



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

PROCEDIMENTO ARBITRAL CCI 23932/PFF
CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CCI

RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS

CONCESSIONÁRIA BR-040 S.A.
(Requerente)

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida)

TRIBUNAL ARBITRAL

Sérgio Guerra
Lauro da Gama e Souza Jr.
Luciano de Souza Godoy



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

Sumário:

I – QUESTÕES PRÉVIAS	3
I.1. O papel da ANTT no contexto de um Estado Regulador.....	4
I.2. Alocação de riscos em contrato de concessão	7
I.3. A concessão da BR-040/DF/GO/MG	13
II – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS DE REEQUILÍBRIO	18
II.1. Frustração da Demanda em razão de crise macroeconômica	18
II.1.1. Medida Provisória nº 752/2016 e “documento diagnóstico”	22
II.2. Dificuldades na obtenção de financiamento	24
II.3. Revisão ampla do contrato	34
II.4. Aumento do limite de peso bruto por eixo	38
II.5. Aumento do preço dos insumos asfálticos.....	41
II.6. Impactos de alterações tributárias no preço dos combustíveis	44
II.7. Esclarecimentos sobre o instituto da relicitação	46
II.8. Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE	49
II.9. Ofício nº 1733/2014/GEINV/SUINF	51
II.10. Atraso das licenças ambientais	52
II.11. Desconto/Acréscimo de Reequilíbrio (Fator D)	57
II.11.1. Proporcionalidade do Desconto de Reequilíbrio (Fator D)	62
II.12. Suspensão de obras na Copa do Mundo de 2014	68
II.13. Fechamento de “Rota de Fuga”	69
II.14. Alterações unilaterais do PER	70
III – REQUERIMENTOS FINAIS	71
IV – LISTA DE DOCUMENTOS	73

1. **A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**, já qualificada como Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, representada pelos membros da Advocacia-Geral da União infra-assinados, em obediência ao cronograma instituído na Ata de Missão, vem apresentar sua **resposta às alegações iniciais** da requerente, pelos fatos e fundamentos jurídicos colacionados a seguir.



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

I – QUESTÕES PRÉVIAS

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

3. A questão fundamental na presente arbitragem é que **nem todo evento que traga algum custo adicional para o Concessionário deve ser reputado como apto a ensejar o consequente reequilíbrio contratual**. O simples fato de a realidade ter se imposto com custos excedentes aos previstos pelo então licitante não significa que há um desequilíbrio contratual. É preciso avaliar como esse fato foi tratado pelo direito, em especial, quem assumiu a responsabilidade e o risco pela sua ocorrência.

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

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

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

7. Cabe ainda uma alerta inicial de que a presente Resposta às Alegações Iniciais foi elaborada apenas com base em documentação passível de acesso em meio digital, tendo em vista as dificuldades óbvias de, neste momento de pandemia, ter acesso a



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

documentos físicos. Dessa forma, a Requerida resguarda-se ao direito de, uma vez superado o distanciamento, eventualmente acrescentar outras informações disponíveis apenas em processos administrativos físicos.

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

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

9. A ideia era promover uma modernização dos mecanismos de gestão pública de modo a fazer uma travessia de um modelo burocrático para um modelo que se intitulava gerencial, sempre com vistas a promover ganhos de eficiência. O Estado assumiria um papel menor, no que tange à intervenção direta na atividade econômica, mas, em contrapartida, criaria condições para que o capital privado assumisse um papel de destaque mesmo naquelas atividades tradicionalmente qualificadas como serviço público. Esse contexto é muito bem sintetizado por Gustavo Binenbojm:

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

Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do



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

programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização – 2ª ed. rev. atual. – Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 42)

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

11. Completando essas reformas estruturais, sempre na direção de promover um **ambiente de negócios** ao mesmo tempo **competitivo**, mediante retirada de barreiras ao capital estrangeiro, e com **segurança jurídica**, mediante uma espécie de **blindagem institucional contra interesses políticos mais imediatistas**, percebe-se a **criação de diversas Agências Reguladoras, na forma de autarquias de regime especial, encarregadas de assegurar esse ambiente de competitividade e segurança jurídica**. Nesse sentido, são as lições do citado autor:

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

12. Obviamente, não se tem a ilusão de crer que a mera criação das Agências tiveram o condão de alterar a Administração Pública da noite para o dia, de modo a tornar alguns setores eminentemente profissionais e infensos a qualquer influência política. O importante, nesse momento, é ter em mente a finalidade subjacente à criação das Agências



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

Reguladores, seu propósito de existência e como esses propósitos de **profissionalização, promoção de competitividade, blindagem em face de interesses políticos imediatistas, apreço pela técnica e pela segurança jurídica** devem sim ser tomados como **premissas para aplicação do direito setorial**.

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

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

15. Dessa forma, questões outras, tais como problemas mais gerais que afetem determinado grupo de empresas e seu possível espraiamento com repercussões macroeconômicas, atendimento de demandas do Congresso ou de parlamentares locais simplesmente com objetivo de composição política, conquanto possam ser relevantes, não estão no escopo de atuação da Agência Reguladora. **O contrato de concessão, na medida em que concebido para incorporar o direito setorial envolvido, deve ser fonte primária de atuação do regulador.**



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

I.2. Alocação de riscos em contrato de concessão

16. Assentado que, em grande medida, o propósito que justificou a criação das Agências, em geral, e da ANTT, em específico, é atendido quando se zela pelo estrito cumprimento do contrato, cabe adentrar, em linhas gerais, em como esse mecanismo (contrato de concessão) é estruturado.

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

18. 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.

19. Nesse sentido, o artigo 2º, II, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 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)

20. Em verdade, ainda que a **redação do texto legal seja ampla** e praticamente impute ao Concessionário **todos os riscos do negócio**, tem-se adotado, a fim de mitigar, mas jamais excluir completamente, as incertezas e permitir critérios racionais para



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

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.

21. 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.**

22. 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.

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

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

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

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



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

25. 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, de 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)

26. 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, 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.**

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

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



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

28. 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.

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

21.3 A Concessionária declara:

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

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

30. Em uma frase: **a tarifa cobrada pelo concessionário já considera todas as categorias de risco previamente alocadas à sua responsabilidade.**

31. 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 julga mais adequado.



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

32. 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.

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

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

35. 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.**

36. Nesse ponto, vale uma pequena digressão. Afigura-se, no mínimo discutível que, em períodos de comoção social como oscilações macroeconômicas, toda a sociedade arque com os custos do cenário desfavorável, inclusive o Estado pela conseqüente perda da arrecadação acompanhada da necessidade de aumento de gastos para estímulo da economia. Se neste cenário há o reequilíbrio em favor dos concessionários, somente aqueles que detêm contratos com o Poder Público ficariam totalmente imunes aos efeitos prejudiciais das crises. De todo modo, em nome do princípio da eventualidade, prossigamos com a hipótese de se admitir que eventos extraordinários devam estar excluídos da matriz de riscos prevista.



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

37. 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.**

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

O ponto diferencial reside em que **a abrangência dos riscos ordinários é muito maior no âmbito das concessões de serviço público. Eventos que seriam classificados como de risco extraordinário, em contratos submetidos à Lei nº 8.666, podem ser enquadrados no campo do risco ordinário num contrato de concessão.** Assim se passa porque o concessionário é investido de uma margem de autonomia muito mais intensa, incumbindo-lhe o poder-dever de conceber o empreendimento. Mais ainda, o concessionário é legitimado a se apropriar de uma parcela dos lucros, nos casos em que as soluções adotadas gerem resultados positivos. Bem por isso, deve arcar com efeitos negativos nos casos em que o empreendimento não tiver o sucesso esperado. (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessão de serviço público e equação econômico-financeira dinâmica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 171-191, jan./mar. 2018. P. 184. - grifamos)

39. Em trecho posterior do mesmo texto, o autor citado é ainda mais claro quanto à abrangência dos riscos assumidos pelo particular em contratos de colaboração com o Estado, como visto na transcrição ora trazida:

Ou seja, o particular assume os riscos previstos no contrato segundo os limites da ordinariedade dos eventos – ainda que a ordinariedade, num contrato de delegação, exija avaliação segundo critérios distintos daqueles aplicáveis a contratos de colaboração. A consumação de eventos supervenientes dotados de extraordinariedade e insuscetíveis de estimativa por qualquer método disponível ao ser humano impede a aplicação das regras contratuais. (...) As diferenças quanto à extensão das responsabilidades e riscos reflete-se na determinação da ordinariedade dos eventos futuros imprevisíveis em contratos de colaboração e de delegação. 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



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

de riscos diversos e variáveis, que são inerentes às diversas alternativas escolhidas. De modo genérico, o concessionário assume todos os riscos inerentes às escolhas que a ele couberem.
(JUSTEN FILHO, ob. Cit. P. 186-187.)

40. 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**.

41. 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.

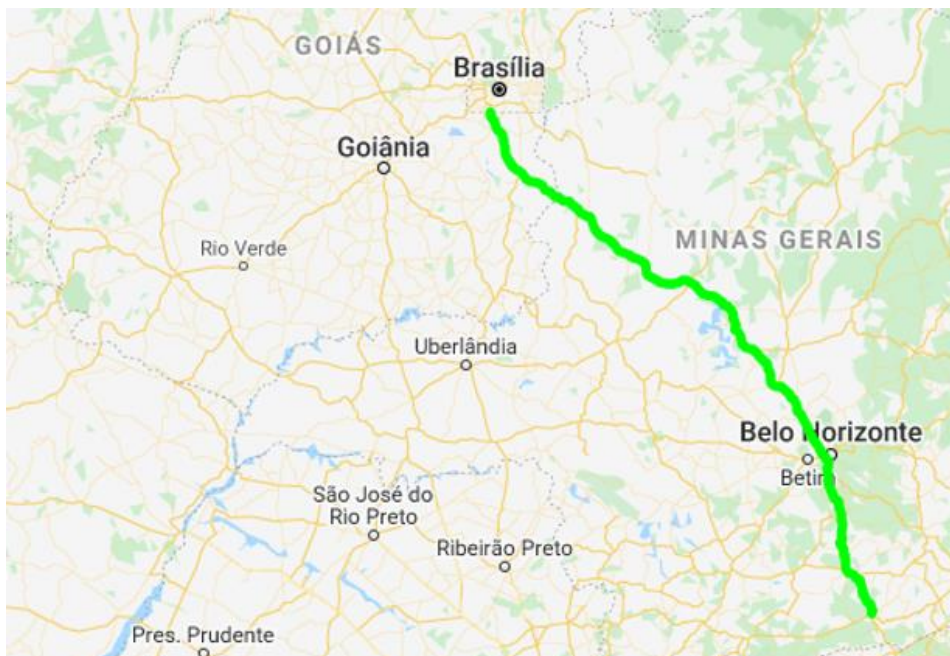
I.3. A concessão da BR-040/DF/GO/MG

42. O procedimento licitatório para concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade da BR-040/DF/GO/MG foi empreendido entre o final de 2013 e início do ano de 2014, conforme cronograma em anexo (Doc. RDA-052), observado o procedimento previsto no Edital nº 006/2013 (Doc. RDA-006), o qual trazia um modelo comum a todas as concessões da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE.

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



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



44. Dentre outras inovações do modelo de licitações da 3ª Etapa, aboliu-se a necessidade de apresentação da Plano de Negócios:

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

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



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

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

46. Também havia previsão de que os estudos utilizados para fins de precificação da Concessão teriam caráter **meramente referencial e informativo, não vinculando de qualquer maneira o Concedente**. Caberia aos licitantes, portanto, conduzir seus próprios estudos e obter **por sua conta e risco** as informações que entendesse necessárias para cumprimento das obrigações contratuais. Nesse sentido, constou do edital:

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

(..)

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

11.2 A Concessionária não será de qualquer maneira liberada de suas obrigações contratuais, tampouco terá direito a ser indenizada pelo Poder Concedente, em razão de qualquer informação incorreta ou insuficiente, seja



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

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.

47. Assim, o procedimento em análise foi modelado de modo que os licitante fariam seus próprios levantamentos, além de se certificar de elaborar um plano de negócios exequível e compatível com o lance formulado. Em especial, caberia aos licitantes avaliarem o custos para cumprimento das obrigações estabelecidas no **Programa de Exploração da Rodovia – PER** (Doc. RDA-008), documento anexo ao contrato de concessão.

48. O critério eleito para definição do vencedor do certame, conforme item 12.3 do edital, foi o menor valor da Tarifa Básica de Pedágio, calculada no Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental – EVTEA em **R\$ 8,2963 (oito reais e vinte e nove mil, setecentos e sessentas e três centésimos de milésimos de real)**, conforme Nota Técnica nº 026/2018/GEREF/SUINF (Doc. RDA-022).

49. Abertos os envelopes, sagrou-se vencedor do certame Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A – INVEPAR, com deságio de **61,13% (sessenta e um inteiros e treze décimos por cento)**, conforme tabela classificatória de lances a seguir (retirada da Nota Técnica nº 026/2018/GEREF/SUINF, Doc. RDA-022):

Classificação	Proponente	Lance	Deságio
1	Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A – Invepar	R\$ 3,22528	61,13%
2	Consórcio Via Capital	R\$ 4,59439	44,63%
3	Contern Construções e Comércio Ltda.	R\$ 4,73740	42,90%
4	Consórcio Integração	R\$ 5,86725	29,29%
5	Consórcio Caminho Novo	R\$ 6,30620	23,99%
6	Companhia de Participações em Concessões	R\$ 7,03473	15,22%
7	Triunfo Participações e Investimentos S.A.	R\$ 7,46870	9,48%
8	Consórcio Queiróz Galvão Infraestrutura	R\$ 7,88275	4,99%



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

50. Dentre outros sócios, o Grupo INVEPAR era formado pela **Contratura OAS S.A.**, empresa que posteriormente viria a ser exposta a diversos **escândalos de corrupção** (“Operação Lava-a-Jato”) que lhe renderiam imensas dificuldades financeiras e pedido de **recuperação judicial** notoriamente divulgado.

51. Nos termos do edital, o contrato (Doc. RDA-007) foi assinado após a constituição da sociedade de propósito específico, em **12/03/2014**. A partir de então, caberia à Concessionária atuar em quatro frentes.

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

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

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

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

56. É na execução de tais obrigações que começam a surgir as dificuldades de cumprimento do contrato, segundo a Requerente, em razão de supostos desequilíbrios que, conforme será demonstrado, inexistem.



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

II – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS DE REEQUILÍBRIO

57. Assentadas as premissas acima acerca do Estado Regulador, do papel da matriz de riscos em contratos de concessão e do detalhamento de como transcorreu o procedimento licitatório para a concessão da BR-040/DF/GO/MG, cabe adentrar na análise de cada pleito de reequilíbrio individualmente considerado.

II.1. Frustração da Demanda em razão de crise macroeconômica

58. 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.

59. Pretenderam 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.

60. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que **o risco pela flutuação da demanda pelo serviço concedido foi previamente alocado como de responsabilidade do concessionário**, a quem coube levá-lo em conta 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:

21 Alocação de Riscos

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

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



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

61. Adicionalmente, **a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária na economia mundial contemporânea.** De fato, basta salientar que, nos últimos 25 anos (prazo inferior, ao período de duração do contrato), foi possível identificar crises econômicas de caráter internacional e de grande impacto como a dos mercados asiáticos (1997), a maxidesvalorização da moeda brasileira (1999), a crise econômica argentina (2001-2002), a crise financeira mundial iniciada com quebra do banco Lehman Brothers (2008), dentre outras de menor expressão. Esse, inclusive, parece ser um consenso no mercado, conforme se depreende de matéria recentemente veiculada no Jornal Valor Econômico (Doc. RDA-053), 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.

62. 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.

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

64. Ademais, em que pese a argumentação de algumas das concessionárias, **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.

65. Primeiro, não há comprovação de que a crise como fenômeno econômico tenha se originado de conduta ou escolha do Poder Concedente. Em segundo lugar, não se pode



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

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*.

66. 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.

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

68. Registre-se ainda que, embora o EVTEA seja meramente informativo, é possível um exercício para avaliar se houve de fato variação expressiva entre as projeções da época da licitação e o tráfego efetivamente observado. Feitos os ajustes cabíveis em decorrência da isenção de eixos suspensos trazidas pela Lei nº 13.103/2015 de modo a trazer para mesma base comparativa o tráfego projetado no EVTEA e o tráfego real, têm-se que, no período da alegada crise, entre 2016 e 2018, o tráfego real foi, em média, apenas **9,54%** **(nove inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento)** inferior às projeções, conforme ilustração a seguir (dados extraídos da Nota Informativa SEI nº 176-2020-NAM-DG-DIR, Doc. RDA-009):



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

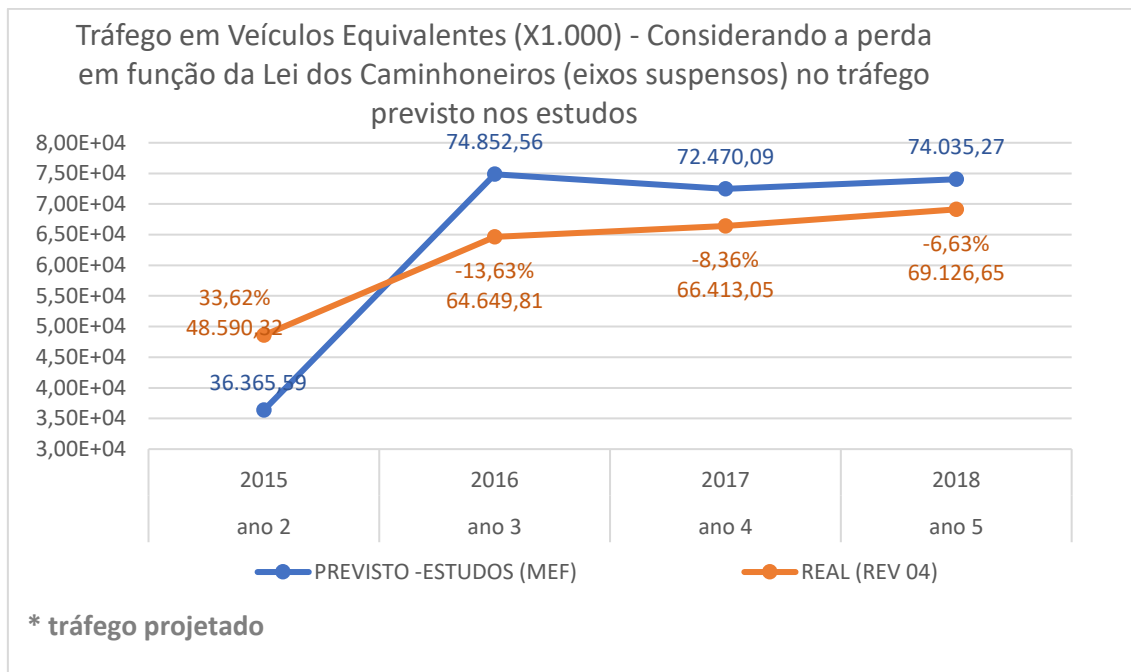


Gráfico 9 – Tráfego em veículos equivalentes considerando eixos suspensos. Fonte: (Planilha MEF BR040_original. Aba MOD_F Caixa. Linha 5) (Planilha VIA040 R04. Aba Controle. Linha 667) (Planilha VIA040 R04. Aba Controle. Linha 668)

69. Inadmissível, portanto, considerar uma diferença de apenas **9,54% (nove inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento)** como extraordinária.

70. Nesse passo, torna-se evidente que (a) o risco relativo ao atendimento da demanda pelos serviços delegados foi *integralmente* alocado de forma prévia às concessionárias, não havendo qualquer compartilhamento de responsabilidade com o Poder Concedente; (b) a crise econômica observada entre meados de 2014 e 2016 *não* pode ser compreendida como fato imprevisível ou extraordinário de acordo com o modelo de concessão ora discutido; e (c) *não* há demonstração denexo causal entre qualquer conduta do Poder Concedente ou da ANTT e a deflagração da crise econômica experimentada.

71. Assim, dada a clara alocação de riscos do contrato de concessão, incabível qualquer reequilíbrio em razão da suposta crise.



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

II.1.1. Medida Provisória nº 752/2016 e “documento diagnóstico”

72. Quando a requerente insiste em mencionar a exposição de motivos da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, e o famigerado “documento diagnóstico da ANTT” (Doc. RTE 27), busca demonstrar que o próprio Governo (*lato sensu*) teria reconhecido evento extraordinário consubstanciado na crise econômica sofrida pelo país em passado recente. Essa afirmação é falsa e não guarda qualquer coerência lógica com os fatos.

73. A tese não condiz com a realidade, porque em nenhum momento, seja na exposição de motivos ou no “documento diagnóstico”, houve reconhecimento de que evento alheio aos riscos alocados à Concessionária tenha se materializado.

74. Os citados documentos afirmam 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 da rodovia BR-040/MG/GO no período sob administração da requerente. Ainda que o tivessem feito, referidas manifestações de alguns agentes públicos não poderiam se furtar de dispositivo contratual imperativo, segundo o qual o risco de tráfego é da concessionária.

75. Embora afirme a requerente que no tal documento **apócrifo** denominado “Estudo Diagnóstico” (Doc. RTE 27) a própria ANTT tivesse reconhecido os efeitos da crise, nenhuma evidência de reconhecimento de desequilíbrio foi trazido aos autos. 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-054). 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



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

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)

76. O chamado “Estudo Diagnóstico”, repita-se, é **apócrifo**, ou seja, não foi assinada pelos técnicos da Agência e **não foi submetido à deliberação da Diretoria-colegiada**, motivo pelo qual não pode ser reconhecido como decisão tomada pela ANTT.

77. Do ponto de vista lógico, a afirmação da requerente também 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.

78. Também não faz o mínimo sentido sustentar a necessidade da edição de uma Medida Provisória, a MP 752, para reconhecimento de um desequilíbrio contratual. E mais, referido ato normativo, que supostamente teria reconhecido desequilíbrio nos contratos, não traz medidas para reequilíbrio do contrato de concessão ou determinações destinadas ao regulador. Apenas prevê alguns novos institutos como a **relicitação**, o qual inclusive, beneficiou a Concessionária, que aderiu voluntariamente à entrega da concessão.

79. **Beira ao absurdo justificar o direito em Exposição de Motivos de atos normativos cuja finalidade limita-se a “justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva a edição do ato normativo”** (cf. art. 27 do Decreto n.º 9.191, de 2017, anteriormente disciplinado no art. 38 do Decreto n.º 4.176, de 2002), **não se prestando, portanto a reconhecer direitos.**



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

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

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

82. Além desses aspectos meramente formais, a MP n.º 752, de 2016, convertida na Lei n.º 13.448, de 2017 e regulamentada pelo Decreto n.º 9.957, de 6 de agosto de 2019, não garantiu qualquer direito aos parceiros privados como decorrência do cenário econômico.

II.2. Dificuldades na obtenção de financiamento

83. A requerente informa ainda não ter sido capaz de acessar linhas de créditos com as taxas projetadas em seus planos de negócio para a concessão dos serviços públicos delegados.

84. Alega, de maneira geral, ter levado em consideração em seu planejamento financeiro manifestações do governo federal sobre linhas de crédito a taxas subsidiadas a serem ofertadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES especificamente para o setor rodoviário. Ressalta, contudo, não ter sido capaz de acessar as mencionadas linhas de crédito, fato que, segundo defende, tornaria a equação econômico-financeira *tal como por elas desenhada em suas propostas no certame licitatório* inadequada.



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

85. Uma vez mais, é preciso resgatar uma das premissas básicas definidas linhas acima para a presente manifestação: **a matriz de risco da concessão outorgada definiu de maneira prévia e objetiva a responsabilidade das concessionárias pela obtenção dos recursos necessários ao financiamento** dos serviços delegados. No que se refere ao financiamento, o contrato de concessão foi preciso ao dispor o seguinte:

26 Financiamento

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

86. Ora, estando o risco quanto à aquisição de recursos financeiros (próprios ou de terceiros) necessários para viabilizar a execução dos serviços projetados alocados *prévia* e *claramente* ao concessionário, ele foi (ou deveria ter sido) *precificado* na proposta ofertada na licitação precedente à outorga da concessão.

87. Não se admite, portanto, a reestruturação *ex post* da matriz de risco da concessão que fundou todo o processo competitivo prévio à delegação do serviço. O risco do financiamento é do Concessionário. **Este, inclusive, pode optar por executar suas obrigações valendo-se de capital próprio. Portanto, não pode a Requerida se queixar de ter que recorrer a capital próprio (o que inclui aporte dos acionistas) para desincumbir-se das obrigações e dos riscos que assumiu.**

88. Relembra a premissa fundamental quanto à matriz de risco acordada, faz-se oportuna uma palavra sobre as supostas expectativas frustradas das concessionárias quanto ao acesso das linhas de financiamento junto ao BNDES.

89. Inicialmente, é de se ressaltar que **nunca houve qualquer pré-contrato, contrato ou ato unilateral de promessa incondicional de financiamento envolvendo a mencionada instituição financeira e as concessionárias** acerca de concessão de linhas de créditos tal como parecem fazer crer as manifestações até agora trazidas ao conhecimento do tribunal arbitral.



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

90. De uma maneira genérica, a concessionária alega haver sido criada uma **expectativa** de acessar linhas de crédito fornecidas pelo BNDES em razão, primeiro, de carta de intenções enviada por bancos públicos federais ao Diretor-Geral da Agência Nacional de Transportes Terrestres e, em segundo lugar, tendo em vista declarações públicas de agentes do então Ministério dos Transportes que indicavam o interesse do governo federal no estímulo à concessão de rodovias no país.

91. Sucede, contudo, que **o Direito não confere proteção incondicionada a qualquer expectativa** do particular em face da Administração Pública, mas, antes, **apenas àquela reconhecida como legítima**, porquanto fundada nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

92. De uma maneira sintética, para ser reconhecida como *legítima* e, portanto, passível de proteção jurídica, a expectativa do particular deve (a) tomar como base conduta da Administração que crie ou pretenda criar uma relação jurídica específica com o particular interessado; (b) ser a conduta administrativa lícita e legítima, ou ao menos assim parecer de maneira objetiva para aquele que a observa de maneira isenta e ponderada; e (c) configurar uma pretensão razoável, não compatível com compreensão negligente, apressada ou ingênua do particular.

93. Sobre a proteção da expectativa legítima em face da Administração Pública, veja-se elucidativo excerto da obra de Bruno Miragem, adiante transcrito:

Debruçando-se sobre a indagação, Pérez vai identificar cinco pressupostos a serem observados para o reconhecimento deste dever de proteção. Primeiro, a existência de um ato da Administração suficientemente concludente para provocar no afetado um dos três tipos de confiança: de que a Administração atua corretamente; de que a mesma está atuando lícitamente; e que suas expectativas – como interessado - são razoáveis. Segundo, que a Administração gere ‘signos externos’ que, mesmo não vinculando juridicamente, orientem o cidadão a uma determinada conduta. Em seguida, que o ato da Administração reconheça ou constitua uma situação jurídica individualizada, em cuja permanência o particular possa confiar. Ainda, que seja determinado por causa idônea para provocar a confiança legítima do afetado, a qual não pode se dar por mera negligência ou tolerância da Administração. E, afinal, que o interessado tenha cumprido os deveres e obrigações que lhe incumbem no caso.



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

Observa-se, portanto, que a expectativa despertada tem sua aferição de legitimidade também no comportamento daquele que alegar ter ‘confiado’ na Administração, uma vez que tenha cumprido com os deveres e obrigações determinados a si naquela circunstância. Da mesma forma, exige-se certa determinação da situação concreta em que se fundamenta o dever jurídico específico, quando estará sob exame o próprio nível de expectativa decorrente da atuação do Estado, para que se responda se a mesma deve ser reconhecida como legítima ou não.

(MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade pré-contratual da Administração e proteção da confiança legítima. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Nº 58. Dez/2003. P. 131-152. P.137-138)

94. Ora, os casos discutidos no processo em curso claramente não satisfazem o teste para o reconhecimento de *legitimidade* na expectativa supostamente criada pelas concessionárias.

95. Não há que se falar em conduta administrativa que “constitua uma situação jurídica individualizada, em cuja permanência o particular possa confiar”. Afinal, em nenhum momento a ANTT prometeu à Concessionária condições especiais de financiamento.

96. O mesmo pode ser dito em relação a supostas “declarações” de Ministros e de agentes políticos federais quanto ao apoio a ser dado ao setor rodoviário. Em um Estado Democrático de Direito, os agentes políticos apenas *gerem* o patrimônio público, atuando de acordo com os parâmetros e limites impostos pela Constituição e pelas leis do país. Por isso, nenhuma de suas “manifestações” pode ser tomada como promessa incondicional de apoio financeiro a determinado setor com recursos públicos, sob pena de evidente ofensa ao mais basilar dos princípios republicanos.

97. O fato é que não cabe falar em *expectativa legítima* das concessionárias de acesso a fundos públicos subsidiados **sem análise do mérito de seus projetos** ou da **capacidade financeira de seus sócios**, como parecem fazer crer em suas manifestações. Não houve, nesse sentido, criação de expectativa *legítima* capaz de ser protegida juridicamente e, por conseguinte, não há pretensão a ser exigida.



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

98. Sobre o ponto, não é demais lembrar que, mesmo se houvesse expectativa das concessionárias a ser protegida, ela seria necessariamente dirigida às instituições financeiras federais, emissoras da promessa de contratar invocada pelas delegatárias como origem de sua expectativa supostamente frustrada, e não contra a ANTT. A Agência jamais se manifestou sobre o ponto ora discutido. **A requerente sabe do descabimento da sua pretensão, tanto que não há notícia nos autos de que tenha de alguma forma processado o BNDES.** Não o fez justamente porque reconhece não ter o bom direito.

99. Inclusive, de modo análogo, outra Concessionária de Rodovia da mesma etapa, a Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. – **CONCEBRA**, **tentou sustentar a tese de vinculação do BNDES a promessas de financiamento, nos autos do processo nº 0012434-56.2017.4.015101, e teve seu pedido julgado improcedente, com trânsito em julgado**, conforme se depreende da sentença (Doc. RDA-055) e da petição de desistência de recurso (Doc. RDA-056). Nesse sentido, importante conferir alguns trechos da sentença:

Os pedidos não merecem prosperar.

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

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

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

(…)

O enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependerão da análise econômico-



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

financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras.” (grifou-se)

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...) Conforme se pode depreender do relato exposto na petição inicial, os Autores tencionam a suspensão da exigibilidade de créditos (de natureza não tributária) de titularidade do BNDES, decorrentes de contrato de financiamento. Basicamente, sustentam que estariam numa



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

posição jurídica que lhes asseguraria o exercício da faculdade de exigir do BNDES a celebração de contrato de financiamento a longo prazo.

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

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

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

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

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

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

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

Denota-se, da análise dos documentos, que o BNDES realizou sucessivas prorrogações do prazo do pagamento da primeira



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

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

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

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

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

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

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

No tocante aos argumentos utilizados pela parte autora, seja contra a ré ANTT, seja contra o réu BNDES, não se encontram presentes os requisitos constantes



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

dos arts. 317, 476 e 478 do Código Civil aptos a permitir a revisão judicial do(s) contrato(s), tendo em vista inexistir qualquer situação de ocorrência de fatos imprevisíveis, fora da álea razoável dos contratos, a implicar desproporção manifesta no negócio jurídico.

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

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

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

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

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

100. Ora, se nem o BNDES, autor da suposta promessa de contratação, a ela permaneceu vinculado, por que a ANTT e, sobretudo, o **usuário da rodovia** haveria de se responsabilizar por esse ato de terceiros?

101. Assim, é evidente que a questão não pode ser apreciada em âmbito de processo arbitral em que não figuram os supostos criadores da expectativa que supostamente ampararia a pretensão da requerente.



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

102. **Registre-se ainda que a Requerente limita-se a colacionar reportagens sem apresentar qualquer documento que represente promessa incondicional de contratar por parte dos bancos públicos.**

103. Por fim, sobre a matéria, é de se ter em conta que eventual frustração de expectativa dos particulares em face da Administração quanto à pretensão contratual (acesso a linhas de crédito subsidiadas por meio de *contratos de financiamento*) se resolve por meio de *indenização a ser buscada em face de quem eventualmente tenha feito promessas em vão*, e não por reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

104. Cuida-se, em verdade, da *consequência natural* de eventual reconhecimento de expectativa legítima frustrada injustamente pela Administração, como esclarecido por Judith Martins-Costa em trecho de obra adiante trazido por seu caráter elucidativo:

(...) o fato de a Administração Pública induzir os particulares a crer que tal ou qual medida seria adotada, incentivando-os a dirigir seus negócios em determinada direção, não gera, evidentemente, o dever do Poder Público manter o plano, mas em caso de dano comprovado, pode fundar o pedido indenizatório com base no dever de boa-fé incumbente também à administração.
(MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1999. P. 509.)

105. Por todo o exposto, é possível concluir que (a) não houve expectativa *legítima* da concessionária em acessar financiamentos de bancos públicos a taxas subsidiadas *independente dos méritos de seus planos para a execução do serviço concedido* em decorrência de declarações de autoridades federais; (b) qualquer expectativa eventualmente criada pela concessionária sobre o ponto diria respeito a condutas estranhas à ANTT e ao contrato com esta celebrado, estando, portanto, fora da competência do tribunal arbitral instalado; e (c) a frustração de expectativa das concessionárias quanto ao financiamento apenas poderia resultar em eventual pleito indenizatório contra outras partes distintas da ANTT, mas nunca em suposto direito a reequilíbrio econômico-financeiro da concessão outorgada.



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

II.3 Revisão ampla do contrato

106. Outro ponto em relação ao qual se insurge a Requerente reside numa suposta omissão da ANTT em promover ampla revisão do contrato, de modo a evitar a descontinuidade do serviço.

107. Importante observar, contudo, que houve as devidas **revisões e reajustes tarifários** para reequilibrar os prejuízos suportados pela Concessionária em relação a eventos alheios à sua matriz de risco, bem como para compensar os efeitos inflacionários. Nesse sentido, vale à pena conferir os seguintes documentos em anexo:

- (i) Resolução nº 4.787, de 17 de julho de 2015 (Doc. RDA-044);
- (ii) Resolução nº 4.699, de 13 de maio de 2015 (Doc. RDA-045);
- (iii) Resolução nº 5.143, de 15 de julho de 2016 (Doc. RDA-046);
- (iv) Resolução nº 5.392, de 27 de julho de 2017 (Doc. RDA-048);
- (v) Deliberação nº 523, de 14 de agosto de 2018 (Doc. RDA-013);
- (vi) Deliberação nº 1.012, de 26 de novembro de 2019 (Doc. RDA-012);
- (vii) Deliberação nº 986, de 5 de novembro de 2019 (Doc. RDA-057);
- (viii) Deliberação nº 841, de 10 de outubro de 2018 (Doc. RDA-014).

108. Por outro lado, pretendia a Requerente, na verdade, fosse desconsiderado o contrato e especialmente a matriz de riscos nele estabelecida. Ora, por determinação legal, em qualquer procedimento licitatório é preciso observar a vinculação ao instrumento convocatório:

Lei nº 8.987/95

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

Lei nº 8.666/93

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será



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

processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(**grifamos**)

109. Desconsiderar o quanto pactuado pelas partes, **após procedimento competitivo** do qual tantas outras licitantes não se sagraram vencedoras justamente por terem apresentado propostas que se revelariam mais acertadas em termos de projeções econômicas, configuraria frontal violação ao instrumento convocatório. A pretensão da Requerente é que, mesmo tendo apresentado um lance bastante agressivo, de **61,13%** (sessenta e um inteiros e treze centésimos por cento) de desconto da tarifa e de ter concordado com a alocação de riscos do contrato, houvesse, **após a materialização dos riscos que lhe cabiam**, uma repactuação desse contrato.

110. Registre-se mais uma vez que, no procedimento licitatório, os lances ofertados pelos concorrentes foram os seguintes (retirado da Nota Técnica nº 026/2018/GEREF/SUINF – Doc. RDA-022):

Classificação	Proponente	Lance	Deságio
1	Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A – Invepar	R\$ 3,22528	61,13%
2	Consórcio Via Capital	R\$ 4,59439	44,63%
3	Contern Construções e Comércio Ltda.	R\$ 4,73740	42,90%
4	Consórcio Integração	R\$ 5,86725	29,29%
5	Consórcio Caminho Novo	R\$ 6,30620	23,99%
6	Companhia de Participações em Concessões	R\$ 7,03473	15,22%
7	Triunfo Participações e Investimentos S.A.	R\$ 7,46870	9,48%
8	Consórcio Queiróz Galvão Infraestrutura	R\$ 7,88275	4,99%

111. Tivesse o **Consórcio Queiróz Galvão Infraestrutura** ou o grupo **Triunfo Participações e Investimentos S.A.** vencido a licitação, muito provavelmente não teria havido as dificuldades de execução contratual suportadas pela Requerente.



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

112. Não bastasse a grave ofensa ao instrumento convocatório que citada repactuação representaria, a conduta da Requerente é contraditória, em clara ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Num primeiro momento, assume ter ciência dos riscos e se compromete ao cumprimento das obrigações contratuais, para, num segundo momento, apenas poucos anos após o início de execução de um contrato de 30 (trinta) anos, pleitear a completar desfiguração desse contrato com a alteração das obrigações pactuadas.

113. É certo que o contrato de concessão não é rígido e, por vezes, será necessário alguma alteração com vistas à prestação de um serviço adequado. Essas alterações, contudo, são pertinentes às chamadas cláusulas de serviços, jamais em relação às cláusulas econômico-financeiras, especialmente aquelas que trazem a matriz de riscos do contrato, e, mesmo assim, desde que devidamente fundamentado no interesse do serviço. O contrato é claro ao vedar a alteração de sua matriz de riscos:

22 Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

22.1 Cabimento da Recomposição

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

114. No caso dos autos, a Requerente pretende uma alteração da matriz de riscos do contrato e das cláusulas econômico-financeiras, o que é inviável.

115. Ademais, não custa lembrar que o contrato também é claro ao estabelecer que somente haverá reequilíbrio quando se materializarem os riscos atribuídos ao Poder Concedente previstos na subcláusula 21.2.:

22.1.2 A **Concessionária** somente poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses previstas na subcláusula 21.2 acima.



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

116. Se, sob a ótica estritamente jurídica, não havia fundamento para se promover a repactuação contratual pleiteada pela Requerente, sob a ótica regulatória a necessidade de manutenção do contrato também é evidente.

117. Embora toda conceituação seja problemática, é possível afirmar com boa margem de segurança que tratar de regulação, em última análise, é tratar da **capacidade de uma autoridade pública de influenciar o comportamento dos agentes econômicos com vistas a atingir bens jurídicos maiores identificados com o interesse público**, que, no caso dos autos, se concretiza na **busca pelo serviço adequado**. Nesse sentido, ensinam os professores britânicos Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge:

Therefore, we follow Julia Black's more wide-ranging definition of regulation as 'the intentional use of authority to affect behaviour of a different party according to set standards, involving instruments of information-gathering and behaviour modification' (Black, 2001)
(BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. Introduction: Regulation – The Field and the Developing Agenda. *In*: The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press. Oxfordshire/UK, 2010, p. 12)

118. Admitir a repactuação contratual implicaria na criação de incentivos perversos.

119. Primeiro, para que os agentes econômicos, no procedimento licitatório, apresentassem lances agressivos e desconexos com a realidade, apenas com o objetivo de vencer o procedimento a qualquer custo.

120. Segundo, haveria incentivo para que as Concessionárias descumprissem o contrato, sempre com ameaça de inviabilidade na continuidade da prestação do serviço, com vistas à renegociação de condições mais vantajosas para o período remanescente da Concessão. Não custa lembrar que o contrato da Requerente tem duração prevista de **30 (trinta) anos**. Uma repactuação ampla e prematura nos primeiros **05 (cinco) anos** de concessão acarretaria uma execução de mais de **25 (vinte e cinco) anos** de contrato numa modelagem muito mais favorável do que aquela disponibilizada para o processo competitivo entre os então licitantes.



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

121. Portanto, seja sob a ótica estritamente jurídica, seja sob a ótica regulatória, não havia fundamento para a alteração contratual pretendida pela Requerente.

II.4. Aumento do limite de peso bruto por eixo

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

123. Inicialmente, cabe deixar claro ser **incontroverso** que: (1) a edição da Lei nº 13.103/2015 trouxe sim um desequilíbrio ao contrato; (2) a ANTT reconheceu esse desequilíbrio administrativamente; (3) a ANTT já procedeu ao reequilíbrio desse contrato provisoriamente; num primeiro momento, valendo-se de estudo elaborado pelo DNIT; em seguida, nos termos do Acórdão 290/2018-Plenário do TCU (Doc. RDA-016).

124. Nesse sentido, importante citar a Nota Técnica nº 133/2016/GEROR/SUINF (Doc. RDA-026), que sintetiza todos os eventos contemplados na 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária:



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

4.2.3.4 – Lei dos Caminhoneiros: aumento de tolerância para excesso de carga

127. Em função de análise procedida pela GEINV, Nota Técnica n° 021/2016/GEINV/SUINF, de 11/07/2016, foi considerado adequado pleito de consideração de valores referente ao impacto no pavimento de aumento de tolerância para excesso de carga decorrente da Lei dos Caminhoneiros.

128. Para fins de cálculo foi inserido na aba “Investimentos” incremento de valores referentes a manutenção e recuperação de pavimento para todos os anos da concessão. Impactou com acréscimo de 0,28454 na TBP; com percentual de 8,50%.

Quadro 12: RE - Impacto na TBP – Fluxo de Caixa Marginal

Itens revisados	Tipo	Fluxo	Nota Técnica	Varição
Dispositivos de Retorno em Nível–6,24% de Custos Administrativos	Custo Operacional Inclusão	FCM	Nota Técnica n° 021/2016/GEINV/SUINF, de 11/07/2016	0,15%
Remoção de interferências	Investimento Inclusão	FCM		0,01%
Atraso de Licenciamento Ambiental: Desmobilização, Remobilização, Instalação e Manutenção de Canteiros	Investimento Inclusão	FCM		0,37%
Lei dos Caminhoneiros: aumento de tolerância para excesso de carga	Investimento Inclusão	FCM		8,50%

125. O ponto de divergência reside na metodologia a ser utilizada para cálculo do reequilíbrio que será concedido em definitivo. Trata-se de tema complexo e que vem sendo desenvolvido pela Agência em conjunto com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O resultado dessa parceria é que definirá uma metodologia adequada a tratar o problema, a qual poderá ensejar um reequilíbrio igual, inferior ou superior àquele buscado pela requerente. O que não se afigura plausível é que a Agência receba acriticamente daquele que é diretamente interessado, a Concessionária, uma metodologia de reequilíbrio e aplique com um alto risco de estar prejudicando o usuário.

126. Inclusive, a nosso sentir, o tema sequer poderia ser tratado no âmbito de processo arbitral, pelo seguinte.



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

127. Primeiro, porque envolveria a necessidade de que este Tribunal subtraísse a competência legal da ANTT para regular o contrato. O direito de regular é claramente **indisponível** e indelegável, portanto, **inarbitrável**.

128. Segundo, **não houve decisão definitiva** da ANTT sobre o tema, o que também elide temporariamente o juízo arbitral, a teor do disposto no art. 31 da Lei nº 13.448/2017 e inciso VIII do art. 3º do Decreto nº 10.025/2019.

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

130. Para que se tenha ideia do nível de **complexidade** do tema, convidamos este Tribunal a analisar a Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (Doc. RDA-058), 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.

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

132. Subsidiariamente, julgando-se competente para apreciar o mérito da matéria, caso tida como arbitrável – o que se argumenta apenas em prestígio à eventualidade – roga-se que afaste qualquer proposta de metodologia unilateral pretendida pela Requerente em detrimento do poder regulatório da ANTT.



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

II.5. Aumento do preço dos insumos asfálticos

133. No caso do aumento supostamente extraordinário do CAP – cimento asfáltico de petróleo, também não pode prosperar o argumento da Concessionária, uma vez que o contrato é claro em lhe atribuir o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário, senão vejamos:

21 Alocação de Riscos

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

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

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

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

134. Importante destacar que se trata de opção regulatória de modelagem contratual, conscientemente tomada antes do processo licitatório e válida para todos os contratos da 3ª Etapa de Concessões do PROCROFE. A título de exemplo, no contrato da ECOSUL (Doc. RDA-059), 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:



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

(...)

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.

135. 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-060). Repita-se, **a modelagem do contrato da requerente é diversa**, por isso o pleito foi indeferido.

136. 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.

137. 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;



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

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)

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

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



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

da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 171-191, jan./mar. 2018. P. 184. - grifamos)

139. Os trechos doutrinários transcritos acima revelam que os contratos de concessão de serviço público trazem peculiaridades e objetivos que os diferenciam dos contratos de prestação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93. Enquanto os contratos de prestação de serviço são de curta duração (devem durar somente até o limite dos respectivos créditos orçamentários) e quase todos os riscos são assumidos pelo contratante, **o contrato de concessão deve ser visto como um projeto de investimentos de longo prazo. Como todo projeto de longo prazo, está sujeito a variações, ora beneficiando, ora prejudicando o concessionário.** Por essa razão, o licitante que pretende se tornar concessionário deve formular sua proposta levando em considerações os riscos que irá assumir.

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

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

II.6. Impactos de alterações tributárias no preço dos combustíveis

142. Embora a Requerente não tenha formulado pedido específico nas alegações iniciais para reequilíbrio em decorrência de alterações tributárias (PIS, COFINS e CIDE-Combustíveis) que impactaram o preço dos combustíveis, o tema será objeto de contestação em razão do princípio da eventualidade e porque foi mencionado nas alegações iniciais. Registre-se, contudo, não ter sido objeto de pedido específico de reequilíbrio.



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

143. Pois bem, inicialmente, cabe observar que o Contrato de Concessão (Doc. RDA-007) já traz a previsão da aplicação de índice de preços com vistas a mitigar os efeitos da inflação, nos termos seguintes.:

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

144. No que tange às alterações nas alíquotas da CIDE-Combustíveis, o tema foi objeto de análise na 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, por meio da Nota Técnica nº 133/2016/GEROR/SUINF (Doc. RDA-026). Na ocasião, constatou-se tecnicamente não haver desequilíbrio contratual, uma vez que o índice de reajuste previsto no contrato, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, já contempla em boa medida a variação de preços dos combustíveis. Vejamos os esclarecimentos técnicos que constaram daquela manifestação:

135. Conforme Ofício nº 93/2016/GEROR/SUINF, cabe afirmar que a incidência da Cide na gasolina e óleo diesel tem efeito expressivo e direto no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, que é o índice utilizado como base para atualização monetária da Tarifa de Pedágio.

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

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

145. Percebe-se que, permitir o aumento tarifário em razão de aumentos de combustíveis, ainda que em decorrência das alterações tributárias, causaria desequilíbrio do contrato em desfavor do usuário. Haveria uma **dupla remuneração da**



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

concessionária pelos efeitos da inflação, primeiro, mediante aplicação do IPCA, e, em seguida, mediante a revisão da tarifa.

146. Ademais, **sequer há nos autos demonstração do efetivo aumento do preço dos combustíveis e muito menos do seu impacto nos custos contratuais.**

147. Não procede, portanto, o pleito de reequilíbrio em relação ao aumento do preço dos combustíveis.

II.7. Esclarecimentos sobre o instituto da relicitação

148. Em que pese a Requerente não ter formulado qualquer pedido pertinente ao procedimento de relicitação que tramita no âmbito da ANTT, cabe alguns esclarecimentos adicionais acerca da natureza do instituto, tendo em vista a forma completamente distorcida do instituto apresentada nas Alegações Iniciais.

149. Pois bem, o instituto da relicitação constitui novidade trazida pela Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017. Trata-se de mais uma forma de extinção antecipada do contrato de concessão, dentre tantas outras que já havia no ordenamento jurídico, como a caducidade, a rescisão, encampação, anulação e a falência. A grande novidade é o fato de tratar-se de **modalidade consensual** de extinção antecipada do contrato.

150. Importante notar que, ao contrário do afirmado pela Requerente, a criação do instituto ou mesmo a posterior qualificação do contrato para fins de **relicitação não implica no reconhecimento de desequilíbrio contratual**. A decorrência lógica do reconhecimento pelo Regulador de eventual desequilíbrio contratual seria tomar providências no sentido de promover seu reequilíbrio, não simplesmente relicitar.



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

151. Pelo contrário, se a Agência encontra-se em mora com seu dever de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o ordenamento jurídico faculta à Concessionária pleitear judicialmente a rescisão desse contrato, conforme se depreende do art. 39 da Lei nº 8.987/93:

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

152. Se a Concessionária entendia ter sido prejudicada pelo suposto descumprimento contratual por parte da ANTT, poderia ter buscado a respectiva rescisão. Se não o fez, apesar de todas as bravatas constantes das alegações iniciais, possivelmente não acredita na própria tese de que a Agência busca agir “como quem manipula fantoches” (fl. 12 das Alegações Iniciais).

153. Portanto, a relicitação simplesmente põe fim amigavelmente à relação contratual, sem qualquer reconhecimento de desequilíbrio do contrato por qualquer das partes. O cenário que se coloca é no sentido de, uma vez constatado que a Concessionária assumiu mais riscos do que conseguiria suportar e diante da probabilidade de que não consiga prestar o serviço a contento, o Poder Concedente pondera ser mais vantajosa uma extinção amigável da concessão do que aguardar a paulatina deterioração do serviço com prejuízo ao usuário e o consequente aumento da judicialização em razão das medidas punitivas adotadas. Em última análise, trata-se de **benefício criado para aqueles contratos nos quais fatalmente se caminharia para a caducidade.**

154. Outra especificidade da legislação que trouxe a relicitação era sua eficácia limitada, na medida em que a operacionalização do instituto demandava regulamentação do Poder Executivo, nos termos do art. 14 da Lei nº 13.448/2017:



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

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos **definidos em ato do Poder Executivo**.

(**grifamos**)

155. Até que viesse o Decreto nº 9.957/2019, a ANTT ficou sem parâmetros para, na prática, operacionalizar o instituto. Não por mora sua ou má-fé, mas por ausência de segurança jurídica, na medida em que a lei necessitava de um maior detalhamento. Tão logo editado o decreto, em agosto de 2019, a ANTT, no mesmo ano, edita a Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019 e começa a analisar todos os pleitos das Concessionárias.

156. No caso da Requerente, inclusive, já houve a devida qualificação do empreendimento junto ao Programa de Parcerias e Investimentos – PPI (Doc. RTE-44), nos termos do art. 2º da Lei nº 13.448/2017, o que a beneficia pela impossibilidade de prosseguimento de processos de caducidade, a teor do disposto §3º do art. 14 da mesma lei:

Art. 14 (...)

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

157. Os próximos passos serão a celebração de termo aditivo (Lei 13.448/2017, art. 15), que fixará, dentre outros pontos, “as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados” e, nos termos do art. 17 da mesma lei, a promoção de estudos técnicos que subsidiarão o novo certame:

Art. 17. O órgão ou a entidade competente promoverá o estudo técnico necessário de forma precisa, clara e suficiente para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, visando a assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional.



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

158. Percebe-se claramente que, ao contrário do afirmado pela Requerente, **a renovação dos estudos é imperativo legal, não reconhecimento de que os estudos anteriores estivessem errados**. Afinal, o sistema rodoviário é dinâmico e, uma vez definido que haverá nova licitação, não faria sentido a utilização de estudos defasados.

159. Ainda que, por hipótese, os estudos que pautaram a primeira licitação contivesse algum erro, tais estudos são meramente informativos e não vinculam a Agência. O edital de licitação (Doc. RDA-006) foi claro no sentido de atribuir aos licitantes o dever de proceder ao seus próprios estudos:

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 pela **ANTT**, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da **Concessão**, não apresentando, perante as potenciais **Proponentes**, qualquer caráter vinculativo ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do **Poder Concedente** perante as **Proponentes** ou perante a futura **Concessionária**.

160. Portanto, no que tange ao procedimento de relicitação, são totalmente descabidas as alegações da Requerente no sentido de ter havido algum reconhecimento de desequilíbrio do contrato.

II.8. Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE

161. Insurge-se ainda a Requerente em face da deficiência de aportes no Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE.

162. O FGIE trata-se de fundo criado pela Lei nº 12.712/12 e que, segundo a requerente, “jamais concedeu qualquer cobertura ao longo da sua existência, ao contrário



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

do que havia sido oferecido e anunciado como medida atrativa aos investidos (*sic*) por parte União Federal, via BNDES, ao tempo da concessão.”

163. Em primeiro lugar, a Requerente diz que os recursos do citado fundo teriam sido “oferecidos e anunciados”, mas não traz aos autos qualquer evidência do suposto oferecimento ou anúncio.

164. Em segundo lugar, não há no contrato qualquer dispositivo que garanta à Requerente a cobertura de riscos de sua responsabilidade pelo FGIE. Pelo contrário, conforme já ressaltado em tópicos anteriores, o contrato é claro em estabelecer os riscos que cabem a cada uma das partes no contrato, em especial, o já destacado risco pelo financiamento é da Concessionária, que também tem a obrigação de manter vigentes garantias contratuais. Acerca das garantias, dispõe o contrato de concessão (Doc. RDA-007):

12 Garantia de Execução do Contrato

12.1 A Concessionária deverá manter, em favor da ANTT, como garantia do fiel cumprimento das obrigações contratuais, a **Garantia de Execução do Contrato** nos montantes indicados na tabela abaixo:

Meta de duplicação	Valor
Até o atendimento da meta total de duplicação prevista no item 3.2.1.1. do PER	R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)
Do atendimento da meta total de duplicação prevista no item 3.2.1.1. do PER até o 30º ano	R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)

165. Em nenhum momento o contrato atribui ao FGIE qualquer responsabilidade pela assunção de riscos assumidos pela Concessionária ou mesmo pelo Poder Concedente.

166. Ora, por definição legal (art. 71 da Lei nº 4.320/64), fundo é “o produto de receitas especificadas que, por lei se vinculam a realização de terminados objetivos ou serviços”. Seja na seu ato de criação ou mesmo em atos posteriores, não há qualquer vinculação do FGIE à garantia do contrato de concessão da Requerente ou mesmo de



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

qualquer outro contrato de concessão celebrado pela ANTT. Trata-se, dessa forma, de um fundo público totalmente estranho à relação contratual travada entre as partes da presente arbitragem.

167. Mais uma vez, a insurgência trazida pela Requerente não tem qualquer fundamento.

II.9. Ofício nº 1733/2014/GEINV/SUINF

168. Alega a Requerente ter sofrido prejuízos em decorrência do Ofício nº 1733/2014/GEINV/SUINF (Doc. RTE-48), mais precisamente em razão de gastos com projetos e orçamentos.

169. Pois bem, conforme se depreende do citado ofício, no trecho compreendido entre Brasília/DF e Luziânia/GO, estava previsto originalmente no contrato a construção de faixas adicionais e vias marginais, além de passarelas.

170. Todavia, diante da necessidade de fazer adequações no sistema rodoviário, para compatibilizá-lo com projeto de mobilidade urbana (projeto do BRT), parte daquelas obras não faziam mais sentido naquele momento. Por consequência, a Diretoria da ANTT (Doc. RDA-061) suspendeu a construção das faixas adicionais e vias marginais, substituindo por outra solução para melhoria da fluidez do tráfego, sem prejuízo da obrigação original para construção das passarelas previstas no item 3.2.1.2. do PER – Programa de Exploração da Rodovia (Doc. RDA-008).

171. Como se trata de alteração unilateral do contrato, obviamente haveria a devida remuneração pelos eventuais custos adicionais suportados pela Requerente, inclusive os alegados custos com projetos.



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

172. Ocorre que a Requerida não elaborou os projetos a contento, conforme se depreende do Parecer Técnico nº 0574/2019/GEENG/SUINF-R00 (Doc. RDA-031), cuja conclusão foi a seguinte:

IV – CONCLUSÃO

11. Após análise, em vista das considerações da área de apoio técnico, conclui-se pela OBJEÇÃO para o caso em tela.
12. Nos termos da Portaria nº 028/2019, 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.

173. Ato contínuo, a Requerente foi comunicada para promover os ajustes cabíveis, conforme Ofício nº 0701/2019/GEENG/SUINF/R00 (Doc. RDA-010) e respectiva correspondência eletrônica (Doc. RDA-062). Somente após as devidas alterações e aceitação dos projetos será possível o devido reequilíbrio.

174. Portanto, se houve custo adicional, a ausência de reequilíbrio se deve não à falta de disposição da ANTT, mas sim da incapacidade da Requerente de apresentar projetos tecnicamente aceitáveis. Não procedem, tampouco nesse ponto, as alegações e os pedidos da Requerente.

II.10. Atraso das licenças ambientais

175. Alega a Requerente ter sofrido diversos prejuízos em razão do atraso na obtenção de licenças ambientais de responsabilidade do Poder Concedente.

176. Inicialmente, é preciso deixar claro que nem todas as licenças ambientais necessárias à execução das obras no sistema rodoviário são de responsabilidade do Poder Concedente. As licenças previstas na subcláusula 5.1. do contrato de concessão (Doc. RDA-007) são de responsabilidade da Concessionária:



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

5.1 A Concessionária deverá:

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

(i) Dentre as licenças ambientais referidas na subcláusula 5.1, a Concessionária deverá obter:

(a) Concordância do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA para as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias que se enquadrem nas condições do art. 8º, inciso III da Portaria nº 288/MT/MMA. Em até 4 (quatro) meses após a assinatura do Contrato, a Concessionária deverá protocolar junto ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis os documentos necessários que comprovem o enquadramento dos trechos nas condições do art. 8º, inciso III da Portaria nº 288/MT/MMA.

(b) Licença prévia e licença de instalação das Obras em Trechos Urbanos previstas no PER;

177. Dentro das responsabilidades que lhe cabiam, embora tenha obtido as licenças de que tratam a alínea “a” do inciso (i) da subcláusula 5.1.1., a Concessionária não tomou as providências cabíveis para a obtenção das licenças de que tratam a alínea “b” do mesmo dispositivo. Nesse sentido, foram as constatações da área técnica da ANTT, por meio do Parecer nº 1/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR (Doc. RDA-037):

(...) em relação ao item b, do inciso I, subcláusula 5.1.1 do Contrato de Concessão, referente às obras de contornos em trechos urbanos, observa-se que, até o momento, a Concessionária não prestou informações quanto ao início de tratativas junto ao órgão licenciador, no âmbito do licenciamento ambiental das referidas obras.

178. Quanto às licenças de responsabilidade do Poder Concedente, são aquelas previstas na subcláusula 5.2 do contrato de concessão:

5.2 O Poder Concedente deverá:

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

5.2.2 Elaborar o inventário florestal e os Planos Básicos Ambientais.



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

179. É verdade que a responsabilidade pela obtenção das licenças de que tratam a subcláusula 5.2 é do Poder Concedente. Porém, o referido dispositivo informa que as condições nas quais essas licenças seriam disponibilizadas à Concessionárias são aquelas tratadas na subcláusula 10.3.2, a qual, traz duas regulamentações relevantes. Vejamos:

10.3.2 A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1 .1. do PER, de acordo com as seguintes condições.

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

(...)

“(b) A não obtenção da licença de instalação no prazo previsto na subcláusula 10.3.2 (i) **para os 10% (dez por cento) das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias** ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na forma prevista na subcláusula 22.5.

(c) Após o início da cobrança da Tarifa de Pedágio, o desatendimento da meta de duplicação de cada ano prevista no item 3.2.1.1.d o PER, por força da ausência de obtenção da licença de instalação, não acarretará responsabilização da Concessionária, **sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio previsto na subcláusula 22.6 deste Contrato.**

(grifamos)

180. Primeiramente, importante notar que **haverá o reequilíbrio econômico-financeiro somente em caso de não obtenção de licença de instalação para os 10% (dez por cento) das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias**. O contrato não prevê, portanto, que haveria reequilíbrio por não disponibilização da **totalidade (100%)** das licenças, mas **apenas em percentual compatível com as metas de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias**.

181. Em segundo lugar, **os atrasos nas licenças não impedem a aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio** previsto na subcláusula 22.6 do contrato de



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

concessão¹. Isso significa que eventuais custos adicionais da Concessionária, por exemplo, custos de mobilização/desmobilização serão reequilibrados. Por outro lado, mediante a incidência do desconto de reequilíbrio, haverá o devido reequilíbrio para baixo em razão do serviço não ter sido disponibilizado ao usuário no tempo estimado e, conseqüentemente, do ganho financeiro decorrente do fato de a Concessionária não ter que fazer os investimentos respectivos. **Em síntese, tem-se um aumento tarifário decorrente do reequilíbrio dos custos de mobilização/desmobilização e uma redução decorrente da não disponibilização do serviço ao usuário, nos termos da fórmula do desconto de reequilíbrio.**

182. Assentadas essas premissas e considerando que a Concessão teve início em **22/04/2014**, caberia ao Poder Concedente disponibilizar até o dia **21/04/2015** a **Licença de Instalação** que permitisse à Concessionária a execução do **equivalente a 10% (dez por cento) das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias**, ou seja, **109 km (cento e nove quilômetros)**. Esse prazo não foi cumprido.

183. Conforme Parecer nº 704/2019/GEFIR/SUINF/DIR (Doc. RDA-040), somente em **06/07/2016** houve a disponibilização da licença, inclusive, **em valor superior aos 10% (dez por cento) ou 109 km (cento e nove quilômetros) necessários**. Mais precisamente, nos termos da Nota Informativa nº 001/GEPRO/SUINF/2017 (referenciada no Doc. RDA-040), foram disponibilizadas licenças relativas a um trecho de **156,5 km (cento e cinquenta e seis quilômetros e quinhentos metros)**.

184. Ato contínuo, na **1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária**, a ANTT não somente reconheceu o atraso como **procedeu aos devidos reequilíbrios econômico-financeiros que culminaram no aumento da TBP – Tarifa Básica de Pedágio**, conforme Resolução nº 5.143, de 15 de julho de 2016 (Doc. RDA-046) e documentos técnicos que serviram de fundamento para decisão da Diretoria-Colegiada, em especial a Nota Técnica nº 021/2016/GEINV/SUINF (Doc. RDA-020) e a Nota Técnica nº

¹ Para maiores esclarecimentos acerca do Desconto de Reequilíbrios, confira-se tópico a seguir.



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

133/2016/GEROR/SUINF (Doc. RDA-026). Constou desta última manifestação o seguinte:

4.2.3.3 – Atraso de Licenciamento Ambiental: Desmobilização, Remobilização, Instalação e Manutenção de Canteiros

125. Em função de análise procedida pela GEINV, Nota Técnica nº 021/2016/GEINV/SUINF, de 11/07/2016, foi considerado adequado pleito de consideração de valores referentes Desmobilização, Remobilização e Instalação e Manutenção de Canteiros em decorrência de atraso de licenciamento ambiental.

126. Para fins de cálculo foi inserido na aba “investimentos”, ano 2. Impactou com acréscimo de 0,01241 na TBP; com percentual de 0,37%.

185. Portanto, **os custos adicionais demonstrados pela Requerente em decorrência dos atrasos imputáveis ao Poder Concedente foram devidamente reequilibrados**. Inclusive, nos termos do Parecer Nº 390/2019/GEFIR/SUINF/DIR (Doc. RDA-039), houve toda uma readequação dos prazos previstos no item 3.2 do PER (Doc. RDA-008), para fins de aplicação de multas moratórias, de modo a contemplar os atrasos de responsabilidade do Poder Concedente. Nesse sentido, confira-se a Tabela 04 retirada do referido parecer (Doc. RDA-039):

Tabela 04 – Dados a serem consideradas para apuração e aplicação de multas moratórias						
Ano	Extensão a duplicar		Extensão para conversão de subtrecho em multifaixas para via duplicada		Extensão para implantação de faixas adicionais	
	km	Data de início (Ano LI)	km	Data de início (Ano LI)	km	Data de início (Ano Concessão)
1	109,0	06/07/2016	28,4	13/04/2017	32,5	22/04/2014
2	149,4	06/07/2017	38,8	13/04/2018	-	
3	149,4	06/07/2018	38,8	13/04/2019	-	
4	149,4	06/07/2019	38,8	13/04/2020	-	

186. Observa-se que há prazos diferenciados, conforme se trate de trecho a duplicar, conversão de subtrecho em multifaixas para via duplicada ou trecho para implantação de faixas adicionais. Somente quando havia licença ambiental a cargo do Poder Concedente apta a permitir que se executasse cada tipo de obras é que se reputou iniciado o prazo da



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

Concessionária. Isso tudo, repita-se, com o devido reequilíbrio pelos custos adicionais de mobilização/desmobilização.

187. Conclui-se, portanto, que a Requerente não demonstrou, seja no âmbito administrativo, seja em suas Alegações Iniciais, a ocorrência de prejuízos adicionais àqueles já reequilibrados pela ANTT em decorrência dos atrasos nas licenças ambientais, motivo pelo qual o pleito deve ser julgado improcedente.

II.11. Desconto/Acréscimo de Reequilíbrio (Fator D)

188. Outro ponto objeto de questionamento pela Requerente, embora sem o devido detalhamento sobre o motivo da insurgência, reside na aplicabilidade do mecanismo contratual denominado desconto/acréscimo de reequilíbrio ou fator D.

189. Pois bem, o Contrato de Concessão assinado pela Requerente é claro ao estabelecer o Fator D (desconto de reequilíbrio) como ferramenta de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse sentido, para a correta compreensão de sua função e seu escopo, é fundamental um prévio levantamento de todas as cláusulas que tratam do Fato D.

190. Primeiramente, o contrato traz definição do fator D, nos seguintes termos:

1 Disposições Iniciais

1.1 Definições

1.1.1 Para os fins do presente contrato, e sem prejuízo de outras definições aqui estabelecidas, as seguintes definições aplicam-se as respectivas expressões:

(...)

(xiii) desconto de reequilíbrio: percentual que será deduzido da tarifa básica de pedágio na forma da subcláusula 22.6, com vistas a manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos parâmetros de desempenho e a inexecução das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível



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

de serviço, tal como previstos no per e no anexo 5, mediante a aplicação do fator d.

191. Essa definição já é suficiente para, por si só, infirmar todas as alegações da Requerente, deixando claro tratar-se de forma de "manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e sua remuneração", em função da "inexecução de obras e serviços da frente de ampliação de capacidade". Percebe-se que a aplicação do Fator D é **objetiva**, ou seja, independe da apuração de culpa da concessionária, servindo simplesmente como mecanismo de equilíbrio contratual, a partir da ponderação entre serviços efetivamente executados e remuneração da concessionária.

192. É irrelevante a apuração de culpa da Requerente na causação do atraso, ou na não realização dos investimentos previstos, pois o Fator D não constitui penalidade pelo inadimplemento contratual voluntário (doloso ou culposo), mas apenas mecanismo objetivo de manutenção da equação financeira inicial. Nesse sentido, a cláusula 22.4 do Contrato de Concessão assim dispõe:

22.4 Critérios e princípios para a recomposição

22.4.1 Os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não poderão alterar a alocação de riscos originalmente prevista no contrato.

22.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:

(i) na hipótese de atraso ou inexecução dos serviços e obras, dos escopos, parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos da frente de recuperação e manutenção e da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do desconto de reequilíbrio, nos termos da subcláusula 22.6, sendo que a hipótese de antecipação da entrega das obras de ampliação de capacidade poderá ensejar o acréscimo de reequilíbrio, tudo conforme a metodologia de aplicação do fator d;

193. Ainda de forma mais detalhada, a aplicação do Desconto de Reequilíbrio (Fator D) é regulada pela cláusula 22.6:

22.6 Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio



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

22.6.1 A ANTT promoverá a avaliação do desempenho da concessão de acordo com as regras e procedimentos previstos no anexo 5, considerando o descumprimento dos indicadores, bem como o atraso e a inexecução das obras e serviços da frente de recuperação e manutenção e da frente de ampliação de capacidade e manutenção do nível dos serviços. a antecipação da entrega das obras de ampliação de capacidade poderá ensejar o acréscimo de reequilíbrio, observadas as regras previstas no anexo 5.

22.6.2 A cada ano do prazo da concessão, o resultado da avaliação de desempenho determinará o desconto ou acréscimo de reequilíbrio para o respectivo ano, na forma prevista no anexo 5.

22.6.3 O percentual do desconto ou acréscimo de reequilíbrio de cada ano será aplicado sobre a tarifa básica de pedágio na forma indicada na subcláusula 18.3.3".

194. Como visto, o Desconto de Reequilíbrio possui caráter objetivo, sendo calculado a partir da ponderação entre o executado ou não executado no contrato de concessão, com vistas a adequar a tarifa de pedágio à correspondente realização dos investimentos previstos.

195. Nesse contexto, vale ressaltar que a aplicação do Fator D não é cumulativa, conforme consta da cláusula 22.6.2 do contrato de concessão:

22.6.2 A cada ano do prazo da concessão, o resultado da avaliação de desempenho determinará o desconto ou acréscimo de reequilíbrio para o respectivo ano, na forma prevista no anexo 5.

196. O Contrato de Concessão contém ainda cláusula específica que diferencia a aplicação do Fator D daquela aplicação de penalidades e prevê expressamente a incidência do Desconto de Reequilíbrio mesmo nas ocorrências que constituírem risco do Poder Concedente. Este dispositivo é bastante claro ao estabelecer a incidência do Desconto de Reequilíbrio e **dispensar a aplicação de penalidade**, quando o atraso ou inexecução decorrer de atraso decorrente de demora na obtenção das licenças ambientais a cargo do Poder Concedente:

22.6.4 A **Concessionária** declara ter pleno conhecimento e reconhece que:



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

(i) considerando o caráter objetivo da avaliação realizada pela **ANTT**, o seu resultado indicará as condições físicas do **Sistema Rodoviário** e a sua conformidade com os **Parâmetros de Desempenho**, com o cumprimento do prazo de execução das obras e demais exigências do **Contrato** e do **PER**, observados os **Parâmetros Técnicos** e os **Escopos**;

(ii) o **Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio**, determinado pela avaliação anual de desempenho e execução de obras, é um mecanismo pactuado entre as **Partes** para reequilibrar o **Contrato** nos casos de atraso ou inexecução de obras e serviços ou no caso de antecipação de determinadas obras, e será aplicado de forma imediata e automática pela **ANTT**;

(iii) a redução ou aumento do valor da **Tarifa Básica de Pedágio** em decorrência da aplicação do **Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio** não constitui penalidade contratual ou receita adicional, mas sim mecanismo preestabelecido no **Contrato** para a manutenção do seu econômico-financeiro;

(iv) a avaliação do desempenho da **Concessão** e a aplicação do **Desconto de Reequilíbrio** não prejudicam a verificação, pela **ANTT**, de inadimplemento contratual da concessionária e consequente aplicação das penalidades previstas no **Contrato** e na regulamentação da **ANTT**;

(v) em caso de atraso na execução das obras e serviços da **Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível dos Serviços** decorrente de eventos que sejam comprovados e reconhecidos expressamente pela **ANTT** como de enquadramento na cláusula 21.2 será aplicado o **Desconto de Reequilíbrio**, mas não será aplicada a penalidade.

197. Como se observa, o item (v) da cláusula 22.6.4 do Contrato de Concessão soluciona a questão de forma definitiva, esclarecendo que nos casos de atraso decorrente de situações que constituam risco do Poder Concedente (referência à cláusula 21.2), será aplicado o Desconto de Reequilíbrio (porque efetivamente o atraso/inexecução ocorreu), mas não será aplicada a penalidade (porque não terá havido descumprimento por culpa da Concessionária). Dentre as hipóteses da Cláusula 21.2, consta expressamente a situação discutida na presente arbitragem:

21.2 A concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados a concessão, cuja responsabilidade é do poder concedente:

(...)

21.2.10 Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo do poder concedente.



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

198. A leitura conjunta das cláusulas 22.6.2, 22.6.4 (v) e 21.2.10 não deixa quaisquer dúvidas interpretativas sobre a correção da aplicação do Desconto de Reequilíbrio no caso em questão, inobstante eventual atraso do Poder Concedente na obtenção da licença ambiental. Sendo assim, a argumentação da Requerente no sentido de que "a aplicação do desconto de reequilíbrio pressupõe a inadimplência da Requerente", no sentido de pressupor culpa sua na inexecução ou atraso, não tem sustentação nas cláusulas do contrato de concessão. Mesmo em caso de culpa do Poder Concedente, aplica-se o Desconto de Reequilíbrio, que "não constitui penalidade contratual ou receita adicional, mas sim mecanismo preestabelecido no Contrato para a manutenção do seu econômico-financeiro" (cláusula 22.6.4 (iii)).

199. Acerca do marco temporal para a contagem da aplicação do Fator D, igualmente não procedem os argumentos da Requerente. Sobre esse aspecto, sustenta em seu requerimento que a contagem do prazo para aplicação do Fator D apenas teria início com a obtenção da licença ambiental, contando-se a partir de então o prazo para cumprimento das obrigações contratuais. Para sustentar a tese, alega que a própria ANTT teria reconhecido que o prazo para averiguação do cumprimento da meta anual de duplicação da rodovia deveria ocorrer a partir da obtenção da licença.

200. A interpretação contratual promovida pela Requerente está equivocada, na medida em que confunde a redefinição dos prazos para cumprimento das metas de duplicação (obrigação contratual) em razão do atraso na obtenção da licença, com a pretendida redefinição dos prazos para a incidência do Desconto de Desequilíbrio. As hipóteses são diversas. Tendo havido atraso na obtenção da licença, não se poderia exigir da Concessionária o cumprimento dos prazos inicialmente estabelecidos, sendo necessária a reprogramação dessas metas, proporcionalmente ao atraso. Por outro lado, não há qualquer impacto na incidência do Fator D, tendo em vista sua finalidade de meramente manter o contrato financeiramente equilibrado. Não executado o investimento no prazo estabelecido, independentemente da apuração de culpa, o Desconto de Reequilíbrio incide para equilibrar o contrato. Por outro lado, a não incidência desse



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

desconto resultaria em benefício financeiro à Concessionária, que não teria realizado o investimento previsto e teria recebido, por tarifa de pedágio, os valores respectivos, resultando em desequilíbrio contratual.

201. Assim, deve-se fazer a diferenciação entre reprogramação das metas, com estabelecimento de novos prazos para cumprimento das obrigações contratuais, da incidência do Fator D, que apenas manterá o equilíbrio objetivo entre investimentos efetivamente realizados e a respectiva tarifa de pedágio.

202. Importante observar que quando se trata de verificação do equilíbrio contratual, sequer se cogita da responsabilidade do concessionário pela conclusão das obras de expansão da rodovia.

203. Ademais, **conforme esclarecido anteriormente, houve o devido reequilíbrio em favor da Requerente pelos custos adicionais demonstrados, tais como mobilização e desmobilização.**

204. Em síntese, não procedem os argumentos da Requerente quanto a uma suposta aplicação do Fator D (Desconto de Reequilíbrio) de forma diversa da prevista no contrato.

205. Assentado que houve observância do contrato, cumpre tecer alguns esclarecimentos adicionais acerca da proporcionalidade de tal mecanismo de promoção do reequilíbrio contratual.

II.11.1. Proporcionalidade do Desconto de Reequilíbrio (Fator D)

206. Uma leitura apressada dos dispositivos contratuais citados poderia levar o interlocutor a questionar se o Fator D, ao estabelecer uma aplicação objetiva, não seria severo demais. Ocorre que, além de estar previsto no contrato, o que, por si só, já justificaria sua aplicabilidade, será demonstrado a seguir que o Desconto de Reequilíbrio não é severo, pelo contrário, é brando demais.



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

207. Pois bem, a tarifa de pedágio é estabelecida, levando-se em consideração, de um lado, as receitas da concessão, sendo a principal delas materializada pelo recebimento da tarifa de pedágio paga pelos usuários ao longo do prazo do contrato, e, de outro, os custos e despesas necessários para manutenção, conservação e operação dos serviços oferecidos ao usuário e a remuneração do capital privado empregado.

208. Por sua vez, os percentuais que compõem o Desconto de Reequilíbrio são calculados a partir dos valores de investimentos previstos no EVTEA, que considera um cenário de projeção de tráfego (receitas) e os custos de investimentos e operacionais.

209. Ocorre que essa modelagem do desconto de reequilíbrio constante do contrato de concessão da Requerente traz dois problemas que vêm sendo constantemente apontados pela área técnica do Tribunal de Contas da União (confira-se Nota Técnica nº 49/2016/GEROR/SUINF, Doc. RDA-029).

210. Em primeiro lugar, a “calibragem” do modelo não é suficiente para gerar um incentivo ao Concessionário para a execução contratual, justamente por ser muito branda.

211. Em segundo lugar, o Fator D não é apto a reequilibrar todas as obrigações do contrato eventualmente descumpridas. Somente alguns descumprimentos são levados em consideração no cálculo, a saber, inexecução dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço. Não considera, por exemplo, inexecuções relativas à recuperação das obras-de-arte especiais, faixa de domínio e canteiro central (para maior detalhamento, vide Nota Informativa SEI nº 176-2020-NAM-DG-DIR, Doc. RDA-009).

212. Nesse sentido, manifestou-se o TCU no Acórdão nº 283/2016/TCU-Plenário, que tratou do 1º estágio de fiscalização do processo de outorga da concessão da BR-476/153/282/480/PR/SC (Doc. RDA-036):

9.2.1. aprimore e envie ao Tribunal a metodologia de cálculo do desconto de reequilíbrio (fator D), de modo a desestimular o inadimplemento relativo às



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

obras pactuadas e impactar suficientemente o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato dentro de prazo razoável (itens 108-131 da instrução de peça 32, transcrita no relatório que fundamenta esse acordão);

213. De modo semelhante, foi o Acórdão nº 1174/2018/TCU (Doc. RDA-023), proferido no processo TC 028.343/2017-74, ao avaliar o 1º estágio de fiscalização do processo de outorga da concessão da BR-101/290/386/448/RS

214. Diante desses apontamentos do TCU, foram realizados aprimoramentos nos novos contratos de concessão a partir da Rodovia de Integração do Sul (contratos assinados a partir do ano de 2019), inexistentes no Contrato da VIA040, de forma a tentar melhorar a aplicação do Desconto de Reequilíbrio na coibição de inexecução de obra e torná-lo mais eficiente e justo.

215. O principal aprimoramento diz respeito à previsão do Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT) que consiste na multiplicação do percentual calculado de Desconto de Reequilíbrio por um valor pré-fixado no contrato, de forma a equilibrar receitas e despesas no tempo, ou seja, recuperar as receitas auferidas anteriormente à inexecução da obrigação, mantendo a neutralidade do Fator D. Trata-se de considerar os efeitos do dinheiro no tempo, ao se postergar determinado investimento.

216. Maiores esclarecimentos técnicos acerca das fórmulas utilizadas e do detalhamento acerca de como funciona o Coeficiente de Ajuste Temporal podem ser conferidas na Nota Informativa SEI nº 176-2020-NAM-DG-DIR, Doc. RDA-009.

217. Nesse momento, cabe apenas fazer um exercício para demonstrar que o Fator D, tal qual previsto no contrato da Requerente, não acarreta uma punição ou gera desequilíbrio ao contrato. Assim, se o contrato da Via040 previsse uma modelagem do Fator D já aperfeiçoada, nos termos dos contratos de concessão mais recentes (a partir de 2019), o valor do desconto seria bem superior. Por exemplo, para inexecução do 5º ano de concessão, o atual Fator D para investimentos aplicado nos moldes dos contratos



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

recentes seria 35% (trinta e cinco por cento) superior ao que foi efetivamente aplicado à Concessionária, utilizando os parâmetros do seu contrato.

218. No Gráfico 1, apresentado a seguir, em uma análise simplista, observa-se a diferença entre os descontos de reequilíbrio efetuados na Via040 e os descontos de reequilíbrio hipotéticos, caso fossem ser considerados os aprimoramentos dos novos contratos de concessão:

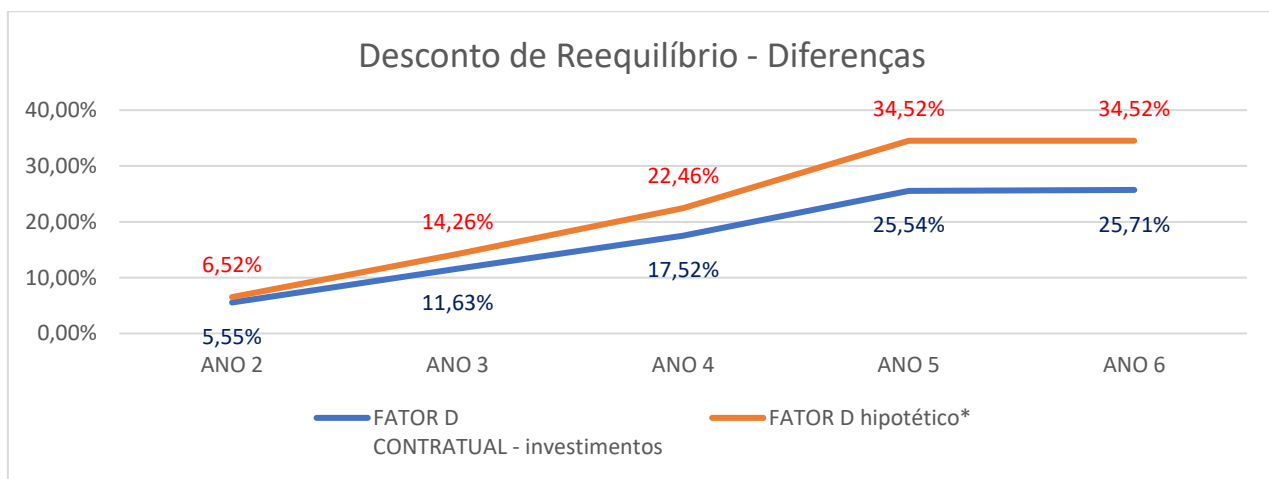


Gráfico 1 – Desconto de Reequilíbrio -Diferenças. Exemplo hipotético – Fonte Nota Informativa SEI nº 176-2020-NAM-DG-DIR, Doc. RDA-009

219. Além da Previsão de incidência do Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT), com objetivo de adequar o equilíbrio entre receitas e despesas no tempo, foram previstos os seguintes aprimoramentos, **também inexistentes no contrato da Via040**, e que tornariam o Fator D ainda mais pesado, não obstante, também mais justo e eficiente:

- (i) Inclusão de Fator D, para os parâmetros das obras-de-arte especiais, faixa de domínio e canteiro central na frente de recuperação e manutenção. São obrigações previstas no contrato de concessão (serviços não obrigatórios) que, no caso do contrato da Via040, caso sejam inexecutados, não há forma de reequilibrar o contrato em benefício do usuário.
- (ii) Aumento nos percentuais de desconto previstos para as obras de ampliação de capacidade e melhorias, incorporando os investimentos de



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

manutenção e conservação que não eram aplicados no caso de inexecução. Ou seja, quando uma obra é inexecutada, além da aplicação do fator D considerando os investimentos de sua implantação, haveria o reequilíbrio dos correspondentes serviços de manutenção e conservação previstos para aquela obra, caso implantada. Outro evento que não ocorre no contrato da Via040, tornando o Fator D pela inexecução ainda menor, por não haver o reequilíbrio do contrato em benefício do usuário pela inexecução dos referidos investimentos.

220. Importante destacar que o desconto de reequilíbrio, na forma aprimorada dos novos contratos de concessão, assinados a partir de 2019, são mais justos e mais eficientes para coibição das inexecuções, não simplesmente por serem maiores, mas porque preveem parâmetros não considerados nos contratos assinados até 2018, parâmetros estes que não recuperam as receitas auferidas pela concessionária indevidamente para a execução de uma certa obrigação que na realidade não ocorreu.

221. Com esses aprimoramentos, reduzem-se as distorções do Fator D, considerando a adequada valoração do equilíbrio entre receitas e despesas no tempo e evitando ganhos financeiros da concessionária com eventuais inexecuções, desfavorecendo o usuário.

222. Em manifestação recente, mais uma vez a área técnica do TCU, no Relatório de Fiscalização no âmbito do TC n. 010.222/2019-7 (Doc. RDA-028), ressalta a insuficiência do Fator D e mesmo das multas para fazer face aos ganhos financeiros obtidos pela Concessionária em razão dos inadimplementos contratuais:

Conforme demonstrado nesta instrução os valores associados às multas, e aos descontos de reequilíbrio, são irrisórios quando comparados aos ganhos econômicos auferidos pela não-execução dos investimentos previstos, o que é agravado pelo baixo grau de recolhimento das infrações.

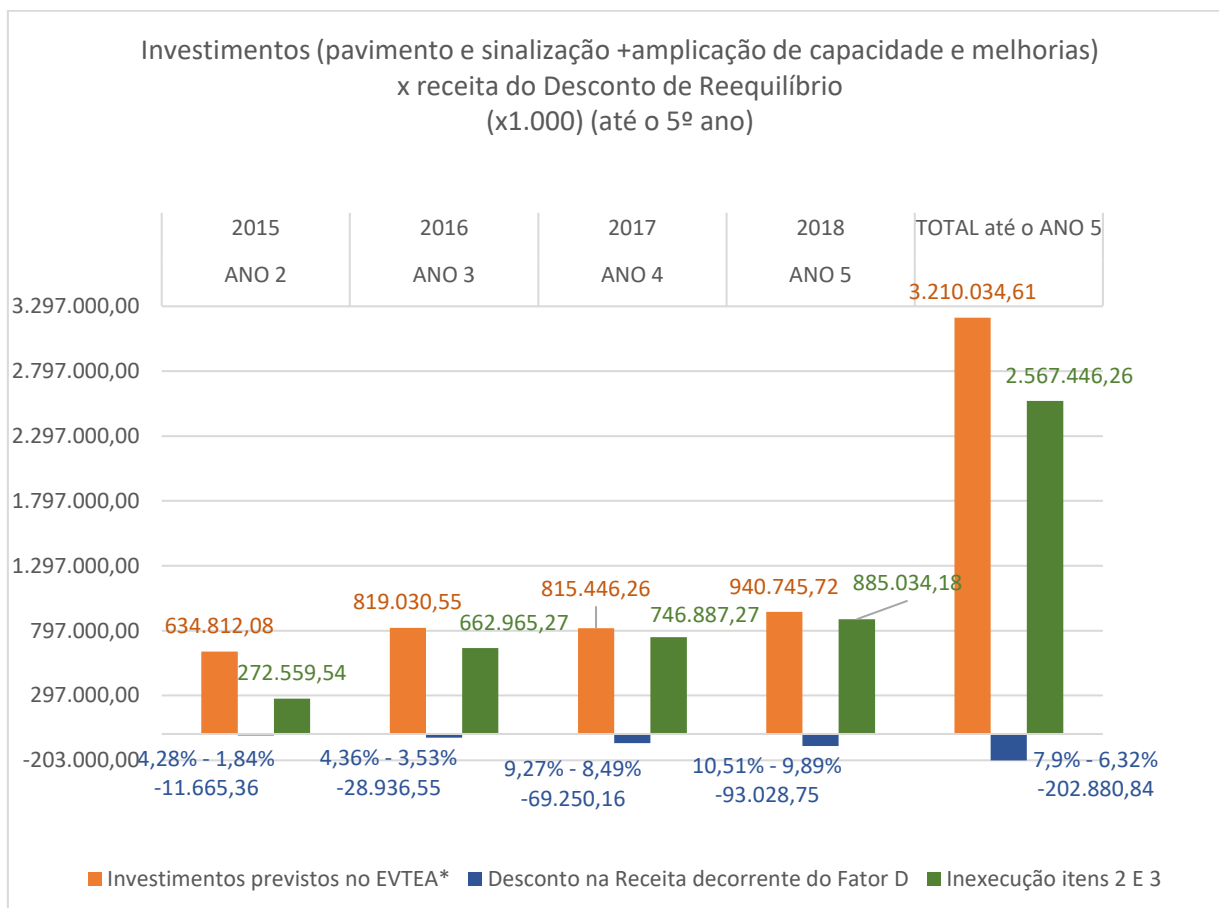
223. A título ilustrativo², constata-se, no caso concreto, que o valor de receita que a Concessionária **deixou de receber até o 5º ano (2018/2019)**, em decorrência da aplicação do Desconto de Reequilíbrio, foi de **R\$ 202.880.837,28 (duzentos e dois milhões**

² Confira-se maior detalhamento na Nota Informativa SEI nº 176-2020-NAM-DG-DIR, Doc. RDA-009



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

oitocentos e oitenta mil oitocentos e trinta e sete reais e vinte e oito centavos). Num primeiro olhar, o valor pode parecer alto. Todavia, esse valor é muito inferior ao montante previsto no estudo de viabilidade, referente ao mesmo período, para execução das obras de ampliação de capacidade e dos serviços de recuperação e manutenção referente ao pavimento e à sinalização. **O valor de investimentos que a Concessionária deixou de aportar perfaz o total de R\$ 3.210.034.614,33 (três bilhões duzentos e dez milhões trinta e quatro mil seiscentos e quatorze reais e trez centavos)**. Dessa forma, evidente o ganho financeiro da concessionária pela inexecução contratual dos referidos investimentos. No gráfico abaixo fica bem caracterizada a diferença entre três dados importantes: os investimentos previstos nos estudos, o quanto foi descontado da tarifa pela utilização do Fator D e, por fim, a quantidade de investimentos que deixaram de ser executados (extraído da Nota Informativa SEI nº 176-2020-NAM-DG-DIR, Doc. RDA-009:





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

Gráfico 8 – Investimentos previstos e inexecutados x Desconto de Reequilíbrio – itens 3 e 2 (até o 5º ano de concessão). Fonte: (MEF BR040_original)(aba MOD_PER040, linhas 16, 20 e 23) e (Planilha Levantamento Receita - aplicação Fator D total - email. Linha 42)

224. Novamente, destacam-se os aprimoramentos realizados para os novos contratos de concessão com vistas justamente a reduzir essa distorção ocorrida nos contratos da 3ª Etapa de Concessões. A Requerente é beneficiada diariamente pela incidência de um desconto de reequilíbrio mais brando.

225. Portanto, resta claro a improcedência da alegação da Requerente de que o Fator D teria natureza punitiva. Pelo contrário, conforme demonstrado, o instrumento padece de algumas falhas de calibragem sim (corrigidas em contratos mais recentes), mas em benefício da Requerente, que tem um ganho financeiro pelo descumprimento de obrigações contratuais.

II.12. Suspensão de obras na Copa do Mundo de 2014

226. Alega a Requerente ter tido prejuízo de **R\$ 11.743.416,25 (onze milhões, setecentos e quarenta e três mil e quatrocentos e dezesseis reais e vinte e cinco centavos)** em razão da suspensão de obras por conta da Copa do Mundo de 2014. Contudo, não detalha de que forma foi prejudicado, limitando-se a alegar que suposta suspensão “repercutiu no cronograma de execução das obras”.

227. Inicialmente, importante ressaltar que o referido pedido, dada a ausência do devido detalhamento, dificulta o exercício pleno do contraditório por parte da Requerida, justamente por esta não ter plena ciência sobre o qual o motivo da insurgência.

228. De todo modo, em homenagem à boa-fé processual e ao princípio da cooperação entre as partes, houve esforço de tentar levantar se e como o tema teria sido tratado no âmbito da Agência. Apurou-se, então, ter o pleito sido apreciado no âmbito da Nota



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

Técnica nº 021/2016/GEINV/SUINF (Doc. RDA-020), que fundamentou a 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária.

229. De fato, houve um pleito da ANTT para suspensão somente de obras que pudessem impactar redes de transmissão de dados e de energia elétrica. **Não foi solicitada, portanto, a paralização total das obras**, motivo pelo qual a Concessionária “poderia realizar as demais obras e serviços na faixa de domínio, com uma distância segura, eliminando assim o risco de rompimento da rede de fibra óptica e/ou energia elétrica”.

230. Ademais, constatou a área técnica que “a Concessionária tinha outras frentes de trabalho, que, com um planejamento adequado, conseguiria realocar suas equipes produtivas, não deixando os equipamentos e pessoal ociosos”.

231. Diante desse cenário, constatou-se, sobretudo a partir dos subsídios constantes do Parecer Técnico nº 103/2016/URMG/COINF, de 27/05/2016 (referenciada no Doc. RDA-020), não ter sido demonstrado qualquer paralização ou prejuízo para a Concessionária. Esta, inclusive, não comunicou oportunamente à ANTT qualquer dificuldade ou custo adicional em decorrência de supostas paralizações de obras ou alterações de cronograma. Pelo contrário, o percentual de execução das obras no período ao questão foi superior à média de desempenho da Concessionária.

232. Conclui-se, portanto, pela improcedência do pleito de reequilíbrio da Requerente, na medida em que não demonstrou qualquer prejuízo em razão das solicitações da ANTT.

II.13. Fechamento de “Rota de Fuga”

233. Alega ainda a Requerente “gastos imprevistos em decorrência do fechamento da denominada “Rota de Fuga”, além de que incorria em frustração de receitas com a evasão



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

de pedágio, os quais totalizaram o valor de **R\$ 8.722.038,67 (oito milhões, setecentos e vinte e dois mil, trinta e oito reais e sessenta e sete centavos)**” (item 142 das Alegações Iniciais).

234. Mais um vez, é preciso destacar que o referido pedido, dada a ausência do devido detalhamento, dificulta o exercício pleno do contraditório por parte da Requerida, justamente por esta não ter plena ciência sobre o qual o motivo da insurgência. A Requerente sequer informa a localização da suposta obra.

235. De todo modo, em homenagem à boa-fé processual e ao princípio da cooperação entre as partes, houve esforço de tentar levantar se e como o tema teria sido tratado no âmbito da Agência.

236. Apurou-se que o tema foi tratado na Nota Técnica nº 026/2018/GEREF/SUINF (DOC), que fundamentou a 3ª Revisão Ordinária, 5ª Revisão Extraordinária e Reajuste da Tarifa Básica de Pedágio – TBP. Na ocasião, a Concessionária foi reequilibrada em **R\$ 3.486.927,45 (três milhões quatrocentos e oitenta e seis mil novecentos de vinte e sete reais e quarenta e cinco centavos)**.

237. Ausente qualquer detalhamento acerca do motivo da divergência de números apresentada pela Requerente, conclui-se, mais uma vez, pela completa improcedência do pleito de reequilíbrio.

II.14. Alterações unilaterais do PER

238. Sustenta a Requerente ter havido “alterações unilaterais do PER, que levaram a execução de obras não previstas e que geraram custo estimado de **R\$ 10.060.904,57 (dez milhões, sessenta mil, novecentos e quatro reais e cinquenta e sete centavos)**, acrescido de mais **R\$ 402.810,00 (quatrocentos e dois mil reais, oitocentos e dez reais)** relativos a obras provisórias” (item 142 da petição inicial).



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

239. Mais uma vez, não há o devido detalhamento das razões que fundamentam o pleito, o que impede o exercício do contraditório pela Requerida. Ora, ao longo da execução de um contrato de concessão complexo como o discutido nos autos, são várias as alterações unilaterais, motivo pelo qual se afigura impossível identificar a qual alteração a Requerente se refere.

240. Diante desse quadro e em analogia ao art. 330, inciso I e §1º, inciso II do CPC, requer seja indeferida as Alegações Iniciais especificamente quanto a esse pleito.

III – REQUERIMENTOS FINAIS

241. Diante do exposto, requer a ANTT:

I – a imediata análise deste Tribunal acerca da inarbitrabilidade da pretensão formulada no item II.4 acima, a saber, questionamentos acerca do reequilíbrio do contrato em decorrência do aumento do limite de peso por eixo trazido pela Lei nº 13.103/15, na medida em que sequer há uma definição por parte da Agência acerca da melhor metodologia a ser aplicada;

II – o imediato indeferimento das Alegações Iniciais referente ao pedido detalhado no item II.14 acima, a saber, pleito genérico de reequilíbrio por “alterações unilaterais do PER”;

III – ao final, requer a completa improcedência dos pedidos formulados pelo requerente, condenando-a nos ônus sucumbenciais, quais sejam, custas e honorários advocatícios, estes nos termos do código de processo civil.

Brasília, 08 de maio de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal



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

KALIANE WILMA CAVALCANTI DE LIRA
Procuradora Federal

ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE
Advogado da União

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União



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

IV – LISTA DE DOCUMENTOS

Índice de documentos juntados pela Requerida ANTT	
Número	Descrição
Manifestações anteriores	
RDA-001	Subsídios NOTA nº 00571-2018-PF-ANTT-PGF-AGU
RDA-002	Subsídios Despacho nº 746-2018-CIPRO-SUINF
RDA-003	Ofício nº 434-2018-SUINF
RDA-004	Carta VIA040 PA nº 50500.065984-2016-87 ARB BR 040
RDA-005	Carta VIA040 – PA nº 50510.013878-2017-80 ARB BR 040
Resposta às Alegações Iniciais	
RDA-006	Edital nº 006-2013
RDA-007	Contrato de Concessão BR-040-DF-MG-GO
RDA-008	Programa de Exploração da Rodovia - PER
RDA-009	Nota Informativa SEI nº 176-2020-NAM-DG-DIR
RDA-010	Ofício nº 0701-2019-GEENG-SUINF-R00
RDA-011	Auto de Infração nº 515-2019-GEFIR-SUINF
RDA-012	Deliberação nº 1.012, de 26 de novembro de 2019
RDA-013	Deliberação nº 523, DE 14 de agosto de 2018
RDA-014	Deliberação nº 841, de 10 de outubro de 2018
RDA-015	Planilha MEF – Modelo Econômico-Financeiro BR040_original
RDA-016	Acórdão TCU n. 290.2019 - TC 01283120174
RDA-017	Memorando nº 176-2016-GEFOR-SUINF
RDA-018	Nota Técnica nº 003-GEPRO-SUINF-2018, de 04-04-2018
RDA-019	Nota Técnica nº 015-2018-GEINV-SUINF, de 30-04-2018
RDA-020	Nota Técnica nº 021-2016-GEINV-SUINF
RDA-021	Nota Técnica nº 022-2017-GEINV-SUINF, de 20-04-2017
RDA-022	Nota Técnica nº 026-2018-GEREF-SUINF
RDA-023	Acórdão TCU n. 1174.2018-TC 02834320174
RDA-024	Nota Técnica nº 031-2017-GEINV-SUINF, de 05-06-2017
RDA-025	Nota Técnica nº 123-2017-GEROR-SUINF, de 05 de julho de 2017
RDA-026	Nota Técnica nº 133-2016-GEROR-SUINF, de 13-07-2016
RDA-027	Parecer Técnico nº 356-2017-GEFOR-SUINF



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

RDA-028	Relatório de Fiscalização TCU TC n. 010.222-2019-7
RDA-029	Nota Técnica Nº 49-2016-GEROR-SUINF
RDA-030	Nota Técnica nº 95-2015-GEROR-SUINF, de 09-07-2015
RDA-031	Parecer Técnico nº 0574-2019-GEENG-SUINF-R00
RDA-032	Nota Técnica SEI Nº 2091-2019-GEREF-SUINF-DIR, de 08-07-2019
RDA-033	Nota Técnica SEI Nº 2914-2019-GEREF-SUINF-DIR, de 06-09-2019
RDA-034	Parecer nº 106-2020-GEFIR-SUINF
RDA-035	Parecer n.377-2019-GEFIR-SUINF-DIR
RDA-036	Acórdão n. 283-2016-TCU-Plenário
RDA-037	Parecer nº 1-2019-COAMB-GEENG-SUINF-DIR
RDA-038	Parecer nº 271-2019-GEFIR-SUINF-DIR
RDA-039	Parecer nº 390-2019-GEFIR-SUINF-DIR
RDA-040	Parecer nº 704-2019-GEFIR-SUINF-DIR
RDA-041	Parecer Técnico n.106-2020-GEFIR-SUINF-DIR
RDA-042	Parecer Técnico nº 064-2016-GEFOR-SUINF
RDA-043	Parecer Técnico nº 1.365-2016-2015-PF-ANTT-PGF-AGU, de 11-07-2016
RDA-044	Resolução nº 4.787, de 17 de julho de 2015
RDA-045	Resolução nº 4.699, de 13 de maio de 2015
RDA-046	Resolução nº 5.143, de 15 de julho de 2016
RDA-047	Resolução nº 5.850, de 16 de julho de 2019
RDA-048	Resolução nº 5.392, de 27 de julho de 2017
RDA-049	Planilha Fator C 2019
RDA-050	Planilha Levantamento Receita - aplicação Fator D total
RDA-051	Planilha Receita de Pedágio - até Dezembro de 2018
RDA-052	Cronograma da licitação para concessão da BR-040-DF-MG-GO
RDA-053	Matéria VALOR - Concessões vão exigir reequilíbrio de caixa
RDA-054	Resolução ANTT nº 675, de 04 de agosto de 2004
RDA-055	Sentença proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101
RDA-056	Petição da CONCEBRA de desistência do recurso
RDA-057	Deliberação nº 986, de 5 de novembro de 2019
RDA-058	Proposta de Pesquisa UFRGS - ECOPONTE
RDA-059	Contrato de Concessão ECOSUL
RDA-060	Parecer 01751-2016 - Reequilíbrio ECOSUL insumos asfálticos
RDA-061	Ata da 604ª Reunião de Diretoria



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

RDA-062	e-mail comunicação escritório 701-2019
---------	--