

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

**ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO**

**REPROGRAMAÇÃO DE INVESTIMENTOS EM CONTRATOS DE PARCERIA:  
SOLUÇÃO PARA AS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIA DA 3ª ETAPA DO  
PROCROFE?**

São Paulo

2020

**ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO**

**REPROGRAMAÇÃO DE INVESTIMENTOS EM CONTRATOS DE PARCERIA:  
SOLUÇÃO PARA AS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIA DA 3ª ETAPA DO  
PROCROFE?**

Dissertação apresentada à Escala de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Wanderley Fernandes

São Paulo

2020

Coutinho, Antonio Henrique Medeiros.

Reprogramação de investimentos em contratos de parceria : solução para as concessionárias de rodovia da 3ª etapa do PROCROFE? / Antonio Henrique Medeiros Coutinho. - 2020.

86 f.

Orientador: Wanderley Fernandes.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Contratos administrativos. 2. Parceria público-privada. 3. Concessões administrativas. 4. Rodovias - Brasil. 5. Investimentos. I. Fernandes, Wanderley. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 351.712.2.032.3(81)

**ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO**

**REPROGRAMAÇÃO DE INVESTIMENTOS EM CONTRATOS DE PARCERIA:  
SOLUÇÃO PARA AS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIA DA 3ª ETAPA DO  
PROCROFE?**

Dissertação apresentada à Escala de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 17/08/2020

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Wanderley Fernandes (FGV-SP. Direito GV)

---

Prof. Dra. Vera Cristina Caspari Monteiro (FGV-SP. Direito GV)

---

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira (FD – UFPR)

---

Prof. Dr. Kleber Luiz Zanchim (INSPER)

São Paulo

2020

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, amigos e equipe de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados. Todos deram-me o apoio, tempo e instrumentos necessários para esta conquista. Aos professores da FGV, cujas lições são diuturnamente lembradas. Aos colegas de sala de aula, que se tornaram verdadeiros amigos, obrigado pelos debates.

Arthur, agora papai pode voltar a brincar de super-herói e fazer novas batalhas com você!

## RESUMO

Com a crise econômica que se instaurou no Brasil a partir do ano de 2013, muitos foram os contratos de parceria, denominação introduzida em nosso ordenamento a partir da lei n. 13.334/2016, que passaram a enfrentar graves problemas com o cumprimento de suas obrigações, especialmente aquelas de investimento, que foram previstas e admitidas nos contratos firmados, a partir de condições especiais de financiamento prometidas por bancos estatais. Viram-se, nessa situação, dentre outros projetos, todas as concessões da chamada 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (PROCROFE) e as aeroportuárias da 2ª fase do Programa de Investimentos em Logística (PIL).

O objetivo deste trabalho é a análise dos efeitos jurídicos desta nova conjuntura econômica no setor rodoviário, cujos contratos encontram-se colapsados, muito embora, ao menos formalmente, na forma como concebidos – isto é, a partir das propostas apresentadas, seus descontos e rol de obras e serviços a serem executados –, aparentem-se eles vantajosos a todos os envolvidos na relação firmada (poder concedente, concessionários e usuários).

Por essa razão, mostra-se apropriado estudo para avaliação se a continuidade deles é ou não a solução prática mais adequada – nos termos indicados pela Lei 13.655/2018. Para tanto, é importante verificar, se o caminho for o da manutenção, dentre outros aspectos, a possibilidade de alteração das condições inicialmente previstas nestes contratos, de modo que as relações se mantenham ativas e viáveis, sem que tal medida configure violação aos princípios regedores das contratações públicas (por exemplo, princípio da isonomia, da ampla concorrência e da vinculação ao instrumento convocatório). De outro lado, se a decisão for pela extinção das relações estabelecidas, deve-se examinar quais seus impactos e consequências.

Palavras-chave: contratos de parceria; concessão rodoviária; 3ª Etapa do PROCROFE; crise de 2013; reprogramação; obrigação de investimentos; LINDB; Lei n. 13.655/2018.

## **ABSTRACT**

With the economic crisis that took place in Brazil in 2013, there were many concession contracts, which began to face serious problems with the fulfillment of their obligations, especially those of investment, signed based on special financing conditions promised by state-owned banks. In this situation, among other projects, all concessions of the so-called 3rd Stage of the Federal Highway Concessions Program (PROCROFE) and airport concessions of the 2nd phase of the Logistics Investment Program (PIL).

The objective of this study is to analyze the legal effects of this new economic situation in the highway concessions sector, whose contracts are collapsed, although, at least in the way they were conceived – that is, from the point of view of the proposals presented, their discounts and list of works and services to be performed – they appear to be advantageous to all involved in the signed relationship (grantor, concessionaires and users).

Thus, to research a practical solution for these concession contracts seems appropriate (whether for its continuation or not – as indicated by Federal Law nr. 13,655/2018). In this matter, it is important to verify and ascertain the possibility of changing the conditions initially provided for the parties in these contracts, so that the relationship remains active and viable, without violating principles that rule public biddings (for example, the principle of isonomy, competition and binding to the invitation to bid).

**Keywords:** partnership contracts; road concession; 3rd Stage of PROCROFE; crisis of 2013; reprogramming; investment obligation; LINDB; Law n. 13,655/2018.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. A 3ª ETAPA DO PROCROFE</b> .....	15
2.1. Principais características do Programa e seu momento histórico .....	15
2.2. A alocação de riscos nos contratos do 3º PROCROFE.....	18
2.2.1. Equilíbrio Econômico-Financeiro de um Contrato de Parceria ..	19
2.2.2. A Matriz de Riscos destes Contratos.....	24
<b>3. A CRISE ECONÔMICA DE 2013</b> .....	30
3.1. A crise econômica de 2013 e seus efeitos sobre 3º PROCROFE – .....	31
3.2. A crise como Evento de Desequilíbrio a justificar a Recomposição dos Contratos? .....	33
<b>4. CONTINUIDADE DOS CONTRATOS DOS 3º PROCROFE?</b> .....	62
4.1. Os impactos da LINDB e as inovações trazidas pela Lei 13.655/2018 .....	62
4.1.1. Alternativas existentes .....	63
4.2. A necessidade de revisão dos contratos do 3º PROCROFE frente ao risco alocado ao Poder Concedente .....	67
4.2.1. Alteração de contratos administrativos de longo prazo .....	67
4.2.2. O conceito de reprogramação de investimentos.....	70
4.3. Preocupações externadas pelos órgãos de controle.....	73
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	78
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	84



## 1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas<sup>1</sup>, os maiores investimentos em infraestrutura no Brasil deram-se com a participação do setor privado<sup>2</sup>.

Isto, todavia, não significa que esses investimentos tenham ocorrido mediante emprego de capital próprio de particulares. Na verdade, a forma mais comum de ampliação de capacidade da infraestrutura de nosso país (em qualquer segmento) é mediante financiamento subsidiado, pela utilização, por exemplo, de recursos públicos oriundos do Tesouro Nacional, do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador e/ou do FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O acesso a tais montantes dava-se (e ainda se dá, mas em menor medida) por intermédio dos bancos públicos (em especial o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e Caixa Econômica Federal – CEF).

Com a crise econômica que se instaurou no Brasil a partir do ano de 2013, porém, o setor colapsou. Muitos foram os contratos de parceria<sup>3</sup> que passaram a enfrentar graves problemas com o cumprimento de suas obrigações, especialmente em relação àquelas de ampliação de estrutura e capacidade, que dependem de alto desembolso de recursos. E isso porque a forma e o tempo de execução destas obrigações, assim como a remuneração esperada para o projeto como um todo, foram estipulados com base em condições especiais de financiamento, subsidiadas, que haviam sido prometidas por bancos estatais.

Viram-se, nessa situação, dentre outros programas, todas as concessões da chamada 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (PROCROFE) e as aeroportuárias da 2ª fase do Programa de Investimentos em Logística (PIL). No presente trabalho, restringir-se-á à análise do setor rodoviário,

---

<sup>1</sup> Considera-se, aqui, ao menos, período desde que vigente a Lei Geral de Concessões, n. 8.987, datada de 13 de fevereiro de 1995.

<sup>2</sup> Segundo dados do IPEA, desde 1990 até 2002, no setor rodoviário, por exemplo, quase 70% dos recursos investidos adviriam do setor público (governos federal e estaduais e estatais federais e estaduais). In: GARCIA, R. C. Subsídios pra organizar avaliações da ação governamental. Texto para discussão, Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), nº 776, ISSN 1415-4765, janeiro, 2001. Pag. 24.

<sup>3</sup> Denominação trazida pela Lei 13.334, de 13 de setembro de 2016, como sendo a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.

cujos contratos foram firmados antes de manifestados os efeitos nefastos de uma política econômica pouco austera em projetos que acabaram se mostrando mal estruturados.

O governo federal intentou uma série de medidas legislativas para tentar contornar a situação encarada pelos concessionários, tais como a MP 779 (convertida na Lei 13.449, de 26 de outubro de 2017), voltada para o setor aeroportuário, e a MP 800, referente ao rodoviário, objeto desta pesquisa. Contudo, especialmente no caso desta última, que caducou sem que sequer tivesse chances de ser convertida em lei pelo Congresso Nacional (já que nem ao menos passou por deliberação pelo Congresso Nacional<sup>4</sup>), a atuação legislativa se mostrou insuficiente.

Neste cenário, a extinção das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE, se ainda não aconteceu<sup>5</sup>, é uma realidade próxima<sup>6</sup>. Ressalte-se, no entanto, que todos esses contratos se mostram, ao menos formalmente, na forma como concebidos – isto é, a partir das propostas apresentadas, seus descontos e rol de obras e serviços a serem executados –, vantajosos. Efetivamente, as tarifas

---

<sup>4</sup> Consoante Ato Declaratório nº 6, de 27 de fevereiro de 2018, “O Presidente da Mesa do Congresso Nacional, nos termos do parágrafo único do art. 14 da Resolução nº 1, de 2002-CN, faz saber que a Medida Provisória nº 800, de 18 de setembro de 2017, que “Estabelece as diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais e dá outras providências”, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 26 de fevereiro do corrente ano”.

<sup>5</sup> A Concessionária de Rodovias Galvão BR-153, por exemplo, responsável Trecho Anápolis/GO (BR-060) até Aliança do Tocantins/TO (TO-070), que totaliza 624,8 quilômetros de extensão, teve sua caducidade declarada em 16 de agosto de 2017. O principal problema enfrentado pela Concessionária foi justamente a frustração de crédito, já que ela não obteve sequer o empréstimo-ponte que havia sido prometido pelos bancos públicos (BNDES, Banco do Brasil e CEF) à época de lançamento dos leilões.

<sup>6</sup> O presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), ministro Raimundo Carreiro propôs e o Plenário da Corte determinou, em 10 de abril de 2018, que fosse realizada ação de controle na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). O objetivo da fiscalização do TCU é analisar questões de cumprimento de prazo das concessões, valores dos pedágios, obras de infraestrutura e os recursos da União envolvidos, entre outros aspectos. Informação disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/presidente-propoe-e-tcu-vai-fiscalizar-antt-sobre-concessoes-rodoviaras.htm>

praticadas (foram altos os descontos ofertados em relação às tarifas-teto estabelecidas em edital<sup>7</sup>) mostram-se benéficas aos usuários<sup>8</sup>.

Por essa razão, mostra-se apropriado estudo em busca de uma solução prática no advento de certas intercorrências em contratos de longo prazo, seja pela sua continuidade ou não, adotando-se, como metodologia, a ponderação e o exame dos riscos contratualmente previstos.

Isto é, diante de uma escolha pelo seguimento e considerando-se que eventual inadimplência não se dá por culpa e risco do contratado, é importante que se verifique e apure a possibilidade e necessidade de alteração das condições inicialmente previstas nos contratos, de modo que eles se mantenham ativos e viáveis, sem que tal medida configure violação aos princípios regedores das contratações públicos (por exemplo, princípio da isonomia, da ampla concorrência e da vinculação ao instrumento convocatório), assegurando também a manutenção das condições proveitosas obtidas aos usuários, destinatários finais das relações contratuais estabelecidas.

De outro lado, na hipótese de extinção da relação outrora firmada, deve-se examinar quais as consequências desta resolução, tanto em aspectos jurídicos, como também seus impactos econômicos e sociais.

Neste sentido, o exame aqui proposto (cuja ótica, vale-se destacar, especialmente por dever de transparência acadêmica, é de um advogado atuante na área de infraestrutura, usualmente em defesa dos entes privados contratados - concessionários) pode até mesmo servir para o enfrentamento dos desafios já postos

<sup>7</sup> Tabela 1: Deságios oferecidos nos leilões do 3º PROCROFE

Rodovia concessionada	Percentual desconto
BR-050 GO/MG	42,38%
BR-153 GO/TO	45,99%
BR-060/153/262 DF/GO/MG	52,00%
BR-163/MT	52,03%
BR-163/MS	52,74%
BR-040 MG/GO/DF	61,13%

<sup>8</sup> Apenas para informação, e desconsiderando-se características próprias dos segmentos concessionados (quantidade de praças, por exemplo) ou o momento histórico de assinatura dos contratos, veja-se que, enquanto a Via-040 (BR-040/DF/GO/MG) pratica a tarifa de pedágio de R\$ 5,30, a CRT (BR-116/RJ) cobra o montante de R\$ 19,30, para veículos de 2 eixos de rodagem simples.

em decorrência do estado de emergência e calamidade pública<sup>9</sup> decretada por força da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

O presente trabalho, então, mais especificamente, tem como propósito elucidar e dispor sobre:

- (i) A possibilidade de alteração de contratos de parceria. Em quais cenários ela se mostra necessária? Seria a crise de 2013 um deles em relação aos segmentos rodoviários concessionados no âmbito da 3ª Etapa do PROCROFE?
- (ii) Dentre eventuais possibilidades de alteração, o que consiste a figura da reprogramação de investimentos em contratos de parceria? Qual a sua finalidade? Em que contextos se aplica?
- (iii) Qual o entendimento dos órgãos de controle em relação à reprogramação? Quais as questões sensíveis ou com potencial de problematização?
- (iv) Quais os prós e contras decorrentes da reprogramação de investimentos? Que fatores devem ser considerados para tomada de decisão do poder concedente? Quais os principais riscos associados à adoção da medida? Quais as soluções alternativas?

Tal preocupação, também, se coaduna com a nova orientação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Referido diploma, em especial e para o que se pretende examinar nesta dissertação, trouxe o artigo 20 à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual:

"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.  
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

---

<sup>9</sup> Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que "reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020".

Isto é, traz-se, agora, como orientação geral e de obrigatória atenção, tanto nas esferas administrativa, controladora e judicial, a consideração das consequências práticas na tomada de determinada decisão. O objetivo é se impedir a postergação de forma indefinida na resolução de um problema contratual ou a reprodução imprecisa e vaga de conceitos jurídicos abstratos para impedir o comprometimento de um agente público em certa questão muitas vezes resultado de receio<sup>10</sup>, ou preguiça<sup>11</sup> dos tomadores de decisão.

Ainda que o panorama de crise fiscal enfrentada pelo país a partir do ano de 2013 sirva como pano de fundo para o endereçamento específico da reprogramação de investimentos nas concessões rodoviárias do 3º PROCROFE (objeto do presente trabalho), efetivamente, discussões sobre alteração de contratos de parceria, mormente a partir do olhar crítico proposto pelo novo artigo 20 da LINDB, são recorrentes. As soluções e fundamentos aqui utilizados podem exemplificar e serem utilizadas como premissa para hipóteses futuras diversas.

Desta maneira, adianta-se que este trabalho está dividido em cinco partes. Além desta introdução, existem três capítulos, nos quais se busca situar o leitor: primeiro, quanto ao que se denomina 3ª Etapa do PROCROFE, suas características e forma pela qual riscos foram distribuídos; depois, em relação ao contexto da crise enfrentada pelo país a partir do ano de 2013 e suas consequências para os contratos firmados, explicitando se ela poderia, ou não, ser considerada um evento a justificar recomposição dos contratos; em terceiro lugar, se a continuidade dos contratos é possível. Caso a resposta seja positiva, se a figura da reprogramação de investimentos para o segmento rodoviário parece se mostrar adequada, incluindo as controvérsias que derivam da matéria e, assim, avaliar se, de fato, a ocorrência da

---

<sup>10</sup> Um dos principais impactos causados pelo rigor extremado dos órgãos de controle é o fenômeno do “apagão das canetas”, conforme lições do Professor Fernando Vernalha Guimarães:

*“Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”.* (VERNALHA, Fernando Guimarães. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>

<sup>11</sup> Expressão cunhada por Carlos Ari Sundfeld em *Direito Administrativo para céticos*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

reprogramação atende aos critérios dispostos no artigo 20 da LINDB, incluindo seu parágrafo único (quanto à necessidade e adequação da medida imposta). Por fim, chega-se a conclusão.

## 2. A 3ª ETAPA DO PROCROFE

### 2.1. Principais características do Programa e seu momento histórico

Os sete lotes de concessões rodoviárias contemplados na 3ª Etapa do PROCROFE, integrantes das ações de investimento em infraestrutura previstas pelo Governo da presidente Dilma Rousseff no âmbito do Programa de Investimento em Logística – PIL (“PIL”), foram modelados com uma clara diretriz de política pública: priorizar a expansão da malha rodoviária de forma a deixar um legado de infraestrutura, com a garantia de uma tarifa módica a ser cobrada dos usuários. Para cumprir esta ambiciosa meta de duplicação integral das rodovias, seria necessário arcar com um volume elevado de investimentos logo nos primeiros 5 (cinco) dos 30 (trinta) anos da Concessão, ainda que de forma desvinculada à efetiva demanda rodoviária.

Considerando apenas esses fatores (duplicações integrais concentradas nos anos iniciais da Concessão, desvinculadas de demanda que justificasse tais investimentos, e fixação de tarifas-teto em patamares historicamente baixos), os projetos da 3ª Etapa do PROCROFE possivelmente não se mostrariam inicialmente viáveis – o que consequentemente levaria a licitações desertas. A estratégia então adotada pelo Poder Concedente para viabilizar essas concessões foi oferecer condições de financiamento extremamente subsidiadas (tabela 2 abaixo) por meio dos Bancos Públicos.

Foi assim que, juntamente com o lançamento dos editais da 3ª Etapa do PROCROFE, foi ativamente divulgada a Carta de Apoio dos Bancos Público, que continha compromisso de financiamento de longo prazo em termos extremamente subsidiados e sem paralelo no mercado, ou mesmo considerando as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES ao setor rodoviário<sup>12</sup>.

O quadro abaixo bem resume as condições que foram oferecidas eventualmente interessados nos projetos que seriam licitados:

---

<sup>12</sup> Como consta de sua própria página na internet até hoje, “O BNDES foi o principal agente financiador do Programa de Investimento em Logística (PIL), do Governo Federal. O programa previa investimentos em ferrovias, rodovias, portos e aeroportos. No âmbito do PIL, o apoio financeiro do BNDES oferecia a possibilidade de aumento da parcela financiada com custo em TJLP, mais barato, se houver a emissão de um percentual mínimo de debêntures de infraestrutura por parte da empresa”. (disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/onde-atuamos/infraestrutura/programa-investimentos-logistica/pil%20programa%20investimentos%20logistica>).

**Tabela 2: Comparação das condições de financiamento FINEM<sup>13</sup> com Carta de Apoio dos Bancos Públicos<sup>14</sup>**

	<b>FINEM</b>	<b>Carta de Apoio dos Bancos Públicos</b>	<b>O que é mais vantajoso?</b>
CUSTO FINANCEIRO	70% TJLP e 30% TJ-462 (que é igual a TJLP + 1,0% a.a.)	100% TJLP	<i>Carta de Apoio dos Bancos Públicos</i>
REMUNERAÇÃO BÁSICA DO BANCO PÚBLICO	1,3% a.a.	2% a.a.. Em tese, estaria contido nesse valor a remuneração básica do Banco Público, a taxa de risco de crédito, a taxa de intermediação financeira e a remuneração da instituição financeira credenciada.	<i>Carta de Apoio dos Bancos Públicos</i>
TAXA DE RISCO DE CRÉDITO	4,18% a.a., conforme o risco de crédito do cliente.		
TAXA DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA	0,1% a.a. para micro, pequenas e médias empresas e 0,5% a.a. para as média-grandes e grandes empresas.		
REMUNERAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDENCIADA	Estipulada entre a instituição financeira credenciada e o cliente.		
ALAVANCAGEM	Por regra 60% dos itens financiáveis. Pode ser estendida até 90% dos itens financiáveis. Em rodovias, o normal é 70%. Apesar de isso não estar expresso nas condições públicas, o ICSD igual ou maior que 1,2 ou 1,3 a depender do projeto.	Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, observado o ICSD maior ou igual a 1,2.	Condições Semelhantes
Prazo	Para rodovias, normalmente, 20 anos, com 5 anos de carência e 15 de amortização.	25 anos, com 5 anos de carência e 20 anos de amortização.	<i>Carta de Apoio dos Bancos Públicos</i>

<sup>13</sup> O FINEM (Financiamento a Empreendimentos) é uma linha de crédito financiamento de longo prazo acima de R\$ 10 milhões oferecida pelo BNDES para projetos de investimento.

<sup>14</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. 10 Anos da Lei de PPP e 20 Anos da Lei de Concessões. pp. 150-151. Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-de-concessoes>. Acesso em 22 de outubro de 2019.



Ressalte-se que, publicada em 04/09/2013 especificamente para tornar as concessões da 3ª Etapa PROCROFE viáveis<sup>15</sup>, as condições contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos correspondem à premissa essencial da modelagem econômico-financeira de tais concessões, sendo as únicas condições capazes de viabilizar o modelo de contrato finalmente assinado com as concessionárias vencedoras. E nem poderia ter sido diferente: elas foram diretamente consideradas no Estudo Viabilidade Técnico Econômico (EVTE<sup>16</sup>) que, por sua vez, fundamentou o Edital.

Assim, o valor máximo de Tarifa Pedágio previsto no Edital foi obtido por meio de modelo econômico-financeiro constante do EVTE, que considerou, por sua vez, as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

Concomitantemente, o Poder Concedente assegurava às proponentes e à sociedade como um todo que seriam cumpridas as condições de financiamento oferecidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Diversas autoridades<sup>17</sup> se

<sup>15</sup> A finalidade de atrair interessados às concessões fica bem clara pela leitura da própria Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que dispõe expressamente: “Tendo em vista as licitações anunciadas para a concessão de rodovias federais integrantes do Programa de Investimentos em Logísticas (PIL), o BNDES, a Caixa e o Banco do Brasil vêm a público informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários”.

<sup>16</sup> Segundo, por exemplo, informações constantes do Volume 4 – Estudos de Viabilidade Econômico-financeira (tomo único) do Lotes 3: BR-153 GO/TO, “o fluxo de caixa de projeto e do acionista foram calculados considerando-se a possibilidade de financiamento, sendo que as premissas adotadas são apresentadas na Tabela [3] a seguir:

Conceito	Premissa	Observações
Financiamento	70,00 %	% dos investimentos
TJLP	5,00%	taxa de juros de longo prazo
Spread BNDES	2,00%	Informações BNDES
Risco	0,00%	Risco de mercado
Inflação (IPCA)	4,50%	Inflação meta do governo
Juros sobre o financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) real	2,39%	% do saldo da dívida (a.a.)
Juros sobre o financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) nominal	7,00%	% do saldo da dívida (a.a.)

<sup>17</sup> Também caminhou neste sentido a declaração do então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, oferecida em 10 de junho de 2014: “Criamos um modelo de financiamento e operação que atende a expectativa dos bancos e das empresas que vão operar”. Além disso, nesta mesma reportagem, Caffarelli afirma que a divulgação da Carta de Apoio aos Bancos Públicos “garante que as regras não vão mudar”. <https://exame.abril.com.br/economia/liberadas-cartas-de-intencao-para-operacao-de-credito/>.

A então Presidente da República, Dilma Roussef, em entrevista divulgada nos jornais do Estado de São Paulo e O Globo, logo após o resultado da licitação em que a Concessionária se sagrou vencedora, declarou, ao ser indagada se estaria seguindo o modelo de Concessões de rodovias do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB: “O modelo, meu querido, é meu. Eu não tenho nenhum conhecimento de nenhum investimento dessa envergadura feito antes do 2003, não tenho nenhum conhecimento disso. Você me mostra onde” e completou ao afirmar que “foi muito importante o tamanho do deságio e também isso produziu uma tarifa de pedágio muito competitiva. É competitiva, vai possibilitar que você faça esse escoamento com um custo menor, o que vai ser uma garantia para todo

manifestaram publicamente garantindo que o modelo de concessão estruturado para a 3ª Etapa PROCROFE seria integralmente respeitado, com observância da oferta de tarifas módicas aos usuários.

Por exemplo, em matéria veiculada no jornal Valor Econômico, de 10 de junho de 2014, o então Ministro César Borges se empenhou em enviar uma mensagem de tranquilidade aos vencedores das licitações integrantes da 3ª Etapa do PROCROFE, assegurando que, caso as instituições privadas se recusassem a fazer o repasse de recursos dos Bancos Públicos com as taxas prometidas, os bancos estatais tratariam de cumprir esse papel. Conforme descrito na matéria:

“Os compromissos de financiamento serão mantidos integralmente (...). Quero dar uma garantia de que vamos cumprir exatamente o prometido. Se o [banco] privado achar que é desinteressante, a operação será feita pelos bancos públicos”.

Em outros termos, os licitantes confiaram de boa-fé que o conjunto de condições de financiamento ali apresentados em referência indissociável aos projetos da 3ª Etapa PROCROFE seriam honrados.

Outro fator importante da modelagem foi o período de crescimento estável vivenciado pelo Brasil em 2013: à época, havia grande otimismo em relação à economia brasileira. O PIB crescia de forma constante desde o ano 2000, e mesmo a crise econômica global de 2008 não impactou fortemente o Brasil: após uma pequena estagnação de - 0,2% do PIB em 2009, no ano seguinte houve elevação deste indicador, revelando um crescimento nacional no patamar de 7,6%. Seguiram-se a este, aumentos sucessivos de 3,9% em 2011, 1,8% em 2012 e 2,7% em 2013, quando o restante do mundo ainda buscava se recuperar da recessão internacional, resultando em verdadeira euforia.

## **2.2. A alocação de riscos nos contratos do 3º PROCROFE**

O cenário acima retratado implicou a adoção no EVTE de projeções otimistas do tráfego e, conseqüentemente, da arrecadação tarifária, dada a correlação

---

*mundu*”. (<https://oglobo.globo.com/economia/o-modelo-meu-diz-dilma-sobre-plano-de-investimentos-no-pais-10898062>).

direta entre atividade econômica e o transporte rodoviário. A matriz de risco<sup>18</sup> dos contratos do 3º PROCROFE, como não poderia ser diferente, acompanhou esta expectativa, conformando o balanço econômico financeiro dos contratos.

### 2.2.1. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE UM CONTRATO DE PARCERIA.

A estipulação dos riscos a serem assumidos *versus* a remuneração que se pretende obter é, justamente, o que se denomina “equação econômico-financeira” de uma avença. É a função resultante das condições efetivas da proposta vencedora na licitação (as quais, após a assinatura, se transformam nas condições do contrato de concessão), que relaciona a remuneração a ser percebida pela concessionária aos encargos e riscos por ela assumidos<sup>19</sup> para a execução do objeto contratual<sup>20</sup>.

A contratação da licitante vencedora pela Administração nas condições efetivas de sua proposta na licitação marca o momento de formação da equação econômico-financeira de um contrato de concessão.

Enquanto a relação representada nessa função se mantiver preservada (tal qual definida no momento de sua formação ou, posteriormente, redefinida por força de revisões contratuais), diz-se que a equação econômico-financeira contratual se encontra equilibrada. Daí porque se prever, no art. 10º da Lei n. 8.987/1995, que “*sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro*”.

---

<sup>18</sup> Entendida, nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães como “*A delimitação da responsabilidade de cada parte em relação às principais contingências (ordinárias e extraordinárias) que podem acometer a relação jurídico-contratual*”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*, 2ª edição. Saraiva, 2014, p. 322.)

<sup>19</sup> Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 101-103. Por riscos entendem-se eventos futuros e incertos que impactam as prestações das partes, tornando a execução contratual mais ou menos onerosa. Isso é de especial relevância em relações de longo prazo, como o presente Contrato de Concessão, que têm como características a incompletude e a mutabilidade (Cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências*. Revista de contratos públicos, v. 3, n° 5, p. 53-83, mar./ago., 2014.). Assim, há disciplina legal e contratual que estabelece qual parte irá se responsabilizar pelos diversos riscos aos quais o ajuste está sujeito (Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público, inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 354-355).

<sup>20</sup> Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal, *idem*, p. 103: “*Essa equação representará sempre a conexão entre o compromisso de prestação de um serviço e os riscos assumidos pelo parceiro privado e a remuneração que ele receberá por isso. Daí dizermos que, na verdade, o que define a equação econômico-financeira do contrato é a relação entre o serviço a ser prestado, a sua matriz de riscos e a remuneração prevista no contrato. É esta relação que é a estabilizado no momento da formulação da proposta*”.

*A contrario sensu*, portanto, sempre que violada uma condição do contrato, restará desequilibrada a premissa de sua equação econômico-financeira. Violações às condições do contrato de concessão são causadas necessariamente por um “Evento de Desequilíbrio” – o qual será propriamente demonstrado mais a frente neste trabalho, mas, em síntese, corresponde a um evento que materializa risco legal ou contratualmente alocado ao poder concedente, e cujos efeitos impactam a concessionária da perspectiva econômico-financeira.

A razão é simples: os riscos alocados à concessionária são – ou deveriam ter sido – por ela considerados e precificados na sua proposta na licitação. Em outras palavras, a concessionária assume em sua proposta a responsabilidade de absorver os efeitos positivos ou negativos gerados por eventos que materializam esses riscos, incluindo o compromisso de não deixar que eventos que lhe sejam gravosos prejudiquem a adequada execução do objeto do contrato de concessão. Justamente por isso, os efeitos gerados sobre a concessionária por eventos que materializam os riscos a ela alocados em nada alteram as condições do contrato de concessão.

Já os riscos que foram alocados ao poder concedente devem ser considerados, mas relativizados. Isto é, precificados pela concessionária em sua proposta na licitação, em relação à possibilidade de o Poder Público poder responder por eles. Assim é que, ocorrendo eventos de materialização de tais riscos, caberá ao poder concedente e/ou ao usuário do serviço a responsabilidade absorver os efeitos positivos ou negativos por eles produzidos sobre a concessionária. Enquanto esses eventos continuarem a produzir efeitos sobre a concessionária, restarão violadas as condições do contrato de concessão e, conseqüentemente, estará desequilibrada a equação econômico-financeira contratual. Por isso dizer-se que tais eventos são Eventos de Desequilíbrio.

A ocorrência de um Evento de Desequilíbrio requer, portanto, que se busque neutralizar as alterações por ele produzidas (i.e., seus efeitos) sobre as condições do contrato de concessão, sob pena de não se recompor o equilíbrio econômico-financeiro contratual. De fato, o direito à manutenção do equilíbrio

econômico-financeiro é ponto pacífico na doutrina<sup>21,22</sup> e na jurisprudência dos tribunais superiores<sup>23</sup>, destacando-se as considerações feitas em decisão do STJ de que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é corolário da segurança jurídica e necessária para a própria continuidade da prestação dos serviços públicos<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Além dos entendimentos expostos nas notas anteriores de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maurício Portugal Ribeiro e Egon Bockman Moreira, cf. também SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 (Coleção Pareceres, v.2), p. 69; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp.190 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.92; DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 320-330; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, pp. 325 e ss.; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 303; ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 636-637; e AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos – Novas Tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 18-19.

<sup>22</sup> Segundo a doutrina majoritária, ela é uma concretização do mandamento constitucional de manutenção das condições efetivas na proposta nas contratações com a administração pública, previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Confira-se: “Art. 37 (...): XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. (grifos nossos)

<sup>23</sup> Por exemplo no STF, cf. RE 571969/DF, Rel. Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 18/09/2014; e RE 183180/DF, Rel. Min. Octavio Galotti, 1ª Turma, DJ 01.08.1997.

Já no STJ, cf. RESP 1248237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 01/10/2014; REsp 976.836/RS, Primeira Seção Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05/10/2010; AgRg na SL 76/PR, STJ, Rel. Min. Edson Vidgal, j. 01/07/2004, DJ 20.09.2004; e REsp 961.376/RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 02/09/2008, DJe 22/09/2009.

<sup>24</sup> STJ, RESP 1248237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 01/10/2014. Cf. trechos do Acórdão: “3. Os contratos de concessão têm garantida a manutenção do seu equilíbrio econômico financeiro, de modo a viabilizar que as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste encontre correspondência na compensação econômica adequada; é assegurada durante todo o período de execução do contrato a real e efetiva correlação entre a execução do contrato e a sua remuneração, conforme preconizam, de forma uníssona, doutrinadores excelentes como os Professores HELY LOPES MEIRELLES, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO e CAIO TÁCITO. (...)”

5. A garantia de estabilidade da relação jurídico-administrativa contratada entre Poder Concedente e a Concessionária é expressão clara do princípio da segurança jurídica, assegurando àqueles que assumem a execução de um serviço de interesse público a preservação das circunstâncias e expectativas que levaram à assinatura do contrato. A quebra da equação por ato omissivo ou comissivo do Poder Concedente gera, por conseguinte, o dever de recomposição do equilíbrio, não somente em nome da almejada segurança jurídica como da inegável importância da continuidade da prestação do Serviço Público, até para não gerar desconfiança na firmeza dos atos públicos. (...)”.

Ainda, o próprio STJ já associou a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos ao princípio da moralidade em célebre julgado no RMS 15.154/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 02/12/2002, p. 222: “1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93. Deveras, a Constituição Federal ao inculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”.

Duas consequências decorrem do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: (i) as condições do contrato originalmente pactuadas – incluindo a alocação dos riscos entre as partes – devem ser respeitadas ao longo da vigência da concessão; e (ii) toda e qualquer alteração a tais condições deve ser neutralizada, de modo a se restabelecer o estado de equilíbrio da equação econômico-financeira contratual<sup>25</sup>. Assim é que a lei e os contratos de concessão preveem mecanismos de revisão das condições do contrato, que formam, em cada caso, verdadeiro sistema de preservação e atualização do equilíbrio da equação econômico-financeira contratual.

Na Lei 8.987/1995, a garantia de preservação da equação econômico-financeira contratual está prevista em seu art. 9º, que, no §2º, por exemplo, deixa claro que os contratos devem prever “*mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico financeiro*”. Os §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo legal trazem, respectivamente, a necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos casos de modificação de encargos legais e de alteração unilateral do contrato<sup>26</sup>.

Em resumo, portanto, há dispositivos contratuais e da legislação aplicável que exigem a proteção das condições do Contrato de Concessão contra os efeitos de Eventos de Desequilíbrio como requisito de preservação do equilíbrio da equação econômico-financeira contratual. De forma mais específica, tem-se que os fatores internos e externos à avença considerados pelas partes para a viabilização do projeto de Concessão, representados no Edital e no Contrato de Concessão, devem ser respeitados durante a vigência contratual.

---

<sup>25</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p.122-123. “*Essa garantia é reconhecida pela Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95), ao estabelecer que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ocorrerá “sempre que forem atendidas as condições do contrato” (art. 10), acenando com o princípio de que, alteradas as condições, haverá desequilíbrio. (...) Se importante condição do contrato viesse a ser suprimida (mesmo que por suposta ilegalidade), afetando o seu equilíbrio econômico-financeiro original, as hipóteses legais acima descritas seriam implementadas, suscitando o dever de restabelecimento imediato do equilíbrio por parte do ente contratante.*”

<sup>26</sup> Lei 8.987/1995, “*Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.* (...)

§ 2º *Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.*

§ 3º *Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.*

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

A rigor, essas “condições do contrato” não são determinadas a priori pela legislação; deve-se avaliar em cada caso quais são os elementos essenciais para a viabilização da modelagem contratual desejada pelo Poder Concedente e refletida no Edital para a qual os licitantes fizeram suas ofertas.

São os fatores elementares considerados pelos licitantes na precificação de suas ofertas, como, por exemplo, o volume de investimentos a serem feitos durante a vigência do contrato; as condições de conservação e a capacidade de utilização de um bem público objeto de serviço a ser concedido (ambos fatores internos ao contrato); ou a existência de modais de transporte que compitam com aquele serviço concedido; e as condições macroeconômicas do país (ambos fatores externos ao contrato). Afinal, na lição de Patrícia Baptista, “o contrato [administrativo], antes de assumir a forma jurídica, configura uma realidade econômica. A regulação jurídica dos contratos não pode pretender subverter a lógica econômica da relação contratual, sob pena de pôr em risco o êxito do contrato”<sup>27</sup>.

Também para Flávio Amaral Garcia<sup>28</sup>:

As condições macroeconômicas de um país representam um dos principais pilares na atração de investimentos e na confiabilidade do ambiente de negócios. O mercado monetário, o mercado de crédito, o mercado de capitais e o mercado cambial compõem um conjunto de circunstâncias que são determinantes para a atração de recursos privados em contratos públicos, principalmente no setor de infraestrutura.

Questões como metas de inflação, a taxa de juros e câmbio são fundamentais na atração de recursos privados para negócios públicos. Esta conjuntura é decisiva para atrair em maior ou menor intensidade o setor privado, em especial o setor de infraestrutura (...)

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a *quebra da base objetiva do negócio* e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto.

---

<sup>27</sup>Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 236.

<sup>28</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 116-117.

A relação entre aspectos econômicos e jurídicos, portanto, especialmente em contratos de longo prazo, são indissociáveis. De toda forma, em se tratando de concessão de serviços públicos, para que se possa cogitar de revisão, é necessário que se caracterize, como demonstrado, a ocorrência de um Evento de Desequilíbrio capaz de alterar as condições do Contrato de Concessão. Esta, como já antecipado, é a missão desta dissertação, em relação à crise econômica de 2013 e os Contratos da 3ª Etapa do PROCROFE.

### 2.2.2. A MATRIZ DE RISCOS DOS CONTRATOS DO 3º PROCROFE.

Antes, todavia, deve-se passar pela forma em que foram distribuídos os riscos que deveriam ser suportados por cada uma das partes desta relação.

De fato, e como premissa em qualquer análise, deve-se ter claro que é muito difícil (quicá impossível), *ex ante*, determinar em abstrato quais intercorrências podem ou não ocorrer e, assim, atrapalhar a consecução da finalidade precípua que motivou a realização de determinada contratação de longo prazo.

Vale dizer, contratos de parceria não poderão (e nem se deve esperar deles a capacidade de) prever todas as situações passíveis de serem enfrentadas em uma relação de longo prazo. Pensar assim representaria trazer a eles cláusulas simplesmente inócuas ou de fácil superação com o passar do tempo. É melhor que permaneçam incompletos<sup>29</sup>.

Tal incompletude, contudo, não significa que não se possa deles extrair caminho necessário a ser adotado, quando diante de situações que demandam intervenção estatal imediata. Será o contrato que deverá indicar quais procedimentos devem ser adotados na hipótese de se necessitar fazê-lo. O ponto fulcral, então, é avaliar a quem pertencem os riscos e conseqüente responsabilidade pelo advento de certos fatos.

Com efeito, esta noção é importante para se avaliar corretamente quais riscos contratuais geram (e quais não) direito a uma mudança. Na medida em que o

---

<sup>29</sup> Segundo lições de Vera Monteiro: “(...) é próprio do contrato de concessão sua incompletude, e contratos com essa característica normalmente importam na necessidade de serem feitas adaptações e de se permitir algum grau de flexibilidade durante sua vigência, para que possam se acomodar às mudanças ocorridas ao longo do tempo”. (MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da lei n. 11.079/2004*. Tese de doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 68).



art. 2º da Lei n. 8.987/1995 estabelece que o concessionário atua “por sua conta e risco”, poder-se-ia cogitar, a partir de uma leitura literal, rasa e imprópria do dispositivo legal, que haveria vedação a repartição de riscos em contratos de longo prazo.

Contratos de parceria são contratos complexos, que regem uma ampla gama de direitos e obrigações, e cuja execução se projeta durante longos períodos. As diversidades de escopos que podem estar integrados e acumulados no seu objeto, assim como a sua alta longevidade (prazos alongados são importantes para a necessidade da amortização dos investimentos aportados pela concessionária), acabam por torná-los suscetíveis a muitas vicissitudes ao longo de seu ciclo de vida.

Precisamente em razão de sua exposição a riscos diversos, uma preocupação marcante com uma boa estruturação destes projetos está na suficiente identificação dos riscos que lhe são inerentes e na sua conseqüente alocação à responsabilidade das partes contratantes. Trata-se de compor aquilo que se denomina “matriz de riscos”, que retrata a alocação desde logo dos riscos identificados à responsabilidade de cada uma das partes, conferindo maior segurança a elas, relativamente às intercorrências contratuais, assim como propiciar a melhor estrutura de custos para o contrato.

Na medida em que as partes incorrem em diferentes despesas e provisionamentos para gerenciar cada um dos riscos catalogados, a assunção do risco por uma ou pela outra parte terá impacto direto na estrutura de valores desses contratos.

A alocação de riscos pode funcionar, por isso, como uma chave para propiciar a redução do somatório de custos envolvidos na contratação, na medida em que cada parte possa arcar com os riscos que consegue gerenciar a custos mais baixos do que a outra. A capacidade das partes em alocar riscos no plano do contrato é, assim, um ponto crítico para o sucesso destas relações, como bem defende Wanderley Fernandes<sup>30</sup>:

[...] a realidade dos negócios poderá ser bastante rica para determinar formas complexas de contratação; porém, um critério bastante objetivo de alocação de riscos é a capacidade da parte que o assume de mitigá-lo ou reduzi-lo da maneira mais eficiente, entendida a eficiência como redução de custos e maior segurança do próprio empreendimento [...].

---

<sup>30</sup> FERNANDES, Wanderley. *Clausulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. Pag. 95.

Deve-se distinguir, nestas avenças de parceria, então, álea ordinária da álea extraordinária, de modo que apenas aquela possa ser atribuída ao concessionário. Até mesmo porque há um conjunto de riscos que a própria Lei Geral de Concessões aloca previamente junto ao Poder Concedente, não podendo o contrato de concessão distribuí-los de forma diversa. É o que adverte Maurício Portugal Ribeiro<sup>31</sup>:

Note-se, por fim, que há um conjunto de riscos cuja alocação é feita por lei. Por exemplo, o risco de aumento na carga tributária incidente sobre as atividades objeto de contrato de concessão. A Lei de Concessões estabelece no art. 9º, § 3º, que:

*‘Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso’.*

Portanto, por disposição legal, ressalvado o caso do imposto de renda, o risco de criação, extinção ou alteração dos tributos ou encargos legais é da Administração Pública, não podendo ser alocado ao parceiro privado.

No caso das concessionárias de rodovia que integram a 3ª Etapa do PROCROFE, os contratos de concessão tratam da matéria em suas Cláusulas 21<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 80.

<sup>32</sup> 21 Alocação de Riscos

21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula v21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados a Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.1.1 volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 22.5 e na aplicação do Fator C; 21.1.2 recusa de usuários em pagar a Tarifa de Pedágio;

21.1.3 obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas a Concessão, excetuadas as licenças a cargo do Poder Concedente;

21.1.4 custos com o atendimento das condicionantes das licenças previstas na subcláusula 5.2.1 e das condicionantes das licenças a cargo da Concessionária, nos termos da subcláusula 5.1;

21.1.5 valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis, até o limite da verba destinada para desapropriações;

21.1.6 custos excedentes relacionados as 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;

---

21.1.8 custos necessários para implantação dos contornos em trecho urbano conforme a extensão prevista no PER e respectivas melhorias, com exceção dos custos de desapropriação e da eventual necessidade de implantação de Obras de Artes Especiais, observado o disposto na subcláusula 10.3.3;

21.1.9 atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no PER ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo;

21.1.10 tecnologia empregada nas obras e serviços da Concessão;

21.1.11 perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos Bens da Concessão, responsabilidade que não é reduzida ou excluída em virtude da fiscalização da ANTT;

21.1.12 manifestações sociais elou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato por:

(i) até 15 (quinze) dias, sucessivos ou não, a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência; e

(ii) até 90 (noventa) dias a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, se as perdas e danos causados por tais eventos se sujeitem a cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;

21.1.13 aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;

21.1.14 variação das taxas de câmbio;

21.1.15 modificações na legislação de Imposto sobre a Renda;

21.1.16 caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;

21.1.17 recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental relacionado ao Sistema Rodoviário;

21.1.18 riscos que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, mas que deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da Concessionária;

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;

21.1.20 responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da operação do Sistema Rodoviário;

21.1.21 prejuízos causados a terceiros, pela Concessionária ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela Concessão;

21.1.22 vícios ocultos dos Bens da Concessão por ela adquiridos após a Data de Assunção, arrendados ou locados para operações e manutenção do Sistema Rodoviário ao longo do Prazo da Concessão;

21.1.23 defeitos em obras realizadas pelo Poder Público, conforme previsto na cláusula 10.1.7, após o recebimento definitivo destas obras pela Concessionária; e,

21.1.24 defeitos em obras realizadas pelo Poder Concedente, após o recebimento destas obras pela Concessionária, exceto quanto aos aspectos expressamente indicados pela Concessionária nos termos da cláusula 10.5, não sendo considerados defeitos eventual desatendimento aos Parâmetros de Desempenho

21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados a Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

21.2.1 manifestações sociais elou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato, quando tais eventos excederem os períodos estabelecidos na subcláusula 21.1.12 acima, hipótese na qual a responsabilidade do Poder Concedente se resume ao período excedente aos referidos prazos da aludida subcláusula;

21.2.2 decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;

21.2.3 descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos aplicáveis ao Poder Concedente previstos neste Contrato elou na legislação vigente, e a disponibilização de acesso ao Sistema Rodoviário prevista na cláusula 10.1.5;

.e 22. Buscou-se estabelecer na Cláusula 21 a matriz de riscos contratual, na qual são identificados e alocados alguns dos principais riscos assumidos por cada parte, enquanto a Cláusula 22 trata dos procedimentos e meios para recomposição do

---

21.2.4 caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil a época de sua ocorrência;

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

21.2.6 implantação de novas rotas ou caminhos alternativos rodoviários livres de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de assinatura do Contrato, nos instrumentos públicos de planejamento governamental ou em outras fontes oficiais públicas;

21.2.7 recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental fora do Sistema Rodoviário;

21.2.8 atraso nas obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato ou pelo Edital, inclusive quanto: i) a entrega do Termo de Arrolamento e transferência de bens entre a Concessionária e o DNIT; e ii) quanto à não realização ou atraso das obras que estão sob responsabilidade do DNIT, identificadas no Termo de Arrolamento na ocasião da transferência dos bens;

21.2.9 atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo da Concessionária quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais, exceto se decorrente de fato imputável a Concessionária;

21.2.9.1 presume-se como fato imputável a Concessionária, qualquer atraso decorrente da não entrega de todos os documentos, estudos e informações exigidos pelo órgão ambiental, ou em qualidade inferior a mínima estabelecida pelo órgão licenciador, prévia ou posteriormente ao pedido de licenciamento;

21.2.10 atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo do Poder Concedente;

21.2.11 custos com a elaboração do inventário florestal e dos Planos Básicos Ambientais;

21.2.12 vícios ocultos do Sistema Rodoviário e dos Bens da Concessão, vinculados a manutenção e operação, transferidos a Concessionária na Data de Assunção;

21.2.13 alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro;

21.2.14 defeitos em obras realizadas pelo Poder Público, conforme previsto na cláusula 10.1.7, até o recebimento definitivo destas obras pela Concessionária;

21.2.15 defeitos e demais aspectos expressamente indicados pela Concessionária nas obras executadas pelo Poder Concedente de que trata a cláusula 10.5

21.2.16 atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo da Concessionária por força da exigência de pesquisas arqueológicas, ou condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas, bem como os custos relacionados ao atendimento destas exigências e condicionantes nas licenças a cargo da Concessionária ou do Poder Concedente;

21.2.17 os custos necessários para implantação das Obras obrigatórias em Trechos Urbanos da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço que ultrapassem a extensão indicada no PER, assim como os custos de desapropriação e da eventual necessidade de implantação das Obras de Artes Especiais, observado o disposto na subcláusula 10.3.3;

21.2.18 custos com desapropriação nos valores que excederem o montante indicado na subcláusula 9.1.2;

21.2.19 custos com os Estudos Ambientais nos valores que excederem o montante indicado na subcláusula 7.1;

21.2.20 custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no Sistema Rodoviário, necessárias a execução das obras e serviços previstos no Contrato, junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infraestrutura;

21.2.21 fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato.

equilíbrio econômico-financeiro toda vez que um risco alocado ao Poder Concedente impacte negativa ou positivamente a concessionária.

Distribui-se, então, a título de exemplo, e para o que importa a presente análise, dentre os riscos do Poder Concedente (cláusula 21.2): (i) caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil a época de sua ocorrência; (ii) alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargo; e (iii) implantação de novas rotas ou caminhos alternativos rodoviários livres de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de assinatura do Contrato.

Já em relação aos concessionários, estão ali, no item 21.1 da avença, todos os riscos relacionados a Concessão, inclusive, mas sem limitação: (i) o de volume de tráfego; (ii) de investimentos para cumprimento de todas as obrigações; (iii) da variação cambial; e (iv) de financiamento (estes tratados de forma ainda mais específica na cláusula 26) e aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros.

A alocação dos riscos, na forma como ordinariamente previstos, portanto, está em consonância com as melhores práticas de modelagem dos contratos de concessão. Os riscos devem ser alocados à parte que tem melhores condições gerenciá-los, o que inclui em eventos gravosos como esses (i) prevenir sua ocorrência e (ii) minimizar os prejuízos resultantes de eventual ocorrência<sup>33</sup>. Assim, a parte responsável pelos riscos terá os incentivos para tomar as ações possíveis para evitar sua ocorrência, e caso ele ocorra, poderá remediá-lo a menor custo. Isso traz uma diminuição dos custos de contratação e maior eficiência na gestão contratual e é por essa razão que o Contrato de Concessão aloca esses riscos ao Poder Concedente.

---

<sup>33</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 80-82

### 3. A CRISE ECONÔMICA DE 2013

O que, contudo, ocorreu foi que, após a licitação, iniciou-se progressivamente a mais profunda crise econômica da história republicana do Brasil (ao menos até aquele momento e considerando-se que não se sabe, ainda, os efeitos da pandemia pelo novo coronavírus – COVID19 – enfrentada no ano de 2020). Destaca-se o rebaixamento nacional da nota da dívida de longo prazo em moeda estrangeira pelas agências internacionais de classificação de risco Standard & Poors<sup>34</sup> e Fitch<sup>35</sup>, que também repercutiu na nota atribuída por essas mesmas agências às empresas brasileiras que atuam no setor de infraestrutura rodoviária<sup>36</sup>.

Além do rebaixamento, diversos outros eventos também evidenciam esta deterioração acelerada, entre os quais a queda de 3,55% do PIB do Brasil em 2015 e de 3,31% em 2016, acumulando queda aproximada de 7% no biênio – o pior resultado da economia do país nos últimos 25 anos<sup>37</sup>. Na comparação realizada pela Austin Rating do desempenho das 35 principais economias do mundo, os resultados econômicos do Brasil nos dois primeiros trimestres de 2015 o colocavam apenas à frente da Rússia e da Ucrânia, sendo que a primeira vinha sofrendo com um forte embargo econômico em razão da anexação da região da Criméia a seu território e a segunda passava por uma grave guerra civil<sup>38</sup> – eventos tipicamente caracterizados como caso fortuito ou força maior pela doutrina jurídica. No primeiro trimestre de 2016, segunda a mesma comparação da Austin Rating, a economia brasileira teve desempenho ainda pior do que as da Rússia e da Ucrânia, que permaneciam enfrentando sanções econômicas e guerra civil, respectivamente.

---

<sup>34</sup> Disponível em: [https://www.standardandpoors.com/pt\\_LA/web/guest/article/-/view/type/HTML/sourceAssetId/1245386849138](https://www.standardandpoors.com/pt_LA/web/guest/article/-/view/type/HTML/sourceAssetId/1245386849138); e <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/standard-and-poors-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 dezembro de 2018.

<sup>35</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/fitch-volta-rebaixar-nota-do-brasil.html>; e <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/12/fitch-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

<sup>36</sup> Por exemplo, a Fitch rebaixou por três vezes – em 16 de maio, 25 de julho e 14 de setembro de 2016 – o Rating Nacional de Longo Prazo da Triunfo Participações e Investimentos S.A. e de suas emissões de debêntures sem garantias reais e revisou a sua perspectiva para negativa. Em 08 de janeiro de 2016 a Fitch rebaixou o Rating Nacional de Longo Prazo da CCR S.A. para AA(bra), e, em 06 de julho de 2016 manteve a perspectiva como estável neste patamar.

<sup>37</sup> <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-03/pib-fecha-2016-com-uma-queda-de-36>; <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-brasileiro-recua-36-em-2016-e-tem-pior-recessao-da-historia.ghtml>. Acesso em 07/01/2019

<sup>38</sup> Dados disponíveis em <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-so-esta-frente-da-russia-da-ucrania-em-ranking-do-pib-16302087>. Acesso 07/01/19

Do mesmo modo, houve uma súbita variação da TJLP e do IPCA. A TJLP aumentou de 5% para 7,5% entre dezembro de 2014 e março de 2017, quando caiu para 7%<sup>39</sup>; enquanto isso, o IPCA aumentou de 6,4% para 10,7% – a mais alta taxa de inflação desde 2002 – no período de dezembro de 2014 a dezembro de 2015, caindo posteriormente para 6,29% em 2016, retomando a meta de inflação de 4,5% com margem de dois pontos para mais ou para menos, mantendo-se nesse patamar até hoje<sup>40</sup>. Vale lembrar que desde 2002 a inflação não superava a margem superior da meta de inflação estipulada pelo governo brasileiro e medida pelo IPCA.

Agravou e deixou ainda mais evidente a relevância da crise, a lenta retomada da economia brasileira que foi e vem sendo verificada. Por exemplo, o PIB cresceu apenas 1,0% em 2017 e somente 1,1% em 2018. Nesse sentido, o país ficou na última posição (45<sup>a</sup>) em 2017 e na 39<sup>a</sup> posição de 44 países ranqueados em 2018, ainda segundo a Austin Ratings.

### **3.1. A crise econômica de 2013 e seus efeitos sobre 3º PROCROFE**

A conjunção de fatores extraordinários, como o esfacelamento do cenário macroeconômico, evidenciado pelo aumento da SELIC, a inflação crescente percebida via IPCA, o aumento dos preços administrados absorvidos e não reequilibrados, a recessão econômica atingindo as projeções de demanda e as condições de financiabilidade dos projetos de concessão rodoviária, a obrigação de investimentos concentrados nos primeiros anos de implantação da infraestrutura rodoviária e impossibilidade de se repassarem os sobrecustos ao mercado culminaram em condição extraordinária, imprevisível e inevitável, agravada ainda mais pelo contingenciamento fiscal soberano.

Nesse contexto, o BNDES viu-se impossibilitado de cumprir as condições excepcionalmente subsidiadas de financiamento com as quais havia se comprometido por meio da assinatura da Carta de Apoio dos Bancos Públicos<sup>41</sup>. O impacto da

---

<sup>39</sup> Dados disponíveis em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/guia/custos-financeiros/taxa-juros-longo-prazo-tjlp>. Acesso em 07/01/19.

<sup>40</sup> Dados disponíveis em [https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc\\_ipca/defaultseriesHist.shtm](https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultseriesHist.shtm). Acesso em 07/01/19.

<sup>41</sup> O que, de fato, ocorreu é que a partir de 2015 o BNDES passou a devolver exponencialmente ao Tesouro os recursos aportados no banco para minimizar o desequilíbrio crescente das contas públicas federais também agravado pela crise econômica. Note-se que até 2014 havia um fluxo grande de aportes da União no BNDES e baixo de devolução (de juros e amortizações), enquanto que a partir de

deterioração do mercado de crédito, como dimensão da crise, no setor de rodovias é apontado pelo próprio Poder Concedente em diversos documentos, como o Memorando 876/2018/SUINF, que encaminha o estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões. No memorando, destaca-se que o estudo evidencia, por meio de inferência estatística, a imprevisibilidade e severidade da crise no setor. Nota, nesse sentido, a “deterioração das condições das linhas de financiamento subsidiadas dos bancos públicos”, de modo a “frustrar o planejamento das concessionárias de rodovias”.

Também o próprio estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões<sup>42</sup>.

Com a recessão dos anos 2015-2016, houve uma redução das projeções de tráfego concebidas nos estudos de viabilidade que pautaram os processos licitatórios realizados. (...) Dada a incerteza instaurada, os bancos públicos buscaram proteger-se com alterações nas suas políticas operacionais, de forma a tornar mais rigorosos os requisitos para a liberação das tranches de financiamento. (...)

Desta forma, a queda na atividade econômica impactou duplamente as concessões, não somente com a queda nas suas próprias receitas provenientes da cobrança de pedágio, mas também da sua capacidade de obter financiamento subsidiado por meio dos bancos públicos.

Estas conclusões sobre o fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura como dimensão da crise econômica extraordinária são corroboradas pelos dados da Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito do Banco Central do Brasil<sup>43</sup>. Tal pesquisa tem por objetivo criar indicadores de tendência do mercado de crédito, tanto do lado da oferta como da demanda, medindo a percepção das principais instituições financeiras<sup>44</sup> atuantes no segmento “pessoa jurídica/grande

---

2015 esse fluxo inverte justamente no período em que as concessionárias precisavam dos financiamentos previstos na 3ª Etapa do PROCROFE.

Fonte: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/recursos-do-tesouro-nacional>

<sup>42</sup> Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões, p.6.

<sup>43</sup> Segundo a pesquisa “Relatório de Estabilidade Financeira” (pag. 20): “O ambiente adverso da economia real começou a se refletir de maneira mais pronunciada nos indicadores de crédito neste último semestre, resultando na manutenção da cautela na concessão de crédito, na baixa demanda por parte dos tomadores - levando ao baixo crescimento da carteira de crédito - e no aumento da inadimplência, da renegociação e da reestruturação das dívidas”.

<sup>44</sup> Segundo a descrição da metodologia da pesquisa disponível no sítio eletrônico do Banco Central, visando abranger as principais instituições financeiras atuantes no segmento de grandes empresas, são convidadas a participar da pesquisa os conglomerados e instituições financeiras independentes



empresa”<sup>45</sup> sobre as perspectivas do mercado com base em suas respostas qualitativas a questionários aplicados com periodicidade trimestral<sup>46</sup>.

Além das manifestações já citadas de autoridades públicas, destaca-se a edição das Medidas Provisórias nº 752 de 24 de novembro de 2016 (MP 752/2016) e nº 800 de 18 de setembro de 2017 (MP 800/2017). Na MP 752/2016, posteriormente convertida na Lei 13.448/17, foi criado o instituto da relicitação, que consiste na extinção amigável da Concessão e a realização de nova licitação, com a indenização dos investimentos não amortizados.

Já a MP 800/2017 explicitava a juridicidade (já existente com o arcabouço normativo até então existente) da reprogramação de investimentos. Na exposição de motivos da MP em questão, o próprio Governo Federal reconheceu os impactos da crise e a necessidade de uma atuação efetiva para mitigar os seus efeitos.

### **3.2. A crise como Evento de Desequilíbrio a justificar a recomposição dos Contratos?**

Diante do panorama retratado acima, descrito a partir dos fatos levantados nesta pesquisa, pode-se afirmar que os contratos objeto do 3º PROCROFE foram impactados pela crise econômica que surgiu no país no final do ano de 2013.

O ponto fulcral que se quer aqui avaliar, todavia, é se a deterioração financeira do país pode ser caracterizada como um “Evento de Desequilíbrio” a justificar a recomposição dos contratos de concessão firmados. E mais: ainda que não o seja, deveriam os custos dele decorrentes serem suportados pelos concessionários, a qualquer preço?

Para tanto, deve-se iniciar o exame pela leitura dos próprios contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE, em especial a forma pela qual eles alocaram

---

mais representativas desse segmento de crédito de forma a totalizar, pelo menos, 90% do volume total de crédito do segmento.

<sup>45</sup> O critério para a classificação de uma empresa como “grande empresa” é possuir endividamento superior a R\$10 milhões.

<sup>46</sup> Esse tipo de pesquisa foi adotado no Brasil tendo como parâmetro pesquisas semelhantes já realizadas por outros países, como Estados Unidos da América (*Senior Loan Officer Opinion Survey on Bank Lending Practices*), Inglaterra (*Credit Conditions Survey*), Japão (*Senior Loan Officer Opinion Survey on Bank Lending Practices*), Chile (*Estándares de Aprobación en el Mercado del Crédito Bancario*), além da União Europeia (*Bank Lending Survey for the Euro Area*) (Cf. ANNIBAL, Clodoaldo Aparecido; e KOYMA, Sérgio Mikio. *Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito no Brasil*. Banco Central do Brasil. Trabalhos para Discussão nº 245. Junho de 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/TD245.pdf>.

os riscos financeiros das avenças. Vale dizer, e da forma direta como um trabalho de metrado profissional exige, a quem se aloca o risco da não disponibilização dos financiamentos prometidos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para os contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE?

De um lado, um dos principais argumentos que se poderia cogitar é a de que o caso dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE estaria no âmbito de aplicação do risco ordinário de financiamento, veiculado pela mencionada cláusula padrão de número 26.1<sup>47</sup> dos Contratos de Concessão daquela Etapa.

Ocorre que esta linha argumentativa parece ignorar a lógica de aplicação de riscos nestes contratos de concessão, nos quais alocação de riscos extraordinários (ou seja, afetos à álea econômica extraordinária, verificável, por exemplo, pelo estudo estatístico denominado Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões, o qual concluiu que a previsibilidade da crise econômica no momento da Licitação era de apenas 0,27%) prevalece sobre a alocação de riscos ordinários (ou seja, aplicáveis a situações de normalidade, que se encontrem dentro da margem de previsibilidade verificada no estudo estatístico).

Do contrário implicaria sustentar que, em um momento como o atual, diante da pandemia da COVID-19, as concessionárias deveriam arcar com variações de demanda e custos de insumos pelo fato de que tais riscos são, como afirmado, ordinariamente alocados aos parceiros privados.<sup>48</sup> Essa conclusão – vale destacar – já foi inclusive afastada pelo entendimento da Advocacia Geral da União (AGU) acerca dos efeitos da pandemia sobre os contratos de concessão.

Por meio do PARECER n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU,<sup>49</sup> reconheceu-se que *“a pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes”* e que *“[o]s concessionários de infraestrutura de transportes (...) têm direito ao reequilíbrio de seus contratos quando ocorrerem eventos supervenientes à*

---

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Como, por exemplo, nas já transcritas cláusulas 21.1.1 e 21.1.6 constantes dos contratos da 3ª Etapa PROCROFE, como o Contrato de Concessão.

<sup>49</sup> Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf> (acesso em 15/05/2020), p. 15.

*apresentação de suas propostas cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente e que tenham impactado de forma significativa suas receitas ou despesas”.*

Ou seja, ainda que as variações de demanda e de custos de insumos sejam riscos alocados pelos contratos de concessão às concessionárias, os efeitos específicos do evento de caso fortuito ou força maior sobre a demanda (impactando as receitas da concessão) e sobre os custos de insumos devem ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

Por essa razão, como se pretende apresentar neste tópico, o mais adequado é alocar a crise que impactou os contratos da 3ª Etapa do PROCROFE ao Poder Concedente, pois a não materialização não pode ser entendida como decorrente do risco ordinário de financiamento e custo de capital.

Rememore-se, nos termos já apresentados quando de sua caracterização, que os lotes de concessões rodoviárias contemplados na 3ª Etapa do PROCROFE, integrantes das ações de investimento em infraestrutura previstas pelo Governo Dilma no âmbito do PIL, foram modelados com uma clara diretriz de política pública: priorizar a expansão da malha rodoviária de forma a deixar um legado de infraestrutura, com a garantia de uma tarifa módica a ser cobrada dos usuários.

Para cumprir as metas de duplicação integral das rodovias da 3ª Etapa do PROCROFE, seria necessário arcar com um volume elevado de investimentos logo nos primeiros 5 dos 30 anos da Concessão, ainda que de forma desvinculada à demanda rodoviária. Além disso, pretendia-se fixar as tarifas em patamares historicamente baixos. A conjunção desses dois objetivos fez com que os projetos da 3ª Etapa do PROCROFE não se mostrassem inicialmente viáveis como uma concessão comum, remunerada unicamente através das tarifas cobradas dos usuários e de eventuais receitas acessórias – o que levaria a licitações desertas.

Uma forma de solucionar esse problema seria modelar tais contratos como concessões patrocinadas, modalidade de parceria público-privada – PPP em que, além das receitas tarifárias e acessórias, a concessionária recebe contraprestações públicas. Contudo, na linha de outras soluções jurídicas não tradicionais que – posteriormente descobriu-se – procuravam descaracterizar gastos do governo de então, a União optou por transformar as verbas que seriam pagas ao futuro concessionário na forma de contraprestações públicas em montante de capital financiado a condições extremamente subsidiadas pelos Bancos Públicos.

Que fique claro, desde logo, que é opção absolutamente lícita à disposição do Poder Concedente a utilização de entidades por ele controladas para que seja viabilizada a política pública legitimamente definida pelas autoridades competentes do Poder Concedente. Ademais, os Bancos Públicos, como empresas estatais que são, devem servir a um “relevante interesse coletivo” que justifique sua existência, sendo o desenvolvimento da infraestrutura nacional inegavelmente um interesse coletivo de tal relevância.

Em especial, a utilização do BNDES para dar concretude à política pública de investimento do Governo Federal em infraestrutura é um dos motivos da própria existência do banco, como claro de seu próprio Estatuto Social, aprovado pelo Decreto federal nº 4.418/2002: “*Art. 3º O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País*”.

A estratégia então adotada para viabilizar essas concessões foi oferecer condições de financiamento altamente subsidiadas por meio dos Bancos Públicos. Isso permitiria a realização dos elevados investimentos em expansão de capacidade concentrados nos anos iniciais das concessões, porque grande parte das verbas empregadas pelos concessionários para tal lhe seriam concedidos a custos reduzidos por meio dos financiamentos. Além do fato de que, em finanças, o custo do capital de terceiros é considerado sempre inferior ao custo de empregar capital próprio em determinado investimento. De modo que as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE teriam um custo de capital muito menor quando comparado às alternativas então disponíveis no mercado (tabela 2), ou mesmo considerando as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES ao setor rodoviário<sup>50</sup>.

Assim, por essas características, as condições de financiamento oferecidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos são caracterizáveis como bases objetivas ou condições essenciais do contrato, e formam a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão sem os quais a Concessão não existiria nos moldes

---

<sup>50</sup> Como consta de sua própria página na internet até hoje, “*O BNDES foi o principal agente financiador do Programa de Investimento em Logística (PIL), do Governo Federal. O programa previa investimentos em ferrovias, rodovias, portos e aeroportos. No âmbito do PIL, o apoio financeiro do BNDES oferecia a possibilidade de aumento da parcela financiada com custo em TJLP, mais barato, se houver a emissão de um percentual mínimo de debêntures de infraestrutura por parte da empresa.*” (disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/onde-atuamos/infraestrutura/programa-investimentos-logistica/pil%20programa%20investimentos%20logistica>).

pretendidos pelo Poder Concedente – vultosos investimentos em duplicação, concentrados nos anos iniciais da Concessão, a serem remunerados por tarifas em patamares historicamente reduzidos.

Diz-se essenciais porque, caso tais condições não fossem consideradas na licitação, os proponentes teriam que adotar premissas diferentes em suas propostas econômicas, o que, como antecipado, poderia resultar em licitações desertas ou faria com que a tarifa de pedágio teto estimada tivesse que ser maior que o valor que o Poder Concedente efetivamente delimitou no Edital.

Tanto é assim que a essencialidade de tais condições para a 3ª Etapa PROCROFE foi reconhecida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões, no qual se afirmou que:

O modelo concebido nessa etapa privilegiava a execução de vultosas obras de duplicação e outras melhorias nos primeiros cinco anos de contrato, independentemente do nível de serviço verificado, refletindo política pública de caráter indutor e desenvolvimentista. (...)

A viabilidade dos projetos associava-se à política de financiamento extremamente ousada, com grau de alavancagem de 65 a 80% dos investimentos previstos, com taxas de juros subsidiadas com base na oferta de crédito por bancos públicos (BNDES, CAIXA e Banco do Brasil). Os trechos modulados possuíam elevado porte em termos de extensão, com média de 764,1 km, e localizavam-se também na região centro-oeste, reflexo da tentativa de fazer integrar a fronteira agrícola nacional com a região sudeste.

Observa-se que há um alto grau de interferência dos financiamentos prometidos sobre as condições de formação dos contratos de concessão desta etapa, não apenas porque se destinam, essencialmente, à consecução de uma mesma finalidade – o desenvolvimento do setor de infraestrutura rodoviária brasileiro, mas também porque a viabilidade das concessões, nos termos das propostas apresentadas pelas concessionárias vencedoras, esteve sempre vinculada às condições de financiamento anunciadas pelo Governo Federal através da divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

De fato, o nível de subsídio público da linha prometida de financiamentos – nunca antes praticado nem mesmo pelo próprio BNDES – e a inexistência de qualquer

alternativa de financiamento em condições comparáveis com aquelas previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos estabeleceram situação de inevitável dependência dos contratos de concessão da 3ª Etapa PROCROFE em relação aos contratos de financiamento prometidos pelo Poder Concedente, diferenciando-os de outros projetos de concessão rodoviária já realizados no país.

Inegavelmente, portanto, constituíram-se os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente por meio da ampla divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos em verdadeiras condições desses contratos de concessão, atraindo a aplicação do artigo 10 da Lei 8.987/1995 para proteger a expectativa legítima da concessionária de obtenção desses financiamentos nas condições anunciadas, com base na qual se formou a sua proposta na licitação<sup>51</sup> e, conseqüentemente, a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão.

A rigor, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro situações análogas à presente em que, restando clara a relação de dependência entre negócios jurídicos, o Direito protege a oportunidade de negócio originalmente vislumbrada pelas partes, considerando-se conjuntamente, e não de forma isolada, as condições de exequibilidade de ambos os contratos. Se no regime de Direito Público que rege as concessões de serviço público essa lógica de proteção jurídica decorre do mencionado artigo 10 da Lei 8.987/1995, no Direito Privado ela se depreende, por exemplo, do instituto da coligação ou conexão contratual<sup>52</sup> do Direito Civil.

---

<sup>51</sup> A própria Constituição da República, em seu art. 37, XXI, estabelece o dever da Administração Pública de, nas suas relações contratuais com privados, manter as “*condições efetivas da proposta*”, que, no caso, certamente compreendem os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

<sup>52</sup> Como explica o professor Nelson Konder: “(...) São normalmente considerados coligados contratos cuja vinculação, além de repercutir na sua interpretação e qualificação, podem afetar sua eficácia. Isto é, as vicissitudes de um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, podem acabar por também tornar o outro ineficaz, conforme o aforisma latino, *simul stabunt, simul cadent*. Avaliar se isto irá efetivamente ocorrer vai depender da avaliação funcional dos contratos em questão e também da ligação entre eles. (...)” (KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e coligação contratual*. Publicado originalmente em Revista Forense, vol. 406. Rio de Janeiro, nov./dez. 2009, p.55-86. Sem grifos no original). Já Roberto Rosas esclarece que: “Os contratos individuais ligam-se entre si por um nexo, para formar a coligação. Ainda que os contratos estejam destacados individualmente, ligam-se por um vínculo substancial, uma relação de dependência. Um dos contratos tem supremacia sobre o outro. Um deles é condição ou motivo do outro, não há um contrato sem existir o outro. (...) Há unidade de interesse econômico. Num contrato único não é tão importante distingui-lo pelo interesse econômico, mas se há complexidade de interesses, é importante verificar-se o escopo econômico” (ROSAS, Roberto. *Contratos coligados*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, jan/mar. 1978, p. 31.. Sem grifos no original). Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça também já consolidou sua jurisprudência no sentido de que a coligação contratual se verifica sempre que houver um nítido interesse econômico comum entre os contratos: “(...) 5. A interdependência, a conexidade ou a coligação dos contratos firmados pelas partes (cisão de empresa, acordo de acionistas e contrato de locação) resultam claras e evidentes, haja vista a unidade dos interesses representados, principalmente

Ainda que possam ter partes e causas autônomas e conteúdo adequado a cada tipo de contrato, os contratos coligados ou conexos têm em conjunto a “realização de uma operação econômica unitária e complexa”<sup>53</sup>. Assim, na coligação ou conexão, o elemento associativo se situa no plano do negócio ou sistema de contratos, e não em cada contrato. Não é um elemento específico de cada contrato, mas um pressuposto para o funcionamento do sistema de contratos<sup>54</sup>. Em outros termos, há entre eles “uma causa econômica que impõe o funcionamento em forma de sistema dos vários contratos celebrados”<sup>55</sup>, pois a associação se situa não no contrato, mas no plano do negócio global<sup>56</sup>. Daí por que sua vinculação demanda um tratamento normativo diferenciado, especialmente quanto aos efeitos do inadimplemento de um sobre o outro<sup>57</sup>.

---

os de natureza econômica, constituindo esse plexo de avenças o que a doutrina denomina de contratos coligados; em caso assim, embora possível visualizar de forma autônoma cada uma das figuras contratuais entabuladas, exsurge cristalina a intervencionalidade dos acordos de vontade assentados, revelando a inviabilidade da revisão estanque e individualizada de apenas um dos pactos, quando unidos todos eles pela mesma função economia comum. (...)” (AgRg no REsp nº 1.206.723. 5ª Turma. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 11/10/2012.). E ainda: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DOCUMENTO COMUM. SERVIÇO DE TELEFONIA. DISK AMIZADE. SERVIÇO PRESTADO POR TERCEIRO E COBRADO PELA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. DOCUMENTOS COMUNS EM VIRTUDE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS COLIGADAS. NEGATIVA DE EXIBIÇÃO. MULTA COMINATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 372/STJ). PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. INAPLICABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE PO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 362 DO CPC). (...) 4. Os contratos coligados são aqueles que, apesar de sua autonomia, se reúnem por nexo econômico funcional, em que as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos. ‘Por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca’ (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99). Nesse passo e em uma perspectiva funcional dos contratos, deve-se ter em conta que a invalidade da obrigação principal não apenas contamina o contrato acessório (CC, art. 184), estendendo-se, também, aos contratos coligados, intermediário entre os contratos principais e acessórios, pelos quais a resolução de um influenciará diretamente na existência do outro. (...)” (Recurso Especial nº 1.141.985/PR. Quarta Turma. Ministro Relator Luís Felipe Salomão. DJe: 07/04/2014).

<sup>53</sup> GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 114.

<sup>54</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998. p. 34.

<sup>55</sup> RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449.

<sup>56</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 34, out./dez. 2008.

<sup>57</sup> Cf. <sup>57</sup> TJ-SP - APL: 142128720108260224 SP 0014212-87.2010.8.26.0224, Relator: Orlando Pistori, Data de Julgamento: 30/11/2011, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/11/2011. “Arrendamento mercantil - Contratos conexos ou coligados - Solidariedade - Reconhecimento. Os contratos apresentando-se conexos ou coligados não subsistem isoladamente eis que um afeta o outro, de sorte que o inadimplemento de um faculta ao lesado acionar, em caráter solidário, qualquer dos integrantes da rede contratual. Recurso improvido”.

Cabe mencionar que o TCU, julgando situação semelhante à que se viram as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE quando da não disponibilização pelo BNDES dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente, também reconheceu a necessidade de proteção da oportunidade de negócio originalmente vislumbrada pelas partes de um contrato que foi afetado pela inviabilização de outro contrato. No caso analisado pela Corte de Contas, a contratada da Administração Pública tornou-se refém de um terceiro, o proprietário de jazidas que lhe cobraram *royalties* excessivos, em preço fora de mercado, ou fizeram exigências inviáveis de serem cumpridas, de todo modo demonstrando seu desinteresse em negociar com a contratada da Administração. Isto é, pela impossibilidade de efetivação dos contratos entre a contratada e os proprietários das jazidas, inviabilizou-se o cumprimento das obrigações contratuais estabelecidas entre a contratada e a Administração Pública.

Enquanto a área técnica (Secex/RS) entendeu que *“não houvera negativa formal de licenciamento, mas dificuldades de negociação entre a empreiteira contratada e seus proprietários”*, e, conseqüentemente, *“[n]ão haveria, nesse caso, possibilidade de afastar a incidência dos comandos editalícios, uma vez não ter ocorrido qualquer ato de origem estatal com influência sobre a execução dos contratos”*, o Plenário do TCU afastou o entendimento da Secex/RS para afirmar que *“se esse terceiro impõe uma contraprestação inaceitável pelo direito de uso - a exemplo da exigência de construção de acesso pavimentado até a jazida - configurado está, a meu ver, óbice relevante à exeqüibilidade do contrato por fator alheio ao campo de previsibilidades em que se estabeleceu a relação”*<sup>58</sup>.

---

Também a decisão do TJ-SP na APL: 9267365562008826 SP 9267365-56.2008.8.26.0000, Relator: Tasso Duarte de Melo, Data de Julgamento: 15/08/2012, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/08/2012 é elucidativa. *“Compra e venda de veículo e financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia. Contratos conexos ou coligados, que compõem a mesma operação econômica e não subsistem isoladamente. Revendedora do veículo e instituição financeira, ora Apelada, que são parceiras comerciais. Responsabilidade solidária caracterizada (art. 7º, par. único, e art. 34, do CDC). Compra e venda não concretizada, muito embora realizado o financiamento do veículo. Propriedade e posse do veículo não transferidos ao Apelante. Invalidade da compra e venda que reflete no contrato de financiamento, que deve ser rescindido, com a exclusão do nome do Apelante dos cadastros de proteção ao crédito”*. É possível vislumbrar um paralelo ao Contrato de Concessão no sentido de que o Poder Concedente e os Bancos Públicos ocupam posições e funções, no âmbito do Contrato de Concessão, análogas às exercidas pela revendedora e a instituição financeira responsável pelo financiamento do veículo alienado. O nexo de codependência entre os contratos de financiamento com instituição financeira parceira da revendedora e o próprio contrato de compra e venda do veículo é bastante similar à relação de dependência entre o Contrato de Concessão e os empréstimos subsidiados prometidos pelo Poder Concedente quando da licitação. Em ambos os casos, as operações não subsistem sem os respectivos financiamentos, que, por sua vez, não fazem sentido isoladamente, mas somente em relação aos contratos que viabilizam.

<sup>58</sup> TCU, Acórdão-0720-13/08-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.



Deste modo, entendeu o TCU<sup>59</sup> que o contrato entre Administração Pública e contratada deveria ser revisto nesse caso:

“A Secex/RS enquadra a exigência como ocorrência comum de mercado, valendo-se, em defesa da tese, de ensinamento da emérita doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro no sentido de que a álea ordinária 'está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação de mercado; sendo previsível, por ele responde o particular'. A lição, como sói ocorrer, é inteiramente pertinente, porém entendo que a situação descrita nos autos, em que uma das partes tem poder absoluto de determinar o preço de transação totalmente inédita e excepcional dificilmente pode ser vista como flutuação normal de mercado (sem grifos no original).

Em outra oportunidade, o TCU reconheceu que a ocorrência de fato imprevisível (surgimento de fornecedor de cimento mais próximo do local do respectivo contrato) que permitiria a redução do custo de insumo utilizado por contratada do DNIT acarretaria a obrigação de o DNIT: (i) negociar termo aditivo com a contratada para reduzir o valor referente ao cimento, diante das novas condições, realizando o reequilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Público; (ii) caso não fosse possível obter a anuência da contratada para repactuação do contrato nesses termos, que o DNIT rescindisse o contrato e realizasse nova licitação.<sup>60</sup> De

---

<sup>59</sup> TCU, Acórdão-0720-13/08-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

<sup>60</sup> TCU, Acórdão 3289/2011 – Plenário, Rel. Min. José Jorge. “10. Com o surgimento da nova fábrica em Xambioá/TO, e diante da possibilidade de o cimento da obra ser adquirido pelo consórcio por preço mais baixo do que o efetivamente consignado no contrato (fato imprevisível superveniente à celebração da avença), a administração deveria, em homenagem ao princípio da economicidade, negociar com a contratada o fornecimento do cimento nessas novas condições. Com a anuência do consórcio (assinatura do aditivo), estar-se-ia promovendo, consensualmente, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato Dnit/TT nº 96/2010-00, nos exatos termos do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93. Justamente nesse sentido foi formulada a determinação inserta no subitem 9.1.3 do acórdão recorrido. 11. Caso o consórcio não concordasse com a aquisição do cimento dessa nova fábrica, a administração teria que partir para outra solução economicamente mais vantajosa, a qual envolveria, muito provavelmente, a rescisão contratual por motivo de interesse público e a realização de nova licitação. A Administração não poderia, ante a simples ocorrência de fato imprevisível (possibilidade da aquisição do cimento junto à fábrica em Xambioá/TO, com impacto sobre os preços originais pactuados com o Dnit), reduzir unilateralmente o lucro da contratada sem a prévia celebração de aditivo, passando a pagar-lhe, automaticamente, valores mais baixos dos que os efetivamente pactuados. Não se pode olvidar, à luz do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, que a alteração aqui tem que ser consensual, somente operando efeitos depois da assinatura de termo aditivo, ou seja, após a anuência formal da contratada quanto às novas cláusulas econômico-financeiras do contrato. 12. Da mesma forma, não poderia a contratada unilateralmente, sem a anuência da administração contratante, valer-se desse mesmo fato superveniente e imprevisível (instalação da nova fábrica em Xambioá/TO) para simplesmente majorar seu lucro na avença, em consequência da significativa redução de custos com aquisição de cimento para a obra. Tal conduta estaria eivada de vício, sendo assim nula de pleno direito, por representar flagrante violação ao teor do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, o qual exige consenso entre as partes

toda forma, o que importa é que o TCU reconheceu que alterações na relação de contratados da Administração com terceiros particulares compõe as condições essenciais, as bases objetivas de contratos administrativos, de modo que a alteração imprevisível e extraordinária em tais relações implica o reequilíbrio econômico-financeiro de tais contratos.

Nota-se, desse modo, que, na ocorrência de situações análogas à que se encontraram as concessionárias vencedoras da 3ª Etapa do PROCROFE, quando não lhes foram disponibilizados os financiamentos prometidos pelos Poder Concedente, a lógica subjacente às diferentes áreas do Direito brasileiro aponta sempre para a necessidade de proteção da oportunidade de negócio originalmente acordada entre as partes tendo em conta o conjunto de arranjos contratuais necessário para a sua execução. Razão pela qual, o direito de ter preservada tal oportunidade de negócio é assegurado à parte que, por razões alheias ao seu controle, se vê prejudicada em uma relação contratual pelos efeitos da não celebração ou inadimplemento de contrato do qual dependa a viabilidade dessa relação.

Tal evento caracteriza-se juridicamente, portanto, como Evento de Desequilíbrio – particularmente, como materialização de hipótese de caso fortuito ou força maior não segurável, configurando álea econômica extraordinária ou fato da Administração, como exposto a seguir.

A proteção das partes contratuais contra eventos extraordinários, imprevisíveis e/ou incalculáveis, que modificam substancialmente as condições do contrato, é encontrada tanto no direito privado<sup>61</sup> quanto no público.

Embora a definição específica desses conceitos possa variar na doutrina<sup>62</sup>, tem-se assentado que caso fortuito e força maior são situações de fato alheias à vontade das partes e por elas inevitáveis que geram a impossibilidade do cumprimento

---

*(acordo de vontades para o aperfeiçoamento da alteração), além de atentar contra o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que se caracteriza, em essência, pela “justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento”.*

<sup>61</sup> O Código Civil, através de seus arts. 317 e 478, por exemplo, manifesta ao juiz a possibilidade de alteração das condições contratuais em razão de fatos que alterem manifestamente as prestações a serem cumpridas pela parte: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

<sup>62</sup> De forma geral, se entende que caso fortuito é aquele decorrente de eventos da natureza, enquanto que a força maior resulta de fato causado pela vontade humana, embora alheia às partes.

de obrigações contratuais. É essa, inclusive, a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), com respaldo nas lições de Clóvis Bevilacqua: “*Na lição de Clóvis, caso fortuito é ‘o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’, enquanto a força maior é ‘o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer’, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade*”<sup>63</sup>.

De acordo com a jurisprudência a doutrina especializada “*a álea econômica extraordinária, que serve como fundamento ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, há que ser entendida como um risco imprevisível, extemporâneo e de excessiva onerosidade e que, sendo insuportável, não se pode exigir que a parte prejudicada arque com suas consequências por um dado período de tempo, sob pena de se concluir que esse fato não decorreu de uma situação de álea econômica extraordinária*”<sup>64</sup>. Como nota Carlos Ari Sunfeld, a doutrina costuma empregar a expressão *álea econômica extraordinária* para designar justamente esses fatores de influência no equilíbrio contratual que não são suportados pelo contratado. O que houver sido considerado contratualmente como risco do particular designa-se *álea econômica ordinária*<sup>65</sup>. No Direito Administrativo, a análise dos casos de ocorrência de *álea econômica extraordinária* tem sido informada pela chamada “teoria da imprevisão”<sup>66</sup>. Para sua incidência, afirma Marçal Justen Filho que

“[...] se deve admitir que a distinção entre ordinary e extraordinary se relaciona com a previsibilidade e a probabilidade da ocorrência dos eventos. É evidente que não se pode estabelecer como critério diferencial a mera possibilidade do evento. Fórmula dessa ordem tornaria inútil a distinção entre *álea ordinária* e *álea extraordinária*: todo evento possível seria previsível e, por isso, integraria a *álea ordinária*. Logo, integrariam a *álea extraordinária* apenas os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição”<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> STJ, REsp nº 264.589-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ: 18/12/2000.

<sup>64</sup> Acórdão 1.563/2004 - TCU – Plenário. Relator Min. Augusto Sherman.

<sup>65</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

<sup>66</sup> Na doutrina administrativista tradicional, ver a respeito: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 613 e ss.

<sup>67</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.

Ou seja, integram a álea econômica extraordinária todos aqueles eventos inevitáveis para as partes, que impactem a execução do ajustado e cuja previsão não era razoável (i.e., baixa probabilidade de ocorrência) de acordo com as circunstâncias iniciais da contratação ou, ainda que fosse possível prever sua ocorrência, não era à época possível estimar seus efeitos na forma ocorrida (i.e., consequências incalculáveis). Em suma, são eventos que fogem às circunstâncias ordinárias de execução do objeto contratual, onerando excessivamente uma das partes contratuais.

Assim, é preciso deixar claro que a extraordinariedade do evento atrai a necessidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira a fazer com que a alocação contratual e/ou legal dos riscos ligados à ocorrência de eventos extraordinários ao Poder Concedente sobreponha-se a eventual alocação contratual de risco ordinário à concessionária. Explica-se: o Contrato de Concessão, quando aloca riscos específicos – por exemplo, a variação cambial, ou o preço de insumos, ou a contratação de financiamento – salvo quando expressamente ressalvado, aloca tais riscos tendo em conta as circunstâncias ordinárias da contratação. Assim, dentro das flutuações ordinárias cambiais, da variação ordinária do preço de insumos ou de um cenário de normalidade no mercado de crédito, considera-se que o risco é assumido pela concessionária, conforme previsto nas respectivas cláusulas contratuais.

Outro exemplo relativo aos custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, alocados às concessionárias: se os preços dos insumos necessários para as intervenções tiverem altas extraordinárias por conta de fatores totalmente alheios ao controle da concessionária, como uma escassez súbita do material ou uma desvalorização cambial que torne inviável adquirir determinado insumo cujo preço esteja vinculado ao valor do dólar, estaremos diante de riscos alocados ao poder concedente de caso fortuito ou força maior.

Ainda, em relação a risco de demanda: o risco de volume de tráfego é ordinariamente alocado às concessionárias. No entanto, na eventual ocorrência de caso fortuito ou força maior que ocasione uma extraordinária, imprevisível e inevitável diminuição do volume de tráfego no Sistema Rodoviário – como o rompimento de uma barragem que afete a rodovia, ou uma operação de força policial ou militar em comunidades lindeiras à rodovia que imponha risco à segurança dos usuários que

nela trafegam – há sobreposição ao risco ordinário de demanda, criando o dever de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão pelo poder concedente.

É precisa a análise de Flávio Amaral Garcia <sup>68</sup>:

Dito em outros termos, o ponto central a ser abordado envolve saber se os riscos contratualmente partilhado entre as partes – quando têm as suas consequências extremadas em razão de profunda modificação no contexto econômico que emoldurou a celebração do contrato – podem gerar reequilíbrio do contrato ou, de outro lado, se uma vez compartilhados os riscos cada parte deve assumir integralmente as suas consequências, mesmo que diante de novas condições e circunstâncias, não se cogitando de aplicar a racionalidade da Teoria da Imprevisão em razão de se tratar de riscos contratualmente delimitado (...) Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece solução simplista dizer que se tratava de risco contratualmente previsto, afastando-se a teoria da imprevisão. (...)

Certos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução.

A sutileza da distinção é relevante para a compreensão do que ora se afirma.

Quando ocorrências fáticas – contratualmente partilhadas – se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação extremada e extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e a justiça contratual.

Por sua vez, o TCU, no caso narrado que tratou de contrato administrativo que foi impactado pelas condições impostas por terceiros particulares para liberação de jazidas, em relação privada com o contratado da Administração, também ponderou que a previsão de alocação do risco ordinário de liberação das jazidas ao contratado da Administração não exime a aplicação da teoria da imprevisão e da verificação dos riscos extraordinários, afirmando que *“mesmo que o impasse verificado na liberação das jazidas tenha estado nas cogitações da autarquia promotora da licitação,*

---

<sup>68</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 117.

*disposição que transfere à contratada a responsabilidade pela superação de todos os óbices que venham a se interpor à regular execução do contrato apoia-se em suporte de escassa ou nenhuma juridicidade*<sup>69</sup>.

Para que seja efetiva a proteção legal e contratual das concessionárias contra eventos caracterizados como caso fortuito e força maior, é preciso observar a alocação legal e contratual de riscos extraordinários ao Poder Concedente, inclusive nos casos em que há alocação de risco específico – ordinário – à concessionária.

De outro modo, de nada valeria a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro assegurada pela legislação e pelo Contrato de Concessão à concessionária nos casos afetos à teoria da imprevisão. Seria letra legal e contratual morta a alocação de risco ao Poder Concedente nos casos fortuitos e de força maior se fosse a ele simplesmente possível alegar, mesmo quando se verifica a extraordinariedade do evento, que há alocação de risco ordinário à concessionária.

Nesse sentido, é extensa a referência doutrinária e jurisprudencial à prevalência da alocação extraordinária de riscos, que impede que ao contratado seja imposta toda e qualquer situação pela simples alegação que um risco ordinário fora a ele alocado. Segundo Carlos Ari Sunfeld, “*a concessionária, por óbvio, não assume qualquer risco referente a mudanças nas condições contratuais de exploração*”<sup>70</sup>. Já Pedro Gonçalves é categórico ao afirmar que “*as circunstâncias de o contratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco*”<sup>71</sup>.

Assim, para interpretar um contrato de concessão de modo sistemático e harmônico com a legislação, é preciso compatibilizar os riscos ordinários e extraordinários, sendo certo que alocação de riscos ordinária cede vez à extraordinária quando for verificada a aplicação da teoria da imprevisão.

No caso, novamente, das concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, a ocorrência da mais grave crise até então da história brasileira<sup>72</sup>, que, no setor de

---

<sup>69</sup> TCU, Acórdão-0720-13/08-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

<sup>70</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 124.

<sup>71</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, com a colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA, José Azevedo. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 559.

<sup>72</sup> Outra vez, ressalva-se que os efeitos econômicos e a extensão financeira decorrentes do estado de emergência e calamidade pública decretados por força da pandemia de coronavírus (COVID19) ainda não podem ser mensurados.

infraestrutura rodoviária, se manifestou através do fechamento do mercado de crédito e não disponibilização pelo BNDES dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente, é evento imprevisível, como reconhecido pela ANTT em seu Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais<sup>73</sup>:

Considerando a série histórica de crescimento do PIB real de 1994 a 2013, ano em que foram arrematadas as concessões da terceira fase da 3ª Etapa de concessões rodoviárias, verifica-se que as taxas de crescimento dos anos de 2015 e 2016 estão fora de 99,73% dos casos esperados, considerando a distância superior a três desvios-padrão em uma distribuição de probabilidades semelhante à normal. O mesmo fenômeno pode ser verificado se considerado o período 1994 a 2007, ano em que ocorreram os leilões da 2ª etapa de concessões federais. Essas inferências estatísticas apontam para uma forte imprevisibilidade da recessão econômica vivida entre 2015 e 2016. Quando se toma por base a série histórica desde a estabilização da economia brasileira decorrente do Plano Real, evidencia-se a impossibilidade de se prever quedas nesse patamar daqueles que assumiram concessões de rodovias federais nesse período. Mesmo nos cenários mais pessimistas que poderiam balizar as propostas econômicas ofertadas nos leilões das rodovias, é pouco provável que se considerasse hipóteses com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência.

Nele, afirma-se que “o diagnóstico ora realizado tem como conclusão que os efeitos de queda no tráfego impactam - em maior ou menor magnitude - todas as rodovias federais concedidas, devido à baixíssima probabilidade de que os ofertantes nos leilões pudessem prever quedas anuais do PIB superiores a 3%. Quanto menor o tempo entre a licitação e o efeito da inflexão da economia nacional, maior a sensibilidade do projeto à queda nas suas receitas”<sup>74</sup>.

Trata-se, obviamente, de fato imprevisível e alheio à vontade das partes que impactou gravemente a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, impedindo a sua execução. E o fez de forma inevitável, já que não havia e não há no mercado, em razão da gravidade e do caráter extraordinário da crise econômica que afetou o crédito ao setor de infraestrutura, opções substitutivas

---

<sup>73</sup> Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, p.1.

<sup>74</sup> Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, p.9.

similares das condições de financiamento prometidas pelo Poder Concedente para obtenção de recursos pela concessionária – embora tais condições, por força da Carta de Apoio dos Bancos Públicos divulgada pelo Governo Federal no momento da licitação e por terem sido consideradas pela própria ANTT no EVTE que resultou no Edital, tenham embasado a proposta econômica da concessionária na licitação.

Considerando as declarações e promessas de representantes do poder concedente e ANTT, bem como histórico do BNDES como principal financiador dos projetos de infraestrutura em geral e das concessões rodoviárias em especial, a não disponibilização pelo banco do empréstimo-ponte era evento que as partes destes contratos, razoavelmente, jamais poderiam prever. Mais do que isso, a magnitude da crise econômica – repita-se, a mais grave crise até então da história republicana brasileira – e de suas faces no setor de infraestrutura rodoviária era também imprevisível (i.e., tinha probabilidade absolutamente remota de ocorrência, tal qual acima exposto) e, mesmo que pudesse ser prevista, suas consequências, em função do ineditismo de uma crise dessa proporção, eram certamente incalculáveis.

É descabido invocar, portanto, o disposto ordinariamente nos contratos de concessão do PROCROFE, segundo os quais “*A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato*”, para atribuir às concessionárias a responsabilidade pelas mudanças das condições de financiamento praticadas pelo mercado de crédito para as empresas do setor de infraestrutura rodoviária, notadamente, pelo BNDES.

Tal subcláusula estabelece tão somente que, em circunstâncias ordinárias, o risco de obtenção do financiamento deve ser suportado pela concessionária. Assim se, por exemplo, a não disponibilização dos financiamentos pelo BNDES tivesse como causa o não atendimento pelas concessionárias das condições usualmente exigidas pelas instituições financeiras, certamente caberia somente a elas arcar com o ônus da decisão proferida pelo banco.

Todavia, não parecem ser esses os casos, segundo o pano de fundo acima apresentado. Fato é que a extraordinária deterioração do cenário econômico brasileiro, iniciada no último trimestre de 2013 se manifestou no setor de infraestrutura rodoviária tornando insustentável a manutenção, pelo BNDES ou qualquer outra instituição financeira, das condições de financiamento anunciadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.



Foram diversas as instâncias em que poder concedente e ANTT assumiram que não seriam consideradas hipóteses de responsabilidade das concessionárias as situações de caso fortuito e força maior, como as em questão.

Aliás, no caso da Concessionária Galvão BR-153, que teve caducidade declarada, a Nota Técnica 424/15/SUINF, de 27/10/2015, afirmou que eventuais concessões posteriores às da 3ª Etapa PROCROFE já não mais conseguiriam se subordinar às mesmas premissas adotadas. Esta mesma nota afirmou categoricamente, ainda, que o aumento da Taxa de Juros de Longo Prazo – outra face da crise econômica no mercado de crédito - *“encarece substancialmente os empréstimos do BNDES, principal agente financiador das concessões principalmente durante a fase onde é necessário realizar a maior parte dos investimentos e, por sua vez, as concessionárias estão mais alavancadas<sup>75</sup>”*.

Mais recentemente, no já mencionado documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, a ANTT inequivocamente admite que a crise econômica inviabilizou a execução normal dos contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE por conta de sua dimensão específica de fechamento do mercado de crédito às concessionárias. Confira-se:

---

<sup>75</sup> Ao tratar da eventual modelagem de uma nova concessão para o trecho anteriormente concedido à Concessionária, a ANTT faz os seguintes apontamentos macroeconômicos na Nota Técnica 424/15/SUINF:

- *“As PMIS que vem sendo entregues para a ANTT nos últimos meses apontam para um patamar de tarifas bem acima daquele praticado nos leilões anteriores. De acordo com os estudos que foram entregues e submetidos a Audiência Pública, as tarifas estão no patamar de R\$ 14,00/100km. Entre os motivos desse aumento estão o aumento da Taxa Interna de Retorno exigida para as novas PMIs de 8,2% para 9,2%; o aumento generalizado nos custos de insumos asfálticos de acordo com o DNIT ocorrido entre 2014 e 2015; e aumento nos preços referenciais do SICRO ocorrido entre 2014 e 2015;*
- *Taxa básica de juros (SELIC) está em 14,25% a qual em, como um dos seus efeitos, a exigência de uma maior remuneração do projeto por parte do acionista;*
- *A Taxa de juros de longo prazo (TJLP) aumento de 5% (janeiro-dezembro de 2014) para 6,5% (julho a setembro de 2015), o que encarece substancialmente os empréstimos do BNDES, principal agente financiador das concessões principalmente durante a fase onde é necessário realizar a maior parte dos investimentos e, por sua vez, as concessionárias estão mais alavancadas;*
- *As tarifas elevadas refletem a piora de variáveis macroeconômicas como: o PIB, cuja projeção para é de -% e em de -,% , o IPCA, cuja projeção para é de 9,70% e em 2016 de 6,05%; Produção Industrial (% do crescimento), cuja projeção para 2015 é de -7,00% e em 2016 de -1,00%, Taxa de câmbio (R\$/US\$ - fim de período), cuja projeção para 2015 é de 4,00 e em 2016 de 4,15;*
- *Houve piora considerável na percepção de risco do mercado em relação ao Brasil, tendo em vista os sucessivos rebaixamentos da nota de crédito por agências internacionais de classificação de risco, inclusive com a perda do grau de investimento pela Standard & Poors e rebaixamento pela Fitch Ratings. Vale ressaltar que tais rebaixamentos da nota de crédito do Brasil tem um efeito sistêmico, podendo contaminar empresas brasileiras do setor de infraestrutura, o que dificulta a obtenção de financiamento de longo prazo para essas empresas e, obviamente, diminui o número de possíveis players interessados em novos leilões;*
- *Aumento na percepção de risco regulatório e risco de financiamento por parte do mercado;*

Os efeitos dessa conjuntura traduziram-se na redução no ritmo de execução das obras de grande vulto previstas nas concessões rodoviárias. Com recursos insuficientes, foram priorizados serviços básicos, como a operação e manutenção da rodovia, relegando a um segundo plano os investimentos em ampliação de capacidade e melhorias. Um forte agravante sobre a capacidade de execução das concessionárias foi o efeito da crise econômica sobre as condições de financiamento ofertadas pelos bancos públicos. O enrijecimento das políticas operacionais desses bancos tornou a obtenção de crédito mais restrita e dispendiosa, inviabilizando o planejamento de execução previamente traçado.

Mais adiante, reconhece-se que *“a queda na atividade econômica impactou duplamente as concessões, não somente com a queda nas suas próprias receitas provenientes da cobrança de pedágio, mas também da sua capacidade de obter financiamento subsidiado por meio dos bancos públicos. Essa realidade é claramente demonstrada pelo exemplo das concessões da 3ª etapa, uma vez que haviam sido divulgadas condições de financiamento imediatamente antes dos leilões. Cabe, destacar, contudo, que o enrijecimento das políticas operacionais e de crédito dos bancos públicos estendeu-se a todo o setor rodoviário, debilitando que estes sejam o motor financeiro para a execução das obras em concessões<sup>76</sup>”*.

Trata-se, portanto, de situação excepcional, que, como sustentado acima, comporta enquadramento jurídico na hipótese de riscos alocado ao Poder Concedente nos contratos de concessão e na legislação, razão suficiente para a aplicação da teoria da imprevisão, conforme decisão paradigmática do STJ no MS nº 15.154-PE<sup>77</sup>, que estendeu aos contratos administrativos a aplicação da teoria da imprevisão – até então restrita às relações de direito privado estabelecidas por meio de contrato de *leasing* ou às relações de consumo –, de modo a sustar o cumprimento de obrigações pela contratada da Administração Pública que se tornaram excessivamente onerosas em razão da súbita desvalorização cambial ocorrida em 1999:

(...) 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao

---

<sup>76</sup> Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, p.6.

<sup>77</sup> STJ, RO em MS nº 15.154-PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ: 02/12/2002.

dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (...).

Nos termos do voto do Relator, Min. Luiz Fux<sup>78</sup>:

“Vislumbra-se ante o quadro econômico que o País se encontrava nos idos de 1999, a incidência irrefutável da Teoria da Imprevisão, que exonera o contratado de sua responsabilidade, posto que a mudança da política econômica para o câmbio flutuante produziu álea administrativa, equiparável ao caso fortuito e à força maior luzentes nos arts. 1.058 e 1.277 do Código Civil, impondo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro rompido”.

Obviamente, vale-se esclarecer o momento histórico e a lição jurídica passível de extração da lição jurisprudencial acima. Diz-se isso em razão do ineditismo da mudança de política cambial no final do século passado e seus impactos nos contratos<sup>79</sup>. A mesma coisa, por exemplo, não ocorreu em anos posteriores e julgados mais recentes, quando a surpresa já não poderia ser mais alegada<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> Não por outra razão, o mesmo entendimento, mais de 15 anos depois, foi reafirmado pelo Ministro Sérgio Kukina, no âmbito do REsp 1433434/DF (Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 21/03/2018).

<sup>80</sup> Neste sentido, o Ministro Napoleão Nunes Maia, no âmbito do Agravo em Recurso Especial n. 468.248/SP:

*“Também não pode a Administração alegar a ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da Contratada. É público e notório que a insegurança dos agentes econômicos face à perspectiva de eleição do então candidato Luis Inácio Lula da Silva à Presidência da República foi um fator de turbulência econômica no período, com reflexos sobre a taxa de câmbio e sobre vários outros preços da economia a ele vinculados, direta ou indiretamente. Mas, considerando a cronologia da licitação que deu origem ao contrato, iniciada em junho de 2002, poderia - e deveria - a Administração ter alegado a culpa, da Contratada pela majoração dos próprios encargos, considerando a incontestável previsibilidade do evento que a causou. E com mais segurança ainda poderia e deveria ter a . Administração combatido a tese de desequilíbrio financeiro, considerando que o evento acima descrito era público e notório à época da assinatura do contrato, ocorrida em 24.10.02 e em meio, portanto, dos dois turnos da eleição presidencial. Para que não se perca de vista o ambiente em que se vivia, naquele dia o dólar foi cotado a R\$ 3,86, refletindo com toda a força as dúvidas do ambiente econômico então prevalecente naquele cenário eleitoral. Ora, sendo uma das rés, JAD Engenharia e Construções Ltda., empresa atuante no mercado de construção civil com inúmeras obras e vários*

Em caso tratando de matéria similar, o TCU também entendeu pelo cabimento de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro por conta da desvalorização cambial<sup>81</sup>. E de modo semelhante, a Justiça Federal considerou possível o reequilíbrio econômico-financeiro por conta do congelamento de preços impostos a concessionária por planos governamentais<sup>82</sup>.

Cuidavam os acórdãos do STJ, do TCU e do TRF da 1ª Região, portanto, de situações muito próximas à que, no presente caso, se analisa. Evento excepcional atinge um mercado ou setor específico (no presente caso, o setor de infraestrutura e construção pesada; no caso do referido Acórdão do STJ, o setor de tecnologia da informação, altamente exposto às variações cambiais) causando graves prejuízos a uma das partes da relação contratual, sem que qualquer das partes tenha contribuído para tanto. Presentes os requisitos da inevitabilidade, imprevisibilidade e da gravidade do impacto sobre a equação econômico-financeira do Contrato, entenderam os órgãos do Poder Judiciário e o TCU tratarem-se de hipóteses equiparáveis ao caso fortuito e à força maior, que requer a aplicação da teoria da imprevisão para que se revejam as obrigações a serem suportadas pela contratada.

Assim sendo, resta caracterizada a materialização de Evento de Desequilíbrio aos contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE em razão da álea extraordinária, a justificar, tal como defendido, que deveria ter sido solucionada a questão pelo poder concedente, considerando-se tratar-se de risco que a ele é alocado.

De todo modo, ainda que não houvesse enquadramento como álea econômica extraordinária com base na teoria da imprevisão, é justificável o reconhecimento da ocorrência de fato da Administração. Isso porque o histórico dos

---

*anos de mercado, como ela própria se definiu na sua contestação, a fls. 137, certamente não ignorava ela as incertezas então existentes. Tendo decidido assinar o contrato no ambiente econômico em questão, é de se presumir que ou estava a Contratada segura da possibilidade de realizar a obra pelo preço ofertado ou contava ela com a possibilidade de conseguir a revisão dos valores em momento, posterior - como de fato ocorreu, menos de 6 meses depois da assinatura do contrato - hipótese esta que sendo verdadeira, poria em clara desvantagem os demais competidores e atentaria contra o interesse público que à Administração cabe defender.*

*(...)*

*Diante do exposto, não há que se falar em desequilíbrio financeiro que justificasse o realinhamento dos preços requerido pela Contratada e concedido pela Administração”.*

<sup>81</sup> TCU, Decisão 464/2000 - Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 7.6.200.

<sup>82</sup> TRF 1ª Região, AC 1997.01.00.028532-7 /DF, 4ª Turma, Rel. Juiz Hilton Queiroz.

fatos apresentados nesta seção impõe que se reconheça o papel determinante desempenhado pela União para que as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE não obtivessem os financiamentos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Sem isso, tal como dito ainda na introdução desta dissertação, não há como se imaginar concessão que logre êxito em se manter e tornar viável.

Parece certo que a atuação da União e ANTT no caso das concessões da 3ª Etapa do PROCROFE foram omissivas e comissivas<sup>83</sup>, sendo deletérias ao próprio interesse público, abusivas e violadoras dos padrões objetivos de lealdade e proteção da confiança legítima impostos pela boa-fé objetiva.

Novamente, da análise do histórico apresentado, vê-se que o Poder Concedente usou seu poder de controle sobre os Bancos Públicos para ofertar ao mercado crédito ultra subsidiado e atrair interessados para os projetos da 3ª Etapa do PROCROFE. A instrumentalização do seu controle sobre os Bancos Públicos foi, nesse sentido, fundamental para viabilizar a estruturação pela ANTT dos projetos que implementavam a política pública de investimento do Governo Federal para o setor de infraestrutura rodoviária, consubstanciada no capítulo de concessões rodoviárias do PIL.

Contudo, quando adveio a crise econômica, o próprio Poder Concedente deixou de manter as promessas feitas pelo Governo Federal por intermédio das entidades sob seu controle, os Bancos Públicos, fossem cumpridas. Não tendo sido disponibilizados os financiamentos prometidos, reconhecendo tratar-se da ocorrência de evento caracterizado como caso fortuito ou força maior, deveria o poder público proceder à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, o que não foi feito, apesar da prerrogativa que lhe é assegurada pelos artigos 9º, § 4º, e 10º, da Lei nº 8.987/1995.

O descumprimento das promessas feitas à época da licitação e a atuação do poder concedente para lidar com os efeitos sobre a Concessão da não disponibilização dos financiamentos dos Bancos Públicos constitui clara violação aos

---

<sup>83</sup> Citem-se, como anteriormente relatado, as medidas de austeridade, a ausência de aporte de recursos no FGIE, revisão da política pública para o setor, repercutindo na forma de atuação dos Bancos Públicos, além da própria omissão em sanar a demora na atuação diante a crise.

deveres de boa-fé objetiva<sup>84</sup> e de proteção da confiança legítima gerada na Concessionária. Nas palavras de Flávio Amaral Garcia<sup>85</sup>:

Supor que as partes devam manter tudo como está, mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, bastante o suficiente para desequilibrar a financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais.

A boa-fé objetiva tem, na verdade, “*tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a função restritiva ao exercício de direitos*”<sup>86</sup>. Em especial, a boa-fé objetiva estipula regras de conduta que prescrevem um comportamento fundado na lealdade a ser seguido pelos sujeitos obrigacionais, o qual impõe que se leve em conta as expectativas geradas em outrem. Tais regras atuam como verdadeiros *standards* de condutas objetivas a serem seguidas pelas partes de um contrato – tanto antes de sua celebração, quanto durante sua vigência e depois de sua extinção.

Às partes cabe, mutuamente, respeitar seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, sempre agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses de ambas as partes<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Quanto à aplicabilidade da boa-fé no Direito Público, confira-se a lição de Anderson Schreiber: “É certo que também a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional [art. 3º da Constituição de 1988 – princípio da solidariedade social]. Justamente por isso por isso se indicou como mais acertada a orientação segundo a qual sua aplicação não se deve restringir a relações contratuais ou mesmo a relações privadas, devendo se infiltrar por todos os ramos do direito”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 107.

<sup>85</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 117.

<sup>86</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.86.

<sup>87</sup> Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 412; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 216.

Dos chamados deveres anexos da boa-fé objetiva, destacam-se para o caso os deveres de cuidado ou proteção e os deveres de colaboração<sup>88</sup>. Tais deveres são ainda mais relevantes nos contratos concessionais – construídos que são a partir de uma relação duradoura – que somente produzem benefícios recíprocos para as partes quando ambas adotam a *cooperação*, a *confiança* e a *boa-fé* como elementos centrais na construção coordenada das soluções *pós-contratuais*<sup>89</sup>.

Assim, por um lado, durante toda a fase preparatória do certame da 3ª Etapa, o Poder Concedente e os Bancos Públicos geraram uma expectativa legítima de que seria concedido financiamento nas condições e prazos divulgados na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e garantidos pelo Poder Concedente<sup>90</sup>. Por outro, depois da celebração dos contratos de concessão, tanto os Bancos Públicos quanto o Poder Concedente não envidaram esforços para levar a cabo as condições oferecidas; ao contrário, atuaram decisivamente para que as expectativas das concessionárias fossem violadas.

A proteção à confiança legítima é uma função da lealdade necessária entre as partes, sendo o principal conteúdo dos padrões de conduta da boa-fé objetiva<sup>91</sup>. A proteção à confiança legítima e o correlato dever de boa-fé objetiva são assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro como corolários do princípio da segurança jurídica<sup>92</sup>.

O vínculo entre o princípio da boa-fé e a proteção da confiança surge por meio do dever anexo de cuidado ou proteção das expectativas legítimas criadas nos contratantes. Pautar os comportamentos pelo princípio da boa-fé antes, durante e

---

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 440.

<sup>89</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 123.

<sup>90</sup> Como demonstra Anderson Schreiber: “A existência do estado de confiança não exige demonstração absolutamente rigorosa. Pela própria função que o *nemo potest venire contra factum proprium* desempenha no sistema jurídico, qual seja, a de garantir efeitos jurídicos a alterações de abusividade mantidas geralmente à margem da lei, pode o magistrado presumir a adesão ao comportamento inicial, a partir das circunstâncias fáticas presentes. A própria existência de um prejuízo sugere, normalmente, que o prejudicado aderiu, em alguma medida, ao *factum proprium*. Não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que uma confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 143).

<sup>91</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 95.

<sup>92</sup> Cf. Art. 422 do Código Civil. No âmbito da atuação da Administração Pública Federal, a Lei nº 9.784/99 já estabeleceu, de forma expressa, a necessidade de observância pelos agentes públicos da boa-fé nos processos administrativos (Cf. art 2º, parágrafo único, IV).

depois da celebração de contratos é de fundamental importância para tutelar as legítimas expectativas geradas entre as partes, o que contribui para garantir a necessária estabilidade e a segurança jurídica nas relações contratuais travadas entre administradores e administrados<sup>93</sup>. Nas palavras de Mario Engler Pinto Júnior<sup>94</sup>, analisando caso semelhante ao tratado no presente trabalho:

O problema surge quando, após a conclusão do empreendimento, o Estado resolve suprimir os estímulos até então concedidos, ou alterar radicalmente o ambiente jurídico e econômico vigente, com forte impacto no resultado financeiro e na própria viabilidade do negócio. Não é qualquer mudança de postura estatal que merece ser censurada nesse contexto, mas apenas aquela que contrarie expectativas legítimas incutidas na iniciativa privada, com base em declarações, atos formais e até posturas informais das autoridades públicas.

A retirada abrupta do apoio governamental, quando procedente a crença de que teria continuidade por mais tempo, implica a violação aos princípios da segurança jurídica e seus consectários lógicos, com a previsibilidade da ação estatal, a boa-fé e a proteção à confiança legítima. No limite, a nova decisão pode obrigar o Estado a ressarcir o empreendedor indevidamente prejudicado.

Trata-se obviamente de comportamento contraditório que é vedado pelo ordenamento jurídico. Na lição de Anderson Schreiber<sup>95</sup>:

[P]ode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isso mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.

O fato próprio é a inclusão, pelo poder concedente, dos financiamentos subsidiados nas condições essenciais, nas bases objetivas do Contrato de

---

<sup>93</sup> GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos (Casos e Polêmicas)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp.339-340.

<sup>94</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada*. In: André Rodrigues Corrêa; Mario Engler Pinto Junior. (Org.). *Cumprimento de Contratos e Razão de Estado*. 1ªed.São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 352.

<sup>95</sup> Idem.



Concessão. Ele é reforçado pela sua conduta quando da licitação, que, como narrado, em diversas instâncias garantiu que tais condições seriam mantidas. A legítima confiança manifesta-se na conduta das concessionárias, que levaram em conta nas suas propostas (daí os descontos altos ofertados) as condições do Contrato de Concessão, contando que estas seriam mantidas, seja com a própria contratação dos financiamentos ou com o reequilíbrio contratual que viabilizasse sua continuidade.

Na verdade, o caso das concessões da 3ª Etapa do PROCROFE aqui estudado é ainda mais grave, pois a promessa de financiamentos extremamente subsidiados foi, como se viu, condição da própria viabilidade da política pública setorial, de aumento de capacidade da infraestrutura rodoviária implementada por meio destes contratos. Não é o caso, portanto, de mera perda de expectativa de apoio por parte do particular contratado, mas de expectativa legítima do cumprimento das condições de viabilidade do projeto tal qual elaborado.

Como leciona Wanderley Fernandes<sup>96</sup>:

Nesse sentido, mais do que uma questão moral ou jurídica, a manutenção da promessa dada tem uma função econômica essencial e de proteção do crédito. Admitir a exoneração de responsabilidade em caso de dolo seria destruir um dos fundamentos da estrutura capitalista de expansão da atividade econômica. Crédito, de maneira geral, é associado a um valor em risco, mas, do ponto de vista ético – também jurídico e econômico –, ele representa a confiança de que uma promessa será cumprida. Esse é um aspecto bastante elegante, do ponto de vista econômico, pois aproxima a ética e a eficiência econômica, ambas consagradas e, em certa medida, asseguradas pelo direito.

Em outras palavras, o poder concedente atuou contra o próprio Contrato de Concessão, violando-o. Isso porque há um dever imposto pelo ordenamento jurídico sobre as partes de atuar no sentido de colaborar para que tenha sucesso o projeto da Concessão. Essa obrigação possui três fundamentos distintos: o primeiro decorrente do dever de colaboração, anexo à boa-fé objetiva; o segundo pela própria

---

<sup>96</sup> FERNANDES, Wanderley. Clausulas de exoneração e limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217-218.

legislação específica, em especial pelos dispositivos da Lei 8.987/95<sup>97</sup>, o terceiro pelo Contrato de Concessão, em si.

Como visto acima, dos padrões de conduta impostos pela boa-fé objetiva decorrem diversos deveres anexos ou laterais a um contrato. Dentre eles, destacam-se dois: um com sentido negativo e um de sentido positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais e contraditórios, tratado anteriormente; o segundo diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada<sup>98</sup>. A lógica de cooperação e consenso no âmbito administrativo é destacada por Patrícia Baptista<sup>99</sup>:

O que de mais atual tem sido gestado no direito administrativo aposta suas fichas em mecanismos de consenso, de adesão e de cooperação dos particulares com a Administração, no lugar dos modos tradicionais de ação pública estatal, do tipo comando-controle, baseados na lógica adversarial. A ação consensual é, de fato, mais rápida, mais barata e, possivelmente por causa disso, mais eficiente.

Para Flávio Amaral Garcia<sup>100</sup>, surge daí “*a necessidade de contratante e contratada agirem em regime de parceria e colaboração, pautando os seus comportamentos pelo princípio da boa-fé, que envolve lealdade e confiança recíprocas, com vistas à tutela das legítimas expectativas geradas entre as partes para fins de garantia da estabilidade e segurança jurídica das relações travadas*”.

---

<sup>97</sup> No plano do direito positivado, é de se mencionar, ainda, aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, a qual afirma, em seu artigo 66, que “*o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial*”. Na lição de Marçal Justen Filho, sobre o art. 78, XVI deste diploma: “*O inc. XVI alude à ausência de liberação de área, local, ou objeto para a execução da prestação ou de fonte material natural. O dispositivo deve ser interpretado de modo amplo. Devem ser abrangidas outras situações semelhantes. Sempre que a execução do contrato ficar na dependência de providência da Administração, deverá aplicar-se o dispositivo no inc. XVI. Se a Administração não desencadear as providências que ficaram a seu cargo, o particular estará de mãos atadas e não poderá iniciar ou desenvolver a execução do contrato. A situação não pode se prolongar indefinidamente. A lei estabelece o dever de observar o limite contratual previsto para a prática do ato pela Administração. Isso não significa que a regra apenas seja aplicável quando o contrato expressamente impuser a obrigatoriedade da providência para a Administração*” JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 981-982.

<sup>98</sup> SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: LTr, 2008, p. 83.

<sup>99</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 227.

<sup>100</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 302.

Sobre o tema, também esclarece Mario Engler Pinto Júnior<sup>101</sup> que “o atingimento de um resultado satisfatório para os dois contratantes deve ser entendido como escopo comum do contrato, daí decorrendo o dever jurídico de colaboração recíproca, que constitui desdobramento do conceito de boa-fé contratual”.

Nesse sentido, os próprios contrato de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE afirmam não ser risco da Concessionária o “descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos aplicáveis ao Poder Concedente previstos neste Contrato e/ou na legislação vigente, e a disponibilização de acesso ao Sistema Rodoviário (...)”.

Ocorre que essa cláusula é interpretada de modo mais amplo pela doutrina, para englobar não somente o acesso ao objeto do contrato, mas toda e qualquer providência pela Administração Pública da qual dependa o particular contratado para executar a prestação do serviço<sup>102</sup>. Ao se manter omissivo e não agir para evitar que a não disponibilização dos financiamentos prometidos inviabilizasse a execução do objeto contratual, o Poder Concedente violou seu dever de cumprir providência indispensável ao Contrato de Concessão, conforme se depreende desta leitura sistemática dos dispositivos legais e contratuais.

Nesse sentido, é preciso notar que há dever de coerência entre as diversas esferas administrativas para cumprimento das expectativas legitimamente geradas nos particulares. Como afirma Anderson Schreiber<sup>103</sup>:

“Por fim, atente-se para a frequente e relevante hipótese de condutas incoerentes praticadas por diferentes órgãos da Administração Pública. Em tais casos, também não haverá perfeita identidade entre os sujeitos ativos da conduta inicial e do comportamento contraditório. Ainda assim, parece inegável que a confiança do administrado não se dirige apenas à atuação coerente de um certo ente administrativo, mas é legitimamente estendida a uma coerência global na atuação dos diversos órgãos da Administração Pública. (...) [A] boa-fé objetiva e a tutela da confiança impediam que o particular fosse prejudicado

---

<sup>101</sup> Cf. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada*. In: André Rodrigues Corrêa; Mario Engler Pinto Junior. (Org.). *Cumprimento de Contratos e Razão de Estado*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 350.

<sup>102</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 981-982.

<sup>103</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp.159-160.

por opiniões e atitudes contraditórias entre os diversos órgãos públicos. Embora os órgãos sejam dotados cada qual de específica personalidade jurídica, não há dúvida que a atuação descontrolada entre eles configura *venire contra factum proprium* da Administração Pública”.

De todo modo, o caso pode ser caracterizado como evento conhecido no Direito Administrativo como fato da Administração. Apesar de haver certas distinções no modo como diferentes autores trabalham com os conceitos afetos à álea administrativa – Fato da Administração e Fato do Príncipe<sup>104</sup> – há um certo consenso que para a caracterização de um Fato do Príncipe deve haver um evento inespecífico da Administração que apenas indiretamente afete o contrato administrativo. Ao contrário, para a caracterização do Fato da Administração, é necessário que o próprio ente contratante pratique um ato ou mesmo se omita sobre uma providência material que lhe cabia, afetando direta e especificamente a economia do contrato<sup>105</sup>. Neste sentido, a divergência entre os administrativistas a respeito da conceituação de Fato da Administração residiria mais na sua equivalência – ou melhor, sua redução – ou não à figura do inadimplemento contratual por parte da Administração Pública.

Por um lado, para certos autores, o Fato da Administração é mais abrangente que mero inadimplemento, abarcando qualquer evento, por parte do Estado contratante, que impacte negativamente o contrato<sup>106</sup>. Para outros, é “*qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico*”<sup>107</sup>. Há,

---

<sup>104</sup> Para alguns autores, tanto o fato da Administração quanto o fato do príncipe são atribuíveis à própria Administração contratante; o fato da Administração, porém, é atitude da Administração que irá afetar diretamente a execução do contrato, enquanto o fato do príncipe decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos* 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 552). Para outros, entretanto, Fatos da Administração somente podem ser praticados pela própria Administração contratante (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011).

<sup>105</sup> GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos (Casos e Polêmicas)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 372.

<sup>106</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato administrativo*, 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 325.

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 256. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma que quando houver inadimplemento pelo Estado a deveres essenciais à execução das prestações assumidas pelo concessionário o inadimplemento do poder concedente é caracterizado como fato da Administração. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 479.

porém, autores que consideram fato da Administração como um sinônimo de inadimplemento contratual da Administração Pública<sup>108</sup>.

Independente do conceito que se adote, certo é que as condutas do Poder Concedente são caracterizáveis como decorrentes de risco alocado ao Poder Concedente, devendo se avaliar, no próximo capítulo, se, diante deste aspecto, a continuidade dos contratos é medida juridicamente possível.

---

<sup>108</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.344; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 368; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed São Paulo: Malheiros, 2001, p. 542

#### 4. CONTINUIDADE DOS CONTRATOS DO 3º PROCROFE?

Considerando o histórico acima descrito, parece certo que, nos casos sob análise, os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente desempenharam papel chave para a avaliação da viabilidade do Projeto. Não por outra razão, a não obtenção desses créditos que foram prometidos pelo Poder Concedente nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos ensejaram apontamentos de violação das condições do Contrato de Concessão, desequilibrando a equação econômico-financeira contratual em desfavor das concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE e inviabilizando a execução do objeto destas concessões.

Diversos, então, foram os pedidos apresentados de revisão das avenças<sup>109</sup> - nenhum ainda definitivamente decidido. Mas há como se afirmar que existe obrigatoriedade em se prosseguir com os contratos firmados?

As preocupações incorporadas à LINDB, com a nova orientação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, são absolutamente importantes para o objetivo da presente pesquisa.

##### 4.1. Os impactos da LINDB com as inovações trazidas pela Lei 13.655/2018

---

<sup>109</sup> Para além dos pedidos administrativos formulados à ANTT, existiram (i) análises realizadas pelo Tribunal de Contas da União (TC n. 014.618/2015-0), no qual o Procurador de Contas Marinus Eduardo de Vries Marsico afirmou em parecer que:

*“Não desconhecemos que o contrato de concessão continha cláusula (item 26.1) a prever que a concessionária era “a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão”. Porém, não nos parece razoável interpretá-la em sua rasa literalidade, pois tal interpretação conduz a uma situação de ofensa ao princípio da legítima confiança – consectário do princípio constitucional da segurança jurídica. Essa interpretação literal importaria admitir ser justo que o Estado crie uma situação de danosa surpresa, ao gerar a firme e legítima expectativa nos agentes econômicos de sua participação, para, depois, frustrar essa expectativa impondo ao particular o inteiro ônus dessa sua ausência. A boa-fé que deve presidir a relação entre particular e o Estado não admite sinais contrários de um mesmo agente, em desfavor do outro. Vale ressaltar que esse vetor ético também preside as relações entre particulares, impondo aos contratantes a observância dos princípios da probidade e da boa-fé (art. 422 do CC). Foi à luz desse dispositivo legal que a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou dois enunciados cujo teor importa ter bem presente nas ponderações deste processo”.*

(ii) processos judiciais (a exemplo da ação sob rito comum n. 1009737-97.2018.4.01.3400, perante a 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal) e (iii) procedimentos arbitrais instaurados pelas concessionárias VIA 040, CRO, MSvias, CONCEBRA, todas contra a Agência Reguladora e/ou União perante Câmara de Comércio Internacional – CCI.

Consoante antecipado ainda na introdução desta dissertação, com a atual dicção das regras gerais e introdutória de nosso ordenamento, não se deve mais decidir com base única e exclusivamente em valores jurídicos abstratos. Ao contrário, exige-se, categoricamente, sejam consideradas as consequências práticas de determinada decisão, cumprindo ao administrador, controlador e/ou julgador, além de motivar adequadamente seu ato, a avaliação dos efeitos dele frente às possíveis alternativas existentes.

Tendo isso em mente, rememora-se que os contratos da 3ª Etapa do PROCOFE exigiram de seus concessionários vultosos investimentos em duplicação de trechos de modo independente de uma efetiva demanda por pistas adicionais. Essa modelagem, que se mostrou equivocada, pode ser corrigida de diversas formas: (i) manutenção dos contratos assinados, com consequente reprogramação das obrigações inicialmente pactuadas, permitindo que seja disponibilizada infraestrutura aos usuários de modo racional, vinculado à real necessidade de que tais trechos sejam duplicados; e (ii) com a extinção das relações inicialmente estabelecidas, seja pela transferência da titularidade do contrato de parceria firmado com o vencedor do leilão, pela rescisão contratual ou, por fim, com declaração da caducidade da avença.

#### 4.1.1. ALTERNATIVAS EXISTENTES

Desta lógica, possivelmente a conclusão mais imediata é que a reprogramação é vantajosa para os concessionários, que terão a oportunidade de ajustar seus fluxos de caixa com a diluição de investimentos – e em muitos casos reverter uma situação estrutural de insolvência que, como indicado no capítulo anterior, sequer poderia ser atribuída exclusivamente aos concessionários.

Contudo, talvez o aspecto mais importante da manutenção desses contratos sejam as vantagens para o Poder Público (para além de evitar o desperdício de recursos do Erário federal em infraestruturas ociosas<sup>110</sup>) e principalmente para os usuários.

---

<sup>110</sup> Veja-se o caso da BR-153/GO/TO, por exemplo. Depois de declarada a caducidade da concessão, o DNIT passou a despender consideráveis recursos para gerir essa rede rodoviária. No relatório de gestão de 2018 do DNIT (pag. 80), o órgão estimou o custo por km em 2018 nos seguintes valores: (i) CREMA: R\$ 566.002,04/km; (ii) Restauração: R\$ 1.547.523,58/km; e (iii) Conserva: R\$ 166.336,56/km.

Isto é, a alteração do cronograma de investimentos com a reprogramação poderá ser realizada, entre outras razões, para racionalizar os investimentos em expansão de capacidade da rodovia ao atingimento de determinados níveis de tráfego, garantindo a segurança dos usuários e níveis de serviço tecnicamente adequados. Menores investimentos representariam, em tese, tarifas (se não menores em um primeiro momento) que não demandam crescimento exponencial.

Esse tipo de solução permite a viabilidade do projeto da Concessão ao mesmo tempo em que garante ao usuário a disponibilização da infraestrutura no momento em que ele efetivamente dela precisar.

O segundo aspecto de racionalização relacionado à reprogramação diz respeito ao emprego de recursos públicos. Se considerarmos a alavancagem considerada na Carta de Apoio dos Bancos Públicos (ou, ao menos, o que poderia ser considerada alavancagem razoável para as concessões de rodovias da 3ª Etapa do PROCOFE), em torno de 50% dos investimentos nas rodovias deveriam ser arcados pelos bancos estatais com recursos subsidiados.

Racionalizar os contratos – isso é, reestruturar o cronograma de investimentos exigidos em expansão de capacidade, adiando duplicações desnecessárias de imediato, significa, na prática, reduzir o desperdício de recursos estatais, que serão investidos em expansões de capacidade desnecessárias nesse momento, quando poderiam ser empregadas em outros investimentos mais prementes.

Portanto, a reestruturação dos cronogramas de investimento desses contratos parece indispensável para evitar a construção com recursos subsidiados pelo Erário federal de infraestruturas desnecessárias. Ou seja, trata-se de racionalizar os investimentos de uma perspectiva fiscal.

De outro lado, se as reprogramações não ocorrerem, as soluções naturais seriam a devolução do projeto pelos concessionários – mediante procedimento de relicitação, caso enquadrados nos termos da Lei 13.448/17<sup>111</sup> no PPI (o que não

---

Disponível em: [http://www.dnit.gov.br/aceso-a-informacao/relatorio-de-gestao/RELATORIO\\_DE\\_GESTAO\\_2018.pdf](http://www.dnit.gov.br/aceso-a-informacao/relatorio-de-gestao/RELATORIO_DE_GESTAO_2018.pdf)

<sup>111</sup> Referida lei estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Por relicitação, nos termos do seu art. 13, tem-se o seguinte: *Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais*



depende somente do pedido por parte de eventuais concessionários, mas também de uma decisão do Poder Público) – ou a decretação de caducidade, após constatados diversos descumprimentos contratuais.

Ao mesmo tempo, não se poderia descartar eventuais pedidos a serem formulados, pelas concessionárias, de rescisão dos contratos firmados<sup>112</sup> no âmbito da 3ª Etapa do PROCROFE. Nos termos já dispostos neste trabalho, poder-se-ia alegar a ocorrência de eventos (obrigação de cumprir com compromisso de manter as condições prometidas de financiamento que fundamentaram a proposta ofertada) cujo risco pode ser alocado ao Poder Concedente e que, por serem graves e reiterados, impactam negativamente o andamento de seus trabalhos, ocasionando o descumprimento de obrigações contratualmente estabelecidas.

De todo modo, as concessões seriam retiradas dos atuais concessionários e repassadas a novos agentes, após uma completa reestruturação dos projetos e novas licitações, o que, ao menos neste intervalo de tempo, poderia representar a total deterioração dos segmentos concessionados, especialmente em relação aos serviços prestados.

Não há, de fato, como se afastar do exame aqui proposto o custo de encerramento ou de assinatura de novos contratos, seja para o próprio poder concedente, seja para os usuários destinatários das avenças. É ponto extremamente relevante, nos termos, aliás, já reconhecidos pela própria ANTT no Ofício-Circular nº 001/2018/DG/ANTT, que a reprogramação é mais vantajosa a todos os interessados, nos seguintes termos:

“Diante desta realidade, restam três alternativas ao poder concedente: declarar a caducidade das concessões, avançar na relicitação mediante concordância dos privados ou promover ampla revisão contratual, reconhecendo a superveniência da crise. Esse último caminho oferece diversas vantagens em relação aos dos primeiros, mormente em função da continuidade na prestação do serviço, do curto prazo para a normalização dos contratos, da inexistência de impactos ao orçamento público e da possibilidade de manutenção das baixas tarifas obtidas nos processos licitatórios prévios”.

---

*não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.*

<sup>112</sup> A Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S/A, por exemplo, na já mencionada ação n. 1009737-97.2018.4.01.3400 formulou pedido neste sentido.

Fato é que no caso de eventuais relições os níveis tarifários a serem obtidos seriam fatalmente superiores aos obtidos nas licitações originárias, em vista da perspectiva sobre o quadro econômico do país e de tais projetos – com os níveis de demanda atualmente verificados e que embasariam os novos estudos de viabilidade dos projetos, com a configuração presente do mercado de crédito e sem a promessa dos financiamentos fortemente subsidiados e diante do risco inerente a tais projetos de concessão de longo prazo no Brasil.

Assim, é certo que, caso os projetos de concessões das rodovias federais que serão objeto das reprogramações fossem relicionados – seja com a devolução amigável das concessões, permitida pela Lei nº 13.448/2017, quer seja com a decretação de sua caducidade – e uma nova licitação houvesse que ser realizada para a concessão de tais rodovias, seria impensável pensar em níveis de modicidade tarifária sequer próximos aos obtidos quando da licitação desses contratos, em um ambiente de extremo otimismo em relação à economia brasileira, de crença na pujança do mercado de crédito, representado principalmente pela atuação dos Bancos Públicos, e de forte incentivo do Poder Público para a realização de obras e projetos de tamanho expressivo.

Ainda, há que se considerar que independentemente do modo como a transição seja feita, haverá uma natural queda no nível de prestação dos serviços, principalmente considerando-se a hipótese de caducidade, seja pelos atuais concessionários, que terão dificuldade de dar continuidade aos investimentos –quanto pelo Poder Público, quando este reassumir a rodovia, com as dificuldades fiscais correntes.

Além disso, não podem ser ignorados os custos de transação de uma eventual relição ou declaração de caducidade. Seriam expressivos os custos que o Governo Federal ou novo incumbente deveriam suportar com a indenização dos investimentos não amortizados em bens reversíveis - direito garantido aos atuais concessionários tanto pela Lei 8.987/1995 quanto pela Lei 13.448/2017 – e também no processo de reassunção da rodovia.

Por fim, é preciso considerar que uma relição não é realizada da noite para o dia. É possível afirmar que o prazo necessário para a realização dos novos estudos, a modelagem da licitação e dos novos contratos seria de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro meses). Durante este tempo, as rodovias ficariam sem os

investimentos necessários e sua condição de conforto e segurança certamente se deterioraria.

Ademais, embora este trabalho tenha focado na crise econômica, a crise gerada pela pandemia do COVID-19 não pode ser ignorada e a relicitação certamente traria um contexto ainda mais complexo para manutenção da viabilidade dos projetos.

#### **4.2. A necessidade de revisão dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE frente ao risco alocado ao Poder Concedente**

Sendo assim, defensável a possibilidade e até mesmo a vantajosidade da reprogramação das obrigações de investimento, frente à possibilidade de relicitação<sup>113</sup> de tais projetos, tanto considerando os interesses dos usuários, dos contribuintes, do Poder Público e dos concessionários. E a análise, ainda que breve, do cabimento desta solução, é importante.

##### 4.2.1. ALTERAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO

Debates a respeito da possibilidade de alteração de contratos administrativos de longo prazo – os já aqui denominados contratos de parceria (nomenclatura legal recente) –, seus eventuais limites, forma de definição e quantificação de um parâmetro<sup>114</sup> permearam painéis acadêmicos e disputas jurisdicionais durante anos.

Muito embora nunca fosse discutido que alterações podiam e deveriam ocorrer em contratos administrativos de parceria, eis que sua mutabilidade era inerente à sua complexidade e longevidade<sup>115</sup>, não eram poucos aqueles que entendiam aplicáveis limites objetivos à repactuação dessas avenças.

---

<sup>113</sup> No sentido amplo da expressão, de transferência da titularidade da concessão a futuro titular de um novo contrato; e não no sentido da mencionada Lei n. 13.448/2017.

<sup>114</sup> Isto é: o valor do investimento realizado pelo concessionário? Valor histórico da contratação indicado em edital? Preços praticados somados em obras e serviços ano a ano? Ou o valor das receitas efetivamente recebidas pelo particular contratado?

<sup>115</sup> Sobre essas características, BARROSO, Luís Roberto. *O Contrato de Concessão de Rodovias: Particularidades, Alteração e Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012. Pag. 188. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzU4Mg%2C%2C>

Se, no passado<sup>116</sup>, já foi questão recorrente a aplicação aos contratos de parceria dos limites de alteração trazidos no artigo 65, §§1º e 2º, da Lei de Licitações<sup>117</sup>, atualmente, polêmicas decorrem das formas de alteração de um contrato administrativo de longo prazo. Por exemplo, quando se tem como mais adequada a necessidade de extensão do prazo de uma concessão.

Nessas hipóteses, recentes foram os enfrentamentos no setor portuário, em relação aos contratos firmados antes da vigência do Decreto n. 9.048/2017. Ao relatar o Acórdão n. 1.446/2017, o Ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União (TCU) para afastar a possibilidade de prorrogação para acordos anteriores ao ano de 2017, afirmou que:

“[...] o prazo de uma concessão ou arrendamento não é fixado aleatoriamente pela Administração, em juízo de discricionariedade, mas sim fruto de estudos técnicos, estimativas, expectativas, e visa à amortização do investimento. Deve ser, portanto, robustamente justificado”.

Em outras palavras, para o Ministro Bruno Dantas, e conseqüentemente para o Plenário da Corte, se não existia previsão de prorrogação expressa na lei vigente ao tempo da licitação ou mesmo no contrato dela resultante, não poderia regramento superveniente ser aproveitado para comportar esta prerrogativa, uma vez que os estudos técnicos (que devem ser *robustamente justificados* – palavras do Ministro) que embasaram a avença, já comportavam todas condicionantes para manutenção do seu equilíbrio.

Não haveria espaço, portanto, para juízo discricionário posterior a respeito de eventuais investimentos não amortizados no prazo original previsto e conseqüente necessidade de extensão para que isso acontecesse.

---

<sup>116</sup> Reafirma-se a expressão *no passado*, uma vez que, com advento da Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017, restou esclarecido, no seu artigo 22, que “As alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

<sup>117</sup> Art.65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§1 O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§2 Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior (...)

Chama atenção, entretanto, que, de outro lado, o mesmo TCU, mas no ano de 2015<sup>118</sup>, autorizou a prorrogação de prazo dos contratos das concessões de distribuição de energia elétrica, justamente invocando a tese da discricionariedade rechaçada pelo Ministro Bruno Dantas para os contratos de arrendamento portuário.

Em 1995, quando a Lei n. 9.074 entrou em vigor, as concessões e permissões outorgadas anteriormente à sua vigência, para prestação de serviços públicos de distribuição de energia, foram consideradas válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga. Na sua maioria, elas venciam em 2015.

Ocorre que, em detrimento da realização de nova licitação, a prorrogação desses contratos, por uma única vez e pelo prazo de até 30 (trinta) anos, passou a ser permitida pela Lei n. 12.783/2013. Para isso, deveria ser demonstrada a necessidade de assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica.

O Tribunal, assim, em que pese ter vetado a possibilidade de prorrogação em sede de juízo cautelar, avaliou, ao decidir sobre o mérito, que o momento econômico à época da decisão oferecia riscos na hipótese de realização de licitações do setor, como o não aparecimento de interessados. Além disso, o TCU não verificou incompatibilidades entre os motivos pela prorrogação apresentados pelo Ministério das Minas e Energia (MME), poder concedente das concessões, e a discricionariedade conferida pela legislação.

Vê-se, pois, que a discricionariedade típica da Administração Pública foi utilizada, pelo mesmo órgão julgador e em um curto espaço de tempo, em sentidos diametralmente opostos: tanto para afastar, como para validar alteração do prazo contratual de uma relação de longo prazo.

Não à toa, é tarefa árdua buscar uniformidade neste tema de alterações, ao menos, vale outra vez ressaltar, quanto ao modo de realização delas, que podem e devem acontecer.

Que se tenha claramente: descumprimento de obrigações de pagamento do Poder Concedente (aportes, contraprestação, subsídios a financiamentos, reembolso de custos ambientais ou de desapropriação/desocupação, ou pagamentos

---

<sup>118</sup> Por força do Acórdão n. 2.253/2015 – TCU – Plenário. <https://portal.tcu.gov.br/data/files/DA/65/9E/18/A47DF410B1D2ECF42A2818A8/003.379.2015.9%20Concessoes%20comp.pdf>

por terem disparado mecanismos de garantia de demanda etc.) são, infelizmente, comuns e o poder concedente dispõe do dever-poder de adotar as modificações necessárias, devendo implementá-las sempre que necessário. Para tanto, pode-se e deve-se, sim, buscar e estipular critério para alterações.

Nesse sentido, e como pressuposto para a análise até então realizada, entende-se, em síntese, para que seja juridicamente viável, que a alteração contratual intentada (i) seja necessária para manutenção da finalidade que motivou a contratação; (ii) não implique violação à exigência constitucional de licitação prévia, buscando-se, sempre, resguardar a natureza do objeto contratual; e (iii) busque preservar a equação econômico-financeira do contrato e os direitos de todas as partes envolvidas, avaliando-se, em especial, os riscos alocados no projeto.

Inclusive, este último aspecto, dos riscos contratuais, como já aqui exaustivamente explorada, é muito importante. Estimar todos os encargos realmente necessários, suas condições de execução e respectiva remuneração, confrontando estes elementos com os riscos esperados e mensuráveis à época de realização é indispensável para que um projeto seja bem estruturado e conseqüentemente bem avaliada se necessária e viável eventual alteração.

A avaliação da legalidade da alteração e sua aderência ao interesse de todos os envolvidos deve ser, portanto, feita caso a caso, observando-se os limites legais (não objetivos, como afirmado) à luz da razoabilidade esperada.

#### 4.2.2. O CONCEITO DE REPROGRAMAÇÃO DE INVESTIMENTOS

E a reprogramação de investimentos é medida que parece atender os requisitos acima indicados, encontrando ela, inclusive, previsão em nosso ordenamento jurídico.

Isto é, muito embora tenham sido intentadas as medidas citadas na introdução deste trabalho, quais sejam a MP 779 (convertida na Lei 13.449, de 26 de outubro de 2017), voltada para o setor aeroportuário, e a MP 800, referente ao rodoviário (que caducou), tem-se que a própria Lei de Concessões já trazia a solução da reprogramação, como uma das alternativas possíveis, em suas disposições. Logo, jamais houve a necessidade de inovações legislativas.

No setor rodoviário, mais especificamente, até se admite que a MP 800 tenha tido o objetivo de trazer conforto e segurança jurídica aos concessionários e

agentes públicos da ANTT para a realização das reprogramações específicas, mas elas já seriam possíveis e juridicamente viáveis com o quadro normativo existente.

Consoante defende Egon Bockman Moreira<sup>119</sup>:

“Todavia, a matriz de riscos tem como lastro a base objetiva do negócio (e também o princípio da boa-fé objetiva). As circunstâncias concretas quando de sua definição e o seu entorno factual são o retrato de um estado de coisas que as partes signatárias tinham condições de constatar e imaginar quando da assinatura do contrato. Caso haja forças maiores do que a maior, a matriz de risco precisa ser repensada. Isso com o intuito de preservar o contrato e diminuir os custos de transação e suas consequências deletérias para os usuários de bens e serviços públicos”.

Afinal, é evidente que, tanto o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, quanto a prerrogativa da Administração Pública de alteração dos contratos administrativos para adequação ao interesse público estavam previstos no marco legal vigente na época da assinatura dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, que já preveem os mecanismos de reequilíbrio necessários a recompor a equivalência entre encargos e remuneração dos concessionários, tal qual originalmente pactuados.

Isso porque tanto a legislação quanto os contratos de concessão já permitem o faseamento de obrigações, com o devido e correspondente equilíbrio econômico-financeiro. Basta para isso que o Poder Concedente busque sempre a manutenção das condições de equilíbrio do contrato, comprometendo-se a restabelecê-lo, quando necessário e de forma concomitante, nos termos dos já trazidos artigos 9º, §4º e 10º, da Lei 8.987/95.

Em tese, portanto, a reprogramação das obrigações de investimento poderia ser pensada com base em dois fundamentos. Por um lado, como possibilidade inserida no âmbito do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos. Por outro, como verdadeira repactuação de cláusulas econômicas.

Quanto à primeira linha argumentativa – ainda que se mostre mais frágil, diante da realidade que as alterações da reprogramação trazem para as concessões

---

<sup>119</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. “Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos. Fundamentos jurídicos e modos de usar”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em 23/08/2020.

– a alteração unilateral pelo Poder Concedente já se justificaria, como medida legítima e necessária para reestabelecer as condições inicialmente pactuadas e por decorrência de ato também unilateral consistente no já indicado não cumprimento das condições ofertadas de financiamento.

Entretanto, a reprogramação deve ser melhor entendida como uma profunda repactuação de cláusulas econômicas essenciais dos contratos de concessão. Não se trata de mera alteração de escopo, como se substituísse uma obra por outra ou a obrigação de prestar um serviço por outro, que caracterizasse mera alteração unilateral à disposição da Administração. Em verdade, diante da própria natureza consensual do sistema de reprogramação – que exige que parta dos próprios concessionários a proposta delineando as reprogramações – e das implicações que a reprogramação tem para o núcleo econômico-financeiro dos contratos de concessão, é necessário que a reprogramação seja entendida como uma alteração de cláusulas econômicas.

Nas palavras de Anderson Schreiber<sup>120</sup>:

“afigura-se não apenas possível, mas imperativa a construção (*rectius*: o reconhecimento) de um dever de renegociação de contratos desequilibrados, como expressão do valor constitucional da solidariedade social, bem como de normas infraconstitucionais daí decorrentes, em particular a cláusula geral da boa-fé objetiva”.

A própria lei de concessões indica, no seu art. 23, inciso V<sup>121</sup>, que os contratos por ela regidos devem necessariamente estabelecer os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e concessionária em relação às eventuais futuras alterações da avença.

Tal regramento, inclusive, foi tratado nos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE de forma clara, mediante autorização, na cláusula 22.3.1, indicado que a “a ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de

---

<sup>120</sup> SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever renegociar no Direito Brasileiro. Revista Interdisciplinar de Direito da Valença. v.16, nº1, 2018, p. 13-12.

<sup>121</sup> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...)

V – aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;



*recomposição que julgar adequadas, incluindo, mas não se limitando a: (...) modificação de obrigações contratuais da Concessionária”.*

Que não se olvide, portanto: a reprogramação pode legalmente ocorrer em virtude da mutabilidade dos contratos administrativos, particularmente em razão do disposto nos contratos de concessão destacados neste trabalho. E a sua ocorrência deve atender à garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que permanece também nesses casos, tanto para o concessionário, quanto para o Poder Concedente.

Cumprе frisar que esta garantia protege a Administração contratante, tanto no caso do evento a ser reequilibrado lhe trazer bônus, quanto no caso lhe trazer ônus<sup>122</sup>. Quando o reequilíbrio se dá em favor do Estado, é evidente o seu benefício, seja direta (com, por exemplo, aumento no valor da outorga pago pelo particular, caso exista essa previsão) ou indiretamente (como é o caso de realização de novos investimentos pelo particular ou sua utilização para a modicidade tarifária). Quando o reequilíbrio ocorre em favor do particular, a Administração também é beneficiada pelo fato deste reequilíbrio permitir a continuidade de execução do serviço público concedido com qualidade, que ficaria ameaçada se o contrato se mantivesse desequilibrado em desfavor do contrato<sup>123</sup>.

Trata-se, então, de hipótese de alteração que guarda previsão em nosso ordenamento jurídico e nos contratos específicos da 3ª Etapa do PROCROFE, devendo seus efeitos serem devidamente sopesados como alternativa diante de casos como os que são objeto do presente trabalho.

### **4.3. Preocupações externadas pelos órgãos de controle**

Nada obstante os argumentos acima trazidos, apresentados a partir de questões, considerações práticas e suas consequências efetivas para o segmento de

---

122 MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de Serviço Público, a equação econômico financeira dos contratos. São Paulo: Editora Verbat, 2011, pp. 49-51.

123 GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos, casos e polêmicas. São Paulo, Editora Malheiros, 2016, pp. 335-356. “Essa garantia é tanto do contratado como do contratante. Explica-se: um contrato desequilibrado em favor da Administração Pode acarretar como principal consequência – além dos prejuízos que o contratado será injustamente obrigado a arcar – risco à eficiente execução do objeto, posto que o particular poderá ter maiores dificuldades em manter suas prestações nos padrões de qualidade e eficiência nos moldes inicialmente pactuados (e, até mesmo, a própria estabilidade da sociedade empresária contratada), o que, evidentemente, não atenderá ao interesse público tutelado”.

infraestrutura rodoviária federal pátria, não são poucos os que criticam a medida de reprogramação aqui defendida. Em particular, destacam-se as preocupações externadas pelo Ministério Público Federal (MPF) e TCU em seus respectivos âmbitos de atuação.

Sobre o MPF, registra-se primeiramente que a ele compete, a partir das regras constitucionalmente estipuladas, assegurar e defender os direitos do cidadão, defender a ordem jurídica, defender o regime democrático, sugerir melhorias de serviços públicos e a fiscalização do cumprimento das leis.

Nesse sentido, quando o tema de reprogramações esteve mais fortemente em discussão, a partir da promulgação da MP 800, o *Parquet* teve dura postura tanto em relação ao governo federal (via ANTT), como perante o (então) Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (atual Ministério da Infraestrutura) – órgão responsável pela regulamentação da questão a partir da Portaria n. 945/2017. Questionamentos miravam, basicamente, explicações a respeito dos critérios e estudos que embasaram a edição das medidas.

Mais especificamente, à época, foram encaminhados ofícios<sup>124</sup> ao órgão e à Autarquia, nos quais o MPF indagava sobre o diagnóstico e estudos que nortearam a elaboração dos atos, assim como os fundamentos dos critérios que estabelecem a incidência do redutor tarifário nos pedágios, a forma de se assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, além dos meios que existirão para resguardar o interesse público na revisão dos contratos de concessão.

E isso porque, no entendimento da Câmara de Consumidor e Ordem Econômica (3ªCCR/MPF), a negociação com as concessionárias para reprogramação das condições de execução das obrigações de investimentos inicialmente previstas nos contratos rodoviários poderia prestigiar o interesse privado em detrimento do público, prejudicando, eventualmente, o usuário dos segmentos concessionados.

Ocorre, entretanto, que, muito embora legítima atuação e absolutamente necessário o acompanhamento ministerial realizado – novamente, nos termos que lhe são exigidos em nossa Carta Magna –, referidas comunicações traziam conceitos e aspectos contraditórios.

---

<sup>124</sup> Ofícios n. 381 e 382//2017/SE/3CCR, ambos datados de 4 de dezembro de 2017. Inteiro teor disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/mp-800-1> e <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/mp-800-2>

De um lado, afirmavam querer apenas obter esclarecimentos e informações para subsidiar sua atuação. Vale dizer, pareciam seus representantes querer ter conhecimento para sobre a matéria (diagnósticos e estudos) para, então, e, eventualmente, opinar, exatamente nos termos do que disciplina a nova versão da LINDB.

Todavia, no mesmo documento, de outro lado, os mesmos membros do MPF utilizaram-se já de conclusões que sequer, à luz do já demonstrado nesta dissertação, são verdadeiras ou, no mínimo, passíveis de debate. São esses os exatos termos finais dos ofícios enviados:

Na oportunidade, reafirmamos a preocupação desta 3a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal com a segurança jurídica e a estabilidade regulatória necessárias a um ambiente de negócios saudável para o país e, conseqüentemente, para a adequada prestação de serviços à sociedade, em decorrência do emprego recorrente de medidas provisórias para criar alternativas de repactuação contratual não previstas originalmente em contratos, o que eleva o já acentuado “Custo Brasil”, comprometendo a realização de investimentos e o desenvolvimento nacional.

Isto é, apesar do que indicam querer fazer, não se demonstra razoável fundamentos apresentados para a busca de elementos para eventual atuação, quando já se indica que objeto das normas é “criar alternativas de repactuação contratual não previstas originalmente em contratos”. E mais: não parece defensável o modo pelo qual fiscais da lei fundamentam-se em aspectos que passaram a ser relativizados em nosso ordenamento jurídico (não necessariamente minimizados, mas certamente sopesados frente à aplicação prática destes preceitos): segurança jurídica, estabilidade regulatória e “custo Brasil”.

Por essa razão, ao menos em relação ao tema que se propôs aqui estudar e aprofundar, não há como se legitimar as preocupações externadas pelo MPF, conquanto transparecem razões rasas e pré-determinadas, que jamais tiveram por objetivo efetivamente problematizar a figura da reprogramação de investimentos em contratos de parceria.

Igualmente é este o destino quanto ao afirmado pelo TCU para o tema. Em diversas oportunidades, a Corte foi contrária às alterações aqui defendidas, mesmo

quando diante de situações como a da crise de 2013 (devidamente detalhada nesta pesquisa) e seu reflexo nas concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE.

É importante registrar que, recentemente, foram várias as auditorias<sup>125</sup> instauradas para fiscalizar atuação da ANTT no seu papel de ente regulador dos contratos de concessão rodoviárias (independentemente de qual etapa se referem). Mas, ainda que bastante atuante em análises amplas, verifica-se bastante superficiais as razões lançadas quando diante de casos concretos.

Quando diante de representação de autoria do Deputado Federal Nilson Leitão acerca de indícios de irregularidades verificados na ANTT, relacionados à gestão do contrato de concessão da BR-163/MT, administrada pela Concessionária Rota do Oeste S.A (CRO), o TC 034.032/2017-7, por exemplo, a análise da Unidade Técnica a respeito dos possíveis riscos decorrentes de um encerramento prematuro da relação foram muito superficiais. Os trechos<sup>126</sup> abaixo destacados são exemplares:

Em uma eventual declaração de caducidade, as indenizações devidas à concessionária estão limitadas aos investimentos em bens reversíveis não amortizados (no caso concreto, como visto, os investimentos de maior vulto não foram efetivados pela CRO, que registra 74% de inexecução das obras de duplicação), conforme previsto em contrato (peça 4, p. 56):

32.7.1 A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados.

(...)

Cumpra notar que caso a concessionária postule a devolução amigável da concessão, o que pode ocorrer mesmo depois de instaurado processo de caducidade, eventual indenização devida pelo poder público ao particular em razão de bens reversíveis não amortizados poderá ser paga pela futura contratada (art. 15, § 1º, inciso I), sem onerar a Administração.

Vale dizer, as matérias sequer são problematizadas, ao menos não com a profundidade merecida e com a materialidade desejada diante de matéria tão

---

<sup>125</sup> Dentre outras, cita-se, por exemplo, (i) a Representação TC 031.985/2016-5 proposta pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MP/TCU), na qual se apontam vícios na condução dos contratos das concessões rodoviárias a cargo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), relacionados à inserção de novos investimentos, sem licitação, e também à postergação e à supressão de investimentos originalmente pactuados, com conseqüente ônus para os usuários das rodovias e para a sociedade; ou (ii) a auditoria de conformidade TC 024.813/2017-6, cujo objeto é a atuação da ANTT nos processos de revisão tarifária no âmbito do Procrofe.

<sup>126</sup> Peça 39 dos autos. Instrução da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, pag. 23-24.

relevante. Será que realmente indenização no caso da CRO não seria tão vultuosa (já que apenas se realizou 26% das obras de duplicação previstas)? E quanto representam estas obras? E em relação a todos os demais serviços? Eles não devem ser remunerados? E na hipótese de devolução amigável, sendo valor o alto de indenização, não se corre o risco de afastamento de eventuais interessados, responsáveis pelo pagamento como futuros contratados? E realmente não há ônus à Administração? Não seria melhor que estes valores fossem revertidos em outorga ao Poder Concedente na hipótese de encerramento equilibrado da relação com a CRO e conseqüente lançamento de uma nova licitação em condições normais?

Vê-se que todas estas questões passaram ao largo no caso aqui relatado, mas costumam passar em todos nos quais se discute matéria complexa. A rigidez dos órgãos de controle acaba por espelhar o comportamento dos administradores públicos que, como já afirmado neste trabalho, preferem adotar medidas simplistas e não comprometedoras, não importando que elas não se coadunem com o que demanda a LINDB em sua nova versão.

As preocupações externadas pelo TCU, assim como aquelas levantadas pelo MPF, a respeito da possibilidade de reprogramação de obrigações de investimentos em contratos de parceria são incapazes de afastar as considerações apresentadas neste trabalho.

De fato, em se examinando as conseqüências práticas frente as alternativas existentes aos administradores públicos diante do contexto em que se encontram as concessões da 3ª Etapa do PROCROFE pós crise de 2013, a reprogramação das obrigações de investimento é saída mais salutar a todos os envolvidos nesta modalidade de contrato de parceria.

## 5. CONCLUSÃO

De todo o que restou aqui analisado, nos parece inconteste que contratos de parceria, como contratos administrativos de longo prazo, demandam alterações em certas hipóteses. A dificuldade em relação ao tema, todavia, dá-se a respeito da medida e formato no qual essas mudanças precisam acontecer, especialmente em situações excepcionais, tal como a enfrentada pelo mercado de infraestrutura brasileira, fortemente impactado pela crise que se instaurou no país a partir do segundo semestre de 2013 e, hoje, pelo COVID-19 em que, inúmeros projetos de infraestrutura em implantação estão sendo severamente impactados.

O objetivo deste trabalho foi, então, a partir da situação concreta das avenças firmadas no âmbito da 3ª Etapa do PROCROFE e do novo cenário econômico por elas vivenciado, examinar a adequabilidade e viabilidade da manutenção dessas avenças, mormente em razão de não ser possível executar as obrigações de investimentos para ampliação da capacidade do segmento concessionado como inicialmente previsto.

Afinal, é fato que, a partir do segundo semestre de 2013, a situação macroeconômica brasileira passou por um acelerado processo de deterioração sem precedentes, que se tornou mais evidente com a perda do grau de investimento pelo país em 16 de dezembro de 2015, em função do rebaixamento da nota de sua dívida de longo prazo em moeda estrangeira pelas agências internacionais de classificação de risco Standard & Poors e Fitch.

Outros eventos que também apontam a deterioração acelerada da situação macroeconômica brasileira a partir do último trimestre de 2014, são:

- A elevação da taxa básica de juros da economia brasileira – SELIC (“SELIC”) entre o segundo trimestre de 2013 e outubro de 2016, passando de 7,25% (sete inteiros e vinte e cinco décimos por cento) para o patamar de 14,25% (quatorze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) – ou seja, um aumento de 7,0 pontos percentuais (ou um incremento de 97%);
- A queda de 3,8% (três inteiros e oito décimos por cento) do Produto Interno Bruto – PIB (“PIB”) do Brasil em 2015 e de 3,6% em 2016.

Considerando o início da recessão em 2014, o país acumulou queda de 9% - a pior já registrada pela série, que começa em 1947, segundo os critérios adotados pela Fundação Getúlio Vargas.

A rigor, como trazido, os resultados da economia brasileira no primeiro e no segundo trimestres de 2015 a colocam apenas à frente de Rússia (que vinha sofrendo com um forte embargo econômico em razão da anexação da região da Crimeia ao seu território) e Ucrânia (que passava por uma grave guerra civil) na comparação realizada pela Austin Rating do desempenho das 35 (trinta e cinco) principais economias do mundo.

Foi neste cenário que os sintomas da crise econômica que se instalou no Brasil atingiram de forma especialmente grave os concessionários da 3ª Etapa PROCOFE e 2ª Etapa PIL, a impedir o atingimento por parte delas das obrigações inicialmente pactuadas.

Como característica precípua da modelagem adotada nestes programas, estava a exigência de grandes investimentos em obras já nos primeiros anos de concessão, sem a necessidade de se atentar à demanda de tráfego a ser efetivamente enfrentada. Ou seja, independentemente de se serem ou não necessários, havia obrigação de o particular concessionário realizar os altos investimentos previstos, sob o risco de pesadas penalidades.

Em contraponto, para que essas obrigações de investimento fossem viáveis, preservando-se a modicidade tarifária, o Governo prometeu disponibilizar financiamento aos concessionários a taxas e condições extremamente subsidiadas, as quais, portanto, foram adotadas como base para as propostas ofertadas, frente aos riscos a serem assumidos.

Nada obstante, como acima sinalizado, em razão do cenário de grave crise enfrentado, as condições prometidas de financiamento não foram mantidas. Em verdade, houve decisão unilateral dos Bancos Públicos de não celebrar os contratos de financiamento de longo prazo com a maioria dos concessionários ou de celebrá-los em condições mais adversas.

Como, evidentemente, os concessionários não tinham opções de financiamento com preços comparáveis no mercado, o cumprimento das obrigações inicialmente pactuadas mostrou-se impossível sem que a rentabilidade dos projetos fosse significativamente impactada.

Neste diapasão, diversas foram as alternativas intentadas pelos particulares para solução do problema enfrentado, já que penalidades passaram a ser aplicadas e, em um caso limítrofe, caducidade de uma concessão chegou a ser declarada. Nesse sentido, relitações (instituto jurídico trazido pela 13.448, de 5 de junho de 2017) passaram a ser requeridas e pedidos de revisão contratual foram apresentados (até mesmo ações judiciais foram intentadas para que obrigações inicialmente previstas fossem revistas).

Mas, muito embora todos os caminhos acima apresentem amparo jurídico, à luz do que indica o artigo 20 da LINDB, seria a reprogramação medida de consequências práticas aceitáveis? A resposta que se buscou aqui apresentar é que, face as alternativas existentes, a reprogramação de obrigações inicialmente pactuadas, mormente aquelas de investimentos, é aquela que melhor atende os anseios de todos os envolvidos nas relações de concessão firmadas no âmbito da 3ª Etapa do PROCROFE.

Afinal, a reprogramação de investimentos é medida que encontra previsão legal. Não bastassem as inovações legislativas citadas na introdução, em especial a MP 800, que caducou, tem-se que os artigos 9º, §4, 10 e 23, V, da Lei 8.987/95 já traziam a solução de alteração das relações estabelecidas, sem necessidade de novos dispositivos em nosso ordenamento.

Com efeito, defensável que a reprogramação é possibilidade jurídica inserida tanto no âmbito do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos, como verdadeira repactuação de cláusulas econômicas, cujas consequências práticas são as menos gravosas aos cofres públicos e usuários objeto das concessões firmadas.

Isto é, em que pese, contra a reprogramação de obrigações, usualmente se apontar violação aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório, isonomia entre licitantes e respectiva competitividade estabelecida no certame de seleção da proposta mais vantajosa (que poderia ser outra, caso as mudanças tivessem sido estabelecidas desde sempre), a verdade é que estes argumentos invocados são, apenas, valores jurídicos abstratos. Eles não passam ao teste de suas reais implicações para o Poder Público (para além de evitar o desperdício de recursos do Erário federal em infraestruturas ociosas) e principalmente para os usuários.

A própria ANTT, aliás, sopesando os efeitos das alternativas legais existentes no setor rodoviário, chegou a conclusão já aqui reproduzida, no Ofício-



Circular nº 001/2018/DG/ANTT, que a reprogramação é mais vantajosa a todos os interessados, nos seguintes termos:

“Diante desta realidade, restam três alternativas ao poder concedente: declarar a caducidade das concessões, avançar na relicitação mediante concordância dos privados **ou promover ampla revisão contratual, reconhecendo a superveniência da crise. Esse último caminho oferece diversas vantagens em relação aos dos primeiros**, mormente em função da continuidade na prestação do serviço, do curto prazo para a normalização dos contratos, da inexistência de impactos ao orçamento público e da possibilidade de manutenção das baixas tarifas obtidas nos processos licitatórios prévios”.

De fato, afóra reprogramações, as soluções naturais seriam a devolução do projeto pelos concessionários – caso atendidas exigências da Lei 13.448/17 – ou a decretação de caducidade, após constatados reiterados descumprimentos contratuais<sup>127</sup>. Em quaisquer dos casos, as concessões mudariam de titularidade, depois uma reestruturação dos projetos e novas licitações.

---

<sup>127</sup> O tema, como abordado no capítulo 4 desta dissertação, é objeto de inúmeras disputas arbitrais (método ordinário eleito pelo Poder Concedente para resolução de disputas nos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE e previsto na cláusula 37 daquelas avenças). E o cenário destes conflitos, ao menos até este momento, não é favorável ao poder público.

Por exemplo, ao conceder pedido cautelar formulado pela CONCEBRA – Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S/A nos autos do procedimento CCI n. 24.595 (protocolado em 04.07.2019), o Tribunal Arbitral ali formado afirmou que:

123. Não obstante, ao sentir do Tribunal Arbitral, os elementos até então trazidos a este procedimento são suficientes para apontar para a verossimilhança da alegação da REQUERENTE de que as obrigações estabelecidas no Contrato de Concessão se tornaram excessivamente onerosas, sobretudo em virtude da frustração do financiamento de longo prazo que seria concedido à Concessionária pelo BNDES diretamente e por meio da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil.

124. Independentemente da discussão a respeito da responsabilidade por tais eventos e da matriz de risco contratual, o fato é que o empréstimo de longo prazo que seria concedido pelo BNDES à REQUERENTE, no valor de R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), se destinaria a viabilizar parcela expressiva dos investimentos previstos no Contrato de Concessão.

125. Em sede de cognição sumária, não é possível ao Tribunal Arbitral avaliar a dimensão do impacto que a frustração do sobredito financiamento teria causado na relação contratual ora em exame, tampouco as eventuais opções à disposição da REQUERENTE para suprir ausência do empréstimo estatal.

126. Sem embargo, não há como se desconsiderar que há uma grande probabilidade de que a impossibilidade de obtenção do empréstimo de longo prazo tenha dificultado o cumprimento das obrigações contratuais pela REQUERENTE. Basta notar que o valor do referido financiamento, de R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), corresponde a cerca de 50% do valor dos investimentos totais previstos no Contrato de Concessão para o período de 30 (trinta) anos.

Porém, nestes novos cenários e contratos, não há como se assegurar que as tarifas obtidas seriam tão vantajosas como aquelas atualmente praticadas (com reconhecimento da crise e efeitos ainda operantes no mercado creditício pátrio é possível que os níveis tarifários a serem obtidos sejam fatalmente superiores).

Igualmente, não podem ser ignorados os custos de transação de uma eventual relicitação ou declaração de caducidade. Seriam expressivos os custos que o Governo Federal ou novo concessionário deveriam suportar com a indenização dos investimentos não amortizados em e vinculados a bens reversíveis – direito garantido aos atuais concessionários tanto pela Lei 8.987/1995 quanto pela Lei 13.448/2017 – e também no processo de reassunção da rodovia. O próprio custo de manutenção do aparato público enquanto não assumido pelo novo concessionário é relevante e não pode ser olvidado.

Essas são, portanto, as preocupações de obrigatória atenção no caso concreto, à luz do artigo 20 da LINDB. A consideração das consequências práticas de uma decisão é indispensável para se avaliar a escolha do valor abstrato invocado, já

---

*127. Tanto assim é que, ao menos até o presente momento, a REQUERIDA não controverteu nestes autos o fato de que as obrigações da REQUERENTE previstas no Contrato de Concessão se tornaram excessivamente onerosas em decorrência da restrição de acesso às linhas de crédito públicas e da crise econômica nacional. Do que se extrai das manifestações apresentadas em 31.01.2020, 06.05.2020 e 10.06.2020, a ANTT não impugna a existência de dificuldade da CONCEBRA no cumprimento do cronograma de investimentos, mas tão-somente a responsabilidade sobre o referido evento, à luz da matriz de risco do contrato.*

*128. Chama atenção, também, a circunstância de que representantes do Poder Público Federal e da própria ANTT, em diversas ocasiões, se manifestaram no sentido de que os contratos concessionais da 3ª Etapa do PROCROFE – dentre os quais se insere aquele celebrado com a CONCEBRA – foram impactados com a deterioração das variáveis macroeconômicas*

*no cenário nacional nos últimos anos, que trouxe restrições à liquidez de outrora e, conseqüentemente, inviabilizou a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da licitação.*

*129. Exemplo disso é a edição da Medida Provisória nº 800/2017, que tinha por objetivo estabelecer diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais. Extrai-se de sua Exposição de Motivos o seguinte: (...)*

*130. No mesmo sentido, vale mencionar o Memorando nº 876/2018/SUINF firmado pelo Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária da ANTT (cf. RTE-026)70, o Ofício Circular nº 001/2018/DG/ANTT subscrito pelo Diretor Geral da agência reguladora (cf. RTE-026)71 e a apresentação realizada pela Superintendência de Infraestrutura Terrestre da REQUERIDA na Comissão de Viação de Transportes da Câmara dos Deputados (cf. RTE-027).*

*131. Em todos esses documentos há registros de representantes do Poder Público Federal e da própria ANTT indicando a existência de dificuldades das concessionárias de rodovias no cumprimento de seus respectivos contratos concessionais, diante da recessão econômica nacional deflagrada nos anos de 2015 e 2016.*

que este, por si só, “em sua dimensão abstrata [,] comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas”<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 29.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos – Novas Tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed São Paulo: Malheiros, 2001.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERNANDES, Wanderley. *Clausulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos* 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências*. Revista de contratos públicos, v. 3, nº 5, p. 53-83, mar./ago., 2014.
- GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos (Casos e Polêmicas)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GARCIA, R. C. Subsídios pra organizar avaliações da ação governamental. Texto para discussão, Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), nº 776, ISSN 1415-4765, janeiro, 2001.
- GONÇALVES, Pedro Costa, com a colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA, José Azevedo. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016.

GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*. Washington, D.C: The World Bank. 2004.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. In: *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Egon Bockmann Moreira (cord). Belo Horizonte: Fórum. 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>

JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, pp. 133-146, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 17, nov. 2018.).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato administrativo*, 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 325.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da lei n. 11.079/2004*. Tese de doutorado: Universidade de São Paulo, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público, inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos. Fundamentos jurídicos e modos de usar”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada*. In: André Rodrigues Corrêa; Mario Engler Pinto Junior. (Org.). *Cumprimento de Contratos e Razão de Estado*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. 10 Anos da Lei de PPP e 20 Anos da Lei de Concessões.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever renegociar no Direito Brasileiro. Revista Interdisciplinar de Direito da Valença. v.16, nº1, 2018

SOARES. Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: LTr, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.