

## AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO

**RELATORIA:** DEB

**TERMO:** VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

**NÚMERO:** 239/2019

**OBJETO:** RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 001/2019 QUE TEVE O OBJETIVO DE TORNAR PÚBLICO, COLHER SUGESTÕES E CONTRIBUIÇÕES À MINUTA DE RESOLUÇÃO QUE ESTABELECE OS PROCEDIMENTOS A SEREM OBSERVADOS PELA ANTT PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-

FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS

**ORIGEM: SUINF** 

PROCESSO (S): 50500.202870/2016-24

PROPOSIÇÃO PRŒARECER N° 00753/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, PARECER N° 00959/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, DESPACHO N° 09808/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, DESPACHO N° 09811/2019/PF-

ANTT/PGF/AGU E DESPACHO Nº 010532/2019/PF-ANTT/PGF/AGU

PROPOSIÇÃO DEB: PELA APROVAÇÃO

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO - DIRETORIA COLEGIADA

## 1. DAS PRELIMINARES

Trata o presente processo da Audiência Pública nº 001/2019, cujo objeto foi a colheita de contribuições para a regulamentação dos procedimentos a serem observados pela ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias, do que resultou a apresentação da versão final da minuta de Resolução para o disciplinamento da matéria.

## 2. DOS FATOS E DA ANÁLISE PROCESSUAL

A proposta em tela faz parte da Agenda Regulatória - biênio 2017/2018, aprovada pela Resolução n° 5.759, de 28 de fevereiro de 2017, integrante do Eixo Temático n° 2, denominado "Definição de preceitos de revisão tarifária para as concessionárias da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais", como se observa do trecho extraído da referida norma:

Art. 1º Aprovar a Agenda Regulatória para o biênio 2017/2018, composta pelos seguintes Portfólios:

(...)

II - Eixo Temático 2 - Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal:

(...)

e) Definição dos preceitos de revisão tarifária para as concessionárias da 3ª Etapa do programa de Concessões de Rodovias Federais;

Proporcionando publicidade à ação regulatória da ANTT e em conformidade com o art. 6° da Resolução n° 5.624, de 2017, que dispõe sobre os meios do processo de participação e controle social no âmbito da ANTT, a Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária - SUINF deu início ao processo de participação e controle social.

Em atendimento ao artigo 8º da referida Resolução, fez-se necessária a realização de audiência pública considerando que a matéria afeta os direitos de agentes econômico ou de usuários de serviços de transportes.

A sessão presencial foi realizada na cidade de Brasília/DF em 13 de março de 2019, com período para o recebimento das contribuições das 9 horas do dia 25 de fevereiro de 2019 às 18 horas do dia 12 de abril de 2019 (horário de Brasília).

Considerando o término do período de contribuições e após a análise técnica, as manifestações aceitas foram incorporadas ao texto da Resolução, apresentadas no Relatório da Audiência Pública (0402579).

O Processo foi então encaminhado para análise e manifestação da Procuradoria Federal junto à ANTT que emitiu o Parecer nº 00753/2019/PF-ANTT/PGF/AGU. Não obstante as recomendações exaradas na referida peça, sobreveio o Despacho nº 09808/2019/PF-ANTT/PGF/AGU que, conforme ali relatado, após o "assessoramento jurídico junto à Gerência de Gestão Econômico-Financeira de Rodovias (GEREF-SUINF), amparado no art. 2º, II, da Portaria PGF nº 526, de 26 de agosto de 2013, aquele órgão jurídico entendeu que restaram superadas as preocupações lançadas no sobredito Parecer, ofertando-se, todavia, nova minuta de Resolução. Por fim, o Despacho nº 09811/2019/PF-ANTT/PGF/AGU aprovou o Despacho nº 09808/2019, tecendo as seguintes considerações:

"2. A proposta de redação da minuta de resolução que segue anexa à presente manifestação tem o mérito de deixar um pouco mais claros os procedimentos de

revisão e, ao mesmo tempo, agregar segurança jurídica à produção normativa da Agência, na medida em que serão respeitadas disposições diversas previstas em contrato.

- 3. Ademais, a exclusão da previsão de aplicação proporcional do Fator D (§2º do art. 4º da minuta original) afigura-se de suma importância para evitar uma excessiva judicialização por parte de Concessionárias cujos contratos disponham de modo diverso.
- 4. Conclui-se, portanto, que não haverá alteração dos contratos vigentes. A resolução consolida os entendimentos a serem aplicados aos futuros contratos ou aos atuais contratos nos quais haja omissão ou dubiedade acerca da melhor interpretação.
- 5. A título de exemplo, cabe resgatar a discussão tratada nos autos do processo nº 50501.327546/2018-70 acerca da incidência do desconto de reequilíbrio no fluxo de caixa marginal. O tema é estritamente técnico, uma vez que, a rigor, envolve a interpretação da fórmula do fator D trazida no contrato. Não por outro motivo, esta Procuradoria havia se manifestado, por meio do Parecer n. 02083/2018/PF-ANTT/PGF/AGU, nos seguintes termos:
  - 23. De outra banda, no que se refere à pretensão de ver aplicado o desconto de reequilíbrio somente sobre a tarifa básica de pedágio do Fluxo de Caixa Original - FCO (ou de Leilão revisada para os contratos que não tem Plano de Negócios) e não sobre também o Fluxo de Caixa Marginal -FCM, parece-nos matéria eminentemente técnica, em relação a qual não teríamos como nos imiscuir. O exame deste Órgão de Consultoria e Assessoramento Jurídico se dá nos termos do art. 10, § 1°, da Lei n°. 10.480/2002, razão pela qual eximimo-no de análises que importem considerações de ordem técnica, tendo em vista a delimitação legal da competência institucional que nos acomete.
  - 24. Todavia, é digno de nota que, se ao longo dos últimos anos a ANTT adotou a prática de considerar o total das tarifas obtidas nos FCO e FCM para fins de aplicação do desconto de reequilíbrio, parece-nos prudente que eventual mudança de metodologia seja precedida de ato normativo que a discipline, e que alcance todas as concessões vigentes, respeitadas, por óbvio, suas respectivas especificidades. Do que aqui consta, está mesmo em elaboração resolução que tratará do estabelecimento dos procedimentos de aplicação do desconto de reequilíbrio, que é tema da Agenda Regulatória do biênio 2017/2018.
  - 25. De igual forma, recomendaríamos prudência, sabendo que tal questão também é objeto de apontamento em Representação junto ao Tribunal de Contas da União (TC nº 010.680/2018-7) que, numa primeira análise, ainda em sede de Instrução Técnica, considerou devida a incidência do percentual de desconto sobre o ambos FCO e FCM, exatamente em revisão tarifária da ViaBahia.
  - 26. Em sendo matéria merecedora de ser disciplinada em ato normativo de caráter geral e também porque repercutiria nas revisões anteriores, sugeriríamos que a Agência permaneça se valendo da metodologia que vinha aplicando e só a modifique quando, esgotadas as discussões, enfim passe a vigorar resolução em sentido contrário.
- 6. Com efeito, na proposta de resolução restaria consolidado em ato normativo a interpretação levada a efeito pela área técnica no sentido de incidência do desconto de reequilíbrio somente no fluxo de caixa original.
- 7. Verifica-se, dessa forma, que, na citada situação, a resolução teria sim incidência sobre os contratos vigentes, uma vez que não se trata de alteração de cláusula econômico financeira dos contratos, mas de consolidação de interpretação do contrato da forma como se reputa tecnicamente mais sustentável. E mais, com o mérito de trazer tratamento isonômico entre as Concessionárias e de ter sido objeto de prévio procedimento de participação e controle social.
- 8. Veja que não há que se confundir texto e norma. A norma é o sentido que se extrai do texto e, muitas vezes, vai além da literalidade do próprio texto por envolver toda uma avaliação contextual. Justamente por isso, repita-se, a interpretação da fórmula de incidência do desconto de reequilíbrio deve ser levada a efeito pela área técnica, que teria mais condições de avaliar esse contexto. Embora tratando especificamente da interpretação jurídica, são lúcidas e aplicáveis ao caso as ponderações de Eros Grau:

Em síntese: a interpretação do Direito tem caráter constitutivo - não, pois, meramente declaratório -e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção (=concretizar) ao Direito.Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do Direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda; opera a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis (=do Direito) no mundo do ser (=mundo da vida). Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o Direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.157/158)

9. Acerca da diferença entre texto e norma, é sempre oportuno lembrar dos precedentes

- da Suprema Corte dos Estados Unidos da América acerca da segregação racial. Naquele país, um mesmo texto constitucional (14ª emenda) justificou em 1896 a política de segregação (separate but equal), no caso Plessy v. Ferguson e, em 1954, sustentou a inconstitucionalidade dessa segregação no caso Brown v. Board of Education.
- 10. O ordenamento jurídico pátrio também contempla essa possibilidade de a Administração Pública alterar sua interpretação, a teor do que dispõe o inciso XIII do parágrafo único do art. 2° da Lei n° 9.784/99 e do art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
- 11. Também não se desconhece que a área técnica do TCU (Processo TC n. 010.680/2018-7) entende de modo diverso da área técnica da ANTT. Todavia, tal entendimento ainda não foi ratificado pela Corte e, se o for, evidentemente que a ANTT dará cumprimento às determinações da Corte de Contas.
- 12. Contudo, o fato de haver instrução técnica acerca do tema, conquanto importante de ser levado em consideração, não desmerece o dever da Agência de buscar uma interpretação que seja tecnicamente consistente. Uma interpretação extremamente rigorosa em relação ao Concessionário, mas que não seja tecnicamente sustentável, poderá redundar em maiores prejuízos à ANTT em futuras demandas judiciais, o que também precisa ser levado em consideração.
- 13. Portanto, quando se busca enfatizar que a ANTT respeitará os contratos vigentes, não significa dizer que a resolução proposta não teria qualquer incidência sobre esses contratos, e sim que em casos omissos ou naqueles em que não haja uma clareza quanto ao significado de um preceito contratual, haveria a incidência dos preceitos da novel resolução.
- 14. Quanto às recomendações constantes do item 7 do DESPACHO n. 09808/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, não constituem propriamente empecilho jurídico à edição da resolução, mas mera sugestão de que a área técnica reflita se tais partes da resolução encontram-se tecnicamente adequados.
- 15. Por fim, na hipótese de não ser acatada a proposta de redação anexa, cabe recomendar enfaticamente que, ao menos, haja uma adequação da minuta de modo a contemplar dois pontos:
- (i) Exclusão da previsão da incidência do Fator D proporcional, com a exclusão do §2º do art. 4° da minuta original, conforme justificativas constantes do item 3 acima;
- (ii) Alteração da redação do art. 6°, de modo a deixar claro que serão respeitadas as disposições em sentido diverso previstos nos atuais contratos e que não haverá alteração desses contratos.'

Em seguida, o Processo foi encaminhado à SUINF que, por meio do Despacho de 17/06/2019, retificou a minuta de Resolução "com a exclusão do §2º do art. 4º, a alteração da redação do art. 6° e outras alterações pontuais, de modo a deixar o texto mais claro". Ainda, informou que "a recomendação enfatizada pela Procuradoria fora acatada, mas não a sugestão da alteração da redação" (sic).

Em 18/06/2019, seguindo o rito previsto no regimento interno da ANTT, o processo foi submetido a sorteio e distribuído a esta Diretoria para análise e proposição, conforme se observa no documento SEI (0569479).

Ante a subsistência de dúvidas relacionadas ao objeto deste Processo, esta Diretoria formulou nova consulta à PF-ANTT, nos termos do Despacho DE®657018. Em resposta aos quesitos então formulados, sobreveio o Parecer nº 00959/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, onde se concluiu:

> 1) À luz das disposições contratuais vigentes (seia do contrato da VIABAHIA, ECO 101 e os demais da Terceira Etapa das Concessões Rodoviárias) há amparo legal ou contratual para a incidência do desconto de reequilíbrio ou Fator "D" apenas sobre uma parcela da TBP, conforme preconizado nestes autos?

> Resposta: Sim. Como dito acima, a interpretação dada pela SUINF aos dispositivos contratuais parece-nos sim condizente com a lógica com que foi instituído o desconto de reequilíbrio.

2) Por outro lado, tratando-se de nova interpretação, poderá ser aplicada retroativamente ou apenas para os eventos ocorridos após a publicação da norma que abrigará a interpretação inovadora?

Resposta: Não é possível imprimir efeito retroativo a nova interpretação, nos termos do inciso XIII do § único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999. A Agência haverá de dar ao dispositivo a interpretação - agora normatizada na resolução a ser editada - a partir da sua entrada em vigor. Estando vigente a resolução, os atrasos/inadimplementos atribuíveis ao concessionário, mesmo ocorridos anteriormente, haverão de compor o índice de desconto no próximo momento em que a área técnica tiver de apurá-los.

3) Há amparo legal, regulamentar e contratual para a implementação da nova metodologia contida no parágrafo 4º do artigo 3º da minuta de Resolução?

Resposta: Sim. nos termos do art. 5º da Resolução ANTT nº 3.651/2011. A nova metodologia que permite a revisão do tráfego futuro sempre que oportuno busca que a relação entre os tráfegos projetados e os tráfegos reais, a major ou a menor, seja sempre a majo próxima possível. Segundo esclarecimentos prestados pela SUINF, especialmente no Memorando nº 125/2018/GEREF/SUINF (50501.305558/2018-43), tal proposição decorre da aplicação daquele dispositivo, para quem a projeção de tráfego "considerará o tráfego real verificado nos anos anteriores e adotará as

melhores práticas para elaboração da projeção de tráfego até o encerramento do prazo da concessão" e de forma a evitar impactos tarifários significativos quando da substituição do tráfego projetado pelo real nas revisões tarifárias.

4) A nova metodologia proposta está em desacordo (ou em harmonia) com dispositivos da Resolução ANTT n. 3.651/11? Quais?

Resposta: Os novos artigos da minuta de resolução parecem sim harmônicos em relação aos termos da Resolução 3.651/2011 (muito embora a nosso ver teria sido mais proveitoso que a matéria fosse disciplinada em uma única resolução). Se porventura se vier a constatar algum desacordo, a norma mais recente, ao revogar a anterior que seja com ela incompatível, haverá de prevalecer (art. 2°, § 1° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

5) A nova metodologia proposta está em desacordo ou em harmonia com dispositivos contratuais vigentes, a exemplo daquele citado no Parecer 00753/2019?

Resposta: Como acima afirmado, depois de melhor compreendida a questão por esta Procuradoria, os despachos que se seguiram ao Parecer nº 00753/2019/PF-ANTT/PGF/AGU não encontraram razão para desmerecer o § 4º do art. 3º da minuta de resolução, cuja proposição não implicaria "ganho" indevido ao concessionário. Na verdade, do que consta, ganharia o usuário que deixaria de experimentar um impacto significativo na tarifa se adotada aquela metodologia de revisão da projeção de tráfego. De toda forma, compete à Agência, também em cumprimento aos art. 4º e 5º da Resolução nº 3651/11, a cada processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a revisão dos respectivos fluxos das receitas marginais com vistas a ajustar os dados da projeção de

6) Tratando-se de NOVA metodologia, somente poderia ser aplicada aos novos fluxos de caixa marginais constituídos após a vigência da norma instituidora?

Resposta: Não. Se a partir do início da vigência da resolução, a SUINF constatar que o somatório dos impactos tarifários nos diferentes FCMs possua intervalo de, para mais ou para menos, 0.5%, poderá revisar a projecão de tráfego quando da substituição anual do tráfego projetado pelo real.

O referido Parecer foi aprovado por meio do Despacho nº 10532/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, ocasião em que foram ressaltados alguns pontos mencionados na referida manifestação:

- 2. Primeiramente, cabe trazer à baila a afirmação constante do parágrafo 11, no sentido de que a "Agência sempre sustentou, desde a instituição do Fator D, que ele se presta a promover o reequilíbrio de forma automática em razão do atraso ou não cumprimento de obrigação; não possui, portanto, caráter sancionador, mesmo porque a sua incidência independe de imputação de culpa do concessionário."
- 3. De fato, esse entendimento de que o fator D tem aplicação automática como forma de reequilíbrio, e não como sanção, foi defendido por este órgão jurídico em diversas oportunidades, especialmente no processo 50500.195066/2016-81. Na ocasião, foi proferido o PARECER n. 01181/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU, que beneficiava a Concessionária na medida em que sustentava a possibilidade de aplicação do Fator D somente quando houvesse demonstração de culpa (no caso, os atrasos se deviam à ausência de licenciamento ambiental de responsabilidade do Poder Concedente). Este último parecer citado, contudo, não foi aprovado. Por meio da NOTA n. 04155/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU, sedimentou-se a tese posteriormente aprovada pela então Procuradora-Geral Substituta e ratificada no PARECER n. 02425/2016/PF-ANTT/PGF/AGU e PARECER n. 02045/2017/PFANTT/PGF/AGU, no sentido da possibilidade de incidência do Fator D, ainda que não houvesse culpa da Concessionária em relação aos atrasos, justamente por se tratar de mera fórmula de precificação prévia do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa discussão, inclusive, foi submetida a processo arbitral, ainda não decidido.
- 4. Nesse contexto e partindo das premissas técnicas assentadas pela SUINF, a prevalecer a tese defendida pela área técnica do TCU, haveria seguramente um reflexo tanto nesses casos passados, quanto na própria tese da Agência defendida em juízo. Ora, se o Fator D é aplicado conjuntamente nos fluxos de caixa original e marginal, de forma não somente a reequilibrar o contrato, mas também de forma a penalizar a Concessionária (segundo a SUINF, a incidência dupla causaria desequilíbrio), seguramente poderíamos estar reforçando a tese dos Concessionários de que o Fator D constitui-se em penalidade e gerando mais judicialização quanto ao tema com sérios riscos de causar prejuízo à ANTT (lembrando que procedimentos arbitrais costumam ter altos custos para o vencido).
- 5. Portanto, importante deixar claro que a discussão posta nos autos não consiste em beneficiar ou prejudicar o Concessionário, trata-se de buscar uma coerência regulatória que possa amparar uma atuação segura e equilibrada da Agência, sem prejudicar ou beneficiar o regulado. As Agências têm que ocupar essa posição de equilíbrio, de equidistância dos interesses envolvidos.
- 6. Outro ponto a ser destacado, constante do parágrafo 25 da manifestação anexa, consiste no fato de que "estando vigente a resolução, os atrasos/inadimplementos atribuíveis ao concessionário, mesmo ocorridos anteriormente, haverão de compor o índice de desconto no próximo momento em que a área técnica tiver de apurá-los." (grifamos) Dessa feita, a novel resolução aplicar-se-á às revisões que se seguirem, ainda que a apuração do descumprimento envolva, de regra, nos termos da Resolução nº 675/2004, descumprimentos relativos ao exercício imediatamente anterior (descumprimentos anteriores a esse último exercício não estariam abarcados pela revisão). Afinal, a mudança de interpretação por parte da área técnica precedeu a própria edição da resolução, que,

repita-se, busca apenas consolidar entendimentos e não propriamente alterar contratos vigentes.

Destaca-se, portanto, além da aprovação jurídica da proposta, a defesa da área técnica quanto ao acerto das inovações buscadas nestes autos, sobretudo conforme se extrai da Nota Técnica 095/2018/GEREF/SUINF, de 06 de dezembro de 2019 (fls. 38/50 - DOC. SE0024527), parcialmente alterada pelo Memorando 006/2019/GEREG/SUINF, de 25.01.2019 (fls. 7375 - DOC. SE0024527) e, finalmente, DESPACHO SUINF 0559804, que trouxe a MINUTA SUINF 0559390.

Ressalte-se que, nada obstante o beneplácito da PF-ANTT quanto ao conteúdo da normatização visada, na resposta ao quesito formulado por meio do Despacho DEB0657018, especificamente no que se refere ao entendimento quanto à possível retroatividade da norma em questão, restou esclarecido que:

> "Não é possível imprimir efeito retroativo a nova interpretação, nos termos do inciso XIII do § único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999 A Agência haverá de dar ao dispositivo a interpretação - agora normatizada na resolução a ser editada - a partir da sua entrada em vigor. Estando vigente a resolução, os atrasos/inadimplementos atribuíveis ao concessionário, mesmo ocorridos anteriormente, haverão de compor o índice de desconto no próximo momento em que a área técnica tiver de apurá-los". (destacou-se)

Diante do exposto, e considerando as manifestações técnicas e jurídicas contidas nos autos, cujos argumentos ora são adotados e passam a integrar este ato, nos termos do art. 50, inciso II, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, esta Diretoria entende presentes os requisitos para a aprovação do Relatório Final, bem como da Minuta de Resolução dele resultante.

## 3. DA PROPOSIÇÃO FINAL

Isso posto, considerando as instruções técnicas e jurídicas constantes dos autos, VOTO pela aprovação do Relatório da Audiência Pública nº 001/2019, bem como da proposta de Resolução, em anexo, que estabelece os procedimentos a serem observados pela ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias.

Brasília, 16 de julho de 2019.

À Secretaria Geral, para prosseguimento

**ELISABETH BRAGA DIRETORA** 



Documento assinado eletronicamente por ELISABETH ALVES DA SILVA BRAGA, Diretora, em 16/07/2019, às 11:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6°, § 1°, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.antt.gov.br/sei/controlador\_externo.php? acao=documento conferir&id orgao acesso externo=0, informando o código verificador 0777387 e o código CRC 52F64709.

Referência: Processo nº 50500.202870/2016-24

SEI n° 0777387

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 Lote 10 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166 CEP 70200-003 Brasília/DF - www.antt.gov.br