarquia, **todavia, no âmbito das concessões, a aplicação da metodologia do DNIT em obras pontuais e de pequeno porte resultariam em sobrepreços.** Em outras palavras resultaria em enriquecimento ilícito por parte da concessionária as custas dos usuários do serviço.

559. Com isso, visando estabelecer parâmetros que remunerem de forma adequada a administração local e o canteiro de obras das diversas tipologias de obras descritas no parágrafo 3º do Ofício Circular nº 011/2018, a ANTT firmou junto ao Laboratório de Transportes e Logística da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC o Termo de Execução Descentralizada - TED nº 003/2018 (Doc. RDA-112) , com atenção voltada ao no Objeto 5 do TED que está sendo elaborado nova metodologia de custos de canteiro de obras e administração local para obras de menor complexidade que não se adequem à metodologia do 'novo' Sistema de Custos Referenciais de Obras - SICRO.

560. Até a finalização dessa nova metodologia, decidiu-se pela adoção dos percentuais que já eram aplicados anteriormente pela SUINF (atual SUROD), conforme pode ser observado mediante a Portaria nº 247/2014 (Doc. RDA-098) , remunerando os novos investimentos a um preço justo, partindo-se ainda da premissa da necessidade de manutenção das condições iniciais da proposta.

561. Veja-se, no ponto, que a Nota Técnica nº 362/2014/SUINF (Doc. RDA-139), datada de 18/11/2014, trazia uma fundamentação técnica para a adoção do percentual de 2,83% sobre o preço de venda (para custear a instalação do canteiro de obras) e o percentual de 6,99% do custo direto da obra (para custear a Administração Local, incluindo a manutenção do canteiro e acampamentos, conforme o SICRO).

562. Nesse sentido, destaca-se que o Ofício SEI nº 12209/2020/GEENG/SUROD/DIR-ANTT (Doc. RDA-100) demonstrou **não haver uma incidência direta do Decreto nº 7.983/2013**, ao caso, eis que estabelece *“regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados **com recursos dos orçamentos da União**”*.



563. Ademais, lembra-se que, para elaboração de orçamentos de novas obras, conforme preconiza os itens i e ii da Subcláusula 20.7.1 do Contrato de Concessão (RDA-001), a Requerente deve seguir os regulamentos estabelecidos pela Agência, *in verbis*:

20.7 Projeto Básico para novos Investimentos

20.7.1 Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANTT e não previstos no Contrato, a ANTT poderá requerer a Concessionária, previamente ao processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a elaboração do projeto básico das obras e serviços, considerando que:

(i) **o referido projeto básico deverá conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANTT sobre o assunto;**

(ii) **a ANTT estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.**

(...)

14 Fiscalização pela ANTT e Segurança no Trânsito

(...)

14.4 A fiscalização da ANTT documentará as ocorrências apuradas nas fiscalizações, encaminhando-as formalmente a Concessionária para regularização das faltas ou defeitos verificados.

(...)

14.4.2 A violação pela Concessionária de preceito legal, contratual ou de Resolução da ANTT, implicará na lavratura do devido auto de infração, na forma regulamentar. (Grifado)

564. Atualmente está em vigor a Resolução ANTT nº 3.651, de 2011, que prevê em seu art. 3º a utilização de alguns critérios para definição do valor das obras e serviços resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio. Há nesse dispositivo referência à possibilidade de utilização de outros sistemas oficiais de composição de custos.

565. No caso, entendeu-se por adotar um sistema de composição de custos que vinha sendo adotado amplamente por essa Agência até que uma nova metodologia venha a



ser aplicada, eis que os referidos itens não poderiam ser orçados com base nos manuais e composições referenciais do SICRO. E mais: conforme apresentado na Nota Técnica nº 362/2014/SUINF, o valor veio pautado em precedentes do Tribunal de Contas da União, tanto no que diz respeito ao percentual para custos com a Administração Local como para o canteiro de obras:



20. Portanto, na atual conjuntura, é aceitável, até que a Administração possua normativo que norteie de maneira cabal a elaboração e análise de composições de preços unitários correlatas, **adotarem-se as atuais referências percentuais do TCU para balizar os custos diretos de administração local fora do BDI**. Entre a manutenção do percentual no BDI, ou a adoção de valores decorrentes do levantamento estatístico do Acórdão TCU n.º 2622/2013, sintetizado no Quadro 06 anteriormente exposto, prefere-se esta última alternativa, por melhor refletir a realidade de obras. O caso inclusive se coaduna em ordem de grandeza com o valor médio de 7,5% decorrente da pesquisa SICRO3. **Trata-se de uma medida paliativa, frise-se, a fim de provisoriamente remunerar mais adequadamente tais custos.**

25. Em vista do caso, procedeu-se à análise estatística com base nas obras rodoviárias do DNIT para que se checassem os limites ora praticados, apesar de se reconhecer que melhor seria realizar levantamento de campo nos trechos concedidos, o que, contudo, não é possível no presente. Neste ponto, conforme evidenciado no parágrafo anterior deste documento, é fundamental destacar que **os dados estatísticos de mobilização e desmobilização melhor se coadunam com a realidade da Agência**, em detrimento dos dados de canteiro de obras, baseados no modelo para áreas em geral rurais do DNIT.

26. A amostra contou com 70 obras. Observaram-se tanto os dados de canteiro de obras quanto os de mobilização/ desmobilização que, na amostra coletada, estão separados, diferentemente da parcela de 3,37% ora praticada pela ANTT.

27. Com isso, separados os quartis, procedeu-se de maneira análoga ao estudo do TCU para administração local (item 2.1 anterior).

28. Por isso, e conforme será mais bem detalhado no item 2.3 seguinte, uma vez que se recomenda a separação da mobilização/ desmobilização (tratando-a de forma analítica, não mais paramétrica) do item canteiro de obras, **descontou-se** dos 3,37% o valor médio do 2º quartil obtido para mobilização/ desmobilização, restando o percentual de 2,79% sobre o custo direto, exclusivo para canteiro de obras.

29. Deve-se ainda ressaltar que o montante decorrente da soma da parcela média para o canteiro de obras com a de mobilização/ desmobilização, ambas dos dois estudos estatísticos realizados, coincide com os 3,37% adotados pela Agência.

30. **Desta forma, sugere-se dissociar o canteiro de obras da mobilização e desmobilização, adotando-se o percentual exclusivo de 2,80% sobre o custo direto para o primeiro.**

566. Diante do exposto, os pedidos de declaração de inaplicabilidade do Ofício Circular nº 011/2018/SUINF, assim como, da Portaria nº 028/2019/SUINF/ANTT, ao Contrato, devem ser julgados improcedentes.



VII.8. Resolução nº 5.859/2019

567. A Requerente alega, em síntese, a inaplicabilidade da Resolução nº 5.859/2019 (Doc. RDA-093), face a uma suposta impertinência e caráter restritivo ao disposto na Cláusula 16.5.1 do Contrato (RDA-001) e, subsidiariamente, requer a este Tribunal Arbitral que não determine a aplicação retroativa da referida Resolução (vide item 5, do Caderno V, da II. Parte Especial de suas Alegações Iniciais).

568. Ao longo deste item será reforçado o argumento já deduzido anteriormente no sentido de que os atos normativos editados por essa Agência tem por finalidade integrar os contratos, na medida em que será demonstrado que: **(ii)** a edição da Resolução n.º 5.859/2019 não alterou a Cláusula 16.5.1 do Contrato, **(iii)** observou todo o regramento inerente a edição de atos normativos, inclusive com a realização de Audiência Pública nº 5/2019¹⁴ **(iv)** não se trata de aplicação retroativa da Resolução n.º 5.859/2019, mas de aplicação imediata.

VII.8.1. Da integração do contrato de concessão com a edição da Resolução nº 5.859/2019

569. A Requerente alega de forma genérica que a Resolução n.º 5.859/2019 teria “contrariado as peculiaridades da Revisão Quinquenal e seu escopo, ignorando e, em boa medida, contrariando as peculiaridades da Revisão Quinquenal prevista no Contrato a ponto de esvazia-la” (§ 95 da Petição 5 da Requerente – Alegações Iniciais – II. Parte Especial – Caderno V), sem esclarecer em que medida a Resolução seria contraditória com a cláusula contratual 16.5.1. que trata da revisão quinquenal.

570. A compreensão desta Agência em relação a concepção das revisões quinquenais restou assentada no item III.2.2. Revisão Quinquenal, de maneira que o presente item



se limitará a demonstrar que a Resolução teve por finalidade integrar o contrato de concessão.

571. A cláusula 16.5.1 do contrato de concessão (RDA – 001), assim dispõe:

16.5.1 Revisão quinquenal é a revisão que será realizada pela ANTT a cada 5 (cinco) anos, com intuito de reavaliar a Concessão em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato.

(grifamos)

572. Percebe-se da leitura da referida cláusula que ela não especifica como se dará a realização da revisão quinquenal, indicando apenas o seu objetivo (reavaliar a concessão), a sua periodicidade (a cada 5 anos) e as premissas (preservação da alocação de riscos e das regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pactuadas originalmente). **Nenhum dispositivo da Resolução n.º 5.859/2019 altera esse disciplinamento contratual.**

573. Com efeito, o levantamento das necessidades de adaptação do sistema rodoviário pela Superintendência (Seção I do Capítulo II da Resolução), a apresentação de proposta pela concessionária especificando os documentos indispensáveis a análise (Seção II do Capítulo II da Resolução), a adoção do método multicritério (Seção III do Capítulo II da Resolução), a atualização e complementação de estudos pela concessionária (Seção IV do Capítulo II), a análise das contribuições obtidas no Processo de Controle e Participação Social (Seção V do Capítulo II), e a recomposição e deliberação pela Diretoria Colegiada (Seção VI do Capítulo II) não trazem nenhuma disciplina que entre em choque com a cláusula contratual.

574. A aplicação de método multicritério de apoio à tomada de decisão, cuja técnica é consagrada na literatura científica, foi adotada por esta Agência não apenas como forma de aprimoramento regulatório, como também para atender às recomendações do Tribunal de Contas da União - TCU acerca da falta de critérios de inclusão e exclusão de obras em alguns casos auditados.



575. No que se refere especificamente a recomposição do reequilíbrio, o que o objetivo do art. 18, §3º da Resolução n.º 5.859/2019 (Doc. RDA-093), mencionada pela Requerente, é tornar os valores estimados mais próximos dos valores definitivos do projeto executivo mitigando o grau de imprevisibilidade sobre o impacto definitivo do proposta na tarifa. Em sendo a Requerente diligente ao apresentar a sua proposta nos termos do art. 7º da Resolução o percentual de 30% certamente não será ultrapassado, de maneira que não haverá qualquer impacto no cálculo da recomposição do reequilíbrio decorrente de eventual revisão quinquenal.

576. Quanto a exigência do EVTEA, também previsto no art. 7º, importante destacar que será exigível em obras de grande vulto ou quando solicitado pela ANTT. Assim, apenas em casos cuja especificidade e complexidade da obra justificarem será exigido tal requisito.

577. **Feitos esses esclarecimentos, sem violar qualquer cláusula contratual, a norma tem por finalidade estabelecer procedimento uniforme para apreciação dos pleitos de revisão quinquenal no âmbito desta ANTT, em prestígio, por exemplo, aos princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.**

578. Comprova-se, portanto, que a norma impugnada não altera o contrato de concessão, ao contrário, exerce uma função integradora face a incompletude que lhe é inerente.

VII.8.2. Da legalidade da edição da Resolução nº 5.859/2019

579. Um segundo ponto que merece refutação refere-se a suposta ilegalidade da norma, especialmente no que se refere a alteração da minuta submetida à audiência pública.

580. O processo de participação e controle social desta Agência encontra-se regulamentado pela Resolução n.º 5.624/2017 (Docs. RDA-135 e RDA-136) e dispõe:

Art. 6º O Processo de Participação e Controle Social tem por objetivos:



- I - fomentar ou provocar a efetiva participação das partes interessadas e da sociedade em geral;
- II - recolher subsídios para o processo decisório da ANTT;
- III - oferecer aos agentes econômicos, sociedade e usuários dos serviços e das infraestruturas de transportes terrestres administrados pela ANTT um ambiente propício ao encaminhamento de seus pleitos e sugestões relacionados à matéria objeto do processo;
- IV - identificar, de forma ampla, todos os aspectos relevantes à matéria objeto do processo; e
- V - dar publicidade à ação regulatória da ANTT.

581. Ora, se o objetivo do processo de participação e controle social é justamente obter subsídios que possam contribuir para tomada de decisão da Diretoria Colegiada, é óbvio que a minuta levada a audiência pública não somente pode, como é natural que deva sofrer alterações. Se tal fenômeno não ocorre poder-se-ia cogitar que essa etapa seria meramente formal não contribuindo na tomada de decisão.

582. Por certo, é de competência exclusiva desta Diretoria Colegiada - na qualidade de órgão de deliberação máxima desta Agência, editar Resoluções - de maneira que após as contribuições e realizados eventuais ajustes a nova minuta é submetida a sua aprovação.

583. Assim, diferentemente do que pretende fazer prevalecer a Requerente, é comum e recomendável que a minuta levada a audiência pública sofra melhoramentos e ajustes.

584. Voltando-se ao caso específico da Resolução n.º 5.859/2019, o relatório final da audiência pública n.º 5/2019 (Doc. RDA-103), apresentou justificativa para alteração da redação do art. 19 e art. 25, nos seguintes termos:

(...)	(...)
Art. 19 – vigência da Resolução	Considerando as justificativas da contribuição e o disposto na Portaria 127, de 17 de abril de 2019, Art. 2º, inciso VII, "Considerar apenas os efeitos Ordinários de tarifa de pedágio conforme previsto pela Resolução nº 675, de 4 de agosto de 2004, salvo alterações no Programa de Exploração por inclusão, exclusão ou alterações de obras e serviços, autorizados pela ANTT, em caráter excepcional ou em regime de emergência, até que seja definido método para a inclusão de novos investimentos em rodovias federais concedidas", o prazo de transição foi excluído da resolução. No entanto, para adaptações da ANTT e das concessionárias em razão da nova sistemática das revisões quinquenais, foi previsto um prazo de 120



	<p>dias para adaptação das revisões quinquenais já entregues à ANTT e início do procedimento descrito na resolução. <u>Entende-se que a eliminação do período de 24 meses a partir da data de publicação que dispensaria a aplicação do modelo de qualificação é mais um incentivo às concessionárias a cumprirem adequadamente seus contratos para elevar os níveis de execução.</u> Caso a concessionária não se qualifique para o presente quinquênio, torna-se necessário por parte dela um planejamento mais rigoroso para melhoria da qualificação para o próximo período de revisão quinquenal. (...)</p>
(...)	(...)
Art. 24 e 25 – conceito de revisão extraordinária e seu reequilíbrio econômico-financeiro.	<p>De forma a deixar mais claro o conceito de revisão extraordinária e a alocar em resolução mais adequada o método definido previsto no art. 24 da minuta e resolução submetida à AP, para reequilíbrio de obras e serviços no âmbito de revisão extraordinária, os art. 24 e 25 foram adaptados, passando a vigorar o seguinte texto:</p> <p><i>“Art. 24. O art. 2º-A da Resolução ANTT nº 675, de 4 de agosto de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Art. 2º-A. Nas revisões extraordinárias serão consideradas as repercussões:</i></p> <p><i>I - decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, caso fortuito, fato da Administração, fato do príncipe ou alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, em caráter emergencial, ou da ocorrência de outras hipóteses previstas expressamente no contrato de concessão;</i></p> <p><i>II - que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária, ou que comprometam ou possa comprometer a solvência da Concessionária e/ou continuidade da execução/prestação dos serviços previstos neste Contrato.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Art. 25. O art. 2º, parágrafo único, da Resolução ANTT nº 3.651, de 7 de abril de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Art.2º</i></p> <p><i>Parágrafo único. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, relativa à inclusão de obras e serviços no âmbito de revisão extraordinária, inclusive os custos relacionados, somente poderá ser realizada na revisão ordinária subsequente à conclusão da obra ou serviço.</i></p> <p>(...)</p>

585. No mesmo sentido, o Relatório à Diretoria n.º 897/2019 (Doc. RDA-102) apresentou extensa argumentação a respeito da proposta:



2. PROPOSIÇÃO E JUSTIFICATIVA

III.1 Dos aspectos técnicos da Minuta

O processo de revisão contratual tratado refere-se à revisão quinquenal, nos termos da Resolução nº 675/2004 e suas alterações, restrito à inclusão, exclusão, alteração e reprogramação de obras e serviços do PER.

Sobre o escopo definido, vale ressaltar que as alterações das obrigações do PER, relativas às obras e serviços, em períodos distintos daqueles previstos nas revisões quinquenais, bem como outros aspectos das revisões quinquenais que não estão relacionados às obras e serviços, serão tratados em outras resoluções da ANTT. No entanto, propõe-se harmonizar o disposto em outras resoluções da ANTT, que tratam das alterações do PER, com os procedimentos propostos no presente trabalho.

No âmbito da aplicação, propõe-se que não seja analisada proposta de revisão quinquenal, nas seguintes hipóteses:

- quando existente decisão da Diretoria que proponha ao Poder Concedente a decretação de caducidade;
- que se refira a inclusões e alterações de obras e serviços nos contratos de concessão de rodovias com início previsto nos últimos 5 (cinco) anos do prazo da Concessão; ou
- que se refira a obras e serviços previstos em Termos de Ajustamento de Conduta – TAC.

No caso da análise da proposta de revisão quinquenal, após um estudo detalhado acerca do fluxo de informações e procedimentos, definiu-se as etapas a seguir.

a. Levantamento de necessidades e Instauração do processo

Propõe-se que no período que precede a apresentação da proposta de revisão quinquenal pela concessionária, a superintendência competente promova o levantamento preliminar de necessidades relativas à concessão objeto de revisão, considerando o interesse público e as obrigações previstas no contrato de concessão objeto de revisão.

b. Proposta de revisão quinquenal

Caberá à concessionária apresentar a proposta de alteração do PER, no âmbito das revisões quinquenais, no prazo máximo de 22 (vinte e dois) meses antes da data da revisão ordinária do ano respectivo, contemplando o levantamento preliminar de necessidades realizado pela superintendência competente ou justificando, nos casos de discordância quanto às necessidades apontadas.

Com o objetivo de harmonizar os tempos de análise da alteração contratual no âmbito da revisão quinquenal com a tempestividade de sua aprovação, definiu-se as informações e documentos mínimos que a proposta deverá conter.

Destaca-se que na avaliação das propostas de alterações do PER que impactem em aumento de valor referente à obras e serviços (inclusões e alterações) propõe-se utilizar o Método Multicritério para qualificação da concessionária e indicação da ordem de prioridades relativa às obras e serviços.

Propõe-se não aplicar esse Método Multicritério para as reprogramações e exclusões de obras e serviços. No entanto, definiu-se as hipóteses para aprovação dessas alterações:

- A proposta de exclusão de obras e serviços deverá ser fundamentada na inviabilidade técnica ou socioambiental da sua execução tal qual definida no PER;



- A proposta de reprogramação de obras e serviços, em se tratando de postergação de obras e serviços previstas no PER, deve ser fundamentada por necessidade técnica ou socioambiental de sua execução nos termos do cronograma físico financeiro definido no PER;
- A proposta de reprogramação de obras e serviços, em se tratando de antecipação de obras e serviços do contrato, deverá demonstrar a ausência de prejuízo para o cumprimento das demais obrigações previstas no PER, além da comprovação de ausência de impedimento para início da obra.

c. Requisitos para admissão da proposta de revisão quinquenal

Propõe-se que a análise das alterações do PER propostas na revisão quinquenal, à exceção dos processos de exclusão e reprogramação de obras e serviços, deve ser precedida de uma verificação de requisitos que conferirão à concessionária uma primeira qualificação para a revisão quinquenal. Assim, a proposta de revisão quinquenal deve ser acompanhada da declaração de cumprimento desses requisitos, quais sejam:

- regularidade econômico-financeira;
- adesão às melhores práticas de compliance e governança corporativa, nos termos de regulamentação específica;
- inexistência de penalidades decorrentes de decisão administrativa definitiva e não pagas, ressalvados os casos de suspensão judicial;
- inexistência de TAC em andamento com obrigações descumpridas;

Caso a concessionária não cumpra os requisitos no prazo previsto na Resolução, a superintendência competente apresentará proposta à Diretoria da ANTT de arquivamento preliminar do processo de revisão quinquenal.

d. Método Multicritério

Qualificação

Na avaliação das propostas de alterações do PER, relativas às inclusões e alterações de obras e serviços, além da exigência dos requisitos mencionados anteriormente, propõe-se qualificar a concessionária por meio da utilização de Método Multicritério, que considera o nível de execução contratual e o perfil de risco financeiro.

A execução contratual reflete a performance de cumprimento contratual e contempla o grau de cumprimento da execução de obras e serviços obrigatórios, obras condicionadas ao volume de tráfego, quando houver, obras e serviços não obrigatórios, considerando ainda a previsão de obras e serviços para todo o período da concessão.

O perfil de risco financeiro reflete a capacidade financeira da concessionária e indica graus de riscos em caso de aumento de obrigações.

A avaliação da qualificação da concessionária à luz do Método Multicritério proposto parte da obtenção de uma Nota que será confrontada com uma escala de níveis de qualificação, categorizadas em N1, N2, N3 e N4.

O credenciamento da concessionária à inclusão de obras e serviços depende do nível de sua qualificação. Ou seja, quanto maior a Nota da qualificação, mais alto é o nível enquadrado e, conseqüentemente, maiores são os investimentos permitidos para inclusão no PER.

Ressalta-se que não será admitida a inclusão ou alteração de obras e serviços no âmbito da revisão quinquenal quando a qualificação do Método Multicritério indicar nível N4.



Indicação das prioridades de obras e serviços

A indicação da ordem de prioridade das obras e serviços deve levar em conta a pertinência e a essencialidade dos investimentos, aderentes ao interesse público.

Para a análise da ordem de prioridade para a inclusão ou alteração de obra e serviço deverá ser aplicado o Método Multicritério, que considera os seguintes parâmetros:

- a) complexidade de desapropriação;
- b) complexidade do licenciamento ambiental;
- c) influência da obra ou serviço na fluidez do tráfego;
- d) influência da obra ou serviço na melhoria da segurança viária;
- e) capacidade de indução da obra ou serviço de desenvolvimento regional;
- f) tratamento de pontos críticos de travessia e pedestres;
- g) funcionalidade dos retornos.

Uma vez que as obras e serviços são priorizados, torna-se necessário o agrupamento desses investimentos, respeitando a ordem de classificação. Esse agrupamento será feito com base no impacto acumulado na Tarifa Básica de Pedágio - TBP, em relação ao impacto total da carteira de obras e serviços. Esse agrupamento indica que os grupos com maiores notas são investimentos com maior pertinência ao interesse público, haja vista que as notas de cada obra e serviço são baseadas em critérios técnicos relacionados a fatores que buscam refletir as necessidades da sociedade, que serão validadas e atualizadas na etapa de consulta pública.

e. Atualização e Complementação da Proposta de Revisão Quinquenal

Após a análise pela superintendência competente, a proposta de Revisão Quinquenal será reapresentada pela concessionária, com a atualização de todos os documentos e informações apresentados na proposta inicial (projetos funcionais, cronogramas, previsão de impactos na TBP, ficha técnica, etc), em adequação ao resultado da aplicação do Método Multicritério.

f. Análise das Contribuições da Audiência Pública

A proposta atualizada e aprovada pela ANTT das alterações do PER será submetida à audiência pública para validação, pela sociedade, das inclusões, exclusões, alterações ou reprogramação das obras e serviços.

As contribuições recebidas na audiência pública, relacionadas com as alterações e inclusões de obras e serviços serão analisadas sempre com base nos resultados de aplicação do Método Multicritério.

Em casos excepcionais, motivadamente, poderá se alterar a ordem de prioridade das obras e serviços, fundamentada em subsídios colhidos na audiência pública ou por outros fatores não considerados no Método.

Em até noventa dias após a audiência pública, a superintendência competente reavaliará o cumprimento dos requisitos, quando couber, e encaminhará à Diretoria a proposta de revisão quinquenal adequada ao resultado da audiência pública.

g. Deliberação e Recomposição do Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato



Propõe-se que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de todas as obras e serviços propostos na revisão quinquenal, somente poderá ser realizada na revisão ordinária subsequente à conclusão da obra ou serviço.

Da mesma forma, os custos relacionados às inclusões e alterações de obras e serviços somente serão reequilibrados na revisão subsequente à conclusão da obra, exceto os custos referentes à desapropriação, licenciamento ambiental, projetos executivos e EVTEA, os quais serão considerados para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato na revisão ordinária subsequente à aprovação, pela ANTT, da prestação de contas, respeitados os procedimentos definidos em regulamentação específica.

Outro aspecto a ser destacado refere-se ao valor das obras e serviços estimados com base nos projetos funcionais, considerados para estimar o impacto na TBP na proposta de revisão quinquenal. Tendo em vista as incertezas inerentes a esses projetos, admitir-se-ão diferenças de até 30% entre esses valores estimados e aqueles obtidos com base nos respectivos projetos executivos aprovados, ficando por conta e risco da concessionária eventuais excedentes verificados após a conclusão da obra ou serviço. Ou seja, serão desconsiderados os valores eventualmente maiores, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, com intuito de melhorar a qualidade do serviço prestado pelas concessionárias de rodovias, propõe-se que, após sessenta meses da vigência da Resolução, considere-se parâmetros de qualificação mais rigorosos.

586. Referido relatório foi submetido a Diretoria Colegiada tendo sido lavrado o VOTO DEB n.º 361/2019 (Doc. RDA-104), que pautado na fundamentação constante no Relatório à Diretoria n.º 897/2019, por meio da Deliberação n.º 1.033/2019 (Doc. RDA-137) aprovou o referido Relatório da Audiência Pública nº 005/2019 e a minuta de Resolução que dispõe sobre o procedimento de inclusão, exclusão, alteração e reprogramação de obras e serviços previstos no Programa de Exploração da Rodovia, no âmbito das revisões quinquenais das concessões de rodovias federais reguladas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres.

587. Demonstrou-se, portanto, que a elaboração da Resolução n.º 5.859/2019 foi editada em estrito cumprimento aos requisitos legais e normativos que regem a matéria, não subsistindo qualquer alegação de ilegalidade.

VII.8.3. Da aplicação imediata da Resolução ANTT nº 5.859/2019



588. Devidamente demonstrado que a Resolução n.º 5.859/2019, não alterou as bases contratuais, ao contrário, integrou a cláusula 16.5.1 do Contrato (RDA-001), e que foi editada em estrita observância aos preceitos legais e normativos que regem a matéria, cabe neste último tópico debruçar-se sobre a aplicação imediata da referida Resolução.

589. Diferentemente da tese da Requerente que pretende escusar-se de cumprir a norma sobre o argumento de retroatividade, fato é que não se trata de conferir a norma efeito retroativo, mas, ao contrário, conferir-lhe aplicação imediata.

590. Por certo, não constando na norma nenhuma previsão expressa de transitoriedade, ao contrário, a norma prevê expressamente a sua aplicação imediata:

Art. 19. O processo de revisão quinquenal somente será instaurado a partir de 120 (cento e vinte) dias contados da data de publicação desta Resolução.

§1º As propostas de revisão quinquenal recebidas pela Superintendência competente **e ainda não aprovadas pela Diretoria Colegiada, na data de publicação desta Resolução, deverão ser devolvidas às concessionárias, para adequação aos termos desta Resolução.**

Grifamos

591. Assim, aplica-se a regra geral do ordenamento jurídico de produção de efeitos imediatos da norma a partir de sua vigência. Nessa aplicação imediata da norma, é certo que deverão ser respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, “ex vi” do art. 6º da LINDB:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

(Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.



(Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

(Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

592. Todavia, considerando que ao competência para aprovar reajustes e revisões das tarifas de pedágio é da Diretoria Colegiada (cf. art. 24, VII da Lei n.º 10.233/2001 e art. 3º, VIII do Anexo I ao Decreto n.º 4.130/2002), bem como o parágrafo único do art. 3º da Resolução ANTT nº 1.187, de 2005, condiciona as alterações do PER à necessidade de prévia autorização da Diretoria colegiada desta Agência, **nenhum direito se adquire à revisão tarifária e alterações no PER decorrente de revisão quinquenal antes da deliberação do órgão máximo desta Agência.**

593. Assim, **processos de revisão quinquenal em curso**, isto é, todos aqueles em que não tenha havido decisão da Diretoria Colegiada, nos estritos termos do art. 19, § 1º da Resolução n.º 5.859/2019 **não ficam imunes à vigência de novas normas regulatórias que imponham requisitos ou condições para a sua ocorrência.** Vigora aqui, o princípio da ausência de direito adquirido a regime jurídico regulatório.

VIII – PLEITOS DE INCLUSÃO/EXCLUSÃO DE INVESTIMENTOS

594. Na presente seção, serão abordados os pleitos de reequilíbrio trazidos pela Requerente na **Petição 5 da Requerente - Alegações Iniciais - II. Parte Especial - Caderno VI.**

595. Todos os pleitos formulados nesta seção têm um ponto em comum. A Concessionária pretende diversas alterações unilaterais às avessas, ou seja, pede que este Tribunal determine a alteração do contrato para inclusão de novos investimentos. Assim o faz sob fundamento de buscar atender aos usuários da rodovia, o que, conforme será demonstrado, não corresponde à verdade.

596. Deliberadamente, a **Requerente** não traz para os autos algumas complexidades relativas à inclusão de novos investimentos em contratos de concessão rodoviária, já há



muito apontadas pelo **Tribunal de Contas da União – TCU**, e que serão trazidas a seguir, antes de adentrar nos pleitos individuais das obras.

VIII.1. Inclusão de novos investimentos – ponderações do TCU e tentativas de aperfeiçoamento

597. Em contratos de longa duração como as concessões rodoviárias, é natural que a avença já contemple a possibilidade de alterações com vistas a promover as **adequações** necessárias à prestação de um **serviço adequado**. Como o **Contrato de Concessão** promove uma delegação de cometimentos públicos, a **prerrogativa** de avaliar a necessidade e efetivar essas alterações é reservada ao **ente público**.

598. No caso do contrato celebrado com a **Concessionária ViaBahia** (RDA-001) não é diferente. Há previsão expressa da alteração de encargos pelo **Poder Concedente**, na **subcláusula 19.1.3. (v)**:

19.1.3 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(v) alteração, pelo Poder Concedente, dos encargos atribuídos à Concessionária no Contrato, incluindo as obras ou serviços descritos no PER;

599. Veja que a previsão é de alteração, pelo **Poder Concedente**, não pela **Concessionária**. Justamente porque cabe ao ente público avaliar a conveniência e oportunidade dessa inclusão de obras.

600. Sob a ótica procedimental, essas inclusões serão efetivadas nas chamadas revisões extraordinárias e quinquenais, sempre com preferência pela última, uma vez que se trata de uma reavaliação mais ampla da adequação do contrato às necessidades



do usuário e garante a participação e controle social, a teor do disposto na **Resolução ANTT nº 675/2004** (Doc. RDA-010):

Art. 2º - B (...)

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 5172/2016/DG/ANTT/MTPA)

601. Por sua vez, nas revisões extraordinárias, como o próprio nome sugere, são incluídas obras ou promovidas alterações contratuais em geral sempre que houver um **componente de urgência** (questões prementes de segurança, por exemplo), **que não possam aguardar as revisões quinquenais**.

602. Esse é o cenário mais geral acerca da inclusão de novos investimentos no **Contrato de Concessão**. De um lado, a **força obrigatória dos contratos** (*pacta sunt servanda*) e a vinculação ao instrumento convocatório (art. 14 da Lei nº 8.987/93) demandam uma estabilidade da avença. De outro, o arcabouço normativo traz alguma **flexibilidade** para que o **Poder Concedente** possa fazer as adaptações que entender necessárias para que o serviço possa ser prestado de forma adequada aos usuários.

603. Nos **Contratos de Concessão** há ainda outro detalhe fundamental. Ao contrário do que ocorre nas contratações comuns regidas pela Lei nº 8.666/93, nem o contrato nem a lei nº 8.987/93 trazem uma **limitação quanto ao montante das alterações**. Isso representa um **risco de uma completa desnaturação do objeto contratual originalmente pactuado**, o que poderia ser interpretado como uma **burla à licitação**.

604. Também não pode ser desconsiderada a forma como ocorre a precificação desses novos investimentos, que se dá por meio da metodologia prevista no contrato sob a denominação de **Fluxo de Caixa Marginal – FCM**:



20.5.1 O processo de recomposição, para as hipóteses de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, considerando (i) os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição e (ii) os fluxos das receitas marginais resultantes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

20.5.2 Os fluxos dos dispêndios e das receitas marginais referidos na subcláusula 20.5.1 acima serão descontados pela taxa obtida mediante utilização da fórmula seguinte:

$$\frac{(1 + TJLP + 8\%)}{(1 + \pi)} - 1$$

onde (i) π equivale à meta para a inflação fixada pelo Conselho Monetário Nacional para o ano em que ocorreu a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e (ii) a TJLP adotada no cálculo será a vigente na data da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

20.5.3 Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.

20.5.4 Para fins de determinação dos fluxos das receitas marginais em que seja necessário adotar uma projeção de tráfego, será utilizado o seguinte procedimento em duas etapas:

- (i) no momento da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o 'cálculo inicial' para o dimensionamento da recomposição considerará o tráfego real constatado nos anos anteriores e adotará as melhores práticas para elaboração da projeção de tráfego até o encerramento do Prazo de Concessão;
- (ii) periodicamente, o referido 'cálculo inicial' será revisado para o fim de substituir o tráfego projetado pelos volumes reais de tráfego constatados, de acordo com o disposto na subcláusula 20.7.1 adiante.

20.5.5 Para fins de utilização na fórmula indicada na subcláusula 20.5.2 acima, o valor de π será aquele fixado pelo Conselho Monetário Nacional para o ano em que ocorre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme dispõe a referida subcláusula, independentemente de a meta para inflação ser ou ter sido, de fato, atingida ou não.



605. Por sua vez, a **Resolução ANTT nº 3.651/2011** (Doc. RDA-105) traz um ponto fundamental e que seguramente é a razão da insistência da **Requerente** na alteração do contrato, qual seja, **o cálculo do valor das obras em conformidade com preços referenciais do SICRO ou, na impossibilidade, mediante apresentação de 03 (três) cotações de mercado:**

Resolução ANTT nº 3651/2011

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)

606. Ao tempo da licitação, as **obras previstas originalmente no contrato** e que integram o chamado **Fluxo de Caixa Original - FCO** também são estimadas a partir de preços referenciais e esse custo integra a tarifa-teto submetido a leilão. Contudo, ao ser submetido ao procedimento competitivo, **os então licitantes oferecem desconto sobre o valor dessa tarifa-teto, o que acaba por impactar também o preço estimado para as obras.** Conforme visto no subitem VIII.1., no caso da licitação em análise, o desconto sobre a tarifa-teto ofertada pela licitante vencedora foi de 21% (vinte e um por cento).

607. Por outro lado, **no caso de obras novas, a estimativa do valor é incluída no contrato de forma integral, sem prévio procedimento competitivo ou desconto.** Conseqüentemente, é preciso que haja bastante cautela na inclusão de obra nova, sob pena de desvirtuar o objeto da Concessão submetida previamente à licitação.



608. No ambiente da regulação, a **Agência** também deve sempre estar atenta aos incentivos gerados. **Um volume expressivo de inclusões pode incentivar a canalização de recursos das obras previstas originalmente no contrato, uma vez que o desconto de reequilíbrio, conforme visto, é bastante brando, em favor da execução das obras novas, pela possibilidade de estas últimas serem mais rentáveis para a Concessionária.**

609. Nesse sentido, manifestou a área técnica do TCU, no âmbito do TC 028.343/2017-4 (Relatório - Doc. RDA-106), entendimento que acabou sendo acolhido no âmbito do Acórdão nº 1.174-2018 (Doc. RDA-065):

54. De forma geral, as fiscalizações empreendidas pelo TCU em concessões rodoviárias federais têm constatado significativos níveis de inadimplemento contratual. Apesar disso, as tarifas de pedágio continuam a sofrer aumentos anuais acima da inflação, e isso ocorre em razão da inclusão de relevantes investimentos nos contratos.

55. Em outras palavras, **apesar de os concessionários não executarem boa parte dos investimentos e obrigações inicialmente contratadas, são contemplados com aumentos tarifários que aumentam a taxa de retorno do negócio.** O resultado desta sistemática é a não prestação de um serviço público adequado, o qual deve atender aos padrões de generalidade, regularidade, segurança, eficiência e modicidade tarifária (Lei 8.987/1995, art. 6º, §1º). Para evitar esses efeitos indesejados, é necessário que a modelagem contratual crie incentivos ao seu cumprimento na forma originalmente pactuada.

Grifamos

610. O voto condutor do acórdão (Doc. RDA-107), exarado pelo Ministro Bruno Dantas, é bastante preciso, ao apontar alguns receios quanto à inclusão de novos investimentos:

54. Portanto, a sistemática de inclusão de investimentos por meio de projetos apresentados pelas concessionárias e custos baseados em sistemas referenciais de preços (“valor cheio”), sem passar pelo crivo de um procedimento competitivo, ou outro procedimento de barganha ou lapidação de custos pelo mercado, associada à exclusão de investimentos sobre os quais incidiam deságios, **constitui fator de desequilíbrio contratual em desfavor dos usuários, e pode desvirtuar o objeto licitado e concedido, a depender da representatividade das modificações.**

Grifamos



611. Mais recentemente, no âmbito do **TC 031.985/2016-5** (Doc. RDA-066), a área técnica do **TCU** traz um robusto levantamento de dados que revela o quão perversos são os incentivos gerados pela inclusão indiscriminada de investimentos nos contratos de concessão rodoviária. Destacam-se os seguintes trechos:

136. A possibilidade de inclusão de obras e serviços de grande vulto sem a necessidade de licitação ou de previsão orçamentária, aliada à utilização de metodologia ineficiente, com projetos e orçamentos elaborados em um evidente cenário de conflitos de interesses, tende a alterar indevidamente as tarifas de pedágio, em valores superiores ao devido, ocasionado relevantes desequilíbrios em desfavor do usuário.

(...)

138. **A despeito do enorme estoque de obras a serem executadas nas rodovias concedidas, as concessionárias, insistentemente, solicitam a inclusão, por meio de aditivos e revisões extraordinárias, de novas obras e serviços nos contratos. Segundo informações prestadas pela ANTT (peça 87), em 8/2/2019, havia 432 projetos em processo de análise na gerência responsável (GEPRO), dos quais 238 são de investimentos já previstos originalmente e 194 são de investimentos novos a serem inseridos por meio de reequilíbrio na tarifa de pedágio.**

139. Observa-se que 45% dos projetos que carecem de análise pela ANTT são referentes à novos serviços a serem incluídos mediante aumentos tarifários, apesar de haver generalizado atraso nas já contratadas. Isto demonstra que **tanto a equipe técnica da ANTT, quanto as concessionárias, tem empreendido demasiados esforços com novas obras e serviços no contrato, em prejuízo à execução daquelas já previstas contratualmente.**

(...)

141. O interesse das concessionárias em incluir novos investimentos ocorre devido à metodologia utilizada pela ANTT para calcular a que preço os novos serviços serão incluídos no fluxo de caixa. Atualmente, amparadas pela Resolução-ANTT 3651/2011, grandes obras podem ser inseridas nos contratos de concessão, sem licitação, a partir de projetos e orçamentos elaborados pelas concessionárias, e pelo preço máximo aceito pela Administração Pública, qual seja, os indicados pelo Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) do DNIT ou até por meio de cotações de mercado. Estas condições, por si só, já revelam o risco de assimetria da informação, e de ineficiência deste procedimento na execução dessas novas obras.

142. A diferença das condições propostas na licitação e na renegociação são evidentes. Os deságios oferecidos nas tarifas quando da licitação mais recentes demonstram tal descompasso, uma vez que a tarifa teto do leilão é calculada justamente a partir dos mesmos referenciais de preços e, quando passam pelo processo de concorrência, tem obtido descontos de até 62%.

(...)



146. Esta unidade técnica já verificou, em pelo menos seis processos de controle externo recentes (TC 014.618/2015-0; TC 032.829/2016; TC 036.417/2016-5; TC 031.581/2015-3; TC 012.831/2017-4; TC 024.813/2017-6), que a utilização da metodologia preconizada pela ANTT conduz, invariavelmente, **a um notável desequilíbrio da avença em desfavor dos usuários.**

Grifamos

612. Todos esses apontamentos corroboram a necessidade de **cautela na inclusão de novos investimentos, sob pena de desvirtuamento do contrato e geração de incentivos ao seu descumprimento**, em detrimento do usuário.

613. Nesse contexto, é natural que os investimentos propostos pela **Concessionária**, dado que não houve demonstração de urgência, sejam avaliados quando a **Agência** entender oportuno, mormente no âmbito de eventual realização de revisão quinquenal.

614. Em síntese, essas foram as diretrizes observadas pela **ANTT** na análise dos pleitos discutidos na presente seção, os quais são abordados detidamente nos itens a seguir.

VIII.2. Implantação de ruas laterais e drenos no Contorno Sul de Feira de Santana/BA

615. A eventual necessidade de execução de tais obras, por ausência de urgência, será objeto de análise no âmbito da revisão quinquenal. Mais uma vez, cabe registrar tratar-se de prerrogativa da Agência a inclusão de investimentos no Contrato de Concessão.

VIII.3. Incorporação de novos custos com o Projeto SIR

616. 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.



617. 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 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.

618. 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.

VIII.3.1. Natureza e Escopo do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR.

619. 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 do Regulador na compreensão do real estado dos serviços delegados.

620. 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 (Doc. RDA-108), o Plenário do **TCU** determinou:

“consolidação e a padronização das informações de todas as concessões por ela [a ANTT] gerenciadas, 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 rodoviárias.

621. Visando a aprimorar o desempenho de suas funções, a **ANTT** se dispôs a modificar progressivamente o sistema de coleta e processamento de informações prestadas por todas as concessionárias de rodovias federais. A decisão foi comunicada às concessionárias por meio do **Ofício Circular n. 05/2018/GEFOR/SUINF** (Doc. RDA-109).

622. 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”.

623. 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.

624. Veja-se, nesse sentido, trecho relevante do **Ofício Circular n. 05/2018/GEFOR/SUINF** (Doc. RDA-109):

“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.”

625. 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.

626. 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.

627. 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.)

628. 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.

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

630. 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 13** do contrato, encontram-se várias das informações que posteriormente passariam a ser compreendidas no âmbito do SIR.

631. Destaquem-se, por oportuno, as obrigações informacionais previstas nas subcláusulas 13.1.3, “i”; 13.1.7, “a” “b”, “c” e “d”; 13.2 e 13.4. do contrato de concessão (RDA-001) transcritas a seguir:

13. Prestação de informações

13.1 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:

(...)

13.1.3 de acordo com regulamentação da ANTT, **apresentar à ANTT**, na periodicidade por ela estabelecida, **relatório com informações detalhadas** sobre:

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

(...)

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

(...)

(a) Estatísticas mensais de movimentação de veículos, por tipo de veículo (motocicleta, carro de passeio, caminhão e ônibus), em P1, P2, P3, P4, P5 P6 e P7;



- (b) estatísticas mensais de acidentes, durante a Concessão, incluindo a identificação do local e causa (quando fornecida pela Polícia Rodoviária Federal);
- (c) condições de tráfego por subtrechos, atualizados diariamente e com orientações aos usuários; (...)

13.2 A **Concessionária** deverá realizar, a partir do 6º (sexto) mês do Prazo de Concessão, o monitoramento permanente do tráfego – incluindo contagens volumétricas, medições e demais procedimentos estabelecidos no Apêndice E do PER – em todos os locais do Sistema Rodoviário em que seja necessária a obtenção de informações e estatísticas associadas ao cumprimento de suas obrigações contratuais, notadamente as obrigações de realizar obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego referidas na subcláusula 9.5, e cumprimento dos Parâmetros de Desempenho estipulados na Seção II do Anexo 2.

(..)

13.4. Os relatórios, documentos e informações previstos nesta cláusula **deverão integrar bancos de dados, em base eletrônica**, conforme padrão mínimo determinado pela ANTT, à qual será assegurado acesso irrestrito, em tempo real.

13.4.1. As informações atualizadas provenientes do monitoramento permanente de tráfego, referido na subcláusula 13.3, notadamente o VMD-Móvel dos trechos sujeitos a ampliação de capacidade condicionada ao volume de tráfego, **deverão ser disponibilizadas para a ANTT em tempo real** por intermédio de sítio eletrônico exclusivo.

Grifamos

632. Assim, vê-se que o contrato de concessão celebrado previu como obrigações da concessionária a coleta, tratamento, armazenamento e disponibilização de uma série de informações.

633. 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.



634. 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 nas obrigações contratualmente previstas e abalado a relação econômico-financeira da concessão.

635. O **Ofício Circular n. 05/2018/GEFOR/SUINF** (Doc. RDA-109) 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.

636. Ora, observa-se que todos os *tipos* de informações requisitadas 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. Dessa forma, portanto, necessário reconhecer que não houve qualquer inovação substancial dos deveres da concessionária com a implantação do **SIR**.

637. Reitere-se, ademais, que a **Cláusula 13.1.3.** do contrato de concessão foi explícita ao determinar que o envio das informações pela concessionária deveria se dar “de acordo com regulamentação da **ANTT**”.

638. 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** (Doc. RDA-110), 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.

639. 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**.

640. 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**.

VII.3.2. Os impactos do SIR no contrato de concessão.

641. 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**.

642. 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 13.4**) e disponível em “tempo real” para a Agência (**Cláusula 13.4.1**).

643. 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.

644. 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.



645. Quanto aos parâmetros técnicos a serem observados para o atendimento do escopo do **CCO**, o **PER** dispôs expressamente acerca da necessidade de previsão de espaço físico capaz de abrigar pessoas e equipamentos eletrônicos de comunicação:

8.2.10 As instalações do CCO devem prever espaço físico capaz de abrigar pessoas e equipamentos eletrônicos de comunicação que utilizem recursos de informática para processar e armazenar os dados recebidos do Sistema 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.

8.2.11 As imagens captadas pelo circuito fechado de TV (“CFTV”), tanto das praças de pedágio como do circuito a ser implantado na pista, deverão ser visualizadas em painel de visualização de imagens, e diariamente gravadas e armazenadas em banco de dados.

Grifamos

646. Também os **itens 8.2.7 e seguintes** do **PER** são bastante elucidativos, ao determinar a instalação de um **Sistema de Gerenciamento Operacional - SGO no CCO**, conforme parâmetros técnicos a seguir destacados:

8.2.7 Com base nos dados do SGO, a Concessionária deverá elaborar de relatórios gerenciais periódicos, entre outros, sobre:

- (i) fluxo de veículos, por classe e por hora;
- (ii) estatística de acidentes;
- (iii) dados de pesagem de veículos;
- (iv) condições meteorológicas; e
- (v) condições físicas do Sistema Rodoviário.

8.2.8 O CCO deverá, ainda, gerenciar o Sistema de Informações Georeferenciadas (“SIG”), previsto para ser implantado na Monitoração do Sistema Rodoviário.

8.2.9 O SIG deverá utilizar tecnologia de geoprocessamento e permitir a integração entre os sistemas de monitoração das estruturas físicas e das estruturas gerenciais relativas ao Sistema Rodoviário. O SIG deverá receber e atualizar dados operacionais, incluindo os sistemas de informações e de gerenciamento operacional, além de dados sobre as estruturas físicas do Sistema Rodoviário.



647. 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.**

648. 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.

649. 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 25 anos) no **PER**, a implantação do **SIR não** pode ser compreendida como evento *imprevisto* ou *alheio ao risco alocado à Concessionária*.

650. 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 8.5. do PER**, adiante transcrita:

8.5. Sistema de Comunicação

8.5.1 Diretrizes Gerais

8.5.1.1. De modo a atender os prazos previstos para instalação de cada um dos Sistemas Operacionais, a Concessionária deverá implantar Sistema de Comunicação abrangendo todo o Sistema Rodoviário, de modo a integrar os diversos serviços de forma flexível e modular.

8.5.1.2. O Sistema de Comunicação deverá ser projetado de forma que possa servir à interconexão de equipamentos e sistemas diversos com sinais de voz, dados e vídeo.



8.5.1.3. As atividades voltadas para comunicação deverão utilizar, **no mínimo, recursos de telefonia e dados**, devendo ser adotada tecnologia cuja implantação, desde a fase inicial, diminua a possibilidade de obsolescência em fases futuras.

Grifamos

651. Observa-se que o PER já trazia a necessidade de que o sistema fosse projetado de forma a facilitar sua interconexão com outros aparelhos e sistemas.

652. Em síntese, conclui-se que:

- a) Não procede o pleito de reequilíbrio, ao fundamento de que o “fornecimento de link de dados que interligasse a respectiva CCO a São Paulo/SP” (§116 da petição da Requerente) ou o “fornecimento de link de dados que interligasse São Paulo/SP à sede da ANTT” se trata de obrigações novas. Conforme visto, especialmente nos itens 8.5 e seguintes do PER, a interconexão de sistemas já estava prevista;
- b) Da mesma forma, embora não tratado expressamente como “serviço de data center”, o item 8.2.10 do PER prevê expressamente a necessidade de “espaço físico capaz de abrigar pessoas e equipamentos eletrônicos de comunicação”.

VIII.4. Implantação de passarela no km 446+000 da BR-116/BA

653. No que se refere à implantação de passarela no km 446+000 da BR-116/BA, a **Requerente** parece desconhecer a estrutura hierárquica da ANTT. Conforme previsto em sua lei de criação, Lei nº 10.233/2001, é a Diretoria-Colegiada o órgão máximo da Agência e com competência institucional para deliberar, em última análise, acerca da inclusão de novos investimentos:

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.

(...)

Art. 60. Compete às Diretorias Colegiadas exercer as atribuições e cumprir os deveres estabelecidos por esta Lei para as respectivas Agências.

654. Por sua vez, as Gerências constituem órgãos internos cujas atribuições constam do Regimento Interno, o qual não traz qualquer previsão de competência para deliberar sobre a inclusão de novos investimentos nos contratos de Concessão.

655. No caso em apreço, a mera análise técnica quanto à viabilidade de inclusão da passarela não se seguiu de uma deliberação, pela Diretoria, acerca, primeiro, de um endosso acerca desse juízo técnico e, segundo, da conveniência e oportunidade para a inclusão do investimento. A manifestação do Diretor Davi Barreto, transcrita pela própria **Requerente** deixa claro não fazer o mínimo sentido incluir novo investimento, com aumento da tarifa, em um contrato de concessão que não vem sendo executado em relação àqueles investimentos originalmente previstos.

656. Portanto, mais uma vez, busca a **Requerente** invadir competência da Agência de deliberar sobre a conveniência quanto ao exercício de sua prerrogativa de inclusão de novos investimentos, ao tempo em que deveria centrar esforços na execução dos investimentos já previstos no contrato.

VIII.5. Implantação de retorno em nível no km 481 da BR-116/BA

657. Esse investimento não reúne as características de urgência para ser incluído no âmbito de **Revisão Extraordinária** e, por consequência, a **ANTT** optou por diferir sua análise para o âmbito da **Revisão Quinquenal**, mantendo, por conseguinte, o contrato nos termos em que pactuado, fato este que não gera nenhum desequilíbrio.



VIII.6. Exclusão do Contorno Norte e trecho urbano de Feira de Santana/BA

658. Também esse investimento não reúne as características de urgência para ser incluído no âmbito de **Revisão Extraordinária** e, por consequência, a **ANTT** optou por diferir sua análise para o âmbito da **Revisão Quinquenal**, mantendo, por conseguinte, o contrato nos termos em que pactuado, fato este que não gera nenhum desequilíbrio.

VIII.7. Exclusão do segmento rodoviário denominado perímetro urbano de Vitória da Conquista/BA

659. Também esse investimento não reúne as características de urgência para ser incluído no âmbito de **Revisão Extraordinária** e, por consequência, a **ANTT** optou por diferir sua análise para o âmbito da **Revisão Quinquenal**, mantendo, por conseguinte, o contrato nos termos em que pactuado e, por conseguinte, não tendo gerado nenhum desequilíbrio.

660. O trecho em questão ainda exige maiores cautelas, na medida em que a **Requerente** pretende delegar ao município trecho de rodovia federal, o que foge às atribuições da **ANTT** e demandaria pronunciamento da **União**, que, aliás, sequer faz parte do presente procedimento e não poderia ser impactada por decisões deste Tribunal.

VIII.8. Exclusão da obra de construção de trevo com alças de acesso à rodovia BA-524 (Canal de Tráfego)

661. Também esse investimento não reúne as características de urgência para ser incluído no âmbito de revisão extraordinária e, por consequência, a **ANTT** optou por diferir sua análise para o âmbito da **Revisão Quinquenal**, mantendo, por conseguinte, o contrato nos termos em que pactuado, fato este que não gera nenhum desequilíbrio.



VIII.9. Implantação de dispositivo de acesso definitivo ao Aeroporto de Vitória da Conquista/BA

662. A REQUERENTE insurge-se ainda contra a decisão da ANTT de apreciar - apenas no âmbito da revisão quinquenal - a inclusão de investimento para a realização do dispositivo definitivo de acesso ao aeroporto de Vitória da Conquista/BA. Aos seus olhos, estar-se-ia diante de um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, do que decorreria para a ANTT o dever de aprovar a inclusão da obrigação no contrato e de reequilibrá-lo em razão disso.

663. Narra a REQUERENTE, em síntese, que, ainda em 2015, a Secretaria de Infraestrutura do Estado da Bahia e a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República solicitaram que a ANTT autorizasse a concessionária a executar um acesso viário entre a BR-116 e o novo Aeroporto de Vitória da Conquista, então em obras.

664. Depois de detalhar em minúcias as tratativas acerca da aprovação do projeto, informa a REQUERENTE que à época concluíra que o **acesso em desnível** ao aeroporto seria o mecanismo que melhor atenderia tanto ao fluxo de tráfego para acesso ao novo aeroporto de Vitória da Conquista/BA, quanto ao fluxo de retorno da própria rodovia BR-116/BA. Não obstante, esclarece que a ANTT apresentou objeção ao projeto executivo apresentado pela concessionária ao argumento de que o acesso definitivo em desnível englobaria obra de duplicação do trecho da BR-116/BA e, portanto, **não** poderia ser inserido no PER.

665. Reconhece então que a ANTT aprovou o projeto executivo do **acesso provisório** (em nível) em abril de 2019, incluindo-o dentre as obras do PER; afirma que a ANTT, todavia, viria se recusando, supostamente de forma imotivada, a aprovar a inclusão no PER dos *custos complementares* - sem especificar a que custos se referiria - relacionados a tal investimento (acesso provisório).



666. Para além disso, sustenta por fim a necessidade de inclusão no PER de investimento para o dispositivo de acesso definitivo, obra que, segundo ela, continuaria embargada em razão do entendimento errôneo da ANTT no sentido de postergar sua apreciação para o âmbito da revisão quinquenal.

667. Muito embora um tanto incongruente para uma concessionária inadimplente que diz suportar um cenário desfavorável e um contrato desequilibrado, vê-se que a REQUERENTE insiste, aqui também, em assumir obrigação nova (**acesso em desnível** ao aeroporto de Vitória da Conquista), e antes mesmo de ser autorizada a tanto, pleiteia ser recompensada por investimentos não realizados.

668. Diversamente, o dispositivo de **acesso em nível** àquele aeroporto, de fato implantado pela concessionária no 9º ano de concessão, representava obra sim necessária, inadiável, aliás, e por essa razão contou com a aprovação da ANTT em 06 de fevereiro de 2019 e, coerentemente, com o devido reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

669. Possivelmente, a alegação segundo a qual a ANTT teria se recusado a reconhecer o que a concessionária chamou de *custos complementares* relacionados a tal investimento envolve o percentual de 4% (quatro por cento) do valor do projeto, devido em razão de contratação de empresa de engenharia para supervisão e acompanhamento da obra, o que corresponde, neste caso, ao montante de R\$ 68.975,741 (a preços correntes).

670. Ocorre que a concessionária não foi capaz de demonstrar que de fato se valeu de empresa para tanto, motivo pelo qual aquele valor não foi considerado. Para que tal custo seja inserido como parte do orçamento da obra é imprescindível a comprovação do serviço, pela disponibilização dos relatórios técnicos produzidos pela empresa supervisora, ou ainda pela constatação, pela fiscalização da ANTT, da presença *in loco* de pessoal terceirizado trabalhando nesse sentido. De um jeito ou de outro, a concessionária não se desincumbiu de comprovar a contratação invocada e por óbvio não pôde ser “remunerada” neste item.



671. Por sua vez, no que se refere ao dispositivo em desnível de acesso ao aeroporto de Vitória da Conquista, em relação ao qual a REQUERENTE pretende a recomposição do contrato, é preciso dizer que sua execução pressupõe a duplicação daquele trecho da rodovia. Contudo, neste tópico, a concessionária omite a informação de que há muito recai sobre ela, conforme originalmente previsto no contrato de concessão, a obrigação de duplicação, tendo em vista o atingimento do gatilho de volume de tráfego naquele trecho.

672. Todavia, não surpreende o fato de que a concessionária não tenha executado a duplicação a que se obrigara, razão pela qual o acesso ao aeroporto de Vitória da Conquista restou atendido, lançando-se mão da pista simples existente.

673. Caem por terra, assim, as alegações da concessionária de que agiria “... *conforme o modo mais diligente para atender aos interesses públicos*”. O seu descumprimento contratual (afinal, a duplicação haveria de estar concluída desde 2018) é que acabou por inviabilizar o – tão almejado – dispositivo de acesso em desnível, e não a suposta mora ou omissão da Agência.

674. Nesse cenário é que, prudentemente, a ANTT entendeu por fazer com que essa discussão fosse travada quando da revisão quinquenal, momento em que se oportuniza um debate mais efetivo na medida em que conta com participação e controle social na gestão do contrato, de forma a subsidiar a tomada de decisão pela Agência.

675. Com isso, constata-se que, tal qual seus demais pleitos, beira o absurdo a pretensão da concessionária de que lhe seria garantido *o direito à execução* daquele determinado dispositivo em desnível para, via de consequência, *ter o contrato reequilibrado*. Se tem sim razão ao afirmar que não estaria – como não está – autorizada a executar obra/serviço não previstos no contrato, esquece-se a concessionária de que a imposição de novas obrigações tem de ser, decerto, aprovada pela ANTT **a seu critério, fundado em seu - apenas seu e não da concessionária - juízo de atendimento ao interesse público.**



676. Assim, seja porque a REQUERENTE não faz jus à reequilíbrio em razão de investimento não realizado e sequer autorizado, seja porque não há garantia contratual que lhe confira direito à inclusão de obrigação nova, ou ainda seja em razão do estado lastimoso de descumprimento por ela das obras e serviços a que originalmente se obrigou – levando a duvidar de sua capacidade de dar cabo de outras, **não há mesmo como prosperar mais essa pretensão da concessionária.**

VIII.10. Implantação de interligação entre os bairros de Viveiros e Feira X, em Feira de Santana/BA, no km 6+000 da BR-324/BA

677. No que se refere a esta obra, há dois impedimentos à sua inclusão no Contrato de Concessão.

678. Em primeiro lugar, é preciso a quantificação do valor do investimento, mediante aprovação do projeto executivo, já apresentado pela Concessionária e ainda em análise pelo órgão da Agência responsável pela análise técnica desse projeto (GEENG – Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias).

679. De todo modo, ainda que concluída a análise, ainda não foram concluídas as tratativas junto à Prefeitura de Feira de Santana para a doação de terreno necessário à execução da obra. Por conseguinte, não faria o mínimo sentido, neste momento, aumentar a tarifa em decorrência da inclusão de um investimento que sequer pode ser executado.

680. Nesse sentido, manifestou-se a Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária, por meio da Nota Técnica nº 08/2019/GEFIR/SUINF (Doc. RDA-039):



135. Sobre o assunto, informamos que se encontra em tratativas com a Prefeitura de Feira de Santana a possibilidade de o órgão municipal desapropriar a área fora da faixa de domínio e doá-la a União, para que seja incorporada à faixa de domínio da Concessionária, para que a mesma possa executar a obra.

136. Referente ao fato da Prefeitura ter se comprometido a desocupar as áreas, cabe informar que esta Agência só poderá definir a inserção da obra no contrato de concessão, após doação da área desapropriada à União.

137. Referente ao projeto, informamos que o mesmo se encontra em análise na GEENG.

138. Considerando que as propostas de investimentos são incorporadas ao PER mediante análise e aprovação dos projetos executivos pela ANTT, conforme disposto na Resolução nº 1.187/2005, alterada pela Resolução nº 2.554/2008, Capítulo VI – DAS ALTERAÇÕES DO PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, com base em critério global.

• *Resolução nº 1.187/2005*

(...)

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. "

139. Cabe ressaltar que, por meio do Memorando nº 120/2014/GAB/ANTT, de 10/11/2013, a SUINF foi informada que foi registrado na Ata 606ª Reunião de Diretoria, que a Diretoria Colegiada apreciou o assunto tratado e decidiu que tal obra deveria ser incluída no PER da Concessionária ViaBahia S/A.

140. Diante do exposto, informamos que após a Prefeitura terminar tais tratativas de desapropriação e doação de área, e a GEENG informar sua NÃO OBJEÇÃO ao Projeto encaminhado e orçamento, esta Gerência continuará com as tratativas de inserção de investimento no Contrato de Concessão da ViaBahia.

681. Portanto, assim que sanadas essas questões, especialmente as tratativas da **Concessionária** junto à **Prefeitura de Feira de Santana**, dada a necessidade de liberação da área para as obras, a Concessionária será devidamente reequilibrada. No atual estágio, em que **não há obra em execução**, também não há razão para um aumento tarifário.



VIII.11. Implantação de retorno em Amélia Rodrigues/BA, no km 546+160 da BR-324/BA

682. Além de se tratar de investimento com urgência não reconhecida e, portanto, passível de avaliação no âmbito das revisões quinquenais, o projeto executivo apresentado pela **Requerente** não foi aprovado, conforme relatado na Nota Técnica nº 08/2019/GEFIR/SUINF (Doc. RDA-039):

100. Sobre o assunto, conforme exposto pela Concessionária, o projeto executivo recebeu OBJEÇÃO por meio do Ofício nº OF-1136.2018-GEENG-R00, e aguarda reapresentação do projeto pela ViaBahia.

683. Portanto, a **Requerente** sequer se desincumbiu do seu ônus de apresentar projeto executivo, conforme regulamentos técnicos que regem o setor.

VIII.12. Rodovias Estaduais – BA526 e BA528

684. Alega a concessionária que por meio de Convênio realizado entre o Estado da Bahia e a ANTT foram incluídas no contrato de concessão, ainda a ser firmado, obrigações relativas às Rodovias Estaduais BA-526 e BA528. Afirma ainda que “à época em que estas obrigações foram inseridas no Contrato, **não** foram incorporados no cronograma físico-financeiro da Concessão os valores compatíveis com os reais custos necessários ao cumprimento de tais obrigações”.

685. Após longa e confusa explanação, na qual se misturam pleitos de avaliação de projetos, inclusão de investimentos e autorização para elaboração de estudo de viabilidade, a concessionária não formula nenhum pedido específico quanto ao ponto. Ao final da petição, requer a condenação da ANTT à recomposição econômico-financeira “dos custos complementares relacionados às obras não originalmente previstas no PER,



cuja execução já foi devidamente aprovada pela ANTT”, dentre elas a “Recuperação das Rodovias Estaduais BA-526 e BA-528”.

686. Sobre as questões colocadas, cabem os seguintes esclarecimentos.

687. A inclusão dos serviços adicionais foi realizada em atendimento à solicitação do Governo do Estado da Bahia, tendo a ANTT solicitado à VIABAHIA a elaboração de relatório de viabilidade econômico-financeira para tanto. Ocorre que, quando da aprovação da inclusão, os estudos de viabilidade não foram apresentados em tempo hábil, razão pela qual a ANTT propôs, inicialmente, inserir no contrato de concessão os serviços com preços proporcionais aos da proposta tarifária da Concessionária, baseados na extensão dos trechos rodoviários.

688. Sem prejuízo, na revisão de 2014, por meio da Nota Técnica nº 35/2014/GEINV/SUINF (Doc. RDA-113), os valores foram parcialmente adequados, bem como também o foram algumas obrigações, restando estabelecido na mesma oportunidade que os investimentos seriam objeto de reequilíbrio definitivo após aprovação de seus projetos executivos e orçamentos, de forma a atender a Resolução ANTT nº 3.651/2011.

689. Ocorre que a VIABAHIA alegou ser necessário adequar as obrigações previstas no Contrato de Concessão referentes às rodovias estaduais BA-526 e BA-528, em vista das reais necessidades técnicas, operacionais e de segurança viária de tais trechos, especialmente considerando que qualquer obra de pavimentação não poderia ocorrer isoladamente, vez que outras disciplinas influenciariam nas soluções adotadas na pavimentação, como serviços de drenagem, terraplenagem, geometria etc, o que deveria ser analisado no âmbito de Revisão Quinquenal.

690. Assim, a VIABAHIA informou que os projetos executivos solicitados pela Agência para aprovação dos valores definitivos das intervenções somente seriam reapresentados após análise completa de todos os pleitos realizados pela Concessionária e submissão a Audiência Pública, conforme determina o processo de Revisão Quinquenal. **Em virtude de tal recusa para reapresentação de projetos**



executivos e orçamentos, restou obstada, por ação direta da Concessionária, a aprovação dos valores definitivos para serviços adicionais nas rodovias BA-526 e BA-

528.3. Os itens incluídos no contrato poderiam ter seus valores atualizados posteriormente, caso os projetos executivos fossem aprovados com novo orçamento pela área técnica responsável da Agência, o que nunca ocorreu, haja vista recusa da Concessionária em reapresentar projetos para análise.

691. Ademais, as intervenções que a Concessionária alega serem necessárias fazem parte do escopo da Revisão Quinquenal.

692. As obrigações incluídas no PER para a BA-526 e BA-528 não foram realizadas, consoante faz prova Relatório Técnico nº 36/2015, de 09/09/2015 (4055526 - Doc. RDA-114), que trata da verificação da fiscalização acerca das reais condições das referidas rodovias estaduais. Portanto, os serviços incluídos no PER não foram realizados, e nem sequer foram aprovados os respectivos projetos executivos e orçamentos definitivos, pois a Concessionária se negou a encaminhá-los para continuação das análises técnicas.

693. Considerando que **a Concessionária não realizou a recuperação dos itens Elementos de Proteção e Segurança das rodovias BA-526/528, Obras-de-arte especiais das rodovias BA-526/528, Sistema de drenagem e obras-de-arte-correntes BA-526/528, Terraplenos e estruturas de contenção das rodovias BA-526/528, Canteiro central e faixa de domínio, Recuperação e implantação de acostamentos BA-526e BA-528**, obrigações constantes dos itens 2.2.4, 2.3.4, 2.3.3, 2.5.3, 2.6.3 e 2.8 do cronograma financeiro, **a verba incorporada ao PER justamente para manutenção e conservação destes itens foi transferida para o 12º ano concessão**, na expectativa de que a VIABAHIA finalmente apresente os projetos executivos para análise e viabilize o reequilíbrio definitivo dos valores, bem como a efetiva execução das obrigações referentes às rodovias estaduais.

694. Dessa forma, não há fundamento jurídico para o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão formulado pela concessionária, seja pela impossibilidade resultante da sua própria conduta, ao se negar a apresentar os projetos, seja pelo descumprimento das obrigações contratuais descritas no item anterior.



VIII.13. Inclusão dos custos complementares para todas as obras Extra-PER já aprovadas

695. No que se refere aos custos de manutenção, conservação e monitoração de obras incluídas no PER, **a controvérsia cinge-se ao montante do reequilíbrio, não ao direito ao reequilíbrio em si.**

696. Ocorre que o tema é bastante complexo e vem sendo objeto de estudo da ANTT em parceria com a UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina e, tão logo definidos esses custos, a Concessionária será devidamente reequilibrada.

697. Considerando os esforços e recursos despendidos no sentido de enfrentamento do tema, não parece razoável nem o local adequado para desenvolvimento de metodologia de cálculo de reequilíbrio a presente arbitragem, face potencial usurpação do poder regulamentar dessa Agência em definir a metodologia de cálculo.

VIII.14. Implantação de retornos rodoviários em Santo Estevão, km 458 da BR-116/BA

698. Também esse investimento não reúne as características de urgência para ser incluído no âmbito de revisão extraordinária e, por consequência, a ANTT optou por diferir sua análise para o âmbito da Revisão Quinquenal, mantendo, por conseguinte, o contrato nos termos em que pactuado, fato este que não gera nenhum desequilíbrio.

VIII.15. Implantação de dispositivo de retorno no km 560+800 da BR-324/BA, em Terra Nova/BA

699. No que se refere à implantação de dispositivo de retorno em Terra Nova/BA, não procede a informação trazida pela Requerente de que aguardaria há anos a avaliação do projeto executivo encaminhado à Agência.



700. Conforme Parecer Técnico nº PT-0399.2020-GEENG-SUINF-R00 (Doc. RDA-111), o projeto já foi avaliado e não foi aprovado:

IV – CONCLUSÃO

Parecer Técnico SIGEPRO PT-0399.2020-GEENG-SUINF-R00 (3702982) SEI 50535.000095/2013-24 / pg. 16

6. Após análise, em vista das considerações do apoio técnico, conclui-se pela **OBJEÇÃO** para o caso em tela.
7. Nos termos da Portaria nº028/2019, deve ser enviado o Ofício à outorgada, solicitando a reapresentação das **VIAS AMARELAS** do projeto executivo em questão de maneira a atender as observações expostas neste Parecer Técnico, bem como o preconizado no Contrato de Concessão.

701. A não aprovação do projeto por uma série de razões eminentemente técnicas que descabe aqui transcrever alia-se ao fato de se tratar de investimento com urgência não reconhecida e, portanto, passível de avaliação no âmbito das revisões quinquenais.

702. Portanto, seja pela ausência de aprovação do projeto, seja porque o investimento ainda não foi incluído formalmente no contrato e aguardará a revisão quinquenal, não há como acolher o pleito da Requerente.

VIII.16. Implantação do retorno rodoviário em Amélia Rodrigues/BA, sentido oeste, km 540+440, da BR-324/BA

703. Também esse investimento não reúne as características de urgência para ser incluído no âmbito de revisão extraordinária e, por consequência, a ANTT optou por diferir sua análise para o âmbito da Revisão Quinquenal, mantendo, por conseguinte, o contrato nos termos em que pactuado, fato este que não gera nenhum desequilíbrio.



IX – REQUERIMENTOS FINAIS

704. Diante do exposto, requer a **ANTT** a este Tribunal Arbitral que:
- a. **se abstenha de apreciar os pedidos a.i, a.ii, a.iii, a.iv, a.vi, a.xii, a.xiii, b.i.,b.ii., b.iii. e b.iv. constantes da Petição 5 da Requerente – Parte Geral, item 7 (Lista consolidada de pedidos da ViaBahia)**, em conformidade com os limites da jurisdição reconhecida por este Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 05, em razão dos citados temas estarem sendo tratados no âmbito do processo judicial em curso;
 - a.1) subsidiariamente, que sejam os pedidos referidos julgados integralmente improcedentes.
 - b. **julgue totalmente improcedentes os pedidos formulados nas Alegações Iniciais;** e
 - c. condene a **Requerente** ao pagamento integral dos custos da presente arbitragem.

Brasília, 10 de setembro de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal

MILTON CARVALHO GOMES
Procurador Federal

KALIANE WILMA CAVALCANTI DE LIRA
Procuradora Federal

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União



X – LISTA DE DOCUMENTOS

Índice de documentos juntados pela requerida ANTT	
Número	Descrição
RESPOSTA AO REQUERIMENTO DE ARBITRAGEM	
RDA-001	Contrato de Concessão
RDA-002	1º, 2º e 3º termos aditivos contratuais
RDA-003	Programa de Exploração da Rodovia - PER
MANIFESTAÇÃO DE 18/02/2020 SOBRE REVOGAÇÃO DAS LIMINARES	
RDA-004	Edital de Concessão nº 001/2008
RDA-005	Portaria PGF nº 911, de 10 de dezembro de 2018
RDA-006	Sentença proferida na ACP nº 1000238-14.2017.4.01.3307
RDA-007	Sentença proferida na ACP nº 6049-88.2011.4.01.3304
RDA-008	Sentença proferida na ACP nº 8290-50.2016.4.01.3307
RDA-009	Decisão proferida na ACP nº 1002166-29.4.01.3307
RDA-010	Resolução ANTT nº 675/2004
RDA-011	Resolução ANTT nº 5859/2019
RDA-012	Ofício SEI 18477/2019/GEFIR/SUINF/DIR/ANTT
RDA-013	Carta VB-GEC-1191/2019
RDA-014	Carta VB-GEC-1192/2019
RDA-015	Acórdão TCU nº 2190
RDA-016	Acórdão TCU nº 2061
RDA-017	Segunda decisão proferida na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400
RDA-018	Nota técnica SEI nº 97/2020/GEFIR/SUINF/DIR
RDA-019	Termo de ajuste de conduta - TAC
PETIÇÃO 1 DA REQUERIDA - MANIFESTAÇÃO DE 17.04.2020 SOBRE A ORDEM PROCESSUAL Nº 03	
RDA-020	Carta ViaBahia VB_GEC_0358_2020__Suspensao_de_prazos__Al_5657
RDA-021	Carta ViaBahia VB_GEC_0364_2020__Suspensao_de_prazos__Al_05656
RDA-022	Resolução ANTT n. 5.878, de 2020
RDA-023	Decreto Legislativo n. 06, de 2020
PETIÇÃO 2 DA REQUERIDA – MANIFESTAÇÃO SOBRE A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL E REVOGAÇÃO DAS LIMINARES	
RDA-024	Processo Administrativo 50500.138330-2017-61 - cláusula arbitral
RDA-025	Relatório de Fiscalização do TCU (TC 010.222/2019-7) - SIGILOSO
RDA-026	Nota Técnica nº 223-2017-GEROR-SUINF
RDA-027	Contestação ANTT - processo 1033023-70.2019.4.01.3400
PETIÇÃO 3 DA REQUERIDA – MANIFESTAÇÃO SOBRE OP Nº 04	
RDA-028	Petição 2 da Requerida – versão pública
PETIÇÃO 4 DA REQUERIDA - RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS	
RDA-029	Petição Inicial ViaBahia – processo 1009371-92.2017.4.01.3400
RDA-030	Nota Informativa SEI nº 181/2020/NAM/DG/DIR
RDA-031	Nota Técnica SEI nº 4044/2020/GT/ARBITRAGEM/GEENG/SUOD/DIR
RDA-032	Dissertação Rangel (2017)
RDA-033	Matéria Valor Econômico - Concessões vão exigir reequilíbrio de caixa
RDA-034	Documento Diagnóstico
RDA-035	Carta AST nº 21/2017



RDA-036	Contrato de Concessão ECOSUL
RDA-037	Parecer n. 01751/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
RDA-038	Nota Técnica SEI nº 4043/2020/GT
RDA-039	Nota Técnica nº 08/2019/GEFIR/SUINF
RDA-040	Nota técnica nº 040/2016/GEINV/SUINF
RDA-041	Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE
RDA-042	Ofício CMB nº 003/19
RDA-043	Processo SEI nº 50500.418613/2016-11
RDA-044	Relatório de Análise de Projeto nº 205/2016
RDA-045	Fls. 13v do Relatório de Análise de Projeto nº 205/2016
RDA-046	Nota Técnica nº 049/2017/GEINV/SUINF
RDA-047	Resolução ANTT nº 1.187/2005
RDA-048	Nota Técnica nº 221/2016/GEROR/SUINF
RDA-049	Ofício nº 903/2018/GEFIR/SUINF
RDA-050	Convênio entre a ViaBahia e a PRF
RDA-051	Extrato da celebração do Convênio nº 001/2011
RDA-052	Nota técnica nº 023/2012/GEINV/SUINF
RDA-053	Relatório da área técnica TC 010.125/2019-1
RDA-054	Memorando nº 036/2018/SUINF
RDA-055	Resolução ANTT nº 5.850/2019
RDA-056	Anexo 1 do Contrato de Concessão ViaBahia - Termo de Arrolamento de Bens
RDA-057	Anexo 2 do Contrato de Concessão ViaBahia - PER
RDA-058	Anexo 3 do Contrato de Concessão ViaBahia -
RDA-059	Anexo 4 do Contrato de Concessão ViaBahia - Seguro-garantia
RDA-060	Anexo 5 do Contrato de Concessão Viabahia - Desconto de Reequilíbrio
RDA-061	Anexo 6 do Contrato de Concessão Viabahia - Composição Societária
RDA-062	Anexo 7 do Contrato de Concessão Viabahia - IBAMA
RDA-063	Contrato de Concessão ViaSul
RDA-064	Acórdão nº 283/206-TCU-Plenário
RDA-065	Acórdão nº 1.174/2018-TCU-Plenário
RDA-066	Instrução Técnica do TC 031.985/2016-5
RDA-067	Parecer Técnico nº 180/2018/GEFIR/SUINF
RDA-068	Relatório Monitoração Pavimento com massapê - Histórico Massapê
RDA-069	Relatório Monitoração Pavimento com massapê - Dinâmica de intervenções
RDA-070	Relatório Monitoração Pavimento com massapê - Intervenções realizadas
RDA-071	Relatório Monitoração Pavimento com massapê - Análise km 2015
RDA-072	Relatório Monitoração Pavimento com massapê - Análise do km 2019
RDA-073	Relatório Monitoração Pavimento com massapê
RDA-074	Relatório Monitoração Pavimento com massapê
RDA-075	Processo Monitoração Pavimento com massapê (Parte 1)
RDA-076	Processo Monitoração Pavimento com massapê (Parte 2)
RDA-077	Processo Administrativo Sancionador nº 50500.107335/2012-37 (AI nº 5027)
RDA-078	Processo Administrativo Sancionador nº 50535.003945/2014-27 (AI nº 5082)
RDA-079	Processo Administrativo Sancionador nº 50535.004387/2014-17 (AI nº 5086)
RDA-080	Processo Administrativo Sancionador nº 50535.004386/2014-72 (AI nº 5087)
RDA-081	Fls. 20 Ofício nº 312/2012/COINF/URBA
RDA-082	Fls. 21-21v Ofício nº 317/2012/COINF/URBA



RDA-083	Resolução ANTT nº 4.071/2013
RDA-084	Fls. 139 Despacho GEFOR 03.02.2015 PA nº 50500.107335/2012-37 (AI nº 5027)
RDA-085	Parecer Técnico nº 148-2018/GEFOR/SUINF
RDA-086	Fls. 132 Despacho GEFOR 13.09.2017 PA nº 50535.003945/2014-27
RDA-087	Fls. 84 Despacho GEFOR 13.09.2020 PA nº 50535.004387/2014-17 (AI nº 5086)
RDA-088	Fls. 90 Despacho GEFOR 13.09.2017 PA nº 50535.004386/2014-72 (AI nº 5087)
RDA-089	Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT
RDA-090	Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT
RDA-091	Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT
RDA-092	Ofício Circular nº 011/2018/SUINF
RDA-093	Resolução nº 5.859/2019
RDA-094	Portaria n.º 130/2015/SUINF
RDA-095	Resolução ANTT nº 5.810/2018
RDA-096	Nota Técnica nº 1770/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR
RDA-097	Nota Técnica SEI nº 1678/2020/COAMB/GEENG/SUINF/DIR
RDA-098	Portaria n.º 247/2014/SUINF
RDA-99	Resolução ANTT nº 5.888/2020
RDA-100	Ofício SEI nº 12209/2020/GEENG/SUROD/DIR/ANTT
RDA-101	Aviso de Audiência Pública nº 05/2019 da ANTT
RDA-102	Relatório a Diretoria SEI n.º 897-2019
RDA-103	Relatório Final da Audiência Pública nº 05/2019 da ANTT
RDA-104	Voto DEB nº 361/2019
RDA-105	Resolução ANTT nº 3.651/2011
RDA-106	Relatório TC 028.343/2017-4
RDA-107	Voto Ministro Bruno Dantas TC 028.343/2017-4
RDA-108	Acórdão nº 2.185/2017/TCU-Plenário
RDA-109	Ofício Circular nº 05/2018/GEFOR/SUINF
RDA-110	Ofício Circular nº 09/2018/GEFOR/SUINF
RDA-111	Parecer Técnico nº PT-0399/2020/GEENG/SUINF/ROO
RDA-112	Termo de Execução Descentralizada - TED nº 003/2018
RDA-113	Nota Técnica nº 035/2014/GEINV/SUINF
RDA-114	Decisão GEFOR nº 036/2015
RDA-115	Resolução ANTT nº 5.250/2016
RDA-116	Processo Administrativo Sancionador nº 50500.402719/2015-11
RDA-117	Resolução ANTT nº 5.819/2018
RDA-118	Memorando nº 1.606/2013/GEINV/SUINF
RDA-119	Memorando nº 278/2016/GEPRO/SUINF
RDA-120	Parecer Técnico nº 1.179/2016/GEPRO/SUINF
RDA-121	Memorando nº 313/2016/GEPRO/SUINF
RDA-122	Memorando nº 341/2016/GEPRO/SUINF
RDA-123	Nota Técnica nº 223/2017/GEROR/SUINF
RDA-124	Resolução ANTT nº 5.656/2018
RDA-125	Memorando nº 1.761/2013/GEINV/GEINV/SUINF
RDA-126	Nota Técnica nº 190/2015/GEROR/SUINF
RDA-127	Carta VB-GEC 0139/2010
RDA-128	Ofício nº 0523/2010/GEFOR/SUINF
RDA-129	Memorando nº 276/2015/GEFOR/SUINF



RD-130	Memorando nº 272/2015/GEFOR/SUINF
RD-131	Carta VB-GEC 0229/2010
RD-132	Memorando nº 391/2016/GEPRO/SUINF
RD-133	Resolução ANTT nº 4.950/2015
RD-134	Processo Administrativo Sancionador nº 50500.018404/2010-77
RD-135	Resolução ANTT nº 5.624/2017
RD-136	Resolução ANTT nº 5.624/2017 (Retificação DOU)
RD-137	Deliberação nº 1.033/2019
RD-138	Nota Técnica SEI nº 3070-2019-GEFIR-SUINF-DIR
RD-139	Nota Técnica n.º 362/2014/SUINF
RD-140	Acórdão nº 290/2018/TCU-Plenário